

AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ
Faculté de Droit et Science Politique d'Aix-en-Provence
Centre de Droit Économique (EA 4224)
École doctorale de sciences juridiques et politiques (ED 67)
Année 2017-2018

L'UNITÉ FONDAMENTALE DES ACCORDS AMIABLES

Thèse pour le doctorat en droit privé
Présentée et soutenue publiquement le 14 décembre 2018

Catherine POLI

Directeur de recherche
Monsieur Hugo BARBIER
Professeur à Aix-Marseille Université

Jury

Madame Lise CASAUX-LABRUNÉE
Professeur à l'Université Toulouse I Capitole
Rapporteur

Monsieur Jean-Christophe RODA
Professeur à l'Université à l'Université Jean Moulin – Lyon III
Rapporteur

Jacques MESTRE
Professeur et Doyen Honoraire – Personnalité extérieure

Emmanuel PUTMAN
Professeur à l'Université Aix-Marseille

Sophie HENRY
Déléguée générale du Centre de Médiation et d'arbitrage de Paris

L'UNITÉ FONDAMENTALE DES ACCORDS AMIABLES

*Au seuil de cette étude, c'est du fond du cœur et avec la plus grande joie
que j'exprime ma profonde gratitude à Messieurs les Professeurs Hugo Barbier et
Jacques Mestre
pour de toute leur bienveillance, confiance et soutien.*

SOMMAIRE

Première partie

LE FERMENT DE L'UNITÉ : L'AMIABLE

TITRE I – L'OBJECTIF COMMUN DES PROCESSUS DE RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS

Chapitre I – L'accord amiable issu du droit commun procédural de la résolution amiable

Chapitre II – L'accord amiable issu des droits spéciaux de la résolution amiable

TITRE II – LA DIMENSION CONTRACTUELLE DE LA RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS

Chapitre I – Le poids de la volonté des parties dans le déclenchement de la résolution amiable

Chapitre II – Le régime contractuel de la mise en œuvre de la résolution amiable

Deuxième partie

LE MAINTIEN D'UNE CERTAINE DIVERSITÉ DES ACCORDS AMIABLES

TITRE I – L'EXPRESSION DE LA DIVERSITÉ : LES QUALIFICATIONS CONTRACTUELLES

Chapitre I – Un référend à l'accord amiable : Le contrat de transaction

Chapitre II – Des qualifications contractuelles et judiciaires satellitaires

TITRE II – UNE DIVERSITÉ TEMPÉRÉE : LE RÔLE FÉDÉRATEUR DU DROIT COMMUN DES CONTRATS

Chapitre I – Le droit commun des contrats fédérateur de la validité de l'accord amiable

Chapitre II – Le droit commun des contrats fédérateur des forces de l'accord amiable

À mon maître, à mon père,

*à ma famille et mes amis,
Géraldine, Amandine et Noëlie,
Maki, Sandrine et Marc*

C. douanes	Code de douanes
CCI	Chambre de commerce et d'industrie
CCIA	Code du cinéma et de l'image animée
CCiv.	Code civil
CCom.	Code de commerce
C. consomm.	Code de la consommation
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CEE	Communauté économique européenne
C. énergie	Code de l'énergie
C. environ.	Code de l'environnement
CES	Conseil économique et social
C. for.	Code forestier
Chap.	Chapitre
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
CJA	Code de la justice administrative
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMAP	Centre de médiation et d'arbitrage de Paris
CNB	Conseil national des barreaux
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Collec.	Collection
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusion
CPC	Code de procédure civile
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CPP	Code de procédure pénale
CRCI	Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation
C. S. pub.	Code de la santé publique
C. transp.	Code des transports
C. trav.	Code du travail
<i>D.</i>	Dalloz
<i>D. actualités</i>	Dalloz actualités
<i>DC</i>	Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz
Déc.	Décision
Décr.	Décret
<i>DH</i>	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz
Dir.	Directive
Dir. ss.	Sous la direction
Dispo.	disponible
<i>DMF</i>	Revue de droit maritime français
Doctr.	Doctrine
<i>DP</i>	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
<i>Dr. fam.</i>	Revue de droit de la famille
<i>Dr. Ouvrier</i>	Revue de droit ouvrier
<i>Dr. et proc.</i>	Revue droit et procédure
<i>Dr. et patr.</i>	Revue droit et patrimoine
<i>Dr. soc.</i>	Revue de droit social
Éd.	Édition
Ég.	Également
Fasc.	Fascicule

FBF	Fédération bancaire française
FGTI	Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme
GAJC	Les grands arrêts de la jurisprudence civile
<i>Gaz. Pal</i>	Gazette du Palais
GEMME	Groupement européen des magistrats pour la médiation
GDCC	Grandes décisions du Conseil Constitutionnel
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
IEOM	Institut d'émission d'Outre-Mer
IR	Informations rapides
<i>JCl.</i>	Juris-Classeur
<i>JCl. Brev.</i>	Juris-Classeur Brevet
<i>JCl. Code civil</i>	Juris-Classeur Code civil
<i>JCl. Com., Com. électr.,</i>	Juris-Classeur Communication, Commerce électronique
<i>JCl. Envir. Et Dév. dur.</i>	Juris-Classeur Environnement et Développement durable
<i>JCl. Procédures</i>	Juris-Classeur Procédures
<i>JCP E</i>	La semaine juridique – édition Entreprise et affaires
<i>JCP G</i>	La semaine juridique – édition Générale
<i>JCP S</i>	La semaine juridique – édition Social
<i>JDI</i>	Journal de droit international (Clunet)
<i>JO</i>	Journal officiel de la République française
<i>JOAN</i>	Journal officiel de l'Assemblée Nationale
<i>JOUE</i>	Journal officiel de l'Union européenne
Jurispr.	Jurisprudence
<i>Justices</i>	Revue Justices
<i>LPA</i>	Les petites affiches
<i>Mél.</i>	Mélange
Min. défense,	Ministère de la défense
Modif.	Modifié
n°	Numéro
NP	Non publié
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> , ouvrage précité
Ord.	Ordonnance
p.	page
Pan.	Panorama
P. ex.	Par exemple
Préc.	Précité
Préf.	Préface
PUAM	Presses universitaires Aix-Marseille
PUF	Presse universitaire française
ONIAM	Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales
Réact.	Réactualisé
Rect.	Rectifié
<i>REDC</i>	Revue européenne de droit de la consommation
Règl.	Règlement
RELC	Règlement extra-judiciaire des litiges de consommation
<i>Rép. civil Dalloz</i>	Répertoire civil Dalloz
<i>Rép. Min</i>	Réponse ministérielle
<i>Rev. arb.</i>	Revue de l'arbitrage

<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. éner., envir., infras.</i>	Revue Énergie, Environnement, Infrastructure
<i>Rev. proc. coll.</i>	Revue procédure collective
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>RDA</i>	Revue de droit d'Assas
<i>RDAI</i>	Revue de droit des affaires internationales
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RD. Rur.</i>	Revue de droit rural
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>RDT</i>	Revue de droit du travail
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RGAT</i>	Revue générale des assurances terrestres
<i>RGD</i>	Revue générale du droit
<i>RGDA</i>	Revue générale du droit des assurances
<i>RGDP</i>	Revue générale des procédures
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RJC</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJPF</i>	Revue Lamy juridique personne et famille
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RJT</i>	Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal
<i>RLDA</i>	Revue Lamy Droit des affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy Droit civil
<i>RLLC</i>	Règlement en ligne des litiges de consommation
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle
<i>RSE</i>	Responsabilité sociale ou sociétale des entreprises
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>S.</i>	Sirey
<i>s.</i>	Suivants
<i>Sect.</i>	Section
<i>Soc.</i>	Société
<i>Somm.</i>	Sommaire
<i>Spéc.</i>	Spécialement
<i>Ss.</i>	Sous
<i>SSL</i>	Semaine sociale Lamy
<i>Suppl.</i>	Supplément
<i>t.</i>	Tome
<i>TA</i>	Tribunal administratif
<i>T. civ.</i>	Tribunal civil
<i>T. confl.</i>	Tribunal des conflits
<i>T. com.</i>	Tribunal de commerce
<i>TGI</i>	Tribunal de grande instance
<i>Th.</i>	Thèse
<i>Th. dactyl.</i>	Thèse dactylographiée
<i>TPS</i>	Travail et protection social
<i>UE</i>	Union européenne
<i>V°</i>	Voir
<i>vol.</i>	Volume
<i>Voy.</i>	Voyant

*À mon maître, à mon père,
à ma famille et mes amis,
et tout particulièrement Géraldine, Amandine et Noëlie
Maki, Sandrine et Marc
pour tout leur soutien.*

INTRODUCTION

« *La justice est avant tout, un sentiment, qui détermine une pratique, et cette pratique est une vertu, la vertu de l'homme juste* »

Carbonnier¹.

1. *Suum cuique tribuere.* L'idée tranchante exprimée consiste à concevoir la justice comme le moyen de rendre à chacun le sien. À certains égards, la justice se donne plus facilement à voir qu'elle ne se laisse définir. La représentation – le système traditionnel permettant d'exposer les moyens pour qu'elle soit rendue – en dit souvent plus long que les définitions que l'on tente de lui donner². Dès que nous évoquons la Justice, nous pensons systématiquement au procès, au juge, au tribunal. Dans un sens donc courant, représentatif et pratique, la justice renvoie à l'institution judiciaire. Elle représente alors l'ensemble des juridictions dont les justiciables attendent qu'elles rendent la justice, ayant une mission de service public, par principe « gratuit », relevant de l'État.

2. *Nul ne peut se faire justice à soi-même.* La justice ne peut être réduite qu'à sa seule dimension juridictionnelle. Il existe en effet d'autres moyens que l'entremise d'un tiers absolu, incarnation de l'État de droit pour que justice soit rendue, pour que chacun ait le sien : la violence tout d'abord, consistant à se faire justice à soi-même par la contrainte, la force, la brutalité, l'intimidation ou la peur inspirée ; l'accord amiable ensuite, par lequel les parties construisent elles-mêmes la solution à leur différend au regard de leurs besoins et intérêts, pouvant être assistées par des tiers dans cette démarche conciliante afin de retrouver la paix : qu'il s'agisse pour elles de se séparer ou de maintenir leur relation, de rendre à chacun le sien ou de trouver dans la résolution du différend, l'occasion de construire ensemble un avenir. Opposée à la justice étatique, la justice peut donc être privée.

3. La justice privée : l'illégitime. L'état de droit exclut la justice privée consistant à se faire justice à soi-même dès lors qu'elle est contraire au droit et à l'équité. Elle réside alors dans le fait de s'arroger le droit de procéder spontanément, de son propre mouvement, à

¹ J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, 2004, vol. 1, *Introduction*, n° 51, p. 90 ; Ég. X. Lagarde, « Qu'est-ce qui est juste ? Propos d'un juriste », *Mél. G. Goubeaux*, Dalloz et LDGJ, 2009, p. 299 s.

² L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, 2^{ème} éd. 2013, p. 45 s.

l'exécution de ses projets, sur la seule appréciation personnelle du bien-fondé de ses propres prétentions³. Elle se manifeste dans des situations proches de l'État de nature dans lesquelles il n'existe pas encore ou plus de règles de société, comme cela peut être le cas dans les sociétés primitives ou dans les organisations criminelles. Elle désigne alors « un âge ou un état pré-juridique dans lequel elle était censée assumer les fonctions du droit et de la politique, l'un et l'autre défailants »⁴. Elle est une action unilatérale de propre justice que l'état de droit exclut dans le principe mais dont subsiste, par exception, des traces naturelles dans divers procédés séculaires d'autodéfense tels la légitime défense en matière pénale, l'exception d'inexécution contractuelle ou encore le droit de rétention. Lorsque la justice privée n'est pas exceptionnellement justifiée et légitimée par l'application des règles du droit, elle confine en un mode de justice par la violence exercée par l'une des parties sur l'autre, favorisant des conflits en escalade, contraire au Bien. Ainsi, la règle selon laquelle « nul ne peut se faire justice à soi-même » protège à la fois l'ordre juridique, la fonction judiciaire et l'individu lui-même, qui ne doit pas se trouver être un justicier privé⁵. Les actions de justice fondées non pas sur le droit, mais sur la violence, ne peuvent donc être légitimes. La justice légitime repose toute entière sur le droit et l'éthique.

4. *Jus est ars boni et aequi.* L'ambivalence de la justice ressort de la célèbre définition du droit donnée par Ulpien : le droit est l'art du bon et de l'équitable⁶. Le concept de justice se sublime alors dans la quête de l'« idéalement » juste et est alors tout à la fois un sentiment, une qualité morale, une vertu, une valeur, un idéal, un bienfait comme la paix. La justice se dit de ce qui est « positivement » juste. Elle peut aussi se définir comme un principe moral qui exige le respect du droit et de l'équité ou encore comme le pouvoir ou le droit de dire ce qui est légalement juste ou injuste, condamnable ou non, ce qui est le droit⁷. Elle conduit encore aujourd'hui les auteurs à s'interroger sur les relations que la justice entretient avec l'éthique et le droit. Les théories de la justice relèvent ainsi de l'éthique, au sens universalisant de la

³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « Justice privée ».

⁴ D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, V° « Justice privée (droit de se faire justice à soi-même) », PUF 2003, p. 907 s.

⁵ L'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même », Journées de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (Lyon, Grenoble, Aix-en-Provence), 24-28 nov. 1966, *RIDC*, p. 940 – X. Lagarde, « Nul ne peut se faire justice à soi-même, principe fondateur de la procédure civile », in *Justice et droit du procès, Mél. en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz 2010, p. 795 s.

⁶ G. Elgosyn, *Le contradictoire ou l'esprit des mots*, Denoël, 1967 – J. Hilaire, *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, 2013, p. 97 : Cet adage reprend la définition du droit émise par le jurisconsulte Celse et citée, au début du Digeste, par Ulpien qui l'estime de grande distinction (*elegantior*) (D. 1,1,1).

⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12^{ème} éd., Quadriège, PUF 2018, V° « Justice ».

philosophie morale et politique, mais également au regard du souci contemporain des juges de se conduire justement dans leur fonction de juger : le bien juger⁸.

L'étymologie donne une origine commune au droit et à la justice. Quant à l'équité, Aristote en faisait une sorte particulière de justice⁹. Celui qui fût à l'origine du premier traité véritable de la justice a repris les idées développées par Socrate et Platon donnant sa double dimension morale et politique à la justice. La seule chose importante est alors d'agir selon le Bien, c'est-à-dire selon le Juste, car vivre juste, c'est avoir le souci du bien vivre et non du vivre seulement. Cela impose par rapport à soi d'accorder ses actes à ses paroles et surtout, par rapport aux autres, de ne jamais commettre d'injustice volontairement, même pour répondre au mal. La vertu de la justice ne peut donc se penser que comme mise en œuvre du bien dans la relation à autrui. Pour Platon¹⁰, la vertu même de justice est, d'abord, rapport à soi, une question d'ordre interne, de for intérieur, qui conditionne, secondairement, l'harmonie dans les relations à autrui. De ce point de vue, les procès sont un trouble qui signale l'échec de la recherche du juste. L'âme est ainsi le siège de la justice, non pas le procès. Cette dimension personnelle ne suffit cependant pas à définir la justice. Car vivre en juste ne peut se faire que dans le respect de la loi. Sans doute, les lois ne sont peut-être pas juste en tout ; seulement, ce sont elles qui font vivre la Cité: il n'est pas de justice sans ordre, ni paix.

5. Justice individuelle et justice collective. C'est à partir des idées aristotéliennes que sont posées les fondations d'un gouvernement de la loi, assurant la mise en œuvre d'une justice *collective* ou *institutionnelle*, avec ses organes, ses normes définissant droit, devoirs et peines¹¹ qui soit en accord avec une justice *individuelle*, les préambules législatifs, à visée persuasive, ayant vocation à gagner les citoyens à la justice par la grâce de la raison¹².

Ces deux formes de justice – collective et individuelle – se répondent, la Cité et l'individu nécessitant les mêmes vertus : la sagesse, le courage, et la modération. Dans la philosophie platonicienne reprise sur ce point par Aristote, la justice est présentée comme une vertu, l'une des quatre vertus cardinales, à côté de la prudence, de la tempérance et du courage¹³. Elle est la première des vertus cardinales commandant à toutes les autres vertus dont elle règle l'harmonie dans l'âme individuelle aussi bien qu'elle préside au bonheur de la Cité.

⁸ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 52 empruntant de manière restrictive à A. Garapon, *Bien juger – Essai sur le rituel judiciaire*, préf. J. Carbonnier, éd. O. Jacob, 1997.

⁹ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Flammarion, 2004 ; Voy. ég. Ch. Atias, *Philosophie du Droit*, PUF, 4^{ème} éd., p. 73.

¹⁰ Platon, *Oeuvres complètes*, Apologie de Socrate, Criton et Gorgias, Gallimard, 1950.

¹¹ Platon, *La république*, éd. Broché, Œuvres complètes, Livre I, 2011.

¹² Platon, *Les lois*, éd. Broché, Œuvres complètes 2011.

¹³ Platon, *La république*, *op. cit.*

Ainsi, de toutes les vertus, « la justice est la seule qui soit bonne en soi », « bonne absolument »¹⁴. Aristote fait également des procès un élément pertinent de la définition du concept de justice et place est donnée au juge.

La justice acquiert en effet, avec la pensée aristotélicienne, un double sens : un sens général tout d'abord, défini par rapport à la loi et un sens particulier, défini par rapport à la notion d'égalité, de sorte que sera injuste celui qui ne respecte pas la loi comme celui qui ne respecte pas l'égalité. La justice qui vise à établir l'égalité dans la distribution des biens de l'État (honneurs, richesse et autres avantages) est dite *justice distributive*. En revanche, dès lors qu'il ne s'agit que d'organiser les relations privées, entre individus, la justice consiste simplement à assurer l'équilibre des échanges, (*synallagma*), que ces contrats se fassent volontairement, et nous pensons à l'accord amiable, au contrat de transaction, mais aussi de manière générale à tout type de contrats synallagmatiques (contrat de vente, contrat de travail...) ou involontairement comme au moyen d'un délit. Cette justice est ainsi dite *corrective* et l'équilibre qu'elle rétablit est une égalité pure et simple, consistant dans l'équivalence *arithmétique* des biens échangés et des services mutuels. L'équivalence renvoie sans aucun doute à la condition des concessions réciproques, spécifique au contrat de transaction, que les réformateurs de la justice du XXIème siècle ont intégré à la définition de ce contrat spécial, prévue à l'article 2044 du Code civil. C'est ici qu'apparaît le juge, instrument de la justice corrective, et qui est « pour ainsi dire la justice incarnée » : « 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 »¹⁵.

En grec, le mot juge signifie « qui partage en deux ». L'arbitre en rendant une sentence départage également les parties au différend. Cette mission que lui confient conventionnellement les parties au différend est celle d'un juge privé. Le conciliateur, le médiateur ou encore les avocats collaboratifs remplissent également une mission de justice, à la différence qu'il ne s'agit pas de trancher le différend. Le tiers missionné à la résolution amiable du différend n'impose aucunement une solution aux parties, ils les rapprochent afin d'assurer l'équilibre des échanges entre elles et de faire évoluer une opposition en une rencontre de volontés sur la solution au différend. Ils n'en demeurent pas moins garants du respect du droit et de l'équité.

¹⁴ A. Comte-Sponville, *Petit traité des grandes vertus*, PUF 1995, p. 80-113, spéc. p. 80.

¹⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, 2004, vol. 1, *Introduction*, n° 51, p. 90.

Les définitions contemporaines du droit et de la justice opposent plus volontiers la justice *distributive* et la justice *commutative*, la justice *corrective* étant présentée comme un avatar de la justice *distributive*. Pour le professeur Loïc Cadiet, cette déformation tient peut-être au fait que la justice *distributive* peut avoir un effet correcteur dès lors qu'elle permet de corriger les inégalités naturelles existant entre les hommes. La justice *commutative* serait non pas un troisième ordre de justice mais le dénominateur commun, « l'étalon qui permet d'établir l'égalité entre des choses dissemblables, la commune mesure ». Cette hiérarchie tient compte de la notion d'équité devenue si prégnante dans la pensée contemporaine. Ainsi, « lorsque la généralité de la loi peut être source d'injustice dans son application au cas particulier et que se trouve ainsi rompue la coïncidence de la légalité et de l'égalité, l'équité consiste à privilégier la recherche du juste égal dans le respect du juste légal »¹⁶.

6. « Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fit à toi-même ». Depuis les fondations du concept de justice enracinées par Aristote, les théories de la justice ont encore été alimentées par l'éthique épicurienne faisant de la justice l'expression de l'utilité commune fondée dans la relation mutuelle des hommes¹⁷ et du rationalisme stoïcien voyant dans la justice la vertu régissant les relations entre les êtres raisonnables qui, en reconnaissant l'autre comme soi, se reconnaissent des devoirs mutuels¹⁸. Les juristes de Rome ont été influencés par ces théories comme en témoignent les adages que nous citons exprimant les rapports entre le droit et la justice.

La théorie fondamentale aristotélicienne de la justice est venue jusqu'à nous par l'intermédiaire de Thomas d'Aquin¹⁹. L'idée reprise est alors que le but de la vie humaine est de réaliser le bien et la justice. La philosophie utilitariste anglo-saxon recueille cette idée, plus ou moins fidèlement, à l'instar de Bentham, Mill, et Hume. Au tournant du XVI^{ème} siècle et du XVII^{ème} siècle, une fracture se crée néanmoins. La justice ne peut plus être une vertu parmi les autres au service du Bien, elle se laïcise²⁰. Avec Grotius, Pufendorf et Hobbes, le concept de justice s'émancipe de la notion du Bien à laquelle il était subordonné aussi bien chez les philosophes grecs que dans la pensée chrétienne. Justice doit pouvoir être rendue indépendamment des fins dernières, éthiques ou religieuses. Cette inversion est caractéristique de la modernité et marque la pensée politique depuis le XVII^{ème} siècle, celle de Locke, aussi

¹⁶ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 11, spéc. p. 58.

¹⁷ Épicure, *Les Maximes capitales d'Épicure, XXXI à XXXVIII*, éd. La bibliothèque digitale, 2013.

¹⁸ Courant représenté par le chef de fil Zénon de Cittium.

¹⁹ A. Teixeira Dos Reis (Huet), *La Justice humaine chez Thomas d'Aquin*, École des Hautes Études, th. de philosophie. Laboratoire d'Études sur les Monothéismes.

²⁰ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 12, p. 59.

bien que celle de Montesquieu, de Rousseau ou de Kant qui, tous, admettent que le Juste réside dans la neutralité vis-à-vis du Bien²¹. Cette neutralité ou impartialité devient l'unique critère normatif de la justice.

Toutefois, les théories de la justice qui se développent alors jusqu'au XX^{ème} siècle continuent de reposer sur une conception matérielle ou *substantielle* de la justice : il s'agit d'énoncer, concrètement, ce qui est juste et injuste. Ainsi à partir de Grotius, la loi naturelle est définie par la Règle d'or : « Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fit à toi-même » impliquant que chacun calcule individuellement ce qui lui semble être dans l'intérêt de tous. Une conception de la justice ébranlée au cours du XX^{ème} siècle, par l'apparition de nouvelles théories de la justice.

7. Les réflexions contemporaines relatives au concept de justice. En raison d'une conception moins légaliste ou légicentrique du droit, les réflexions contemporaines relatives à la notion de justice se sont principalement développées dans les pays de *common law*.

C'est en 1971 que John Rawls fait paraître, aux États-Unis, sa *Théorie de la Justice* élaborée à partir de travaux antérieurs dont l'article fondateur « *Justice as fairness* » paru en 1957²². La primauté de la justice selon Rawls ne s'entend pas, comme dans la philosophie platonicienne ou aristotélicienne, d'un principe de cohésion sociale au service d'une conception commune du Bien, une conception téléologique de la justice. Rawls s'inspire des idées de Kant en ce que la priorité est donnée au juste aux dépens du bon, en ce sens que les principes de justice y sont recherchés sans aucune présupposition partagée concernant le bien commun, adoptant par la même une conception déontologique de la justice.

Toutefois, la pensée de Rawls se distingue en deux points de la pensée de Kant pour lequel l'idée du juste s'applique essentiellement dans les rapports entre les personnes. John Rawls fait de la justice « la première vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des systèmes de pensée ». Elle constitue alors le fondement de la société démocratique. Ce n'est qu'à titre secondaire qu'elle est une vertu individuelle : la justice est la vertu des institutions visant la promotion du bien de ceux qui y prennent part. Mais surtout, et c'est sur ce point qu'une mise en perspective peut être opérée au regard de la résolution amiable des différends, l'ambition de Rawls est de généraliser, en la refondant, la doctrine traditionnelle du contrat social. Là où Rousseau, comme Locke, cherchait à fonder l'État, Rawls cherche à

²¹ R. Rochlitz, « Critériologie du juste et du beau, in *Droit et éthique* », ADP, t. 40, Sirey, 1996n p. 64-75.

²² J. Rawls, *A theory of justice*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard University, Press, 1971 – J. Rawls, *Théorie de la justice*, éd. Seuil, 1987, trad. C. Audard.

définir les principes de justice. Une institution juste est celle qu'une pluralité d'individus raisonnables et désintéressés choisirait si ces individus pouvaient délibérer dans une situation qui serait elle-même équitable. La justice n'est pas à découvrir mais à construire, dans la mesure où elle procède d'un choix raisonné, non pas valeur en soi, mais procédure équitable en vue d'un arrangement juste des institutions. Lorsque la vertu de la justice s'applique à des institutions plutôt qu'à des individus, seule une procédure de délibération, de type contractualiste, est de nature à engendrer le ou les principes de justice indépendamment de tout engagement préalable concernant le bien commun supposé. C'est la *justice as fairness*, la justice conçue comme une équité procédurale ou, plus exactement, comme procédure équitable, le juste égalé avec une procédure tenue pour équitable, *fair*. En ce sens, la justice amiable doit être conçue au travers de procédures équitables²³.

Ricoeur a par la suite pris appui sur les thèses de Rawls mais s'en démarque à plusieurs égards. Tout d'abord, le philosophe rejette la théorie purement procédurale de la justice. Selon lui, « un sens moral de la justice fondé dans le Règle d'or – « ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'il te soit fait » – est toujours déjà présupposé par la justification purement procédurale du principe de justice »²⁴. C'est là, la fondation éthique du concept de justice : « nous ne pouvons pas nous passer d'une évaluation critique de notre prétendu sens de la justice »²⁵. Ensuite, d'un point de vue plus particulier de la justice à l'œuvre, les analyses de Ricoeur sont délibérément situées. Elles s'enracinent dans l'observation de la réalité juridique française de la fin du XXème siècle de sorte que, comme le fait observer le professeur Loïc Cadiet, une passerelle est enfin jetée entre la philosophie morale et politique et les terres du droit²⁶. Il s'agit alors d'éclairer les fondations éthiques du système juridique (c'est la référence au juste), ce qui est utile aux juristes, et de penser la spécificité du juridique dans l'ordre de la philosophie morale et politique, de « faire droit au droit, de rendre justice à la justice », ce qui est utile aux philosophes. Pour Ricoeur, ce lieu de la société est unique, « où la parole l'emporte sur la violence », l'acte de juger permettant, grâce au procès, le passage d'une « finalité courte », trancher un conflit, mettre fin à une incertitude, à une « finalité longue », contribuer à la paix sociale, « c'est-à-dire finalement à la consolidation de la société comme entreprise de coopération, à la faveur d'épreuves d'acceptabilité qui excèdent l'enceinte du tribunal et mettent en jeu l'auditoire universel si souvent évoqué par Chaïm Perelman »²⁷.

²³ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°13, spéc. p.62.

²⁴ P. Ricoeur, *Éthique et morale*, Lecture 1, 1990.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, 2^{ème} éd. 2013, n° 13, spéc. p. 63.

²⁷ Voy. G. C. Christie, *L'auditoire universel dans l'argumentation juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

Comme le fait encore observer le professeur Loïc Cadiet²⁸, le remarquable, dans la théorie de Ricoeur, est que, s'il peut être considéré dans les limites étroites du procès, l'exercice de l'acte de juger prend place aisément dans le fonctionnement général de la société, conçue non seulement comme un vaste système de distribution de parts, au sens de Rawls, mais aussi comme un « schème de coopération entre les hommes ». Précisément, « l'acte de juger consiste à dé-partager des sphères d'activités, à dé-limiter les prétentions de l'un et les prétentions de l'autre, et finalement à corriger les distributions injustes, lorsque l'activité d'une partie consiste dans l'empiètement sur le champ d'exercice des autres parties. À cet égard, l'acte de juger consiste bien à séparer ».

8. Crise de la justice et vent de modernisation. La justice de notre pays essuie de sévères critiques depuis la fin du XXème siècle. Le justiciable est aujourd'hui plus à même de remettre en question la capacité de l'État à rendre la Justice²⁹. Sans doute est-ce lié à différents facteurs permettant d'avancer les symptômes d'une Justice étatique en crise³⁰ : développement des moyens de communication et accès au droit par internet, accélération des échanges, renforcement de la crise économique qui depuis le milieu de la première décennie du XXIème siècle rend indispensable le maintien des relations commerciales coûteuses à établir, multiplication des modèles de familles nécessitant que soit fait une place grandissante à l'expression des volontés ou encore surpopulation carcérale. Débordés par ces phénomènes, les pouvoirs publics se donnent pour priorité de promouvoir une forme de justice³¹, nouvelle, ou devrions-nous oublier, aux appellations très variées : justice « alternative »³², « convenue »³³, « négociée », « consensuelle », ou encore « amiable » et « contractuelle »³⁴. L'objectif assigné à cette Justice présentant en apparence de multiples facettes est de privilégier « *les modes [...] pacifiques de règlement des conflits, c'est-à-dire ceux qui visent à mettre les parties d'accord sur la solution et qui ont en commun le plus souvent de faire intervenir un tiers et de se*

²⁸ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°14, p.64.

²⁹ J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 1997, p. 19.

³⁰ M.-Cl. Rivier (dir.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ? », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, P. Chevalier, Y. Desdevises, Ph. Milburn, La documentation française, 2033, p. 25 s. spéc. p. 30.

³¹ Th. Revet, « Commentaire de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998, *RTDciv*, 1999, p. 220 s : L'auteur présente les MARC comme répondant « d'abord à une nécessité de gestion publique, avant d'être un choix philosophique ou culturel ».

³² M.-Cl. Rivier (dir.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ? », op. cit., spéc. p. 27.

³³ G. Cornu, Rapport de synthèse sur les modes alternatifs de règlement des conflits, in *Actes du Colloque de Damas*, RIDC 1997, p. 313.

³⁴ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 49 s., p. 209 s.

démarquer du système juridictionnel »³⁵. Point de départ d'une importante réflexion générale sur la « Justice de demain », l'année 2014 est marquée par grand débat national réalisé à l'UNESCO³⁶. Les états généraux révèlent alors que 88% des français estiment que la justice étatique est trop complexe, 95% pensent qu'elle est trop lente alors que paradoxalement, 51% des justiciables ayant eu un contact direct avec la justice estiment qu'elle fonctionne bien.

Reste que les théories contemporaines de la justice demeurent principalement axées sur une vision juridictionnelle de la justice et sur la mission du juge chargé de départager et de séparer les parties. D'aucuns appellent à un changement de culture juridique³⁷. Le professeur Loïc Cadiet est lui-même à l'origine d'une conception d'une théorie générale du procès³⁸. Mais cet auteur, nous pousse également au travers de la prise en compte des « modes alternatifs de règlement des conflits » et de l'existence d'une justice contractuelle³⁹ à nous interroger sur la place occupée par la justice amiable **(I)** laquelle partage la même « finalité longue » que la justice étatique, contributive de la paix sociale. Seule, en définitive et à notre sens, différerait la « finalité courte ». Il s'agit certes, d'un point de vue procédural, de mettre fin au différend, à une incertitude, mais le processus ou, devrions-nous dire les procédures pour y parvenir, diverge. Il ne s'agit plus de départager les parties par l'entremise d'un tiers légitime – le juge – mais de tenter, de rapprocher les parties, utilement, avec l'assistance de tiers dont la légitimité s'affirme, afin de permettre une rencontre de volontés sur la solution au différend, tout en réservant la possibilité, en cas d'échec, d'un retour au droit au juge lequel demeure garanti. En d'autres termes, permettre la conclusion d'un accord de volontés entre les parties – « amiable » – en ce qu'il termine le différend. Les parties au différend devenant alors parties au contrat qui en cristallise la solution **(II)**.

La justice devient alors participative ou collaborative, mobilisant l'ensemble de ses acteurs – justiciables, tiers missionnés à la résolution amiable des différends, juge, arbitre, avocats, expert, notaire ou encore huissier – dans le respect du droit⁴⁰. La Justice amiable procède alors de la conscience et des comportements de l'homme. Conscience et comportements du juge tout d'abord, pour lequel il entre dans la mission de concilier les

³⁵ Ch. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits – Présentation générale », *RIDC*, 1997, p. 32(s., spéc. p. 329, n° 13 ; H. Brown et A. Marriot, *ADR Principales and Practice, Sweet et Maxwell ed.*, Londres, 1993, p. 9.

³⁶ Colloque, « La justice du XXIème siècle, UNESCO, 10-11 nov. 2014.

³⁷ L. Casaux-Labrunée, « La confiance dans le règlement amiable des différends. Pour un changement de culture juridique » in *Pour un droit du règlement amiable des différends – Des défis à relever pour une justice de qualité*, L. Casaux-Labrunée et J.-F. Roberge, préf. N. Belloubet, LGDJ 2018, p. 17 et s.

³⁸ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*

³⁹ *Ibid.*, n° 49 s., p. 209 s.

⁴⁰ F. Ruellan, « Les MARC, pour une justice plurielle dans le respect du droit », *JCP G*, 1999, I, 135.

parties⁴¹. Conscience et comportements des justiciables ensuite qui, du poids de leur volonté, peuvent recourir à des procédures afin de s'investir dans une résolution conventionnelle de leur différend. La justice amiable aujourd'hui reconnue est sujette à une procéduralisation et une institutionnalisation permettant de garantir un cadre sécurisant pour la conclusion des accords amiables et la résolution des différends, tout en bénéficiant de la souplesse garantie par la liberté contractuelle. Car au-delà de l'apparente diversité des procédures conventionnelles permettant la conclusion des accords amiables, il est permis de rechercher une unité fondamentale aux accords amiables, en adoptant une approche contractuelle, complémentaire de l'approche procédurale **(III)**.

I. Les procédures de justice amiable

9. L'amiable au sens des modes alternatifs de règlement des conflits. Du latin *amicabilis*, signifiant « aimable »⁴², l'amiable revêt, selon le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu, une signification extensive et se dit alors « de certains modes de solution des litiges, soit parce que le recours à un tel mode est choisi par les parties en litige (l'arbitrage est en ce sens un mode amiable en tant qu'il suppose un compromis ou une clause compromissoire), soit parce que la solution du litige procède, même devant le juge, d'un accord entre parties (transaction *in iudicio*, conciliation) ». Le terme renvoie alors à la « médiation », la « composition » ou encore l'« ordre amiable »⁴³. L'amiable n'est pas désigné comme tel en pratique, ni même en théorie, mais est appréhendé sous l'acronyme des MARC, dont on trouve les variantes MARD ou MARL désignant la catégorie des « modes alternatifs de règlement des conflits »⁴⁴. Cette catégorie de recours participe d'une justice privée, positivement juste dès lors qu'elle est fondée sur le droit et l'éthique, justifiant qu'elle fasse l'objet de tout l'intérêt du législateur et non seulement du législateur national⁴⁵. Le législateur européen promeut également les modes alternatifs de règlement des conflits non seulement par le biais du mécanisme des Livres verts de la Commission européenne stimulant la réflexion sur la matière

⁴¹ Voy. l'Art. 21 CPC.

⁴² Un sens conservé jusqu'au XVII^{ème} siècle.

⁴³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V^o « Amiable »

⁴⁴ L. Cadiet et Th. Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} éd., 2017 – Ch. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits – Présentation générale », *RIDC*, 1997, p. 325 s.

⁴⁵ C. Jolibois et P. Fauchon, « Quels moyens pour quelle justice ?, Mission d'information de la Commission des lois, les rapports du Sénat », n^o 49, 1996-1997, p. 19.

au niveau européen⁴⁶, mais également et de manière significative, en adoptant des normes aujourd'hui transposées en droit français.

Au-delà, le défi à relever est celui d'une justice contemporaine de qualité. Les modes alternatifs de règlement des conflits ne sont pas déconnectés de la justice étatique, en atteste non seulement la possibilité des recours à la conciliation, à la médiation ou à la procédure participative dans le cadre judiciaire⁴⁷, alors même que le juge est saisi du litige, mais encore le rôle qu'occupe ce dernier tant dans le déclenchement de ces recours que dans les suites de la conclusion de l'accord amiable, au titre de son homologation, de sa validité, de sa mauvaise exécution ou encore de son interprétation⁴⁸.

Les modes alternatifs de règlement des conflits permettent par ailleurs de dépasser les clivages de cultures juridiques et participent d'un langage universel⁴⁹ et, nous pouvons le dire, d'une justice universelle fondée sur l'autonomie des volontés responsabilisante et la liberté contractuelle déclinaison du droit et de l'équité. Cette justice amiable appelle aujourd'hui un changement de culture juridique⁵⁰. Ses moyens consistent largement en la catégorie des « modes alternatifs de règlement des conflits » ou MARC qu'il convient de définir et de redéfinir de manière plus restrictive en ciblant les procédures conventionnelles de résolution amiable des différends. Le cadre légal institué par le législateur atteste par ailleurs de l'émergence d'un droit au recours effectif à la résolution amiable des différends, pendant du droit au recours effectif au juge.

A. La catégorie des « modes alternatifs de règlement des conflits » : les MARC

10. La recherche d'une signification à l'acronyme MARC. L'acronyme est utilisé afin de désigner une catégorie : un ensemble de recours fondés sur l'autonomie de volontés des parties permettant le règlement du conflit, du différend ou du litige. Sont ainsi de manière traditionnelle visés les « modes alternatifs de règlement des conflits ». De manière plus contemporaine, les auteurs emploient l'expression de « modes amiables de résolution des

⁴⁶ Livre vert sur les modes alternatifs de règlement des conflits relevant du droit civil et commercial, texte E 2008, COM (2002) 196 Final.

⁴⁷ J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. Guinchard, PUF, 2003.

⁴⁸ Colloque, « L'accord amiable, et après ? » Centre de droit économique, Aix-Marseille Université, 8 juin 2018.

⁴⁹ B. Brenneur (Dir.), *Panorama des médiations du monde – La Médiation, langage universel de règlement des conflits*, L'Harmattan, 2010.

⁵⁰ L. Casaux-Labrunée, « La confiance dans le règlement amiable des différends – Pour un changement de culture juridique », in *Pour un droit du règlement amiable des différends : Des défis à relever pour une justice de qualité*, ss. dir. L. Casaux-Labrunée et J.-F. Roberge, préf. N. Belloubet, LGDJ, 2018, p. 17 s.

différends », tout en excluant l'arbitrage⁵¹. Le choix des mots importe et une nécessaire mise en ordre liminaire s'impose afin de révéler quels peuvent être les recours permettant une résolution réellement amiable des différends.

10-1. M pour mode. Le terme de « mode » ne renvoie à aucune définition juridique. Dans le langage ordinaire, le mode renvoie selon le *Littré* à la forme, à la méthode. Pourtant dans la mesure où ils servent un objectif de résolution des différends – et donc de justice – il semblerait que ces modes consistent en des processus et, oserions-nous dire, en des procédures. Le dernier institué par le législateur étant dénommé la « procédure participative ». Il s'agirait donc bien moins de « modes » que de véritables procédures puisque faisant l'objet de dispositions procédurales prévoyant leur recours. La procédure contentieuse trouverait ainsi un pendant dans la procédure amiable.

10-2. A... pour alternatif ou amiable ? L'expression de « modes alternatifs de résolution des différends » apparaît comme une traduction de l'expression anglo-saxonne « *Alternative dispute resolution* » prenant pour acronyme *ADR*⁵². L'idée que sous-tend le terme « alternatif » consiste à voir dans ces procédures de justice, une alternative à la justice étatique. Toutefois, certains auteurs expriment une préférence pour le terme « amiable » en visant, nous l'évoquions, des modes « amiables » de résolution des différends. Ceux-ci n'y intègrent toutefois pas l'arbitrage qui se trouve pourtant fondé, pour le déclenchement de sa mise en œuvre, sur un accord de volontés des parties. Toutefois, si l'arbitrage est fondé sur un accord des parties, celui-ci consiste en une véritable procédure contentieuse aboutissant à un sentence, acte juridictionnel et jugement privé. Il se présente ainsi comme une véritable alternative à la justice étatique. D'autant que, le recours à l'arbitre par convention des parties prive de leur compétence les juridictions étatiques. L'arbitrage consiste ainsi en une justice privée admise puisque l'arbitre, dans sa mission est amené à trancher le litige au regard des règles du droit applicable et parfois, à la demande des parties en équité dans le cadre de l'amiable

⁵¹ N. Fricero, Ch. Butruille-Cardew, L. Benraïš, B. Gorchs-Gelzer et G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, 2017/2018.

⁵² Le mouvement du développement des *Alternative dispute resolution (ADR)*, fut initié lors de la *Pound Conference* de Chicago en 1976 ayant réuni avocats, magistrats, universitaires, hauts fonctionnaires de la justice américaine afin de débattre des problématiques du système judiciaire américain – Voy. *Alternative Dispute Resolution Act of 1998* : pour une définition des *ADR* consistant en « tous processus et procédures auxquels participe un tiers neutre, autre que le juge compétent, pour faciliter la résolution du litige, par des méthodes telles que l'évaluation par un tiers neutre, la conciliation, l'arbitrage » ; H. Brown et A. Marriot, *ADR Principles and Practice*, Sweet et Maxwell ed., Londres, 1993.

composition. L'arbitrage ne consiste donc pas au titre de sa procédure, en une résolution amiable du différend.

10-3. R... comme règlement ou résolution ? Le règlement est défini au sens courant par le *Littré* comme « l'action de régler, de déterminer ». Il est permis de voir dans l'action en justice, fut-elle étatique, une action de régler, ou plus exactement de déterminer une solution au litige. C'est en définitive tant les règles propres à chacune des procédures que l'*instrumentum* utilisé pour fixer définitivement la solution au différend qui changent. L'arbitrage se rapproche ainsi de la justice étatique en ce qu'il implique une procédure contentieuse, sauf à ce que chacun soit investi d'une mission d'amiable compositeur. Mais surtout, la sentence arbitrale et le jugement au fond du litige consistent en des actes juridictionnels, par lesquels une solution imposée aux parties par l'arbitre ou le juge est donnée à l'affaire. Le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu se réfère au règlement amiable et notamment, au nom qui avait été donné par la loi du 31 décembre 1989 à la procédure instituée devant la Commission administrative départementale en vue de régler la situation de surendettement des personnes physiques par l'élaboration d'un plan conventionnel soumis à l'accord du débiteur et de ses principaux créanciers⁵³. Un règlement amiable aujourd'hui remplacé par la procédure de surendettement des particuliers⁵⁴. Le règlement doit être entendu du verbe régler. Le *Littré* précise ainsi que régler un différend, c'est le terminer. En d'autres termes, lui apporter une solution définitive.

La résolution est définie, quant à elle au sens courant, comme la réponse à une question, une difficulté. Le verbe résoudre signifie par ailleurs, dans un de ses sens, « s'entendre sur une solution ». Les deux termes peuvent être admis comme synonymes. Reste que le règlement et la résolution présentent une certaine ambivalence en ce qu'ils consistent tout à la fois en une action et une décision consacrant la solution au différend.

10-4. C... Le choix des maux. Les modes alternatifs visent la résolution des conflits. Le législateur français pour sa part, a consacré un Livre cinquième à la *résolution amiable des différends* regroupant les règles procédurales relatives à la médiation et la conciliation dites conventionnelles ainsi que les dispositions propres à la procédure participative. Le Code de procédure civile contient par ailleurs des dispositions communes à toutes les juridictions traitant de la conciliation et de la médiation judiciaires. Conciliation, médiation et procédure

⁵³ Loi n° 98-1009 du 31 décembre 1989 *renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, JO 2janv. 1990, n°1, p. 13.

⁵⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Règlement amiable »

participative sont ainsi des processus dont la mise en œuvre fait l'objet de dispositions procédurales. Il s'agit somme toute de procédures de résolution – non pas contentieuses – mais amiables des différends. Par ailleurs, le législateur se réfère également au litige notamment lorsque la procédure participative, laquelle peut échouer dans sa phase conventionnelle, sert la mise en état du litige aux fins de jugement⁵⁵. De même, certains auteurs ont exprimé leur préférence pour l'expression de « modes alternatifs de règlement des litiges »⁵⁶ avant de se raviser et de revenir au terme de « conflit ». Car la résolution amiable permettrait de prendre en compte pour la résolution, la recherche d'une solution, non seulement la dimension juridique du conflit – le litige – mais d'autres composantes, économique, psychologique, émotionnelle, financière, voire politique. Reste que le conflit nécessite une délimitation se traduisant dans son expression circonstanciée : le différend. La délimitation de la matière soumise à la résolution amiable, au même titre que la délimitation de la matière litigieuse dans le cadre de l'action en justice devant le juge étatique soulève des questions. L'ensemble de ces termes procède d'une certaine synonymie, voire d'une polyphonie, marquant la difficulté de l'appréhension de la matière sujette à la résolution amiable, d'autant que le législateur se réfère également au terme de contestation dans le cadre du contrat de transaction pour lequel il a spécialement institué un régime aux articles 2044 et suivants du Code civil.

11. Une mise en ordre nécessaire. Les modes alternatifs de résolution des différends impliquent, à titre liminaire, une distinction entre d'une part l'arbitrage et d'autre part, la conciliation, la médiation et la procédure participative.

11-1 L'arbitrage : une procédure conventionnelle de résolution contentieuse du différend. L'arbitrage est l'institution par laquelle les parties à un litige conviennent d'attribuer le pouvoir de trancher ce dernier à une ou plusieurs personnes choisies en raison de leurs qualités personnelles, tenant le plus souvent à leur autorité, morale ou technique. L'arbitre est donc un juge et sa sentence un jugement⁵⁷. L'arbitrage est moins un « mode » qu'une véritable procédure contentieuse de règlement des différends et se présente comme une véritable alternative au juge étatique. Cette procédure ne déroge en effet pas à la nature étatique de la

⁵⁵ Voy. art. 1564-1 s. CPC.

⁵⁶ L. Cadiet, *Les modes alternatifs de règlement des litiges*, Litec LexisNexis 2005.

⁵⁷ Art. 1484 CPC : « La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche. Elle peut être assortie de l'exécution provisoire. Elle est notifiée par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement ».

fonction juridictionnelle⁵⁸. L'arbitre demeure un juge venant trancher une contestation, bien qu'il soit dépourvu d'*imperium*. À la différence du jugement, la sentence arbitrale n'a pas de force exécutoire, laquelle peut être attribuée par le biais de la procédure d'*exequatur*⁵⁹. L'arbitrage est ainsi une procédure soumise à la plupart des principes directeurs du procès⁶⁰ et connaît une tendance croissante à l'institutionnalisation et à la procéduralisation⁶¹.

11-1-1 Une procédure fondée sur un accord de volontés des parties pour sa mise en œuvre. Reste que l'arbitrage est fondé pour sa mise en œuvre sur un accord des parties, une convention d'arbitrage. L'article 1442 du Code de procédure civile précise que celle-ci peut prendre deux formes : soit consister en une clause compromissoire, soit en un compromis. Le législateur prend ainsi le soin de définir d'une part, la clause compromissoire comme « *la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou ces contrats* », et d'autre part, le compromis « *comme la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage* ». Comme tout mode alternatif de résolution des différends il a, d'un point de vue procédural, un caractère volontaire fondé, d'un point de vue contractuel, sur une clause pour un litige à naître ou sur un compromis pour un litige né. L'arbitrage est ainsi conventionnel par sa source et juridictionnel par son objet.

11-1-2 Une procédure contentieuse prenant pour objet un jugement privé. L'objectif de l'arbitrage se matérialise par une solution imposée par l'arbitre aux parties et c'est en cela qu'il consiste en une véritable alternative au juge étatique qui se voit dessaisi du traitement du litige par la volonté des parties. De fait, l'arbitrage se distingue très nettement de la conciliation, de la médiation ou de la procédure participative lesquelles consistent de manière unitaire en des procédures conventionnelles de résolution – non plus contentieuse – mais amiable des différends.

⁵⁸ Sur ce point : E. Glasson, A. Tissier et R. Morel, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Sirey, 3^{ème} éd. 1925_1936, vol. 5, spéc. , n° 1821 ; Ég. H. Motulsky, *Écrits*, t. II, p. 6 s.

⁵⁹ Voy. l'al. 1^{er} de l'art. 1487 CPC : « *La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel cette sentence a été rendue* ».

⁶⁰ Voy. l'art. 1464 CPC.

⁶¹ L. Cadiet, « L'arbitrage et l'évolution contemporaine des modes de règlement des conflits », in Y. Strickler et J.-B. Racine, *l'arbitrage – Questions contemporaines*, p. 29-46, L'Harmattan, 2012 – Ég. Th. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011.

11-2. Conciliation, médiation, procédure participative : des procédures conventionnelles de résolution amiable des différends. L'ensemble de ces procédures partagent un point commun avec la procédure d'arbitrage : le caractère volontaire de leur mise en œuvre. C'est dire qu'elles sont fondées pour leur déclenchement et, nécessairement pour leur mise en œuvre sur un accord de volontés des parties, une convention. Comme toute procédure de justice, elles ont vocation à aboutir, d'un point de vue procédural au règlement du différend.

11-2-1 Conciliation, médiation et procédure participative : des procédures conventionnelles pour leur mise en œuvre. En atteste, l'existence de la convention de procédure participative, contrat spécial, définie à l'article 2062 du Code civil comme « *une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige* ». Une disposition qu'il convient de combiner avec l'article 1544 du Code de procédure civile prévoyant que « *les parties, assistées de leurs avocats œuvrent conjointement, dans les conditions fixées par la convention, à un accord mettant un terme au différend qui les oppose ou à la mise en état de leur litige* ». En d'autres termes, cette convention qui lie les parties aux différends assistées de leur avocat respectif organise la résolution amiable du différend.

Ces dispositions soulèvent la question de la distinction entre la convention permettant d'organiser la mise en œuvre de la procédure de résolution amiable du différend et l'accord mettant un terme au différend.

11-2-2 L'apparente inexistence des conventions de conciliation ou de médiation. Force est de constater que le législateur bien qu'ayant institué de manière plus ancienne la conciliation et la médiation, tout d'abord dans le cadre *judiciaire*, puis dans le cadre *extrajudiciaire*, n'évoque pas l'existence des conventions de conciliation et de médiation et ne leur a consacré aucun régime spécial, à la différence de la convention d'arbitrage ou de la convention de procédure participative. Sans doute cela tient-il aux faits que cette dernière organise une négociation directe de la solution au différend entre les parties et que la conclusion d'un « accord », sans apparente entremise d'un tiers neutre, indépendant, compétent et impartial justifie que la résolution amiable face l'objet de la conclusion d'une convention de procédure participative écrite à peine de nullité visant à sécuriser la procédure en l'absence de tiers « garde-fous ». Toutefois, la procédure participative suppose l'entremise des avocats dans la mise en place d'un travail collaboratif favorisant la résolution amiable du différend.

La question de l'existence de la convention organisant la conciliation ou la médiation se pose donc. En pratique, la conclusion d'une convention, bien souvent orale, intervient entre le conciliateur ou le médiateur – organisant les conditions de la mise en œuvre de la résolution amiable du différend par le processus choisi. Quelle que soit les procédures – de conciliation ou de médiation et excepté en ce qui concerne la conciliation directement menée par le juge – celles-ci supposent, de manière unitaire, que soit posé un cadre pour la mise en œuvre de la résolution amiable différend. Dès lors que la conciliation est déléguée à un tiers par le juge ou qu'elle intervient dans le cadre *extrajudiciaire*, qu'une médiation est proposée ou enjoins par le juge ou au contraire mise en œuvre dans le cadre *extrajudiciaire*, le tiers missionné à la résolution amiable est tenu, afin de garantir l'efficacité de la procédure, d'informer les parties sur son objet et son déroulement, d'y faire consentir les parties, lesquelles doivent adhérer aux principes directeurs de la résolution amiable.

11-2-3 L'existence de leviers conventionnels au déclenchement de la résolution amiable des différends. Par ailleurs, et à l'instar de l'arbitrage, les procédures de médiation et de conciliation peuvent voir leur déclenchement favoriser par des clauses de résolution amiable insérées au sein du contrat liant les parties de manière à anticiper le traitement des différends à naître qui lui sont relatifs. Ces clauses participent, à notre sens, d'une justice par le contrat qui les porte⁶². L'existence de la catégorie des clauses de règlement des différends, lesquelles présentent une certaine diversité soulève la question de la recherche d'une unité de régime pour ce qui concerne les clauses de résolution amiable des différends : clause de conciliation, de médiation, voire de procédure participative. Plus encore, une distinction s'impose entre les conventions permettant de mettre en œuvre la tentative de résolution amiable du différend et les conventions ne servant que de levier à leur conclusion que sont les clauses de résolution amiable des différends : clause de conciliation, clause de médiation et clause de procédure participative.

11-2-4 Diversité des procédures conventionnelles de résolution amiable des différends. Si la procédure participative se distingue d'un point de vue procédural de la conciliation et de la médiation en ce qu'elle consiste en une forme de résolution amiable directe entre les parties et leurs avocats, sans entremise d'un tiers neutre, indépendant, compétent et

⁶² L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, 2^{ème} éd. 2013, n° 50, p. 213 – Voy. ég. A. Albarian et C. Poli, « L'impact de l'extension du domaine des clauses de conciliation sur l'activité du notaire », *Defrénois I*(janv. 2015, n° 1, p. 28.

impartial, nous relevons une véritable confusion entre les procédures de médiation et de conciliation. Celle-ci ressort nettement de la définition légale de la médiation donnée par le législateur à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, texte servant de référence à l'ensemble des procédures de conciliation ou de médiation de droit commun ou spéciales instituées par ailleurs par le législateur. Ainsi par la mise en œuvre volontaire de la procédure de conciliation ou de la procédure médiation, deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, conciliateur ou médiateur. Cette définition, alliée à celle de la convention de procédure participative permet d'affirmer que l'ensemble de ces procédures – conciliation, médiation et procédure participative – consistent en des procédures conventionnelles de résolution amiable des différends. Nous comprenons dès lors que la seule approche procédurale des procédures conventionnelles de résolution amiable des différends trouve rapidement ses limites, car si d'un point de vue procédural, l'objectif poursuivi est de permettre une résolution des différends, au même titre que la procédure devant le juge étatique ou devant l'arbitre, elles s'en distinguent en ce qu'elles tendent à la conclusion d'un accord de volontés des parties mettant un terme au différend, scellant la solution retenue.

B. Le cadre légal des procédures conventionnelles de résolution amiable des différends

12. Une justice hors l'État ?⁶³ Rendue « au nom du peuple français », la justice est traditionnellement conçue comme une expression de la souveraineté nationale par l'intermédiaire des lois appliquées par les juridictions aux cas dont elles sont saisies. À cet égard, seule la loi peut créer de nouveaux ordres de juridiction⁶⁴. Toutefois, le législateur organise les procédures de justice privée. De longue date, une place a ainsi été faite à la justice arbitrale, délimitée par des dispositions imposant le respect de certains principes directeurs du procès et subordonnant l'exécution forcée des sentences arbitrales à leur contrôle préalable par une juridiction étatique⁶⁵. De manière plus contemporaine, pareille reconnaissance et souci d'assurer un cadre sécurisant se manifestent de manière exponentielle en ce qui concerne les procédures conventionnelles de résolution amiable des différends que sont la conciliation, la médiation et la procédure participative.

⁶³ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 207.

⁶⁴ Voy. l'art. 34 de la Constitution du 4 oct. 1958 et Déc. Cons. Const. 61-14 L, 18 juill. 1961, *GDCC*, Dalloz, 12^{ème} éd. 2003, n° 11.

⁶⁵ Pour l'arbitrage en droit interne, voy. les art. 1442 et s. CPC et pour l'arbitrage international, voy. les art. 1504 et s. CPC.

L'idée qui a pu être avancée selon laquelle les MARC se trouvent au cœur de « l'ultra-modernité »⁶⁶ s'est matérialisée au travers de la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle que cette dernière a pris pour objet⁶⁷. D'aucuns trouvent une justification certaine dans les phénomènes de repli de l'État et le recul de la loi abandonnant à la volonté des sujets de nouvelles plages de liberté, y compris celle d'assurer, en dehors des juridictions, la solution des litiges qui les opposent⁶⁸. Du fait de l'intervention des législateurs, tant national qu'europpéen, il apparaît aujourd'hui que ces « modes » doivent trouver des lettres de noblesse. La question se pose de savoir si ces modes consistent en de réelles alternatives à la justice étatique dans la mesure où les dispositions procédurales du droit commun et les droits spéciaux de la résolution amiable des différends permettent leur mise en œuvre aussi bien dans le cadre *judiciaire* alors même que le juge est saisi du litige, qu'*extrajudiciaire*, en dehors de sa saisine. Il s'agirait d'appréhender la justice étatique et la justice amiable de manière complémentaire, comme composantes de la justice moderne, offrant une palette de recours au justiciable afin d'orienter le traitement des différends de manière efficiente.

12-1 Un droit commun procédural de la résolution amiable des différends. Si dès l'édiction du Code de procédure civile, au titre des dispositions liminaires du Code de procédure civile et des principes directeurs du procès, les codificateurs ont conféré au titre de l'article 21, mission au juge de concilier les parties, le législateur est intervenu de manière plus contemporaine afin de développer, au plan procédural, les recours au processus conventionnels de résolution amiable.

12-1-1 Un droit commun procédural de la résolution amiable *judiciaire* et *extrajudiciaire* des différends. Deux socles de règles viennent ainsi encadrer la justice amiable appelant une approche chronologique. Le législateur est tout d'abord intervenu par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 afin d'instituer la médiation et la conciliation au sein des dispositions applicables à l'ensemble des juridictions⁶⁹. Cette loi a servi dans premier temps de texte de référence pour la consécration légale de la conciliation *judiciaire*⁷⁰ et de la médiation

⁶⁶ A. Adeline, « Déjudiciariser les conflits : les enjeux de la médiation, » *Encyclopedia Universalis* 1999, p. 170 s.

⁶⁷ Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, JO 19 nov. 2016, n° 0269.

⁶⁸ J. Chevalier, « Vers un droit post-moderne ? » in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 21 s.

⁶⁹ La loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JO 9 févr. 1995, dite loi Médiation – Voy. ég. Ch. Jarrosson, « La médiation et la conciliation : essai de présentation, *Rev. Dr. et patr.*, déc. 1999, p. 36. et P. Estoup, « Conciliation judiciaire et extrajudiciaire dans les tribunaux d'instance », *Gaz. Pal.* 1986, p. 288.

⁷⁰ Voy. les art. 128 à 131 CPC.

*judiciaire*⁷¹. Ensuite et de manière plus contemporaine, sous l'influence du législateur européen et de l'adoption de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 *portant sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*⁷², un Livre cinquième au Code de procédure civile a été créé regroupant les dispositions relatives à la *résolution amiable des différends*. Le législateur français – dans le cadre de cette transposition opérée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011⁷³ ayant donné lieu au décret d'application n° 2012-66 du 20 janvier 2012⁷⁴ – ne s'est pas contenté d'intégrer des règles relatives à la médiation civile et commerciale, mais a veillé à instituer un ensemble de recours *extrajudiciaires* à la résolution amiable que sont les conciliation et médiation dites « *conventionnelles* »⁷⁵, ainsi que la procédure participative. Concernant cette dernière, inspirée de la pratique anglo-saxonne du droit collaboratif, le législateur avait déjà ouvert la voie à cette nouvelle procédure de résolution amiable en adoptant la loi « *Béteille* » du 22 décembre 2010⁷⁶, sur proposition du Rapport Guinchard⁷⁷, créant un titre XVII au Livre III du Code civil intitulé « *De la convention de procédure participative* » constitué des articles 2062 et suivants. Par ailleurs, deux dispositions servant la consécration d'un droit commun procédural des résolutions *judiciaire* et *extrajudiciaire* des différends doivent être relevées. Tout d'abord, un relais entre la résolution amiable *extrajudiciaire* et la résolution amiable *judiciaire* a été institué par le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015⁷⁸ à l'article 127 du Code de procédure civile chapeautant les dispositions relatives aux conciliation et médiation *judiciaires*. Ensuite, l'article 2238 du Code civil organise la suspension de la prescription afin de donner pleine efficacité à la résolution amiable des différends, que celle-ci intervienne par médiation, conciliation ou procédure participative dans le cadre judiciaire.

⁷¹ Voy. les art. 131-1 à 131-15 CPC – Voy. ég. G. PLuyette, « La médiation judiciaire, » *Gaz. Pal.* 1998, doct. 702 s.

⁷² Dir. 2008/52/CE du 21 mai 2008 *sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, transposée en droit français par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011.

⁷³ Ord. n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 *portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, JO du 17 nov. 2008, n° 0266.

⁷⁴ Décr. n° 2012-66 du 20 janvier 2012 *relatif à la résolution amiable des différends*, JO n° 0019 du 22 janvier 2012

⁷⁵ J.-M. Bret, *Le cadre juridique du processus de médiation*, préf. G. Planès, éd. Médias et Médiations, 2015 – Voy. ég. S. Bensimon (dir.), *Art et technique de la médiation*, LexisNexis Litec, 2004 – Voy. ég. J-B Dagnaud, J.-G. Lieberherr et M. Guillaume, *Du bon usage de la médiation*, éd. Descartes&Cie, 2018 et des mêmes auteurs, *Plaidoyer pour la médiation*, éd. Descartes&Cie, 2017.

⁷⁶ Loi n° 2010-1609 du 22 déc. 2010 *relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires*, JO 23 déc. 2010, n° 0297, p. 22552.

⁷⁷ Rapport S. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, remis le 30 juin 2008 au garde des Sceaux et ministre de la Justice, La documentation française, juill. 2008.

⁷⁸ Décr. n° 2015-282 du 11 mars 2015 *relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends*, JO du 14 mars 2015, n° 0062.

12-1-2 L'émergence d'un droit au recours effectif à la résolution amiable. Semblant venir parachever cette création d'un véritable droit commun procédural *judiciaire* et *extrajudiciaire* de la résolution amiable des différends attestant de l'émergence progressive d'un droit au recours effectif à la résolution amiable, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle*⁷⁹, a fait de la procédure participative, initialement conçue comme une procédure de résolution amiable *extrajudiciaire* des différends, un recours pouvant également être déclenché dans le cadre *judiciaire*.

Mais cette consécration d'une justice amiable fondée sur un droit commun procédural se poursuit, avec l'adoption d'un nouveau projet de réforme de la justice. Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, après engagement par le Gouvernement de la procédure accélérée, a été adopté en première lecture au Sénat le 23 octobre 2018 à une grande majorité⁸⁰. Son élaboration s'est appuyée sur les cinq « Chantiers de la Justice » présentés par le Premier ministre, Monsieur Édouard Philippe et la garde des Sceaux, Madame Nicole Belloubet, le 6 octobre 2017. Le Projet est ainsi articulé autour de principaux axes pour bâtir une justice efficace, rapide et accessible à tous sur l'ensemble du territoire.

Le projet de loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la Justice a été déposé le 24 octobre à l'Assemblée nationale et renvoyé à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République. La première lecture du Projet à l'Assemblée a débuté le 19 novembre par un compte rendu intégral. Ce texte aborde très rapidement dès son Titre second la simplification de la procédure civile. C'est dans le cadre d'une redéfinition du rôle des acteurs du procès qu'un Chapitre Ier est consacré à « *Développer la culture du règlement amiable des différends* ». Outre le souci d'imposer aux personnes proposant, de manière rémunérée ou non, un service de conciliation, de médiation, ou de tout moyen de résolution amiable des litiges leur mise en conformité avec les obligations relevant du Règlement général sur la protection des données personnelles⁸¹, ainsi que l'innovation tenant à l'admission de la sentence arbitrale rendue sous forme électronique dès lors que les parties ne s'y opposent aucunement, plusieurs modifications de la loi n° 25-125 du 8 février

⁷⁹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle*, JO du 19 nov. 2016, n° 0269.

⁸⁰ 228 voix pour et 19 contre.

⁸¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 *relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)*, JO du 4 mai 2016, L 119, p. 1.

1995, texte de référence de l'émergence d'un droit commun procédural de la résolution amiable des différends, présentée comme « fondatrice en la matière »⁸² sont proposées.

Certaines ont déjà été supprimées en première lecture au Sénat, au titre desquelles : en premier lieu, la proposition de suppression de l'alinéa premier de l'article 22-1 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 selon lequel « *un médiateur ne peut être désigné par le juge pour procéder aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi en matière de divorce et de séparation de corps* »⁸³ ; en second lieu, la proposition imposant une modification de la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle et consistant à instaurer une obligation de tentative de résolution amiable soit par conciliation menée par un conciliateur de justice, soit par médiation ou encore par procédure participative, lorsqu'une demande tend au paiement d'une somme n'excédant pas un certain montant ou relative à un conflit du voisinage. Cette dernière proposition était intéressante à deux égards. Tout d'abord parce qu'elle instaurait une sanction en cas de non-respect de l'obligation de tentative préalable de résolution amiable : l'irrecevabilité de la demande en justice pouvant être relevée d'office par le juge. Ensuite, parce qu'elle prévoyait des exceptions : dans le cas où l'une des parties sollicitait l'homologation de l'« accord », sous-entendant qu'un accord amiable puisse intervenir sans le recours à une procédure de résolution amiable directement entre les parties ; mais encore dans l'hypothèse de la justification d'un motif légitime ou l'existence d'une disposition particulière imposant au juge de procéder lui-même à la tentative de conciliation. Reste que l'article 22-1 devrait être modifié à son second alinéa et disposé qu'« *en tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, le juge peut s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un médiateur qu'il désigne et qui répond aux conditions prévues par décret en Conseil d'État. Celui-ci informe les parties sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation* »⁸⁴. Cette modification a pu être justifiée par l'argument d'« *une promotion du recours aux modes alternatifs de règlement des différends [impliquant] toutefois d'étendre l'offre en la matière ; il convient à cet effet d'énoncer les obligations pesant sur les prestataires offrant en ligne des services de conciliation, médiation ou arbitrage. Ceux-ci doivent en effet veiller à ce que la personne physique chargée de procéder à la résolution amiable respecte les obligations d'impartialité,*

⁸² Voy. les motifs du texte du Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, déposé en procédure accélérée, enregistré à la présidence du Sénat, le 20 avril 2018, spéc. en ce qui concerne l'art. 2 du Projet de loi.

⁸³ Une proposition qui se voulait cohérente avec la suppression de l'audience de non conciliation.

⁸⁴ L'actuel art. 22-1 de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995 dispose que « *dans les autres cas de tentative préalable de conciliation prescrite par la loi, le juge peut, s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un médiateur qu'il désigne et qui répond aux conditions prévues par décret en Conseil d'État. Celui-ci informe les parties sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation* ».

de compétence et de diligence. La solution proposée ne pourra résulter exclusivement d'un algorithme ou d'un traitement automatisé. Il convient par ailleurs de préciser que les personnes qui concourent à la fourniture et au fonctionnement de ces services sont tenues au secret professionnel. Les services satisfaisant à ces obligations pourront obtenir une certification par un organisme accrédité »⁸⁵. Un droit au recours effectif à la résolution amiable des différends trouvant son fondement dans la loi n° 1995-125 du 8 juillet 1995 impose ainsi le respect de principes directeurs, au titre desquels, la compétence, l'impartialité et la diligence des tiers missionnés, ainsi que le principe de confidentialité.

Les propositions du projet de loi de programmation 2019-2022 et de réforme de la justice attestent d'une unité fondamentale aux procédures de résolution amiable des différends – conciliation, médiation et procédure participative – notamment au regard des obligations communes qui pèsent sur les tiers missionnés à la résolution amiable des différends : conciliateur, médiateur et avocats collaboratifs dans le cadre de la procédure participative. Néanmoins, nous pouvons légitimement nous interroger sur cette « solution proposée ». Les tiers missionnés à la résolution amiable des différends doivent-ils émettre des propositions de solution au différend ? Et quelle serait alors la valeur juridique de cette proposition de solution ? Les procédures de résolution amiable des différends ne doivent-elles pas aboutir à un accord mettant un terme au différend construit par les parties elles-mêmes, si tant est qu'elles soient assistées dans cette démarche par un tiers missionné conciliateur, médiateur ou avocats collaboratifs ? Dans la mesure où l'ensemble de ces procédures présentent un objectif commun – la résolution d'un différend par la conclusion d'un accord de volontés des parties – les tiers missionnés sont-ils parties à l'accord ? Des problématiques devant être étendues aux procédures spéciales de résolution amiable des différends.

15-2 La multiplication des droits spéciaux de la résolution amiable des différends.

Outre la création d'un droit commun procédural de la résolution amiable des différends dont les recours peuvent être mis en œuvre dans le cadre *judiciaire* ou *extrajudiciaire*, le législateur est allé encore plus loin en créant des droits spéciaux de la résolution amiable des différends et ce, avant même l'adoption du texte fondateur de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 dite « loi médiation ». Ces droits développés dans certains domaines, consistent tantôt en des droits

⁸⁵ Voy. les motifs du texte du Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, déposé en procédure accélérée, enregistré à la présidence du Sénat, le 20 avril 2018, spéc. en ce qui concerne l'art. 2 du Projet de loi.

spéciaux de la résolution amiable *judiciaire* des différends, tantôt en des droits spéciaux de la résolution amiable *extrajudiciaire*.

15-2-1 Dans le cadre *judiciaire*. En droit du travail tout d'abord, ont ainsi été instituées en premier temps la conciliation⁸⁶ puis la médiation en matière de conflits collectifs du travail par le décret n° 55-1478 du 5 mai 1955⁸⁷. En second temps, la conciliation dite obligatoire en matière de conflits individuels du travail aujourd'hui codifiée aux articles L. 1423-12 et L. 1423-13 du Code du travail a été consacrée jusqu'à ce que les magistrats développent eux-mêmes dans les prétoires le recours à la médiation telle que prévue par la loi n° 95-125 du 8 février 1995. Ces procédures, et en particulier la médiation, se présentent de manière contemporaine, comme des modes innovant en matière de risques psychosociaux⁸⁸. La conciliation a également trouvé place en droit des entreprises en difficulté, héritière du règlement amiable instituée par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984⁸⁹, laquelle tend à la conclusion d'un « *accord amiable* » entre le chef d'entreprise débiteur et ses créanciers. En droit de la famille, la conciliation et la médiation se sont également développées en matière de divorce ainsi qu'en matière d'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale et plus largement en matière familiale. Enfin, les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle ont veillé à instituer la médiation dans le cadre des actions de groupe lesquelles étaient déjà prévues par la loi Hamon du 17 mars 2014⁹⁰. L'ensemble des branches du droit semble être concernées.

15-2-2 Dans le cadre *extrajudiciaire*. Les procédures de résolution amiable ont connu ou connaissent également un formidable développement, dans des domaines pourtant souvent marqués par l'ordre public de protection. Pareil phénomène est constaté en ce qui concerne la résolution amiable extrajudiciaire pouvant être mise en œuvre alors que le juge n'est pas encore saisi du litige : médiation en matière de harcèlement moral au travail, médiation en matière d'exécution ou de résiliation du contrat d'apprentissage ; conciliation pour les litiges relatifs

⁸⁶ Codifiée aux art. L. 2522-1 à L. 2522-7 Ctrav.

⁸⁷ Décr. n° 55-1478 du 5 mai 1955 *Engagement de la procédure de médiation pour favoriser la conclusion de conventions collectives et d'accords salariaux*, JO du 6 mai 1955, p. 4493 et aujourd'hui codifiée aux art. L. 2523-1 à L. 2523-10 CTrav.

⁸⁸ J.-M. Bret, *La médiation : un mode innovant de gestion des risques psychosociaux*, Qualité de vie/souffrance au travail, Que peut la médiation ?, éd. Médias et Médiations, 2016.

⁸⁹ Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 *relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*, JO du 2 mars 1984, p. 751.

⁹⁰ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 *relative à la consommation*, JO du 18 mars 2014, n° 0065 – Voy. ég. L. Schenique, « Action de groupe : le recours à la médiation, un point point de la nouvelle loi ? », *Dalloz Actualité*, 6 déc. 2016.

aux inventions du salarié ; processus de résolution amiable en matière de différends relatifs au contrat de travail du notaire salarié ; conciliation relative aux litiges relatifs au contrat de travail du marin ; conciliation en matière d'indemnisation des accidents médicaux ; conciliation en matière de baux ; médiation du crédit aux entreprises ; médiations en matière de responsabilité sociétale des entreprises ou encore médiations en matière industrielle et de sous-traitance.

15-2-3 La gestion optimisée des différends en droit des affaires. En ce domaine, la résolution amiable extrajudiciaire s'est développée à pas feutrés, sous couvert du principe de confidentialité. Les entreprises cherchent en effet à préserver les relations qu'elles ont établies avec leurs clients et partenaires⁹¹. Soumettre un litige au juge étatique implique nécessairement l'échec de la phase précontentieuse, celle des négociations. En conséquence, les entreprises s'arment dans le but d'éviter le pire, à savoir un procès qui génère un coût, une rupture des relations commerciales, une possible inadaptation de la solution judiciaire dans le temps et parfois une publicité qui préjudicie à leurs image et réputation⁹². L'absence de statistiques chiffrées relatives à la conclusion d'accords amiables s'explique au regard du principe de confidentialité couvrant le recours aux procédures de résolution amiable des différends et empêchant leur réalisation. Un travail d'importance a néanmoins été mené présentant un état des lieux de l'utilisation des modes alternatifs de règlement des conflits par les entreprises françaises, indirectement révélatrice de la conclusion d'accords amiables. L'enquête ainsi menée et publiée⁹³ par le département contentieux du cabinet d'avocats Fidal en collaboration avec l'*American Arbitration Association* (AAA)⁹⁴ a porté sur un échantillonnage de 70

⁹¹ J. Salzer, M. Fefeü, J.-P. Saubesty, *Guerre et Paix... dans l'entreprise*, Guide pratique de l'utilisateur de la médiation, 2^{ème} éd., Médias et médiations, 2^{ème} éd. 2013.

⁹² Il est, en effet, constaté qu'en temps de crise, un tiers du budget des directeurs juridiques d'entreprise reste consacré aux prestations de cabinet d'avocats.

⁹³ I. Vaugon, R. Naimark, *Vers un management optimisé des litiges : Améliorer les résultats économiques et non économiques de l'entreprise par une gestion avisée des conflits*, juin 2009, dispo. sur le site www.fidal.fr, réalisée sur le modèle de deux enquêtes conduites aux Etats-Unis, d'une part, par l'*American Arbitration Association* en 2003, dispo. sur le site www-adr.org, et, d'autre part par David B. Lipsky et Ronald L. Seeber, *The Appropriate Resolution of Corporate Dispute : Report on the growing Use of ADR by US Corporations*, Ithaca, NY, Cornell Studies in Conflict and Dispute Resolution, Cornell University, 1998 – Réactualisation de l'enquête : I. Vaugon, R. Naimark et M. Appel, *Le management optimisé des litiges : Meilleures pratiques adoptées par les directions juridiques au service de la prévention des risques, de la maîtrise des contentieux et de l'amélioration des résultats économiques de l'entreprise*, juin 2013, ég. dispo sur le site www.fidal.fr – Colloque de présentation, *Dispute-wise business management, 2^{ème} étude, dernières tendances et meilleures pratiques des directions juridiques*, Automobile Club de France, 12 juin 2013 – Ég. A. Bernard, « L'optimisation du contentieux par les entreprises », *D.* 2009, Études et commentaires, n° 25 – Ég. C. Leroy, *L'apport de l'expertise financière de partie dans les litiges économiques : enjeux, avantages et inconvénients*, Étude réalisée par Eight Advisory auprès de directeurs juridiques, d'avocats contentieux et de juges en collaboration avec le Cercle Montesquieu, Association des directeurs juridiques, 24 juin 2014, dispo sur le site www.8advisory.com.

⁹⁴ La collaboration du cabinet Fidal et de l'*American Arbitration Association* a permis de donner une dimension comparatiste à cette étude à travers les pratiques françaises et américaines. Cette étude compare les pratiques

entreprises françaises de toutes tailles, de tous secteurs d'activité, nationales et internationales⁹⁵, afin d'examiner la pratique actuelle des MARC en France – essentiellement médiation et arbitrage – et de mieux connaître la manière dont les entreprises gèrent leurs litiges⁹⁶.

Au regard des résultats de cette enquête, il a été possible de déterminer dans quelle mesure les entreprises françaises ayant une pratique accrue de ces recours tirent effectivement des avantages spécifiques et des gains économiques⁹⁷. De l'avis unanime des praticiens, les avantages d'un recours à la médiation ou à l'arbitrage sont indéniables. Si dans tous les cas le gain de temps est avéré, plus spécifiquement, l'arbitrage permet que le litige soit tranché en toute confidentialité par un juge privé spécialisé. Quant à la médiation, pour ce qui intéresse notre étude, celle-ci présente au surplus du gain de temps dans la résolution du différend, l'avantage d'engendrer à un coût moindre que celui de l'arbitrage et de favoriser une solution construite par les partenaires scellée dans un accord amiable permettant la préservation de la bonne relation avec le partenaire économique. Un ensemble de motivations non négligeable pour les entreprises, tout particulièrement dans une relation commerciale fournisseur-client⁹⁸.

La première enquête publiée en 2009 a ainsi révélé cinq meilleures pratiques d'organisation des directions juridiques des entreprises les plus *dispute-wise*. Celles-ci disposent d'un Management Optimisé des Litiges (MOL) organisé autour de la mise en place d'une politique de gestion des litiges formelle ou informelle, de la formation des équipes juridiques aux MARC, d'un suivi interne des relations et des contrats, d'un recours stratégique

françaises et américaines en matière de gestion des MARC, mettant en exergue leurs avantages communément constatés et décèlent les freins qui nuisent à leur développement

⁹⁵ Parmi ces entreprises, 40% d'entre elles sont cotées ou membres d'un groupe coté, 40% sont de grandes entreprises et 20% sont des PME.

⁹⁶ Trois catégories d'entreprises ont été distinguées selon qu'elles sont plus, moyennement ou moins « *dispute-Wise* ». Est ainsi évalué leur degré de préparation à la gestion des conflits. Schématiquement, les entreprises de l'échantillon se répartissent par tiers. Les entreprises les plus sensibilisées à la gestion des litiges sont les entreprises cotées et les moins sensibilisées sont les PME, les grandes entreprises occupant une position intermédiaire. Il est important de relever que les entreprises les plus « *dispute-wise* », c'est-à-dire ayant une gestion optimisée des litiges, sont présentes dans presque tous les secteurs de marché (Banque, finance, assurance ; Distribution, biens de consommation, agroalimentaire ; Énergie, matière première ; Industrie ; Pharmacie et santé ; Construction ; Services et collectivités ; Transport et logistique ; automobile ; Aéronautique et défense ; Conseil, recherche et développement ; Tourisme ; Télécommunication, médias et publicité).

⁹⁷ Partant, la gestion des risques est devenue une politique à part entière pour les directions générales de certaines entreprises et les *risk managers* se sont depuis imposés aux côtés des directeurs juridiques et financiers.

⁹⁸ En effet, les auteurs observent que « gagner n'est pas le but premier de l'entreprise » adepte de ces pratiques. L'utilisation des MARC « permet non seulement de diminuer le risque et les dépenses exposées par l'entreprise, mais encore de préserver le temps précieux des directions juridiques et surtout de maintenir de bonnes relations (coûteuses à établir) avec les partenaires de l'entreprise ». L'entreprise la mieux préparée « tend à favoriser les MARC et à écarter l'option de la résolution judiciaire, qui implique des coûts plus élevés, ainsi que des retards, aléas, contraintes et tensions ».

aux MARC et enfin d'une politique d'anticipation du recours aux MARC⁹⁹. Le recours stratégique aux MARC – et en particulier à la résolution amiable – peut se développer en interne à l'entreprise avec la mise en place de service juridique spécialisé ou le développement d'une branche dédiée à la résolution amiable et à l'arbitrage au sein du service juridique contentieux de la société. Pour la grande majorité des entreprises, PME et PMI, TPE et TPI, ne disposant pas de moyens techniques et/ou financiers permettant de créer un service interne à la structure, il est néanmoins possible d'externaliser le service de recours aux MARC et d'avoir recours à des institutions.

15-2-4 Les marques de l'unité sous l'apparente diversité des procédures et des différends. Malgré la multiplication des droits spéciaux, le législateur se montre particulièrement attaché au texte fondateur de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 pour définir l'ensemble des processus. Il y procède en renvoyant quel que soit la procédure instituée à la définition de la médiation donnée à l'article 21 de la loi visant « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* ».

La conciliation se trouve ainsi par le jeu de cette définition unitaire, assimilée à la médiation, bien que faisant l'objet de dispositions spécifiques. Une définition reprise au titre de l'introduction, par la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle, de la médiation en matière administrative au visa de l'article L. 213-1 du Code de la justice administrative.

Le projet de programmation 2019-2022 et de réforme de la justice appelle encore des modifications de ce texte fondateur du droit commun procédural de la résolution amiable tant *judiciaire* qu'*extrajudiciaire* des différends. Au surplus, et toujours au titre de l'introduction de procédures spéciales de résolution *extrajudiciaire* des différends, le législateur français a transposé en droit interne, sous l'influence du législateur européen et l'adoption de la directive

⁹⁹ Il apparaît ainsi au terme de cette étude que les directions juridiques des sociétés les plus *dispute-wise* disposant d'un management optimisé des litiges sont plus enclines à être intégrées dans de la conduite opérationnelle, à comprendre les enjeux au sens large de l'entreprise et de l'industrie. Elles passent également beaucoup de temps sur des litiges hautement techniques et complexes et sont impliquées dans des litiges internationaux (dans le but d'éviter le risque généré par l'incertitude entourant les procédures judiciaires étrangères). En ce sens, Commission ouverte sur la Médiation sous la dir. de Mme M. Jaudel, Intervention de Mme A.-M. Guillerme, Directrice juridique grands contentieux l'entreprise Total, « Le réflexe médiation », mars 2012, faisant état de l'existence d'une grille de lecture des litiges et d'une orientation adéquate de leur traitement par voie judiciaire classique, par arbitrage ou par résolution amiable. Ces directions juridiques travaillent ainsi dans un contexte où le management s'attache à préserver davantage les relations et à trouver des compromis plutôt qu'à « gagner » des affaires. À l'inverse, les départements juridiques des sociétés les moins *dispute-wise* voient leur rôle porter davantage sur la rédaction et ont une approche plus conflictuelle des litiges, privilégiant lorsqu'un litige survient, le contentieux traditionnel au détriment des MARC.

2013/11/UE *relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation*¹⁰⁰, la médiation *extrajudiciaire* des litiges de la consommation. Cette dernière est définie par renvoi à la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et marque des avancées importantes au regard de l'obligation d'information relative à l'objet et au déroulement de la résolution amiable à la charge du médiateur, lequel se voit également reconnaître un statut¹⁰¹. Nous trouvons ici les voies d'une consécration d'un droit effectif au recours à la résolution amiable des différends, fondé sur des principes directeurs : certains empruntant au droit au recours effectif au juge que sont les principes d'impartialité, de neutralité, de compétence, d'indépendance des tiers missionnés à la résolution amiable, en particulier en ce qui concerne le conciliateur et le médiateur et aménagés en ce qui concerne les avocats collaboratifs accompagnant à la résolution amiable des différends ; d'autres, relèvent du droit des contrats, au titre desquels figurent le principe de bonne foi, trouvant comme écho procédural, le principe de loyauté mais également le principe de liberté contractuelle garantissant la souplesse de la recherche de la conclusion des accords amiables ; le tout sous l'égide d'un principe spécifique à la résolution amiable des différends, le principe de confidentialité. Autant de principes qui tout en offrant, pour certains les garanties de la justice étatique, permettent une souplesse dans le traitement des différends et litiges justifiant que la justice amiable rayonne au niveau international.

16. Le rayonnement international de la justice amiable. Sociologues, philosophes, juristes se sont interrogés notamment au travers du développement de la médiation¹⁰². S'agit-il d'un phénomène de mode ou d'une nécessité en temps de crise ? Est-elle une réalité pratique ou une utopie ? Est-elle une justice de seconde zone ou pis, une justice dénaturée ? Les auteurs ont une fâcheuse tendance à circonscrire le développement de la justice amiable, sous l'unique prisme procédural et, au surplus qu'au travers d'une procédure en particulier.

Force est de constater, que la résolution amiable des différends fait globalement partie de notre paysage juridique depuis des siècles. Le droit romain connaissait déjà le contrat de transaction en le distinguant de l'arbitrage *ex compromisso*. Pratiquée dès le XIXème par les juges de Paix au sein de leur canton, ancêtres des tribunaux d'instance et des juridictions de proximité aujourd'hui supprimées, la résolution amiable des différends n'est pas un phénomène

¹⁰⁰ Transposée par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 ayant donné lieu au décret d'application n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 *relatif à la médiation des litiges de la consommation*, JO n° 0253 du 31 octobre 2015.

¹⁰¹ C. Poli, « Médiation des litiges de la consommation : vers l'affirmation d'un droit au recours à la résolution amiable des différends », Étude de la transposition en droit français de la directive 2013/11/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation, *REDC*, 2015/2, p. 329.

¹⁰² J.-L. Chabot, S. Gal, Ch. Tournus, *Figures de la médiation et lien social*, Université Pierre Mendès-France, La Librairie des Humanités, éd. L'Harmattan, 2007.

nouveau et ses procédures, des modes à la mode. Cornu soulignait lui-même que « la faveur aux modes amiables est millénaire. Elle est biblique, elle est proverbiale »¹⁰³. La résolution amiable est révélatrice d'une justice moderne, mettant à disposition du justiciable une palette de moyens, processus ou procédures permettant d'aboutir à une solution adaptée à leur différend. Une justice amiable qui trouve des échos au niveau international. Les acteurs français du monde judiciaire et juridique – magistrats, universitaires, avocats, notaires, huissiers – se sont tournés vers d'autres cultures inspirant un changement des pratiques et amorçant un mouvement de réflexion sur la résolution amiable des différends. Les cultures de la Justice amiable se nourrissent les unes des autres et le mouvement de pensée consistant à considérer la Justice autrement, plus globalement, comme à même de permettre un choix éclairé sur les outils de traitement – contentieux et amiables – des différends et un sentiment d'accès à la justice, dépasse le cadre national mais également européen¹⁰⁴. Les québécois théorisent la notion de Justice participative visant une culture intégrative de règlement des différends, définie comme « un cadre d'intervention fondé sur trois valeurs (respect, créativité, proactivité) actualisées dans les trois dimensions (interaction, contenu, processus) d'un mode de prévention et de règlement des différends (PDR) »¹⁰⁵. Les universitaires de l'école américaine de Harvard développent depuis des années des programmes de négociation raisonnée servant aujourd'hui toute mise en œuvre d'une procédure de résolution amiable des différends¹⁰⁶. Des théories qui ne sont pas exclusives de réflexions sur ce que peuvent être les bénéfices de procédures de résolution amiable menées de manière agressives¹⁰⁷. Toutefois, ceux sont toujours bien plus les processus et procédures de résolution amiable qui font l'objet de recherches, que l'accord amiable, spécifique, en tant qu'aboutissement de ces procédures. Nous relevons certes l'existence d'études relatives, en droit comparé, au contrat de transaction, mais celles-ci ne mettent pas forcément en perspective l'enjeu de la mise en œuvre d'une procédure de résolution amiable et sa finalité, tenant à la conclusion d'un accord amiable¹⁰⁸.

¹⁰³ G. Cornu, « Les modes alternatifs de règlement des conflits – rapport de synthèse », *RIDC*, 1997, p. 313.

¹⁰⁴ GEMME-France, *Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaire*, l'Harmattan, 2012.

¹⁰⁵ J.-F. Roberge, *La justice participative, Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, éd. Yvon Blais, 2011, spéc. p. 11 – Adde, L. Casaux-Labrunée et J.-F. Roberge (ss. dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends – Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018.

¹⁰⁶ R. Fischer, W. Ury et B. Patton, *Comment réussir une négociation*, éd. Seuil., 1982, 1984 et 2006 ; Voy. ég. S. Bensimon (dir.), *Art et technique de la négociation*, lexisNexis Litec, 2^{ème} éd. 2003.

¹⁰⁷ W. Ury, *Comment négocier avec les gens difficiles : De l'affrontement à la coopération*, éd. Seuil, éd. 2006 ; A. Albarian, « La « médiation agressive » : oxymore ou émergence d'une médiation d'un nouveau genre ? », *LPA*, 5 juin 2018, n° 112, p. 6.

¹⁰⁸ Pour une étude du contrat de transaction en droit comparé : M. Lachance, *Le contrat de transaction : étude de droit privé comparé et de droit international privé*, Bruylant, éd. Yvon Blais, éd. 2005.

Il est significatif de constater que les procédures de résolution amiable des différends – en particulier médiation et conciliation menées dans le cadre judiciaire – sont mises en œuvre sur l'ensemble des continents¹⁰⁹ : en Europe, en Amérique, en Australie et Asie à l'instar de la médiation populaire en Chine et de la place de la médiation au Japon¹¹⁰, ou encore en Afrique et au Moyen-Orient, en particulier dans l'ensemble du bassin méditerranéen¹¹¹.

Nous engageons à voir dans ce phénomène l'expression de la liberté contractuelle et de l'autonomie des volontés permettant de créer une sorte de langage universel, un standard de la résolution, non pas contentieuse mais amiable des différends. Dans le cadre *extrajudiciaire*, il est encore remarquable de constater la reconnaissance, au plan international de la médiation. L'acte uniforme relatif à la médiation en droit OHADA (l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires) adopté, le 23 novembre 2017, dans le cadre de la réactualisation du droit de l'arbitrage de l'organisation, consacre un droit procédural de la médiation *extrajudiciaire* des différends applicable aux dix-sept États membres de l'organisation¹¹². Et cet acte, dans sa lettre, est révélateur de la dimension tant procédurale¹¹³ que contractuelle de la médiation. Pour ce dernier aspect, si peu développé, références sont faites à la convention de médiation permettant d'organiser la mise en œuvre de la procédure de résolution amiable (article 4 de l'Acte uniforme), ainsi qu'aux accords de confidentialité (article 10). Enfin, certaines dispositions de cet Acte uniforme relatives à la fin de la procédure de médiation sont consacrées à l'« accord » (article 12) ou à l'exécution de l'« accord issu de la médiation » (article 16). Toutefois, cet accord de fin de médiation n'est nullement défini. La question se pose donc naturellement de savoir en quoi consistent juridiquement les accords amiables issus des procédures de résolution amiables des différends ? Ces « modes » de prime abord empiriques, fondée sur une grande liberté, ne trouvent-ils pas leur fondement dans la liberté contractuelle ? Sous leur apparente diversité procédurale, leur unité fondamentale ne

¹⁰⁹ B. Brenneur, *Panorama des médiations dans le monde – La médiation, langage universel de règlement des conflits*, L'Harmattan, 2010 – Voy ég. les actes du colloque, *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?*, Lausanne 14 et 15 nov. 1991, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, éd. Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1992.

¹¹⁰ C. Poli « Regards comparatifs sur les pratiques de la médiation », in Dossier « Regards pratiques sur les MARC, à l'heure de l'Ordonnance du 16 novembre 2011 », *RLDC*, déc. 2011, n° 88, p. 53, spéc. p. 59.

¹¹¹ F. Osman (ss. dir.), *La médiation en matière civile et commerciale : Un nouveau champ d'exploration pour les modes alternatifs de règlement des différends en méditerranée*, Bruylant, 2012.

¹¹² C. Poli « OHADA et médiation : enfin un Acte uniforme consacré à la résolution amiable des différends en droit des affaires », *Revue Lamy en ligne*, Actualités du droit, 5 déc. 2017.

¹¹³ Les rédacteurs de l'acte uniforme utilisent précisément le terme de « procédure de médiation », prévoyant un statut du médiateur (Art. 6), rappelant les principes directeurs de la médiation (art. 8), la question des échanges entre le médiateur et les parties (art. 9), la question de la recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure (art. 11), les causes de fin de la procédure de médiation (art. 12) ou encore, les recours à une procédure arbitrale ou judiciaire (art. 15).

tient-elle pas à leur dimension contractuelle et à l'application du droit des contrats ? Cette diversité des procédures implique-t-elle une diversité des accords amiables ?

II. Les accords amiables objet de la résolution amiable des différends

17. L'amiable au sens de l'accord des parties sur la solution au différend. Le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu attribue un second sens à l'amiable. Si, dans un sens extensif, l'amiable désigne « certains modes de solution des litiges, soit parce que le recours à un tel mode est choisi par les parties en litige, soit parce que la solution procède, même devant le juge, d'un accord entre les parties », le terme signifie, en son premier sens, « issu d'un commun accord » et se dit « de tout acte (convention, constat) que les intéressés établissent eux-mêmes, sans recours à un juge (justice étatique ou arbitre) ou à un auxiliaire de justice ». L'amiable « s'oppose en ce sens à officiel, judiciaire, juridictionnel et donc non seulement à contentieux mais à gracieux »¹¹⁴. L'amiable se définit ainsi tout à la fois comme un commun accord des parties et comme le « mode » choisi pour y parvenir. Toutefois, cette définition manque à notre sens de précision dans la mesure où tout contrat consiste en un accord des parties. Dans un sens trop extensif, il serait possible de voir dans tout contrat, un accord amiable, conclu en temps de paix par les parties. Il convient toutefois de retenir une conception plus restrictive de l'amiable au sens de l'accord des parties. Il s'agit alors de cibler l'accord amiable que nous pouvons définir comme un accord de volontés des parties ayant pour but de terminer le différend né ou à naître. La conclusion de l'accord amiable suppose ainsi la préexistence d'un différend.

17-1 L'absence de définition légale de la notion d'accord amiable. L'accord amiable n'est pas légalement défini. La doctrine n'en donne aucune définition abordant tantôt le contrat de transaction déconnecté de la mise en œuvre d'une procédure de résolution amiable des différends, ou se réfère à l'accord auquel parviennent les parties¹¹⁵, à l'acte de conciliation¹¹⁶ ou encore à l'accord réglant tout ou partie du différend¹¹⁷. La consécration légale d'un droit commun de la résolution amiable judiciaire et extrajudiciaire des différends impose donc de procéder à une identification des accords amiables issus des procédures instituées.

¹¹⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Amiable ».

¹¹⁵ Voy. les art. 21-4 et 21-5 de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995, *préc.* – Voy. ég. l'art 1565 CPC autitre des dispositions générales de la résolution amiable extrajudiciaire des différends.

¹¹⁶ Voy. les art. 130 et 131 CPC en matière de conciliation judiciaire déléguée à un conciliateur de justice.

¹¹⁷ Voy. l'art. 2066 CCiv. dans le cadre du régime de la convention de procédure participative.

17-2 L'« accord amiable » issu de la conciliation en droit des entreprises en difficulté. Si l'on se tourne vers les droits spéciaux de la résolution amiable des différends, la seule référence faite par le législateur à l'« *accord amiable* » est relative à l'objectif de la conciliation en droit des entreprises en difficulté. L'article L. 611-7 du Code de commerce dispose ainsi que « *le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise [...]* ». Cette disposition se concentre sur la mission du conciliateur sans donner de réelle définition à l'accord amiable. Tout au plus pouvons-nous en déduire qu'il s'agit d'un accord de volontés intervenant entre le chef d'entreprise débiteur et ses principaux créanciers – un contrat au sens de l'article 1101 du Code civil – ayant pour but de mettre fin aux difficultés de l'entreprise. En d'autres termes, un accord, amiable, parce que résolutif des difficultés de l'entreprise.

17-3 Le contrat de transaction : un référent désigné à l'accord amiable. Définir l'accord amiable comme un accord de volontés des parties permettant de terminer un différend, appelle un renvoi au contrat de transaction dont le régime a été institué dès l'édiction du Code civil, aux articles 2044. L'alinéa premier de l'article 2044 du Code civil tel que modifié par les réformateurs de la justice du XXIème siècle dispose ainsi que « *la transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation, ou préviennent une contestation à naître* ». L'existence de ce contrat spécial remonte à des temps bien plus anciens que celui qui nous sépare de deux cents ans de l'édiction du Code civil, période n'ayant jamais donné lieu, jusqu'à la réforme de la justice du XXIème opérée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, à une quelconque modification de son régime¹¹⁸. Le contrat de transaction a pu sembler, à cet égard, souffrir d'un certain déficit d'intérêt¹¹⁹.

La transaction était déjà réglementée par le droit romain. Le Code Justinien¹²⁰ ainsi que le Digeste¹²¹ lui consacraient des dispositions lesquelles empruntaient aux sentences

¹¹⁸ W. Dross, « Réformer la transaction ? », *Droits et procédures*, févr. 2014, n° 2, p. 26 – Rapport, *La transaction – propositions en vue de la réforme du Titre XV, Livre troisième du Code civil « Destransactions »*, W. Dross et B. Mallet-Bricout (ss. dir.), La documentation française, Perspectives sur la Justice, 2014 – Adde, B. Mallet-Bricout et C. Nourissat, *La transaction dans toutes ses dimensions*, Actes de colloque, Dalloz, 2006.

¹¹⁹ L. Boyer, *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Th. Toulouse, 1947, n° 1.

¹²⁰ *Code justinien*, Livre II, Titre IV, *De transactionibus*.

¹²¹ *Digeste*, Livre II, Titre XV, *De transactionibus*.

d'Ulpien¹²². La transaction a par la suite été instituée aux Codes Théodosien et Hermogénien, puis utilisée durant toute la période de l'Ancien droit. Bartole, l'un des Post-Glossateurs au XIV^{ème} siècle disait que la transaction était, entre tous les contrats, l'un des plus utiles¹²³. Longuement décrite par Domat¹²⁴, la transaction devait logiquement figurer dans le Code civil. Bigot de Préameneu, l'un des quatre rédacteurs du Code civil, la décrira comme le moyen « le plus heureux »¹²⁵ pour mettre fin aux différends. Néanmoins, malgré cette reconnaissance ancienne et l'intérêt porté par les rédacteurs du Code civil pour le contrat de transaction, les dispositions de son régime spécial ont été rédigées dans l'improvisation et l'approximation, dernières dispositions à être ajoutées au Code, votées le 29 ventôse an XII, à la veille de la promulgation du texte. Les dispositions relatives au contrat de transaction trancheront avec le reste du Code Napoléon et seront critiquées par les civilistes, qualifiées de « lacunaires » et d'« empiriques »¹²⁶. Le régime du contrat de transaction a en effet été très peu discuté au cours des travaux préparatoires, et n'a finalement été intégré dans le code qu'à la demande expresse des tribunaux, notamment d'appel, lorsqu'ils ont été consultés sur le projet de Code civil de l'an IX¹²⁷. La consultation des juridictions étant pour Bonaparte le moyen d'assurer son Code civil d'un soutien auprès des magistrats¹²⁸. La rédaction des dispositions du contrat de transaction est signée de la seule main de Bigot de Preameneu qui, à défaut d'un collège de rédacteurs, s'est attelé à cette réalisation en se référant non pas à Pothier et Domat comme pour le reste des dispositions relatives aux contrats, mais au seul Domat, n'en retenant qu'une conception isolée, Pothier ne traitant pas de la transaction. Ainsi Domat considérait-il que la transaction est valide sans que l'on eût rien à donner ou promettre justifiant ainsi qu'à son

¹²² P.-Y. Gautier, « Sous le Code civil des Français : Rome (l'origine du droit des contrats) » in *1804-2004, Le Code civil. Un Passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, p. 693.

¹²³ Bartole, *In primam Codicis partem. Commentaria. Augustae Taurinorum*, 1589, spéc. vol. t. I^{er}, p. 63 *De transactionibus, lex prima*, §1^{er} - Adde M. Trolong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et y compris le titre de la vente, du cautionnement et des transactions*, Tome dix-septième, Paris, 1846, §1 faisant référence à Bartol.

¹²⁴ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel : le droit public, et Legum delectus*, Coignard 1689, spéc. t. 1^{er}, Livre 1^{er}.

¹²⁵ P. A Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Vidocq 1836, spéc. t. XV, p. 103 – Ég., P. pont, *explication théorique et pratique du Code Napoléon, Commentaire-traité des petits contrats*, Tome II : éd. Delamotte, 1867, n° 451 où la transaction est considérée « depuis les romains jusqu'à nos jours comme le moyen le plus heureux de mettre fin aux différends ».

¹²⁶ A. Jeammaud, « Genèse et postérité de la transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout et C. Nourissat, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 5 s.

¹²⁷ A. Chauleur et J.-L. Halpérin, « Présentation » in *Les Français et leur Code civil : Direction des journaux officiels*, 2004, p. XIII, spéc. p. XV – Adde. C. Pizzio-Delaporte, *De la transaction prévue par le Code civil à la transaction utilisée en droit du travail : réflexions sur une règle en dérive in 1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir, op. cit.*, p. 593, spéc. n° 2 : une singularité puisque les observations des tribunaux ont été très peu suivies par les rédacteurs du Code.

¹²⁸ G. Canivet, « Genèse et histoire du Code civil » in *La vigencia de los 200 anos del Código civil napoleónico en el mundo* ; Congrès de l'Université de Lima, 30 juin 2004, non publié.

origine, la définition de l'article 2044 ne fasse pas des concessions réciproques, une règle de qualification de la transaction¹²⁹.

Alors que Carbonnier présentait comme un « petit contrat » la transaction pour lequel il écrivait qu'« il y a dans l'expression une sorte de mignardise, un appel à sourire, peut-être une provocation à la fantaisie »¹³⁰, le professeur Thomas Clay relève que « la transaction est devenue en véritable moyen de pacification entre les litigants, moyen qui a envahi presque toutes les branches du droit, et qui est utilisée en particulier pour les litiges du travail, du commerce ou de l'assurance »¹³¹. Reste que le contrat de transaction est souvent appréhendé par la doctrine comme un mode alternatif de règlement des litiges à part entière et non comme l'aboutissement de ces modes¹³². C'est dire que les procédures de résolution amiable du différend et le contrat de transaction sont étudiés de manière isolée.

Reste que, le vent de modernisation de la Justice du XXIème soufflé par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a emporté près du tiers des quinze dispositions de ce « petit » contrat, laissant penser que son régime ne tiendrait plus qu'à un fil – celui de son autorité toute particulière – et subsister un noyau dur de neuf dispositions, dont deux seulement connaîtront un ajout et une réécriture. Il convient donc de rechercher ce qui a justifié le maintien dans le Code civil du régime du contrat de transaction et plus encore, se pose la question de son rattachement à la matière procédurale de la résolution amiable des différends.

17-4 Le but du contrat de transaction : résolution de la contestation ou prévention de la contestation. Le contrat de transaction se voit assigner un but bien singulier, revenant en principe à l'acte juridictionnel, au jugement ou à la sentence arbitrale : celui de résoudre le différend, soit qu'il s'agisse de terminer définitivement la contestation née, soit qu'il s'agisse de prévenir définitivement la contestation à naître. Le contrat de transaction consisterait non seulement en un accord amiable, par définition, mais se verrait attribuer, non pas un, mais deux buts. L'accord amiable transactionnel pourrait être résolutif du différend ou préventif du différend. L'unité du but de ces buts tient au caractère définitif de ces résolution et prévention. Car l'accord amiable transactionnel, et l'expression confine certes à la tautologie, emporte un effet tout à fait particulier, reformulé par les réformateurs de la Justice du XXIème siècle : une

¹²⁹ A. Jeammaud, « genèse et postérité de la transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout et C. Nourissat, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 5 s.

¹³⁰ J. Carbonnier, « Variation sur le petits contrats », in *flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 1à ème éd., LGDJ, 2001, p. 339

¹³¹ Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXIème siècle » - Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 », *JCP G*, 28 nov. 2016, n° 48, doctr. 1295.

¹³² Th. Clay, « La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le Code civil », *JCP G*, 21 avr. 2014, p. 492.

autorité de chose jugée, paraphrasée aujourd'hui à l'article 2052 du Code civil davantage appréciée au regard de la nature contractuelle de l'accord amiable transactionnel, « *obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* », le différend, la contestation ou le litige ne pouvant plus être tranché par le juge. Dès lors que le contrat renfermant sa solution est conclu. Une autorité que les réformateurs n'ont pas osé qualifier d'« autorité de chose transigée »¹³³.

17-5 Des accords amiables aménageant les conséquences d'un évènement. Au-delà de résoudre des différends, certains accords revêtant un caractère amiable sont admis par le législateur afin d'aménager les conséquences d'évènement, et ce dans plusieurs branches du droit.

En premier lieu en droit de la famille, particulièrement en matière de divorce, de séparation et d'exercice de l'autorité parentale, une large place est faite depuis la réforme de 2004 aux accords des époux et/ou parents. Ainsi la conclusion de conventions de séparation, de conventions de divorce tant dans le cadre des divorces justement dit par consentement mutuel que dans celui des divorces contentieux ou des conventions aménageant l'exercice de l'autorité parentale est favorisée, voire encouragée notamment par le recours à la médiation et la conciliation. Ces conventions ne sont pas expressément désignées par le législateur comme des accords amiables. Pourtant celles-ci peuvent être perçues comme des accords de volontés – contrat ou convention – permettant d'aménager de manière amiable, c'est-à-dire en laissant aux parties la possibilité de s'entendre en priorité sur l'exercice de l'office du juge qui imposerait une solution, les conséquences d'un évènement : effets du divorce, conséquences de la séparation, aménagement de l'exercice de l'autorité parentale. Des accords amiables aménageant les conséquences d'un évènement pouvant en définitive permettre de prévenir des différends à naître. À cet égard, il convient de relever que ce phénomène a été porté à son paroxysme par la consécration d'un nouveau cas de divorce par consentement *extrajudiciaire*, excluant toute intervention du juge aux affaires familiales pour son prononcé. Les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle ont ainsi instauré le « *divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* ». Sans le désigner comme un divorce *extrajudiciaire*, cette paraphrase révèle que la convention de divorce prend la forme d'un acte sous signature privée soumis au droit des contrats, tel que

¹³³ L. Weiller, *La liberté procédurale du contractant*, Préf. J. Mestre, PUAM, 2004, spéc. n° 540 – Voy. ég. G. Deharo, « L'autorité de chose transigée », *Gaz. Pal.*, 30 nov. et 1^{er} déc. 2005, p. 2.

réformé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016¹³⁴ régi par les articles 1372 et suivants du Code civil. La question peut légitimement se poser de savoir si ces conventions consistent en des accords amiables, d'autant qu'en matière familiale, elles apparaissent parfois comme le fruit de la mise en œuvre d'une procédure de résolution amiable des différends. Car nul doute, que ce domaine reste précurseur dans le développement de la médiation, au même titre que le droit du travail. Le bon sens dicte en effet que époux et/ou parents sont les mieux à même d'apprécier les conséquences de leur séparation, divorce et de juger des conditions d'exercice de leur autorité sur leur progéniture. Reste que toute séparation, divorce génère un conflit conjugal sur lequel le juge n'est pas à même de se prononcer. Pour cela, l'intervention des thérapeutes de couple, les psychologues peuvent prendre le relais. Ce n'est que dans la mesure où le conflit conjugal génère un litige, c'est-à-dire une dimension juridique du conflit que le juge peut être amené à se prononcer. Et c'est là encore constater que même dans l'arène judiciaire, celui-ci est amené à inciter les parties à trouver des accords.

En second lieu, les droits de l'indemnisation des victimes développés depuis l'édiction de la loi dite « Badinter » n° 85-677 du 5 juillet 1985 *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*¹³⁵ favorisent, la conclusion d'accords amiables. Ces accords amiables ont pour but une indemnisation rapide des victimes : indemnisation des victimes d'accident de la circulation ; mais également indemnisation des victimes d'accidents médicaux pour laquelle une Commission de conciliation et d'indemnisation a été instituée¹³⁶ ; ou encore indemnisation des victimes de pollution aux hydrocarbures¹³⁷ et des victimes d'actes terroristes¹³⁸. Ces accords amiables sont particuliers à deux égards, tout d'abord parce qu'ils prennent moins pour but la résolution d'un différend concentré autour de la détermination de la responsabilité de l'auteur, que l'indemnisation des préjudices liés à l'événement. Ainsi assureurs ou Fonds d'indemnisation des victimes peuvent conclure des accords amiables indemnitaires. Des accords amiables indemnitaires particuliers parce qu'ensuite, le législateur les qualifie expressément de contrat de transaction soumis au régime des articles 2044 et suivants du Code civil.

¹³⁴ Ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.*

¹³⁵ Loi 9 sep. 1986 relative à la lutte contre le terrorisme aux atteintes à la sûreté de l'État *JO* du 6 juill. 1985, p. 7584.

¹³⁶ Voy. les art. R. 1142-4-1 et s. CSPub.

¹³⁷ Voy. Loi n° 200'-596 du 24 juin 2004 *autorisant l'approbation du protocole à la convention du 27 nov. 1992 portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par hydrocarbures*, *JO* 2(juin 2004, n° 146.

¹³⁸ Loi n° 86-1020, 9 sept. 1986 *relative à la lutte contre le terrorisme aux atteintes à la sûreté de l'État*, *JO* 1à sept. 1986, n° 0210, p. 10956.

Enfin, en droit du travail – domaine pourtant marqué par l’ordre public de protection du salarié – il est admis que des accords amiables portant sur les conséquences de la rupture du contrat de travail peuvent être conclus. Et force est de constater, que la jurisprudence en matière de contrat de transaction est particulièrement fournie en matière de conflits individuels du travail. Cette jurisprudence révèle ainsi que l’accord amiable intervenant entre le salarié et son employeur dans le cadre de la rupture de son contrat de travail est soumis par les rédacteurs d’actes au régime spécial du contrat de transaction prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil. Cependant, dans le cadre des conflits collectifs du travail, les accords issus de la conciliation ou de la médiation sont qualifiés par le législateur de conventions collectives ou d’accords salariaux ce qui nous ramène à une conception très large de l’accord amiable, au sens où le contrat, de manière générale pourrait, à certains égards être considéré comme un accord amiable conclu en temps de paix, la conclusion de conventions collectives ou d’accords salariaux ne présupposant pas en général l’existence d’un conflit.

Il existerait ainsi une certaine diversité tenant tant au but de l’accord amiable – résolution ou prévention – qu’à la qualification de l’accord amiable, transactionnel ou non. C’est encore soulever la question de savoir en quoi consiste contractuellement un accord amiable non transactionnel : est-il un contrat *sui generis* soumis au seul droit commun des contrats ? Peut-il revêtir des qualifications satellitaires ? Qu’advient-il, face à cette relative diversité, de l’accord amiable porteur d’une erreur sur la qualification qui lui est appliquée et le régime qui en découle ? Mais avant même de pouvoir se poser ces questions, existe-t-il une limite commune à la conclusion des accords amiables, indifférente à sa qualification ?

18. La limite naturelle à la conclusion des accords amiables : l’ordre public. De par sa nature contractuelle, l’accord amiable, que celui-ci revête ou non la qualification de contrat de transaction, est soumis à l’instar de tout contrat, aux impératifs de l’ordre public. L’article 6 du Code civil trouve, à cet égard, pleine application : « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs* ». Et l’écho de cette disposition porte jusqu’aux dispositions réformées par l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2010, ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ayant modifié encore quelques dispositions encore sujettes à discussion. Au titre du contenu du contrat, l’article 1162 précise encore que « *le contrat ne peut déroger à l’ordre public* » et cela, ni au regard de ses stipulations ou prestations qu’il porte, ni au regard de son but, connu ou non des parties. Cette règle trouve encore une résonance dans le cadre des procédures de résolution amiable des différends dont les dispositions procédurales de droit commun rappellent régulièrement qu’une

procédure de résolution amiable des différends ne peut être mise en œuvre, que dans la mesure où les parties au différend jouissent de la libre disponibilité de leurs droits. À cet égard, l'article 21-4 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, texte servant de fondement à l'émergence d'un droit au recours effectif à la résolution amiable des différends dispose que « *l'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition* ».

Une limite somme toute, toute relative puisque le législateur est venu instituer des droits spéciaux de la résolution amiable des différends dans des domaines fortement marqués par l'ordre public que celui-ci soit de direction, comme en matière familial, ou de protection à l'instar du droit du travail ou du droit de la consommation. La limite à la conclusion des accords amiables se réduirait à une peau de chagrin, et nous pensons à cet égard aux droits indisponibles tenant à la nationalité ou à l'état civil des personnes.

Reste que l'article 21-4 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 nous permet de prendre la mesure de l'unité fondamentale de la résolution amiable des différends fondée sur le droit des contrats. Parce que l'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disponibilité, les procédures de résolution amiable, quelles qu'elles soient – conciliation, médiation, procédure participative ou encore droit collaboratif – ne peuvent être mises en œuvre dès lors que les parties ne disposent pas librement de leurs droits. C'est dire que cette règle qui affecte la conclusion de l'accord amiable, s'étend aux procédures qui permettent au-delà de résoudre d'un point de vue procédural le différend, de former c'est-à-dire de négocier et conclure l'accord amiable. Le contrat servant *d'instrumentum* à la résolution du différend. La boucle étant pour ainsi dire bouclée.

III. La recherche d'une unité fondamentale aux accords amiables : objet de l'étude

19. Des procédures conventionnelles. Plus précisément, il convient d'adopter une approche contractuelle des procédures de résolution amiable des différends. La résolution est dite amiable en ce que ces tentatives tendent vers un objectif souhaité, celui de la conclusion d'un accord. En d'autres termes encore, conciliation, médiation ou procédure participative servent un objectif commun celui de la conclusion de l'accord cristallisant la solution au différend, que celui-ci soit né ou à naître. C'est parce que cet accord, aboutissement de la conciliation, de la médiation ou de la procédure participative fige la solution du différend que l'accord peut être qualifié d'amiable. Dès lors, la question de l'identification de l'accord

amiable se pose afin de pouvoir établir une distinction essentielle entre l'accord amiable et les conventions permettant sa formation.

Mais déjà, nous comprenons toute l'ambivalence de la matière sujette à notre étude. Nous constatons en effet, par ces premières mises en ordre, que les procédures de résolution amiable des différends révèlent un phénomène de procéduralisation de la conclusion de l'accord amiable, laquelle sous-tend une contractualisation des étapes de sa formation. À ce titre, la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016¹³⁹ ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018¹⁴⁰ apporte un éclairage nouveau. Les réformateurs du droit des contrats ont en effet consacré des solutions jurisprudentielles au titre de la formation du contrat en prévoyant les règles applicables aux étapes de la conclusion du contrat consistant en, d'une part, la phase des négociations¹⁴¹ et d'autre part, la phase de rencontre de l'offre et de l'acceptation formant le contrat¹⁴².

20. Une contractualisation de la formation de l'accord amiable. En se départissant d'une approche procédurale, il devient alors possible d'analyser les procédures de résolution amiable des différends comme une contractualisation de la formation ou des « pourparlers » de l'accord amiable. C'est sans doute à ce titre qu'il est possible de parler de justice négociée.

En effet, tout comme l'arbitrage, la conciliation, la médiation, la procédure participative légalement instituées sont fondées pour leur mise en œuvre sur un accord de volontés des parties : conventions de conciliation, de médiation, de procédure participative ou collaborative. Ces conventions servent la formation de l'accord amiable résolutif ou préventif du différend, desquelles elles doivent être soigneusement distinguées.

Par ailleurs, les procédures volontaires de résolution amiable des différends se distinguent de l'arbitrage consistant pour sa part en une procédure conventionnelle de résolution contentieuse du différend. De fait, l'arbitrage doit être exclu de notre étude, bien qu'il puisse servir, nous le constaterons en particulier au regard du régime de la clause compromissoire, de modèle révélateur d'une unité dans le déclenchement de la formation procéduralisée de l'accord amiable. Les procédures conventionnelles de résolution amiable sont

¹³⁹ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JO du 11 févr. 2016, n° 0035.

¹⁴⁰ Loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018 *ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JO 21 avr. 2018, n° 0093, entrée en vigueur au 1^{er} oct. 2018.

¹⁴¹ Voy. les art. 1112 à 1112-2 CCiv.

¹⁴² Voy. les art. 1113 à 1122 CCiv.

en effet toutes entières contractuelles, tant dans leur mise en œuvre que par l'objectif qu'elles servent.

21. L'intérêt de la contractualisation de la formation de l'accord amiable. Les conventions de conciliation, de médiation, de procédures participatives se distinguent de l'accord amiable lequel renferme la solution au différend. Toutefois, dans la mesure où elles nécessitent le consentement et la capacité des parties au différend afin de permettre la mise en œuvre de la procédure de résolution amiable, elles préparent la conclusion de l'accord amiable pour lequel la capacité et le consentement sont également requis. Mais plus encore, en ce qui concerne leur contenu, elles viennent contractualiser des principes directeurs de la résolution amiable permettant de diriger les négociations du différend et la rencontre d'une offre et d'une acceptation sur la solution trouvée par les parties.

Dans cette quête de solution – d'une recherche efficace de la solution construite par l'autonomie des volontés des parties – ces conventions lient également les tiers missionnés, lesquels dès leur désignation sont tenus à une obligation d'information sur l'objet et le déroulement de la procédure de résolution amiable. Par ces conventions, les tiers s'engagent tout comme les parties au différend au respect des principes directeurs du droit au recours effectif à la résolution amiable. Comme le relève le professeur Loïc Cadiet¹⁴³, ces principes directeurs d'une justice qu'il qualifie de contractuelle, et plus spécialement de justice par le contrat s'inspirent pour certains du droit au procès équitable tels que le principe de loyauté s'imposant aux parties, pour d'autres tiennent aux garanties exigées des tiers missionnés (impartialité, neutralité, compétence). Reste qu'un principe demeure totalement spécifique à l'ensemble des processus conventionnels de résolution des différends : le principe de confidentialité, lequel s'applique également à l'arbitrage. Plus encore, les procédures de résolution amiable des différends, parce que toute entière contractuelles, suppose le respect de la liberté contractuelle. Cette liberté signifie qu'à tout moment de la tentative de résolution amiable des différends, quelle que soit la procédure ayant été mise en œuvre, les parties comme les tiers missionnés peuvent y mettre un terme. Imprégnées du droit commun des contrats, les procédures de résolution amiable des différends sont au surplus soumises au principe de bonne foi, pendant du principe procédural de loyauté.

¹⁴³ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 52 s, p. 222 s.

22. Le premier constat d'une diversité des accords amiables. S'il est possible de rechercher une unité fondamentale à l'ensemble des procédures de résolution amiable des différends en ce qu'elles consistent en des procédures conventionnelles, une certaine diversité des accords amiables qui en sont issus persiste. Dans certains domaines, le législateur impose une qualification à l'accord amiable : transactionnel en matière d'indemnisation des victimes, ou qualification satellitaire à l'instar de l'accord issu de la conciliation ou de la médiation en matière de conflits collectifs du travail légalement qualifié de convention collective ou accord salarial. D'autres encore prennent moins pour objet la solution à un différend, que l'aménagement des conséquences d'un événement : divorce, exercice de l'autorité parentale, rupture du contrat de travail, accident. Reste que le contrat de transaction se présente comme un référent à l'accord amiable. La question se pose donc simplement en ces termes : si tout contrat de transaction consiste en un accord amiable, tout accord amiable est-il nécessairement un contrat de transaction ?

23. Plan de l'étude.

L'unité fondamentale de la résolution amiable des différends malgré une apparente diversité des procédures permettant sa mise en œuvre doit être recherchée. L'approche procédurale révèle en effet une grande diversité des procédures. Il convient toutefois de ne pas perdre de vue que ces dernières tendent vers un objectif commun contractualisé : la conclusion de l'accord amiable. Amiable parce que venant cristalliser la solution au différend que les parties ont recherchée dans le cadre de la mise en œuvre de la résolution amiable du différend, et ce, quel que soit la procédure choisie pour y parvenir. C'est dire que les procédures de résolution amiable des différends permettent la conclusion du contrat par le contrat. L'unité tient alors à ce que l'on recherche, une solution négociée et contractualisée. À cet égard, l'amiable, au sens de l'ensemble des procédures conventionnelles de résolution amiable des différends est un formidable ferment de l'unité (**Partie I**). Cette unité semble toutefois imparfaite en ce que l'accord amiable conclu au terme de la mise en œuvre de ces procédures conventionnelles présente une certaine diversité tant au regard de son but – résolution, prévention, aménagement – que sur le plan de sa qualification contractuelle – transaction, contrat *sui generis*, qualifications satellitaires – de nature à impacter son régime. Mais c'est sans compter sur le rôle fédérateur du droit commun des contrats qui de par son emprise vient tempérer cette diversité des accords amiables (**Partie II**).

PREMIÈRE PARTIE

LE FERMENT DE L'UNITÉ : L'AMIABLE

24. Définir l'amiable. L'amiable désigne tout à la fois un objectif et les moyens juridiques d'y parvenir. Appréhendé comme objectif, l'amiable se définit comme l'acte, l'accord de volontés des parties permettant d'un point de vue procédural, de résoudre ou de prévenir la survenance du différend. Cet accord de volontés est qualifié d'« amiable » en ce qu'il renferme, une solution au différend. L'accord amiable est donc par nature contractuel bien que servant un objectif procédural : la résolution du différend.

L'amiable se définit également, d'un point de vue procédural, comme l'ensemble des recours consacrés par le législateur permettant la résolution des différends autrement dénommés comme des *processus ou procédures de résolution amiable des différends*. Ceux-ci ont, d'un point de vue contractuel, d'une part, pour objectif commun, la conclusion de cet accord qualifié d'« amiable » parce que renfermant la solution du différend et, d'autre part, pour objet commun, la recherche, et plus précisément la négociation de cette solution appelée à être consacrée par la volonté des parties. L'amiable implique ainsi une double approche.

25. L'approche procédurale. Conçus comme des recours « alternatifs » au recours au juge compétent du litige, conciliation, médiation, procédure participative ou encore droit collaboratif, sont traditionnellement abordés comme des recours permettant le règlement du différend. Le législateur a ainsi largement développé ces recours, côtoyant ceux relatifs aux juge et arbitre, en consacrant un droit commun et des droits spéciaux de la résolution amiable des différends. Ces processus ou procédures présentent une unité quant à leur objectif, celui de la résolution du différend par la conclusion d'un accord de volontés des parties : un contrat. De ce point de vue procédural, la formation et la conclusion de l'accord amiable se procéduralise.

26. L'approche contractuelle. L'objectif commun des processus et procédures de résolution amiable des différends, quels qu'ils soient, étant, d'un point de vue contractuel, la conclusion d'un contrat, particulier puisque *instrumentum* de la résolution du différend, il est possible de rechercher sous une apparente diversité des recours, l'application d'un régime contractuel unitaire. L'objet contractuel commun à l'ensemble des processus ou procédure de résolution amiable des différends consiste, en effet, à permettre une *tentative de formation et de conclusion de l'accord amiable*.

Nous proposons en conséquence d'aborder les *procédures de résolution amiable des différends* tels que développées et consacrés par le législateur, afin d'identifier leur objectif contractuel commun : l'accord amiable (**Titre I**). Il deviendra alors possible d'analyser la dimension contractuelle des *procédures de résolution amiable des différends*. (**Titre II**).

TITRE I – L’objectif commun des procédures de résolution amiable des différends

27. Les problématiques liées à l’identification de l’accord amiable. Par trop appréhender l’ « amiable » d’un point de vue procédural – désigner de manière générique comme la *résolution amiable des différends* – il devient difficile d’identifier le contrat renfermant la solution du différend. Le législateur a largement introduit les recours à des *procédures de résolution amiable des différends*, et par la même favoriser la possibilité pour les parties de conclure un accord amiable ayant pour objet de renfermer la solution du différend. Cette approche est néanmoins essentielle, et doit nous permettre de prendre la mesure de la place faite, en droit, à l’accord amiable. Face à la grande diversité de ces recours institués, tant dans le cadre *judiciaire* qu’en dehors de toute saisine du juge compétent, de manière *extrajudiciaire*, il apparaît nécessaire d’identifier l’accord amiable. Plusieurs interrogations guident cette analyse.

Au titre de la formation de l’accord amiable, il s’agit de s’interroger sur le point de savoir si d’une part, la diversité des processus et procédures institués dans l’ensemble des domaines du droit génère une formation variable de ce contrat, et si, d’autre part, leur mise en œuvre implique certains accords entre les parties, la conclusion de contrats se distinguant de l’accord amiable.

Au titre de la conclusion de l’accord amiable et de son existence, nous devons rechercher dans quelle mesure le législateur a entendu soumettre l’accord amiable à un régime contractuel particulier.

28. Comment procéder à l’identification de l’accord amiable ? L’analyse de l’ensemble des dispositions légales relatives à la résolution amiable des différends est essentielle. Elle permet de rechercher les marqueurs de l’objectif contractuel commun à l’ensemble des processus ou procédures instituées. Une identification de l’accord amiable rendue complexe par l’affirmation au plan procédural d’un *droit commun de la résolution amiable des différends* (**Chapitre I**), lequel n’est pas exclusif du développement de *droits spéciaux de la résolution amiable des différends* innervant l’ensemble des branches du droit (**Chapitre II**).

Chapitre I - L'accord amiable : objectif contractualisé du droit commun procédural de la résolution amiable des différends

29. Une politique législative. Le législateur français a entrepris de revaloriser le développement contemporain des *processus de résolution amiable des différends* dans les années 90's afin de servir un objectif de prime abord procédural – résoudre les différends – par des processus ou procédures autres que contentieux. Depuis plusieurs décennies, les critiques récurrentes adressées à l'encontre des procédures *judiciaires*, quel que soit leur domaine portant sur la complexité des procédures, leur durée ainsi que leur coût, ont amené, non seulement le législateur français, mais également le législateur européen, à s'interroger sur la nécessité de porter des réflexions sur les alternatives au traitement contentieux des différends et litiges. Des préoccupations qui s'élèvent également au niveau international avec l'adoption contemporaine de normes faisant écho à l'unité de régime du droit au recours à la résolution amiable émergeant en droit français¹⁴⁴. Servant cet objectif de justice, c'est donc naturellement, sur le versant procédural, que les dispositions légales ont été développées afin de prévoir le « recours » et quelques règles de déroulement aux « *processus* » ou « *procédures* » de *résolution amiable des différends*. Malgré leur aspect procédural, ces processus visent, d'un point de vue contractuel, à conclure un accord qualifié d'amiable parce que renfermant la solution du différend.

30. Une variété de règles procédurales. Le *droit commun procédural de la résolution amiable des différends* s'organise au travers de trois corps de règles présents au sein du Code de procédure civile. Le premier a été institué par la promulgation de la loi n° 95-125 du 8 février 1995¹⁴⁵ venue organiser, à ses articles 21 à 26 et sans distinction, « *la conciliation et la médiation judiciaires* ». Les dispositions générales de ce texte applicables à l'ensemble de la résolution amiable des différends, constituent aujourd'hui et plus largement, le fondement d'un *droit au recours à la résolution amiable des différends (Section I)*.

Néanmoins, à la suite de cette promulgation, les processus de conciliation et de médiation *judiciaires* n'ont pas manqué de faire l'objet de développements, au travers de deux

¹⁴⁴ Voy. l'adoption à Conakry le 23 nov. 2017 d'un Acte uniforme relatif à la médiation par le Conseil des ministres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) ; C. POLI, « OHADA et Médiation : enfin un Acte uniforme consacré à la résolution amiable des différends en droit des affaires », site Actualités du droit, rubrique Afrique, Wolters Kluwer, 5 déc. 2007.

¹⁴⁵ Loi n° 95-125 du 8 févr. 1995 *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, JO 9 févr. 1995, n° 34 p. 2175.

corps de règles distincts dans le code de procédure civile. Le législateur a tout d'abord opéré, en étroite liaison avec la loi de 1995 une distinction entre le processus de conciliation *judiciaire* préexistant et celui de médiation *judiciaire*. Ensuite, plus récemment sous l'influence du législateur européen, les recours aux processus de médiation et de conciliation ont été étendus au cadre *extrajudiciaire*, élargis à un nouveau recours, la procédure participative (**Section II**). Dès lors, cette grille de lecture des dispositions légales favorables au recours à différents processus ou procédures de résolution amiable des différends doit nous permettre d'œuvrer à une identification de l'accord amiable.

Section I – L'émergence d'un droit au recours à la résolution amiable des différends

31. Le pendant du droit au recours au juge. D'un point de vue procédural, le développement des dispositions procédurales relatives à la résolution amiable des différends atteste de l'existence d'un droit « alternatif » au règlement des contentieux, pendant au droit au recours au juge : le *droit au recours à la résolution amiable des différends*. Le législateur français a ainsi discrètement érigé la loi médiation de 1995, prévoyant initialement la résolution amiable des différends par recours à la conciliation et à la médiation *judiciaires* (**Sous-Section I**), en un texte de référence pour le développement contemporain des processus de résolution amiable des différends, laquelle est élargie à la sphère *extrajudiciaire* (**Sous-Section II**). C'est donc en premier lieu par l'analyse de ce texte fondateur qu'il convient de procéder à une identification de l'accord amiable. En effet, d'un point de vue contractuel, ce *droit au recours à la résolution amiable des différends* se traduit par un *droit au recours à une tentative de conclusion de l'accord amiable*.

Sous-Section I – La loi « médiation » : une initiative dans le cadre *judiciaire*

32. Le développement de la résolution amiable des différends déléguée à des tiers. L'adoption de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 a marqué en droit français l'évolution contemporaine de la résolution amiable des différends. Celle-ci n'était pas ignorée du législateur, lequel reconnaît au titre des principes directeurs du procès et depuis longue date au visa de l'article 21 du Code de procédure civile, le pouvoir au juge de concilier les parties. Il est toutefois devenu nécessaire, dans un souci de désengorgement des juridictions et par bon sens –

« un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès »¹⁴⁶ – de développer la mise en œuvre par des tiers missionnés – conciliateur, médiateur – des tentatives de résolution amiable des différends. Pour se faire, elles ont été instaurées en premier temps dans le cadre *judiciaire* alors même que le juge se trouve saisi du litige. Cette loi apparaît comme le fondement du droit au recours aux conciliation et médiation *judiciaires* (§1). L'analyse de ce texte permet de cerner l'objet et l'objectif communs à ces procédures de résolution amiable des différends (§2).

§1. Le fondement du recours aux conciliations et médiations *judiciaires*

33. Des dispositions applicables à l'ensemble des juridictions. En promulguant la loi n° 95-125 du 8 février 1995, dite loi « médiation », le législateur a inséré, au sein du Livre Ier du Code de procédure civile regroupant les « *dispositions communes à toutes les juridictions* », des dispositions relatives à *la conciliation et la médiation judiciaires*.

34. Deux procédures de résolution amiable des différends instituées. Initialement, la loi prévoyait à son article 21 (ancien), la possibilité de recourir à la mise en œuvre des deux processus dans le cadre *judiciaire*. Il était ainsi prévu que juge pouvait, après avoir obtenu l'accord des parties, désigner une tierce personne pour procéder, soit aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi, soit à une médiation, en tout état de la procédure et y compris en référé, pour « *tenter de parvenir à un accord entre les parties* »¹⁴⁷.

§2. L'objet et l'objectif communs des conciliation et médiation *judiciaires*

35. Tenter de parvenir à un accord entre les parties. L'objet – « *tenter de parvenir* » – et l'objectif – « *à un accord entre les parties* » – des processus de médiation et de conciliation *judiciaires* ont été annoncés dès 1995 à l'article 21 de la loi. Par ailleurs, l'ancien article 24 ajoutait *in fine*, que « [...], *le conciliateur ou le médiateur informe le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord* ». Au surplus, l'article 25 prévoyait « *qu'en cas d'accord, les parties peuvent soumettre celui-ci à l'homologation du juge qui lui donne force exécutoire* ». Par conséquent, si le législateur a évoqué, dès 1995, la nature contractuelle de l'objectif des outils procéduraux de résolution amiable des différends – conciliation et

¹⁴⁶ Adage couramment utilisé en matière de contentieux, attribuable à Honoré de Balzac dans son œuvre *Illusions perdues* parue en trois parties entre 1837 et 1843.

¹⁴⁷ Excepté en matière de divorce et de séparation de corps.

médiation – dans le cadre *judiciaire*, aucune disposition de la loi, dans sa version initiale, ne définissait cet « accord » des parties et n'en précisait d'éventuelles forme ou qualification contractuelle.

Sous-Section II – La loi « médiation » fondement du droit au recours à la résolution amiable des différends

36. Un texte de référence du développement contemporain de la résolution amiable des différends. Du fait de la promulgation de la loi « médiation », il y a plus de deux décennies, le législateur français apparaît aujourd'hui, comme un précurseur du développement contemporain de la résolution amiable des différends. Face aux récentes politiques européennes incitatives¹⁴⁸, celui-ci reste très attaché au socle de règles codifié dès 1995. La loi n° 95-125 du 8 février 1995 prend ainsi place dans un encadré, *in fine* du titre sixième du Livre Ier du Code de procédure civile regroupant – nous le rappelons – *les dispositions communes à toutes les juridictions*. Cette loi est devenue un texte de référence dans le cadre de la transposition des normes européennes relatives aux processus de résolution amiable *extrajudiciaire* des différends (§1), mais également dans le cadre de la consécration d'un droit commun de l'action de groupe prévoyant le recours à la médiation (§2).

§1. Un champ d'application étendu au domaine *extrajudiciaire* de la résolution amiable des différends

37. Une définition large de la médiation. Modifiée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, opérant transposition de la directive 2008/52/CE¹⁴⁹, la loi de 1995 comprend désormais uniquement des dispositions relatives à la médiation. Ainsi, le titre II de la loi de 1995 annonçant *la conciliation et la médiation judiciaires*, consacre un chapitre Ier à « la

¹⁴⁸ Celle-ci se manifeste la première fois en droit interne par la transposition de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 portant *sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, JOUE 24 mai 2008, L136/3, opérée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 nov. 2011 portant *sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, JO 17 nov. 2011, n° 0266, p. 19286. Puis par la transposition de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 *relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC)*, JOUE 18 juin 2013, L165, p. 63, opérée par l'ordonnance n°2015-1033 du 20 août 2015 *relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation*, JO 21 août 2015, n° 0192, p. 14721.

¹⁴⁹ La loi n° 95-125 du 8 févr. 1995, *préc.*, est ainsi modifiée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 nov. 2011, JO n° 0266 du 17 nov. 2011, p. 19286, *préc.* de transposition de la directive 2008/52/CE *préc.*

médiation », sans qualificatif, organisé autour de dispositions générales, puis de dispositions relatives à la médiation judiciaire et de quelques dispositions finales.

Dans le cadre des dispositions générales de la loi de 1995, l'article 21 de la loi présente une conception large de la médiation. Celle-ci est en effet définie comme « *tout processus structuré, qu'elle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* ». Cette définition générale de la médiation, visant « *tout processus structuré* », laisse ainsi présumer que la conciliation consiste en une forme de médiation¹⁵⁰. En ce sens, la procédure participative pourrait également être assimilée à une forme de médiation **(A)**. Cette unité de définition des processus de résolution amiable des différends permet d'affirmer leur unité d'objet et d'objectif, bien que, pour ce dernier, les dispositions générales de la loi de 1995 ne fassent qu'évoquer l'accord amiable **(B)**.

A. L'unité de définition des processus de résolution amiable des différends

38. Une définition servant de référence. La définition de la « médiation » édictée à l'article 21, au titre des dispositions générales de la loi de 1995, sert de définition de référence pour les conciliation et médiation *judiciaires* mais également *extrajudiciaires*. Les médiation et conciliation dites « *conventionnelles* » nées de la transposition – et figurant au Livre cinquième relatif à la *résolution amiable des différends* du Code de procédure civile – sont, en effet, définies à l'article 1530 du Code au regard des articles 21 et 21-2 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, initialement applicable dans le cadre *judiciaire*. En effet, cette définition prévoit que le tiers peut être désigné soit par les parties elles-mêmes – couvrant ainsi l'hypothèse des médiations dites « *conventionnelles* », et plus exactement *extrajudiciaires* – ou être désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige, cas des conciliation et médiation *judiciaires*. En conséquence, les conciliation et médiation *judiciaires* et *extrajudiciaires* partagent le même but, à savoir la résolution « amiable » par la conclusion d'un contrat renfermant la solution du différend des parties. Elles ont également le même objet, une tentative, c'est-à-dire la mise en œuvre volontaire de la résolution amiable du différend par le processus choisi.

Ce constat nous permet d'envisager de soumettre à la définition générale de la médiation, la procédure participative. Celle-ci consiste en un processus structuré de résolution

¹⁵⁰ La confusion entre les processus de médiation et de conciliation règne depuis la promulgation de la loi de 1995. Il serait tout à fait possible de considérer que la médiation opère une forme de conciliation des parties.

amiable faisant obligatoirement intervenir les avocats assistant les parties dans une négociation plus directe de la solution du différend. La procédure participative suppose en effet l'intervention de tiers – les avocats – dont le positionnement diffère sensiblement de celui du conciliateur ou du médiateur. Il est ainsi possible d'admettre que la procédure participative consiste en une forme de médiation, entendue au sens de la définition large de l'article 21 de la loi de 1995. D'autant que, la procédure participative partage les mêmes objet et but que la conciliation ou la médiation.

Néanmoins, il est plus courant, de retenir le terme de « conciliation » comme notion générique : la conciliation des parties, c'est-à-dire le rapprochement des parties par la négociation et la rencontre des volontés relatives à une solution du différend, pouvant intervenir par médiation, par procédure participative, par intervention du juge. Il paraîtra nécessaire de proposer une remise en ordre par souci de simplification.

B. L'accord amiable et le silence du législateur

39. L'absence de précision quant à la forme et au régime applicables à l'« accord ». En recherchant des dispositions spécifiques à l'accord trouvé par les parties au terme d'une médiation dans le cadre des dispositions générales relatives à la médiation, entendue au sens large, celui-ci est à peine évoqué.

Ainsi l'actuel article 21-3 de la loi de 1995 dispose *in fine* que « *lorsque le médiateur est désigné par un juge, il informe ce dernier de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord* ». Dans la continuité de cet alinéa, et venant clore ces dispositions générales relatives à la médiation, les articles 21-4 et 21-5 visent l'accord final des parties en disposant d'une part, que « *l'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition* » et, d'autre part, « *que l'accord auquel parviennent les parties peut être soumis à l'homologation du juge, qui lui donne force exécutoire* ». Nous relevons que par suite, les dispositions de la loi de 1995 spécifiques à la médiation *judiciaire*¹⁵¹ et les dispositions finales¹⁵² n'apportent pas plus de précision concernant l'accord amiable des parties. Ce sont donc là, les seules indications données par le législateur à l'accord issu de la « médiation » entendue au sens large, et partant, de l'accord issu de tout processus de résolution amiable des différends. L'une précise que l'accord des parties ne peut porter atteinte, au regard

¹⁵¹ Voy. les art. 22 à 22-3 de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995, *préc.*

¹⁵² Voy. les art. 23 à 25 de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995, *préc.*

de son contenu, à l'ordre public. L'autre prévoit la possibilité d'octroyer une force particulière à l'accord résolutif du différend – une force exécutoire – par homologation du juge.

§2. Un champ d'application étendu de la médiation au domaine de l'action de groupe

40. Les apports de la réforme de la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle* a institué un droit commun de l'action de groupe devant le juge judiciaire¹⁵³, non exclusif de droits spéciaux de l'action de groupe auxquels fait référence l'article 60 de cette même loi. En effet, l'action de groupe s'est développée dans nombre de domaines, tels que la lutte contre les discriminations¹⁵⁴, la protection des données à caractère personnel¹⁵⁵, le droit du travail¹⁵⁶, le droit de l'environnement¹⁵⁷, le droit de la consommation¹⁵⁸ et le droit de la

¹⁵³ Voy. les art. 60 à 92 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle*, JO 19 nov. 2016., n° 0269.

¹⁵⁴ Voy. l'art. 86 loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la Justice du XXIème siècle, préc.*, sur le fondement de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, JO 28 mai 2008, n° 0123, p. 8801.

¹⁵⁵ Voy. l'art. 91 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la Justice du XXIème siècle, préc.* et l'art. 43 de la loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* : L'action de groupe devant une juridiction civile ou administrative compétente tend alors – exclusivement – à la cessation du manquement lorsque plusieurs personnes physiques placées dans une situation similaire subissent un dommage ayant pour cause commune un manquement de même nature par un responsable de traitement de données à caractère personnel ou un sous-traitant.

¹⁵⁶ Voy. l'art. 87 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la Justice du XXIème siècle, préc.*, et l'art. L. 1134 à L. 1134-10 en matière de discrimination dans les relations relevant du Code du travail : ainsi une organisation syndicale de salariés représentative peut agir devant le juge judiciaire compétent afin d'établir que plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou plusieurs salariés font l'objet d'une discrimination, directe ou indirecte, en raison de l'origine, du sexe, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre, de l'âge, de la situation de famille ou de la grossesse, des caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant d'une situation économique, apparente ou connue de son auteur, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, des opinions politiques, des activités syndicales ou mutualistes, des convictions religieuses, de l'apparence physique, du nom de famille, du lieu de résidence ou de la domiciliation bancaire, ou en raison de l'état de santé, de la perte d'autonomie ou du handicap, de la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, imputable à un même employeur ; Voy. ég. art. 88 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la Justice du XXIème siècle, préc.* et art. L.77-11-1 à L. 77-11-6 C. just. adm. : pareille action de groupe est prévue en matière de discrimination imputable à un employeur et portée devant la juridiction administrative.

¹⁵⁷ Voy. l'art. 89 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la Justice du XXIème siècle, préc.*, ainsi que le nouvel art. L. 142-3-1 C. envir. prévoyant la possibilité d'une action de groupe diligentée devant le juge judiciaire par certaines associations agréées défendant des intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre, lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent des préjudices direct ou indirect, causés par une même personne et ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou conventionnelles. Ces préjudices peuvent ainsi résulter de faits constitutifs d'infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, à l'amélioration du cadre de vie, à la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme, à la pêche maritime ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, la sûreté nucléaire et la radioprotection, les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales ainsi qu'aux textes pris pour leur application.

¹⁵⁸ Voy. les art. L. 623-1 s. et R. 623-1 s. C. consom.

santé¹⁵⁹. Dans le cadre de cette consécration d'un droit commun de l'action de groupe (A), le législateur a prévu le recours à la médiation (B).

A. La consécration d'un droit commun de l'action de groupe

41. Le cadre légal et les objectifs de l'action de groupe. Les articles 62 à 64 de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle présentent l'objet de l'action de groupe, la qualité pour agir ainsi que l'introduction de l'instance. Il est ainsi précisé à l'alinéa premier de l'article 62 que « *lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur* ». Le second alinéa du texte précise que cette action de groupe peut être servir trois objectifs, à savoir : soit la cessation du manquement, soit l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices subis, soit ces deux fins. Les articles 63 et 64 de la loi précisent encore, d'une part, que seules les associations agréées, ainsi que celles régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins et dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte, peuvent exercer cette action de groupe, et d'autre part, que celle-ci doit être, en principe, précédée d'une mise en demeure de la part de la personne ayant qualité pour agir, de cesser ou de faire cesser le manquement ou de réparer les préjudices subis.

B. La consécration de la médiation de groupe

42. Un droit commun de la médiation de groupe. Les dispositions de droit commun de l'action de groupe développées par la loi *de modernisation de la Justice du XXIème siècle* prévoit le recours à la médiation et instituent ainsi, par deux dispositions, le recours au processus de médiation lorsqu'une action de groupe est mise en œuvre, laquelle peut être dénommée « médiation de groupe ».

En effet et d'une part, l'article 75 de la loi prévoit que les associations agréées et les associations régulièrement déclarées, dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte, peuvent participer à une médiation, dans les conditions fixées

¹⁵⁹ Voy. les art. L. 1143-1 s. et R. 1143-1 s C. S. pub.

par le chapitre relatif à la médiation de la loi n° 95-125 du 8 février 1995. La participation à cette médiation consiste à obtenir la réparation des préjudices individuels. D'autre part, l'article 76 de la loi s'intéresse plus particulièrement à l'accord issu de la médiation de groupe désigné comme l'« *accord négocié au nom du groupe* ». Cette disposition impose une homologation du juge permettant de donner force exécutoire à l'accord et donnant lieu à un contrôle appuyé du juge, puisque celui-ci doit vérifier sa conformité aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer. L'alinéa second du texte précise encore que « *cet accord précise les mesures de publicité nécessaires pour informer de son existence les personnes susceptibles d'être indemnisées sur son fondement, ainsi que les délais et les modalités pour en bénéficier* ». Cette dernière disposition encadre l'accord amiable conclu à l'issue d'une médiation de groupe en prévoyant, d'une part un contrôle renforcé, et d'autre part, une publicité à l'égard des tiers de nature à impacter le principe de confidentialité.

43. Conclusion de la Section I relative à l'émergence d'un droit à la résolution amiable des différends. L'évolution de la loi « médiation » n° 95-125 du 8 février 1995 laquelle instituait initialement la conciliation et la médiation *judiciaires*, se présentant aujourd'hui comme le texte de référence définissant de manière unitaire les processus de résolution amiable, révèle l'existence d'un objectif commun à l'ensemble des processus de résolution amiable des différends : la conclusion de l'accord amiable. Au-delà, elle atteste de l'émergence d'un droit au recours à la résolution amiable des différends. En effet, les dispositions générales de ce texte ont vocation à s'appliquer à la médiation, de manière générale, *judiciaire* ou « *conventionnelle* », mais également à la médiation de groupe, ainsi qu'à la conciliation *judiciaire* ou « *conventionnelle* ». Par extension, cette définition peut également s'appliquer à la procédure participative. L'ensemble des processus de résolution amiable des différends, partagent ainsi les mêmes objet et objectif énoncés dès 1995 : tenter de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable des différends. Un objet commun consistant en une tentative de résolution amiable, et un objectif commun : un accord des parties cristallisant la solution au différend.

Néanmoins, nous constatons que dans le cadre des dispositions générales de la loi ayant vocation à s'appliquer quel que soit le processus de résolution amiable, la matière du différend, le moment de sa mise en œuvre *judiciaire* ou *extrajudiciaire*, ou la pluralité de parties, le législateur ne fait référence qu'à l'« *accord auquel parviennent les parties* » ou « *à l'accord négocié au nom du groupe* ». Il s'agit en d'autres termes de l'accord que les parties parviennent à conclure au terme d'un processus ou procédure de résolution amiable des différends. Aucun

qualificatif n'est apposé à cet accord : ni celui d'« amiable », ni celui de « transactionnel ». La forme d'un éventuel accord établi sous signature privée n'est pas non plus visée. Cependant, il convient de relever que le législateur précise expressément que l'accord ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition, exigeant la nécessaire conformité de l'accord des parties à l'ordre public, aux règles édictées par le législateur dans l'intérêt général pour des raisons impératives de protection, de sécurité ou de moralité. L'ordre public s'impose ainsi comme la limite naturelle à la conclusion de l'accord amiable¹⁶⁰, quels que soit le processus de résolution amiable utilisé afin d'y parvenir, et quels que soit le moment de la mise en œuvre du processus, que le juge soit déjà saisi du litige ou non. La conformité à l'ordre public – limite posée de manière générale à la conclusion des contrats au visa de l'article 6 du Code civil – s'impose ainsi comme la limite du droit au recours à la résolution amiable des différends.

Section II – L'identification de l'accord amiable résolutif du différend

44. L'existence de deux corps de règles distincts. Outre la promulgation de la loi « médiation » de 1995, le législateur français a étoffé peu à peu les dispositions relatives aux *processus ou procédures de résolution amiable des différends*. Il a ainsi, d'une part, développé les dispositions de droit commun spécifiques à chaque processus de résolution amiable dans le cadre *judiciaire*, et ce, dans le prolongement de la loi de 1995 et de la préexistence de la conciliation menée en la personne du juge (**Sous-Section I**). D'autre part, et dans le respect de la politique européenne favorable au développement de la résolution amiable des différends en dehors de l'initiative du juge, il est venu consacrer plus récemment, et de manière significative, un corps de règles relatif au recours aux processus de résolution amiable des différends activé en dehors de l'initiative du juge, de manière *extrajudiciaire* (**Sous-Section II**).

Sous-Section I – L'accord amiable : objectif contractualisé des processus judiciaires

45. Position du problème. Le législateur a tout d'abord institué le recours aux processus ou procédures permettant de conclure un accord amiable dans le cadre *judiciaire*. L'approche étant procédurale, il convient de dresser le constat d'une relative indifférence du

¹⁶⁰ Dans le respect des dispositions de l'art. 6 CCiv. lequel dispose qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », mais également de l'art. 1162 CCiv., tel qu'issu de la réforme de droit des contrats, prévoyant, en écho, que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

législateur à l'égard de l'accord amiable *instrumentum* de la résolution du différend (§1). Néanmoins, l'examen des positions doctrinales et jurisprudentielles permet d'apporter un premier éclairage relatif à la forme et au régime contractuel applicables à l'accord amiable résolutif du différend (§2).

§1. Une relative indifférence du législateur à l'égard de l'accord amiable

46. Les lacunes des dispositions générales de la loi « Médiation » de 1995. Si l'accord amiable apparaît au terme de l'article 21 de la loi de 1995 incontestablement comme l'objectif, le but souhaité de la résolution amiable mise en œuvre par les processus de médiation et de conciliation *judiciaires* assimilés, il n'est en aucun cas défini, ni même contractuellement qualifié. Il est simplement précisé, et nous l'avons constaté aux termes de l'article 21-4 de la loi, que son contenu et son but ne peuvent être, d'une part, contraires à l'ordre public, et, d'autre part, que le juge peut lui octroyer une force excédant la force obligatoire naturellement attachée au contrat. En conséquence, il convient de se tourner vers les dispositions spécifiques à chaque processus dont la mise en œuvre est prévue dans le cadre *judiciaire* : médiation *judiciaire* (A), conciliation *judiciaire* (B) et très récemment, procédure participative pourtant conçue, à l'origine, comme un processus de résolution amiable *extrajudiciaire* (C).

A. En matière de médiation *judiciaire*

47. Distinction utile. Les dispositions procédurales prévoyant spécifiquement le recours à la médiation *judiciaire* sont présentes aux articles 22 à 22-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, ainsi qu'aux articles 131-1 à 131-15 du Code de procédure civile¹⁶¹. Il convient de préciser le cadre légal de la médiation *judiciaire* (1), afin d'identifier son objectif et les éventuelles précisions légales qui y ont traités (2).

1) Le cadre légal de la médiation *judiciaire*

48. L'objet de la médiation *judiciaire* : la recherche d'une solution au différend. L'article 22 de la loi de 1995 octroie au juge, la possibilité de désigner, avec l'accord des

¹⁶¹ Mod. par le décr. n° 2015-282 du 11 mars 2015 *relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends*, JO 14 mars 2015, n° 0062, p. 4851, ayant transformé le titre VI bis en chapitre II du Titre sixième intitulé « la médiation ».

parties, un médiateur judiciaire afin qu'il soit procédé à une médiation en tout état de la procédure, y compris en référé. Les dispositions des articles 131-1 alinéa 1^{er} et 131-11 du Code de procédure civile, se réfèrent plus précisément à la recherche de solution par le processus de médiation *judiciaire* sans faire état de l'existence de l'accord final, résolutif du différend. L'un dispose en effet que « *le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* », et l'autre, qu'« *à l'expiration de sa mission, le médiateur informe par écrit le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose* ». L'objet de la médiation *judiciaire* consiste donc à permettre aux parties de rechercher une solution.

2) Les dispositions relatives à l'objectif contractualisé de la médiation *judiciaire*

49. Le constat d'accord et l'homologation de l'accord de médiation *judiciaire*. Une lecture attentive de l'article 131-12 du Code de procédure civile appelle des observations importantes quant à l'existence d'une unité de régime de l'accord amiable. En effet, ce texte fait écho à l'article 131 du même Code prévu en ce qui concerne l'« *acte de conciliation* » *judiciaire*. Ces dispositions ont connu des évolutions dans le cadre de la réforme de *modernisation de justice du XXI^{ème} siècle* opérée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016¹⁶². Le décret d'application n° 2016-514 du 26 avril 2016¹⁶³ modifie ainsi l'alinéa premier de l'article 131-12¹⁶⁴ dans des termes identiques à ceux de l'alinéa second de l'article 131, excepté que l'un vise le médiateur, l'autre le conciliateur de justice¹⁶⁵. L'article 131-12 prévoit dorénavant à son alinéa premier qu'« *à tout moment, les parties, ou la plus diligente d'entre elles, peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le médiateur de justice* » et que « *le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties à l'audience* ». Toujours en écho à l'article 131, l'alinéa second du texte rappelle que « *l'homologation relève de la matière gracieuse* ». le

¹⁶² Voy. l'art. 9 du Titre II dont l'objet est de *favoriser les modes alternatifs de règlement des différends* de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, préc.*

¹⁶³ Décr. n° 2016-514 du 26 avr. 2016 *relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges et à la déontologie des juges consulaires*, JO 28 avril 2016, n° 0100, dont l'objet est relatif à l'organisation et au fonctionnement des juridictions de l'ordre judiciaire, précise les conditions de certains modes alternatifs de règlement des litiges, ainsi que le statut des conciliateurs de justice.

¹⁶⁴ L'anc. art. 131-12 CPC al. 1^{er} disposait que « *le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent* », faisant écho à l'anc. al. 2nd de l'art. 131 CPC.

¹⁶⁵ Le décret complète le Livre Ier du Code de l'organisation judiciaire par un Titre V consacré aux conciliateurs de justice. À cet égard, l'art. R. 131-12 COJ dispose que « *les conciliateurs de justice ont pour mission, à titre bénévole, de rechercher le règlement amiable d'un différend* ».

constat d'accord permet d'attester par écrit de l'existence de l'accord amiable intervenu entre les parties dans le cadre judiciaire, alors que l'homologation, à la demande des parties permet de conférer à l'accord amiable une force exécutoire le permettant de le rapprocher du jugement.

50. L'extension de l'exigence du constat d'accord et de l'homologation de l'accord de médiation dite « conventionnelle ». Dans le prolongement des modifications apportées à l'article 131-12 du Code de procédure civile en matière de médiation *judiciaire*, il convient de relever que le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012¹⁶⁶ a ajouté un alinéa troisième à l'article 131-12 du Code de procédure civile précisant que « *les dispositions des deux alinéas précédents s'appliquent à l'accord issu d'une médiation conventionnelle intervenue alors qu'une instance judiciaire est en cours* ». Dans le prolongement de l'admission par le législateur, de la possibilité qu'une médiation conventionnelle puisse être menée et aboutir à un accord amiable alors que le juge est saisi du litige, c'est-à-dire intervenue hors de sa présence. Ce dernier alinéa est particulièrement important car il soustend la nécessité d'aligner le régime de l'accord amiable issu d'une médiation « *conventionnelle* » sur celui de la médiation *judiciaire*, mais également sur celui de l'acte de conciliation *judiciaire*. En effet, les modifications apportées à l'article 131 et 131-12 par le décret de 2016, relatives aux conditions d'homologation du constat d'accord, sont similaires et se font l'écho à l'article 21-5 de la loi de 1995.

51. La nouvelle exigence légale d'un constat écrit à l'accord de médiation judiciaire. L'accord de médiation ne faisait, jusqu'à la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle, l'objet d'aucune disposition spécifique prévoyant le constat par écrit de l'accord de médiation. La nouvelle rédaction de l'alinéa premier de l'article 131-12 du Code de procédure civile opérée par le décret n° 2016-514 du 26 avril 2016¹⁶⁷ fait état, dans le cadre de l'homologation demandée par les parties ou par la plus diligente d'entre elles, de l'existence d'un « *constat d'accord établi par le médiateur de justice* ». Cette nouvelle exigence légale d'un constat d'accord de médiation écrit établi par le médiateur de justice apparaît comme un facteur de sécurité juridique. Elle implique en pratique que le médiateur reprenne le contenu de l'accord des parties. Étant rédigé par le médiateur de justice, le constat d'accord ne peut consister en un acte authentique, sauf à être soumis en second temps à authentification. La

¹⁶⁶ Décr. n° 2012-66 du 20 janv. 2012 *relatif à la résolution amiable des différends*, JO 22 janv. 2012, n° 0019, p. 1280.

¹⁶⁷ Décr. n° 2016-514 du 26 avr. 2016 *relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges et à la déontologie des juges consulaires, préc.*

question se pose donc de savoir si ce constat d'accord doit être signé par les parties et s'il peut prendre la forme d'un acte sous signature privée soumis aux articles 1372 du Code civil.

B. En matière de conciliation *judiciaire*

52. Distinction utile. À l'instar de la médiation *judiciaire*, le cadre légal de la conciliation *judiciaire* doit être présenté **(1)** afin d'identifier l'objectif contractualisé **(2)** de ce processus de résolution amiable des différends.

1) Le cadre légal de la conciliation *judiciaire*

53. Les modalités de mise en œuvre de la conciliation *judiciaire*. Les dispositions relatives à la conciliation *judiciaire* font apparaître deux modalités de mise en œuvre : soit la conciliation menée directement par le juge¹⁶⁸ **(a)**, soit la conciliation que celui-ci délègue à un conciliateur de justice¹⁶⁹ **(b)**.

a) La conciliation menée directement par le juge

54. L'affirmation d'un principe procédural. Bien antérieurement à la promulgation de la loi n° 95-125 du 8 février 1995¹⁷⁰, le législateur a consacré un principe de conciliation menée directement par le juge. Ce principe absent du Code de procédure civile napoléonien de 1806, fit son apparition dans le cadre du Nouveau Code de procédure civile institué par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975¹⁷¹, puis a logiquement survécu à la réforme opérée par la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 visant *la simplification du droit*¹⁷². Figurant au sein du Livre premier du Code de procédure civile relatif aux *dispositions communes à toutes les juridictions*, ce principe directeur du procès édicté à l'article 21 du Code procédure civile dispose qu'« *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* ». Nous constaterons par

¹⁶⁸ Voy. les art. 128 à 129-1 CPC.

¹⁶⁹ Voy. les art. 129-2 à 129-6 CPC.

¹⁷⁰ Qui, pour rappel, dans sa version initiale prévoyait à son art. 21 que le juge peut, après avoir obtenu l'accord des parties, désigner une tierce personne pour procéder, notamment aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi, excepté en matière de divorce et de séparation de corps

¹⁷¹ Décr. n° 75-1123 du 5 déc. 1975 instituant un nouveau Code de procédure civile, JO 9 déc. 1975, p. 12521.

¹⁷² Loi n° 2007-1787 du 20 déc. 2007 relative à la simplification du droit, JO 21 déc. 2007, n° 0296, p. 20639.

ailleurs que ce principe fait l'objet de nombreuses déclinaisons au sein des droits spéciaux de la résolution amiable des différends¹⁷³.

Il s'agit en d'autres termes pour le juge compétent du litige de favoriser les accords pouvant être trouvés par les parties relatifs à la solution au différend – dans la mesure où il estime le rapprochement des parties possible – sans systématiquement trancher le litige et imposer lui-même une solution aux parties prenantes. Néanmoins, la formulation générale et procédurale de l'article 21 du Code de procédure civile ne précise ni le rôle du juge conciliateur, ni l'existence d'un accord amiable des parties intervenant devant le juge¹⁷⁴.

55. La conciliation devant le tribunal d'instance : l'héritage de la justice de Paix.

Héritière de la Justice seigneuriale de l'Ancien Régime, la Constituante avait instauré par la loi des 16 et 24 août 1790, les justices de Paix. Il s'agissait de mettre au service des citoyens une justice de proximité simple, rapide, gratuite, mais également équitable et efficace, en parallèle de l'office du juge étatique. La principale mission des juges de paix consistait à régler les litiges de la vie quotidienne par une démarche conciliatrice¹⁷⁵. Sans être des professionnels du droit, ces juges étaient des personnes généralement dotées d'une autorité morale et d'une situation sociale établies, parfois chargés de tâches administratives au titre de présidence de commissions locales. Présents dans chaque canton, le juge de Paix devait avoir du bon sens et connaître parfaitement les mœurs en vigueur afin de concilier les parties et de juger de manière raisonnable les litiges soumis¹⁷⁶. La professionnalisation des juges de Paix et le regroupement des justices de paix au début des années 30's ont constitué les prémices de la disparition de ces juridictions originales. Ce sort sera finalement scellé par le phénomène de juridiciarisation de la société nécessitant une réorganisation de juridictions plus qualifiées. La disparition des justices de Paix est ainsi actée en 1958, l'année de l'avènement de la Cinquième République, pour être remplacés par les tribunaux d'instance¹⁷⁷. Les besoins d'une justice de proximité continuent pourtant de s'accroître au point que le législateur crée, en 2002¹⁷⁸, les juridictions de proximité.

¹⁷³ P. ex, en matière familiale, les art. 252 et 252-1 CCiv. dans le cadre du divorce et l'art. 373-2-10 CCiv en matière d'autorité parentale ; en matière prud'homale, l'art. L. 1454-1 C. trav.

¹⁷⁴ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p.28, n° 111.13.

¹⁷⁵ P. ex., résolution de petites affaires personnelles et mobilières, reconnaissances en paternité, conflits bénins entre particuliers, litiges entre voisins, conflits en locataires et propriétaires, mais également contraventions de police simple, levée ou maintien de scellés lors des règlements de successions en cas d'héritage.

¹⁷⁶ Les affaires traitées par les juges de paix sont aujourd'hui versées aux archives départementales et peuvent être y être consultées dans chaque département.

¹⁷⁷ Ord. n° 58-1286 du 22 déc. 1958 relative à l'organisation judiciaire, JO 23 déc. 1958, p. 11157.

¹⁷⁸ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, dite loi « Perben I », JO 10 sept. 2002, p. 14934.

Le rôle de ces dernières s'apparente alors aux justices de Paix, à la différence que le juge de proximité est un professionnel du droit. La mission de ce dernier coexiste alors avec celle des conciliateurs de justice institués par décret en 1978¹⁷⁹. La loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 annonce la suppression des juridictions de proximité et le maintien du juge de proximité. Les offices des unes comme de l'autre sont définitivement supprimés au 1^{er} juillet 2017¹⁸⁰.

56. Les modalités de la conciliation menée par le juge d'instance. La conciliation menée directement par le juge a été maintenue dans le cadre des tribunaux d'instance et se développe encore au travers de deux modalités de mise en œuvre¹⁸¹.

En premier lieu, au visa de l'article 830 du Code de procédure civile, le demandeur peut formuler une demande aux fins de tentative préalable de conciliation faite, remise ou adressée au greffe du tribunal d'instance. Cette conciliation à l'initiative du demandeur intervient avant toute saisine du juge d'instance, elle est ainsi préalable à l'instance. Dans ce cas, le juge peut procéder à la conciliation lui-même ou déléguer sa mission de conciliation à un conciliateur de justice. Puisque le juge peut procéder lui-même à la tentative de résolution amiable du différend par conciliation, l'article 835 du Code prévoit qu'à défaut de conciliation, le litige peut être immédiatement jugé si les parties y consentent¹⁸². À défaut de consentement, le juge d'instance peut être saisi aux fins de jugement de la demande en application de l'article 836 du Code.

En second lieu, la conciliation menée par le juge d'instance est également prévue en cours d'instance. L'alinéa premier de l'article 845 du Code de procédure civile décline à cet égard, le principe directeur du procès énoncé à l'article 21 du Code de procédure civile selon lequel il entre dans la mission du juge de concilier les parties. Le juge d'instance s'efforce ainsi de concilier les parties. À tout moment de la procédure, le juge d'instance peut inviter les parties à rencontrer un conciliateur de justice aux lieu, jour et heure qu'il détermine. Le juge, en cours d'instance peut ainsi soit lui-même concilier les parties, soit déléguer sa mission à un

¹⁷⁹ Décr. n° 78-381 du 20 mars 1978 *relatif aux conciliateurs de justice*, JO 23 mars 1978, p. 1265.

¹⁸⁰ Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 *relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*, JO 14 déc. 2011, n° 0289, p. 21105 ; Voy. ég. Ch. Mollard-Courteau, « La tentative de conciliation obligatoire à la saisine du tribunal d'instance : enjeux et limites », *LPA* 28 nov. 2016, p. 12.

¹⁸¹ Mod. par le décr. n° 2010-1165 du 1^{er} oct. 2010 *relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale*, JO 3 oct. 2010, p. 17986 et Circ. 24 janv. 2011 *relative à la présentation du décret n° 2010-1165 du 1^{er} oct. 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale*, *BOMJL* 28 févr. 2011, n° 2011-02.

¹⁸² N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïss, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op. cit.*, p. 38, n° 112.11 s. : Quelles que soit les causes de l'échec de la tentative préalable de conciliation (une partie ne comparait pas, ou les parties refusent tout accord), un procès-verbal d'échec de la conciliation est dressé par le greffe du tribunal d'instance.

conciliateur de justice. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle* est venue encore renforcer le recours à la conciliation *judiciaire* devant le tribunal d'instance en prévoyant à son article 4 une tentative de conciliation déléguée à un conciliateur de justice obligatoire et préalable à la saisine du tribunal d'instance¹⁸³.

b) La conciliation déléguée à un conciliateur de justice

57. La modernisation progressive de la conciliation *judiciaire*. Outre le principe directeur du procès consacré à l'article 21 du Code de procédure civile et bien plus récemment, il a été procédé – en deux temps – à une modernisation de la conciliation *judiciaire* au sein d'un titre sixième consacré à *la conciliation et la médiation* figurant au sein du Livre premier du Code relatif aux *dispositions communes à toutes les juridictions*.

En premier lieu, le décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 *relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale*¹⁸⁴, est venu organiser le développement de la conciliation *judiciaire*, non plus directement officinée par le juge, sur le fondement de l'article 21 du Code, mais par lui déléguée à un conciliateur de justice¹⁸⁵.

Cette conciliation déléguée à un tiers missionné a été instituée de manière générale aux articles 129-2 à 129-6 du Code de procédure civile, mais également plus spécifiquement devant le tribunal d'instance pour la tentative préalable de conciliation aux articles 831 à 833 ou en cours d'instance à l'article 845 alinéa second du même Code. Dans ce cas, le déclenchement de la conciliation à l'initiative du juge demeure *judiciaire*, bien que mise en œuvre hors de sa présence. En effet, ce décret intervenu après l'adoption au niveau européen de la directive 2008/52/CE, sans que celle-ci ne soit à ce moment transposée en droit interne¹⁸⁶, a permis la

¹⁸³ Il est en outre, apporté trois limites à la mise en œuvre de cette tentative obligatoire de résolution amiable du différend des parties : dans une première hypothèse, les parties ont déjà conclu un accord amiable résolutif de leur différend et l'une d'elles au moins sollicite l'homologation de l'accord par le juge ; dans une seconde hypothèse, les parties justifient et nous retrouvons ici l'écho de l'art. 127 CPC, d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ; enfin, l'absence de recours à la conciliation peut être justifiée par un motif légitime.

¹⁸⁴ Décr. n° 2010-1165 du 1^{er} oct. 2010 *relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale*, JO 3 oct. 2010, n° 0230, p. 17986 : l'objet de ce décret entré en vigueur au 1^{er} déc. 2010 consiste en la consolidation des écritures des parties dans le cadre des procédures orales et de l'activité judiciaire et extrajudiciaire des conciliateurs de justice. Par ailleurs et concernant la procédure orale, le décret crée un ensemble de règles communes à toutes ces procédures. Il rend possible l'organisation d'une véritable mise en état des dossiers lorsque cela est nécessaire. Lorsque les parties font le choix de communiquer par écrit, ces écritures sont sécurisées et les modalités de comparution des parties sont assouplies, pour limiter les déplacements des parties parfois éloignées. La réforme concerne toutes les juridictions, mais elle n'aura d'application que résiduelle devant les conseils de prud'hommes, spécialement régis par le Code du travail.

¹⁸⁵ Voy. le décr. n°78-381 du 20 mars 1978 *relatif aux conciliateurs de justice*, JO du 23 mars 1978, p. 1265.

¹⁸⁶ Ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011 *portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, *préc.*

mise en œuvre de l'intégralité de la proposition n° 48 relative à la conciliation issue des travaux finalisés en 2008 par la commission Guinchard¹⁸⁷. Cette dernière faisant partie des propositions visant le « *développement des modes alternatifs de règlements des litiges* »¹⁸⁸ dont la mise en œuvre est dévolue aux conciliateurs de justice, bénévoles, tant avant toute action en justice, qu'en cours d'instance.

En second lieu, le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015¹⁸⁹ a réorganisé le titre Sixième du Livre Ier du Code de procédure civile autour des deux actuels chapitres consacrés, pour l'un à la conciliation, et, pour l'autre, à la médiation. L'objet de ce dernier décret étant, notamment, d'inciter à recourir à des processus de résolution amiable des différends, le législateur a prévu, à cet effet, en introduction de ces chapitres relatifs la conciliation et à la médiation, un article 127 favorisant le recours à la résolution amiable *extrajudiciaire*, préalable à la saisine du juge compétent du litige.

2) Les dispositions relatives à l'objectif contractualisé de la conciliation *judiciaire*

58. Des dispositions spécifiques relatives à l'« acte de conciliation ». Depuis le décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010, le législateur a prévu deux dispositions relatives à l'accord venant finaliser le processus de résolution amiable par conciliation *judiciaire*¹⁹⁰. Celles-ci font apparaître l'exigence d'un écrit **(a)**, ainsi que la possibilité d'une homologation judiciaire **(b)**.

a) L'exigence légale d'un écrit

59. Les deux modalités prévues : le procès-verbal et le constat. L'article 130 du Code de procédure civile dispose que « *la teneur de l'accord, même partiel, est consignée, selon le cas, dans un procès-verbal signé par les parties et le juge ou dans un constat signé par les parties, et le conciliateur de justice* ». Le contenu de l'accord, même si celui-ci n'est que partiel et qu'en conséquence une partie du litige subsiste, doit être consigné par écrit. Le législateur distingue deux hypothèses.

¹⁸⁷ Rapport Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, remis au Garde des Sceaux, La Documentation française, juill. 2008.

¹⁸⁸ Propositions 47 à 52 du Rapport Guinchard : le formalisme de la délégation est en conséquence allégé, et devient désormais possible devant les tribunaux de commerce

¹⁸⁹ Décr. n° 2015-282 du 11 mars 2015 *relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends*, JO 14 mars 2015, n°0062 p. 4851.

¹⁹⁰ Composant actuellement la section III relative à « l'acte de conciliation » du Chapitre Ier consacré à la conciliation, figurant au titre sixième du Livre Ier du Code de procédure civile regroupant les *dispositions communes à toutes les juridictions*.

Dans un premier cas de figure, celui de la conciliation menée en personne par le juge, le contenu de l'accord résolutif du différend est consigné dans un procès-verbal dressé par le juge et signé par lui et les parties. La doctrine s'entend pour affirmer que le procès-verbal de conciliation n'est pas une décision juridictionnelle, le juge n'effectuant pas d'opération de vérification propre à la *juridictio*¹⁹¹. Le procès-verbal est ainsi considéré comme un acte judiciaire, non doté de l'autorité de la chose jugée des décisions juridictionnelles, et n'est donc pas susceptible de voie de recours.

Le second cas, concerne la conciliation judiciaire déléguée par le juge à un conciliateur de justice ayant en charge de mener la tentative de résolution amiable du différend. Si celle-ci aboutit à un accord des parties sur la solution du différend, le conciliateur dresse alors un constat de l'accord de conciliation mentionnant sa signature, ainsi que celle des parties.

L'article 130 du Code est ainsi plus précis que l'article 131-12 relatif au constat de l'accord de médiation *judiciaire* en ce qu'il exige que le constat consignant la teneur de l'accord soit signé par les parties au différend et le conciliateur de justice. Cette solution peut être étendue en conséquence à l'accord de médiation judiciaire qui devra être signé par les parties et le médiateur de justice. Dès lors, plusieurs questions se posent. Tout d'abord, nous pouvons nous interroger sur le point de savoir si ce constat d'accord lie les parties et le tiers missionné ou seulement les parties. Ensuite, s'agissant d'un accord de volonté des parties au différend, il s'agit de savoir quelle qualification contractuelle revêt en lui-même l'accord amiable : s'agit-il d'un simple acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats, ou bien cet acte peut-il être qualifié de contrat de transaction ? Ces interrogations, dans le silence des textes sont communes aux accords amiables issu de la médiation ou de la conciliation *judiciaires*¹⁹².

b) L'homologation judiciaire

60. L'attribution de la force exécutoire à l'accord résolutif du différend. Le décret n° 2016-514 du 26 avril 2016¹⁹³ – intervenu en application de la loi n° 2016-1547 du 18

¹⁹¹ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op.cit.*, p. 33, n° 111.43.

¹⁹² Renvoi Parite II.

¹⁹³ Décr. n° 2016-514 du 26 avr. 2016 *relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges et à la déontologie des juges consulaires*, JO 28 avr. 2016, n° 0100, dont l'objet est relatif à l'organisation et au fonctionnement des juridictions de l'ordre judiciaire, précise les conditions de certains modes alternatifs de règlement des litiges, ainsi que le statut des conciliateurs de justice.

novembre 2016¹⁹⁴ *de modernisation de la justice du XXIème siècle* et à l’instar de ce que nous avons observé en matière de médiation *judiciaire* – est venu modifier l’article 131 du Code de procédure civile¹⁹⁵. Ce texte prévoyait déjà, à son aliéna premier, que « *des extraits du procès-verbal dressé par le juge peuvent être délivrés* » et qu’« *ils valent titre exécutoire* ». Le second alinéa du texte précise dorénavant les conditions d’homologation du constat d’accord des parties. Il est ainsi prévu qu’« *à tout moment, les parties ou la plus diligente d’entre elles peuvent soumettre à l’homologation du juge le constat d’accord établi par le conciliateur de justice* », que « *le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu’il n’estime nécessaire d’entendre les parties à l’audience* ». Enfin, le législateur est venu préciser que « *l’homologation relève de la matière gracieuse* »¹⁹⁶. L’homologation de l’accord amiable ne s’impose donc pas de la même manière selon que la conciliation est menée directement par le juge lequel dresse un procès-verbal ou que la conciliation *judiciaire* est déléguée à un conciliateur de justice lequel procède à un constat de l’accord des parties.

Quoiqu’il en soit, ces dispositions, bien que précisant l’exigence d’un écrit à l’acte de conciliation ainsi que la possibilité d’une homologation, ne définissent aucunement l’acte de conciliation, ni le régime contractuel qui lui est applicable.

C. L’innovation en matière de procédure participative

61. L’admission du recours à la procédure participative dans le cadre *judiciaire*. La réforme intervenue par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016¹⁹⁷ *de modernisation de la justice du XXIème siècle* innove en matière de procédure participative. Cette « procédure » – initialement prévue comme relevant de la résolution amiable *extrajudiciaire* des différends¹⁹⁸ – s’organise par la mise en œuvre d’une première phase, dénommée « *procédure conventionnelle* », laquelle en cas de rapprochement des parties aboutit à un accord amiable résolutif du différend. En revanche, en cas d’échec ou semi-échec de cette première étape, une seconde procédure dite « *aux fins de jugement du différend persistant* » est enclenchée devant le juge compétant afin que celui-ci tranche le litige en son entier ou pour sa part persistante¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Voy. l’art. 9 du Titre II dont l’objet est de *favoriser les modes alternatifs de règlement des différends* de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc.*

¹⁹⁵ Au même titre que l’article 131-12 al. 1^{er} CPC concernant l’accord de médiation *judiciaire*.

¹⁹⁶ L’anc. art. 131 al. 2 prévoyait que « *les parties peuvent soumettre à l’homologation du juge le constat d’accord établi par le conciliateur de justice* », et que « *l’homologation relève de la matière gracieuse* ».

¹⁹⁷ Voy. l’art. 9 du Titre II dont l’objet est de *favoriser les modes alternatifs de règlement des différends* de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc.*

¹⁹⁸ Intégrée au sein du Livre V du Code de procédure civile relatifs à *la résolution amiable des différends*.

¹⁹⁹ Voy. les art. 1542 à 1564 du CPC.

Le législateur dans le cadre de cette réforme de modernisation de la justice innove en prévoyant, dorénavant, que la procédure participative peut être déclenchée alors même que le juge est saisi par les parties. La phase de « *procédure conventionnelle* » de cette procédure de résolution amiable peut donc être déclenchée dans le cadre *judiciaire*. Dans la mesure où elle échoue cette phase dite « *conventionnelle* » sert alors la mise en état du litige des parties. En d'autres termes, la procédure participative pourra soit consister en un *processus extrajudiciaire de résolution amiable des différends* – sa phase dite « *conventionnelle* » étant alors déclenchée alors que le juge n'est pas encore saisi du litige – ou consister en un *processus judiciaire de résolution amiable des différends*, la procédure étant déclenchée alors que le juge compétent est saisi. Le législateur a modifié en ce sens la définition de la convention de procédure participative édictée au sein du Code civil à l'article 2062, lequel dispose dorénavant, que « *la convention de procédure participative est la convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend* », ajoutant « *ou à la mise en état de leur litige* »²⁰⁰.

62. L'absence de précisions relatives à l'accord amiable issu de la procédure participative mise en œuvre dans le cadre *judiciaire*. Dans le cadre de cette réforme, le législateur n'est néanmoins pas venu préciser d'éventuels définition, qualification, contenu, ni même forme, à l'accord amiable conclu entre les parties à l'issue de la « *procédure conventionnelle* » de la procédure participative. Nous comprenons toutefois, en présentant la définition de la convention de procédure participative, que celle-ci doit être distinguée de l'accord amiable issu de cette procédure de résolution amiable du différend. La procédure participative est en effet fondée d'un point de vue procédural, sur une convention organisant sa mise en œuvre, laquelle consiste, d'un point de vue contractuel en une convention préparatoire à l'accord amiable.

§2. La problématique du régime contractuel applicable à l'accord amiable issu des processus *judiciaires*

63. Éclairage doctrinal et jurisprudentiel. En raison de l'absence de précisions légales relatives à la définition de l'accord de médiation (A) et de l'« *acte de conciliation* » (B) finalisant les processus *judiciaires* de résolution amiable des différends, un éclairage rapide sur

²⁰⁰ Sont également modifiés en ce sens les articles 2063, 2065 et 2066 CCiv.

les positions doctrinales et jurisprudentielles relatives au régime contractuel applicable à l'accord amiable conclu dans le cadre *judiciaire* paraît indispensable. Nous réservons le cas de l'accord amiable issu de la procédure participative à l'analyse du second corps de règles relatif au droit commun de la résolution amiable *extrajudiciaire* des différends.

A. Le choix du régime contractuel applicable à l'accord de médiation *judiciaire*

64. Une option de qualification contractuelle. La doctrine – pour ce qu'elle désigne comme l'« accord de médiation »²⁰¹ – dégage, en l'absence de précision légale, une option de qualification au regard des nécessités pratiques et des solutions jurisprudentielles. Si l'accord amiable peut être soumis uniquement aux dispositions du droit commun des contrats **(1)**, il peut se voir attribuer une qualification spéciale, celle de contrat de transaction **(2)**.

1) Un contrat *sui generis*

65. Un acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats. L'accord issu de la médiation *judiciaire* peut, tout d'abord et selon la doctrine, consisté en un acte sous signature privée répondant aux exigences des articles 1372 à 1377 du Code civil²⁰². Il peut encore être contresigné par les avocats des parties, conformément aux articles 66-3-1 et suivants de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971²⁰³, ou être rédigé par un notaire sous la forme d'un acte authentique afin de bénéficier d'une sécurité juridique renforcée variable, selon qu'il est contresigné ou authentifié.

66. La question du régime contractuel applicable à l'accord amiable de médiation. Sans autre précision, l'accord amiable issu de la médiation *judiciaire* pourrait être soumis au seul droit commun des contrats. Toutefois, dans la mesure où l'accord de médiation judiciaire est un contrat portant sur la solution du différend, venant résoudre définitivement ce différend, il semble possible de lui appliquer le régime d'un contrat référent nommé.

2) Un contrat spécial

²⁰¹ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 182, n° 213-56.

²⁰² Voy. les anc. art. 1322 s. CCiv.

²⁰³ Loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, JO 5 janv. 1972, p. 13.

67. Une qualification contractuelle spéciale : l'accord amiable transactionnel. Les auteurs admettant que l'accord de médiation *judiciaire* puisse consister en un acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats, n'excluent pas qu'une transaction soit signée à l'issue d'une médiation *judiciaire*²⁰⁴. Pour se faire, la doctrine transpose une solution admise par la jurisprudence en matière de médiation pénale. La première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 1^{er} avril 2013 a en effet jugé que « le procès-verbal établi et signé à l'occasion d'une médiation pénale, qui contient les engagements de l'auteur des faits incriminés, pris envers sa victime en contrepartie de la renonciation de celle-ci à sa plainte, constitue une transaction à l'exécution de laquelle peut être condamné le signataire défaillant »²⁰⁵. L'accord amiable résolutif du différend est alors soumis au régime des articles 2044 et suivants du Code civil, spécifique au contrat spécial de transaction.

B. La recherche de régime contractuel applicable à l'« acte de conciliation » *judiciaire*

68. Position du problème. Nous avons constaté que les dispositions légales relatives à la conciliation *judiciaire* ne prévoient aucune disposition relative au contenu²⁰⁶, à la forme ou à la qualification, contractuels de l'accord amiable. Tout au plus, l'acte de conciliation exige-t-il un écrit. Ainsi dans le cadre de la conciliation menée directement par le juge, l'accord amiable des parties donne lieu à un procès-verbal dressé par le juge **(1)** alors que lorsque celle-ci est déléguée à un conciliateur de justice, l'accord amiable des parties est constaté par ce dernier **(2)**.

1) L'acte de conciliation intervenant devant le juge

69. Un contrat *judiciaire*. Les auteurs n'opèrent pas de distinction selon que l'acte de conciliation intervient devant le juge ou devant le conciliateur de justice à qui le juge délègue sa mission naturelle. La doctrine se fonde sur l'existence de décisions jurisprudentielles anciennes pour affirmer que l'acte de conciliation consiste en un contrat *judiciaire*. C'est en effet à l'occasion du recours demandé par l'une des parties à l'acte de conciliation, que les

²⁰⁴ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p.182, n° 213-56.

²⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 2013, n° 12-13.672, *Bull. civ.* I, n° 80 ; *D.* 2013, p. 1005.

²⁰⁶ Tout au plus, celui-ci peut-il être partiel.

chambres civiles de la Cour de cassation se sont prononcées très tôt, attribuant à l'acte de conciliation, la qualification de contrat *judiciaire*²⁰⁷. La chambre sociale de la Cour de cassation, quant à elle, au visa de l'article 605 du Code de procédure civile, est venue de manière claire préciser qu'« un procès-verbal de conciliation n'étant pas un jugement au sens de l'article susvisé, le pourvoi n'est pas recevable »²⁰⁸.

70. L'insuffisance de la qualification de contrat *judiciaire*. Ces jurisprudences visent le cas de l'accord amiable de conciliation trouvé par les parties devant le juge et sont révélatrices de la force de l'accord amiable issu de la conciliation *judiciaire*, mais occulte néanmoins la question du régime contractuel applicable à l'accord résolutif du différend. L'accord amiable fait l'objet, au visa de l'article 130 du Code de procédure civile d'un procès-verbal signé par les parties au différend et le juge. Néanmoins, d'un point de vue contractuel, la question se pose de savoir si l'acte de conciliation judiciaire consiste en un simple acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats ou si, en raison du fait d'une part qu'il règle un litige et, d'autre part, qu'il ne peut faire l'objet des voies de recours en principe applicable au jugement²⁰⁹, cet acte peut être soumis au régime spécial du contrat de transaction prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil. Les juges de la première chambre civile de la Cour de cassation se prononçant sur la validité d'une transaction et l'exigence de concessions réciproques ont reconnu, dans un arrêt en date du 3 mai 2000, l'existence d'une « transaction résultant d'un procès-verbal de conciliation »²¹⁰. En conséquence, l'établissement d'un procès-verbal de l'accord amiable intervenu devant le juge n'est pas exclusif de la qualification contractuelle de contrat de transaction applicable à l'accord amiable. Ce dernier étant alors soumis au régime spécialement prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil.

2) L'acte de conciliation intervenant devant le conciliateur de justice

²⁰⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 10 juill. 1991, n° 90-11.847 ; *Bull. civ. III*, n° 208 ; *D.* 1991, IR 196 et Cass. Civ. 2^{ème}, 5 avr. 1957, *Bull. civ. II*, n° 296 : « un contrat judiciaire est exposé aux seules voies de nullité ou de rescision susceptibles d'atteindre les contrats, et ne peut être attaqué par les voies de recours ouvertes contre les jugements » – Ég. Cass. Civ. 2^{ème}, 28 nov. 1973, n° 72-12.248, *Bull. civ. II*, n° 310 : La haute juridiction précisant dans une situation où les parties avaient sollicité du juge qu'il constate leur accord dans un jugement qu'« un contrat judiciaire s'était formé, qui rendait irrecevable l'une des parties à interjeter appel du jugement l'entérinant ».

²⁰⁸ Cass. Soc. 23 oct. 1991, n° 90-60.452, *Bull. civ. IV*, n° 420.

²⁰⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 10 juill. 1991, n° 90-11.847, *Bull. civ. III*, n° 208 ; *D.* 1991, IR 196 – Ég. Cass. civ. 2^{ème}, 5 avr. 1957, *Bull. civ. II*, n° 296 : la Haute juridiction juge ainsi qu'un « contrat judiciaire est exposé aux seules voies de nullité et de rescision susceptibles d'atteindre les contrats, et ne peut être attaqué par les voies de recours ouvertes contre les jugements ».

²¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n° 98-12.819, *Bull. civ. I*, n° 130.

71. La question de l'application de la qualification de contrat *judiciaire*. Lorsque la conciliation est déléguée à un conciliateur de justice, celle-ci demeure *judiciaire* puisque le juge est saisi du litige. Elle se déroule toutefois en dehors de sa présence. En cas d'échec, le litige est tranché par le juge ayant délégué sa mission de conciliation. En cas de réussite, l'article 130 du Code de procédure civile exige une forme écrite à l'accord amiable des parties puisque celui-ci est constaté par le conciliateur de justice et signé, conjointement, par les parties et le conciliateur de justice. L'accord amiable n'intervient donc pas à proprement parler devant le juge, de sorte qu'il semble difficile de lui appliquer la qualification de contrat *judiciaire*, sauf à ce que les parties ou la plus diligente usent de la possibilité, au visa de l'alinéa second de l'article 131 du Code de procédure civile, de soumettre le constat d'accord à l'homologation du juge. Néanmoins, nous avons constaté que cette qualification de contrat *judiciaire* n'est pas révélatrice du régime contractuel applicable à l'accord amiable.

L'accord amiable constaté par écrit, signé par les parties et le conciliateur de justice a vocation à prendre la forme d'un acte sous signature privée et à être soumis au droit commun des contrats, en particulier, aux articles 1372 et suivants du Code civil. Néanmoins, dans la mesure où celui-ci résout un différend et emporte des concessions réciproques de la part de chacune des parties, il semble possible de lui appliquer la qualification spéciale de contrat de transaction.

72. Conclusion de la Sous-Section I. Attestant de l'existence d'une unité de régime de l'accord amiable issu de ces processus de résolution amiable²¹¹, nous constatons que l'exigence légale d'un écrit en matière d'acte de conciliation *judiciaire* a été étendue à l'accord de médiation *judiciaire*. Toutefois, l'accord issu de la conciliation judiciaire nommé par le législateur comme étant l'« *acte de conciliation* » – lequel peut voir son contenu consigné dans un « procès-verbal » ou un « constat d'accord » – et l'acte issu de la médiation *judiciaire* simplement évoqué comme l'« accord » des parties n'ont pas été défini par le législateur qui laisse en suspens la question du régime contractuel applicable à ces accords. Il est toutefois permis de définir l'accord de médiation et l'acte de conciliation comme des accords amiables, en ce qu'il consiste un accord de volonté des parties portant la solution trouvée au différend et résolutifs de ce dernier. La doctrine et la jurisprudence, quant à elles, laissent entrevoir une qualification variable de l'accord amiable conclu au terme d'une conciliation ou d'une

²¹¹ Nous pouvons regretter qu'au titre des dispositions générales en matière de médiation, les dispositions des articles 21-4 et 21-5 de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995, *préc.*, ne précisent pas l'exigence d'un écrit à l'accord auquel parviennent les parties.

médiation *judiciaires* : accord de médiation ou acte de conciliation peuvent consister, soit en des actes sous signature privée soumis uniquement au droit commun des contrats, ou bien faire l'objet d'une qualification transactionnelle et être soumis au surplus au régime spécialement prévu aux articles 204 et suivants du Code civil.

Sous-Section II – L'accord amiable : objectif contractualisé des processus *extrajudiciaires*

73. L'unité de définition de la conciliation et de la médiation « conventionnelles ».

L'article 1530 du Code de procédure civile introduit le titre premier relatif à « *la médiation et la conciliation conventionnelles* » du Livre cinquième du Code de procédure civile consacré à *la résolution amiable des différends*. Ce texte définit les deux processus en les assimilant l'un à l'autre. Une définition qui renvoie au surplus aux articles 21 et 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, lesquels opèrent une pareille confusion entre médiation et conciliation *judiciaires*. Le législateur français a donc entendu faire de la loi de 1995, et en particulier des articles 21 à 21-5 de la loi de 1995 composant les dispositions générales relatives à la médiation²¹², le texte de référence pour définir ces processus de résolution amiable des différends, que ceux-ci soient *judiciaires* ou « *conventionnels* ». Dans le creuset de ces dispositions, se forme par conséquent une unité de définition de la conciliation et de la médiation. Dans tous les cas, peu important leur moment de mise en œuvre – que le juge soit saisi²¹³ ou non²¹⁴ du litige – médiation et conciliation sont définies comme « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends [...]* »²¹⁵. Une unité de définition impliquant une unité d'objet et d'objectif contractuels affirmée depuis 1995 : tenter de parvenir à un accord des parties.

74. Les risques de confusion. L'unité de définition de la conciliation et de la médiation « *conventionnelles* » dans le cadre de la définition posée à l'article 1530 du Code de procédure civile, renvoyant à la loi n° 95-125 du 8 février 1995 fait donc apparaître une confusion entre les processus de résolution amiable des différends, que sont la médiation et la conciliation²¹⁶. Cette définition qui introduit un titre Ier consacré à *la médiation et la conciliation*

²¹² La loi n° 95-125 du 8 févr. 1995, *préc.*, figure pour rappel dans un encadré, *in fine* du Titre sixième relatif à « la conciliation et la médiation » que nous pouvons qualifier de *judiciaires*, puisque ce Titre est inséré au Livre Ier du Code de procédure civile regroupant les *dispositions communes à toutes les juridictions*.

²¹³ Dans le cadre *judiciaire*, le tiers est choisi par les parties ou désigné, avec leur accord par le juge saisi du litige.

²¹⁴ Dans le cas de la médiation ou de la conciliation « *conventionnelles* », celles-ci sont mises en œuvre par les parties « *en dehors de toute procédure judiciaire [...]* avec l'aide d'un tiers choisi par elles [...] »²¹⁴.

²¹⁵ Voy. spéc. l'art. 21 de loi n° 95-125 du 8 févr. 1995, *préc.*

²¹⁶ À l'instar de ce que l'on observe dans le cadre du texte fondateur de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995, *préc.*

conventionnelles est néanmoins suivie de deux chapitres consacrés à chacun des processus²¹⁷. Sont ainsi traitées d'une part, *la médiation conventionnelle* et, d'autre part, *la conciliation conventionnelle menée par un conciliateur... de justice*. D'où l'émergence d'un second risque de confusion entre d'une part, le processus de conciliation judiciaire déléguée à un conciliateur de justice – régit par les dispositions des articles 129-2 et suivants du Code de procédure civile – et la conciliation conventionnelle menée par un conciliateur de justice – organisée quant à elle par les articles 1536 et suivants du Code – ce qui n'est pas sans incidence sur les formes admises pour l'accord amiable qui en résulte.

75. L'absence de précisions légales relatives à l'accord amiable résolutif du différend. Si les articles 1530 et 1531 du Code de procédure civile introductifs à la médiation et à la conciliation « *conventionnelles* » font apparaître l'unité d'objectif de ces processus en les définissant largement, ces textes ne précisent ni la définition de l'accord des parties, ni la forme ou une éventuelle qualification contractuelle. Ceci nous amène à porter des regards plus approfondis sur les dispositions prévues spéciales à la médiation *conventionnelle* (§1), la conciliation *conventionnelle* (§2) et la procédure participative (§3), afin de tenter d'identifier plus précisément l'accord amiable qui en est issu.

§1. L'accord amiable issu de la médiation « conventionnelle »

76. L'absence de définition légale et de formalisme contractuel. En matière de médiation *conventionnelle*, intervenant indépendamment de toute incitation du juge, les articles 1534 et 1535 du Code de procédure civile n'envisagent que l'homologation de l'accord issu de la médiation conventionnelle sans le définir, ni même donner des indications sur la forme relative à l'acte ou le régime contractuel auquel il est soumis²¹⁸. C'est donc très rapidement que nous devons rechercher les positions doctrinales sur les questions relatives à la forme (A) et à la qualification contractuelle (B) de l'accord amiable issu de la médiation dite « *conventionnelle* ».

A. Le formalisme de l'accord de médiation « conventionnelle »

²¹⁷ Le Titre second du Livre V du Code de procédure civile est, quant à lui, consacré à la procédure participative.

²¹⁸ Cette disposition laisse d'ailleurs supposer que postérieurement à la conclusion de l'accord amiable résolutif du différend des parties, un accord d'homologation de l'accord amiable final peut être convenu entre les parties.

77. Les positions doctrinales quant au formalisme de l'accord amiable. La doctrine dans le domaine de la médiation dite « *conventionnelle* » précise que, « comme pour les autres modes amiables de résolution des différends, l'accord issu d'une médiation conventionnelle peut être rédigé sous diverses formes », ajoutant qu'« il peut rester consensuel, sans rédaction d'un écrit »²¹⁹.

Cependant, en pratique et à l'instar de l'accord de médiation judiciaire ou de l'accord issu d'une conciliation conventionnelle, l'établissement d'un écrit paraît le plus souvent indispensable afin de garantir une sécurité juridique quant à la preuve de l'accord amiable, le médiateur étant, à cet égard, gardien de l'efficacité et de la sécurité du processus de médiation à l'égard des parties. Dans la mesure où l'accord de médiation conventionnelle est écrit, celui-ci peut donc prendre la forme d'un acte sous signature privée ou d'un acte authentique.

B. Le régime contractuel applicable à l'accord de médiation « *conventionnelle* »

78. L'admission de l'option de qualification contractuelle. Suivant la position adoptée en matière d'accord de médiation *judiciaire*, la doctrine admet que l'accord amiable issu d'une médiation conventionnelle puisse, soit consister en un acte sous signature privée soumis aux dispositions des articles 1372 et suivants du Code civil²²⁰, soit être qualifié de transaction ou de protocole transactionnel soumis aux exigences des articles 2044 et suivants du Code civil²²¹. La qualification transactionnelle ne s'impose donc pas nécessairement aux parties et semble ainsi relever de la liberté contractuelle.

§2. L'accord amiable issu de la conciliation « *conventionnelle* »

79. Des précisions légales. Le législateur a été plus précis en ce qui concerne l'accord – ou devrions-nous peut-être dire, par analogie de la dénomination légale retenue en matière de conciliation *judiciaire*, l'« *acte* » – issu du processus de conciliation « *conventionnelle* ». Celui-ci a en effet apporté des précisions quant à la forme de l'acte **(A)**, lesquelles permettent de faire ressortir des modalités variables de formation de l'accord de conciliation *conventionnelle* **(B)**.

²¹⁹ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïß, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op. cit.*, p. 222, n° 221.134.

²²⁰ *Ibid.*, p. 222, n° 221.134 : dont la force probante peut être renforcée par contrescoring des avocats intervenant pour la rédaction de l'acte conformément aux art. 66-3-1 s. de la loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971 *portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*, JO du 5 janv. 1972, p. 131, ou encore être authentifié par devant par devant notaire au sens de l'article 1317 CCiv.

²²¹ *Ibid.*, p. 223, n° 221.135.

Enfin, le silence du législateur observé dans le cadre des autres processus de résolution amiable *judiciaires* et *extrajudiciaires* quant à la définition et la qualification contractuelle de l'accord amiable se confirme en matière de conciliation *conventionnelle* (C).

A. Le formalisme de l'accord de conciliation conventionnelle

80. Le principe du consensualisme. L'article 1540 du Code de procédure civile relatif à la conciliation menée par un conciliateur de justice prévoit, en premier lieu, « *qu'en cas de conciliation, même partielle, il peut être établi un constat d'accord signé par les parties et le conciliateur de justice*. La doctrine a d'ailleurs estimé qu'un accord purement verbal exécuté spontanément et immédiatement suffit à mettre fin au différend²²². À cet égard, la jurisprudence considère, que l'accord, peut être purement verbal, le seul échange verbal de consentements engageant les parties²²³. Néanmoins, au regard du droit de la preuve et de ce que nous avons examiné concernant l'acte de conciliation *judiciaire* et de la réforme de *modernisation de la justice du XXIème* venue notamment modifier par le biais du décret n° 2016-514 du 26 avril 2016²²⁴, l'article 131 alinéa second, la rédaction d'un accord amiable par écrit garantit une sécurité juridique en cas de contestation et favorise l'exécution de l'accord.

81. L'exception : un écrit obligatoire. L'article 1540 du Code de procédure civile alinéa second prévoit néanmoins que « *la rédaction d'un constat est requise lorsque la conciliation a pour effet la renonciation à un droit* ». Dès lors, « *un exemplaire du constat est remis à chaque intéressé* » et « *le conciliateur de justice procède également, sans délai, au dépôt d'un exemplaire au greffe du tribunal d'instance* ». Ainsi, si la rédaction d'un écrit constatant l'accord amiable des parties est, en principe, facultative, elle est en revanche requise et exigée lorsque l'accord amiable final a pour effet la renonciation à un droit²²⁵. Ce peut être les hypothèses d'une remise de dette ou de la renonciation à agir en justice, ce qui ouvre, dans ce dernier cas, la possibilité de recourir à la rédaction d'un contrat de transaction soumis au régime spécial des articles 2044 et suivants du Code civil. À toute fin utile, l'article 1541 du Code prévoit la possibilité offerte aux parties de demander, d'un commun accord, l'homologation du « *constat d'accord* » ou de « *l'acte constatant l'accord* » au juge compétent.

²²² *Ibid.*, p. 222, n° 221.134.

²²³ T. com. Châlons-sur-Marne, 1^{er} juin 1978, *préc.*

²²⁴ Décr. n° 2016-514 du 26 avr. 2016 *relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges et à la déontologie des juges consulaires, préc.*

²²⁵ Voy. l'art. 1540 al. 2 CPC

82. L'unité de formalisme. Législateur favorise la forme écrite appliquée à l'accord amiable issu de la conciliation *judiciaire* déléguée à un conciliateur de justice et exprime le même souci pour l'accord issu de la conciliation *conventionnelle* menée par un conciliateur de justice. Ces observations révèlent ainsi une unité de formalisme requise à l'accord amiable des parties afin de le sécuriser. En outre, en matière de conciliation *extrajudiciaire* déléguée à un conciliateur de justice, le législateur, dans le cadre de textes plus récents, apporte des précisions, impliquant de rechercher si cette unité de forme s'étant à l'accord de conciliation *conventionnelle*.

B. Les modalités de formation de l'accord de conciliation *conventionnelle*

83. Des modalités de formation variables. Outre l'exigence d'un écrit, l'article 1540 du Code de procédure civile apparaît comme l'unique disposition évoquant une formation tout à fait variable de l'accord amiable résolutif du différend des parties. L'alinéa premier du texte est en effet riche d'enseignements. Celui-ci dispose en effet que « *la conciliation peut également être consignée dans un constat signé par le conciliateur et une ou plusieurs des parties lorsque l'une ou plusieurs d'entre elles ont formalisé les termes de l'accord auquel elles consentent dans un acte signé par elles et établi hors la présence du conciliateur de justice* ». Le texte ajoute qu'« *il incombe alors à ce dernier de viser l'acte dans le constat et de l'annexer à celui-ci* ». Cette disposition évoque plusieurs modalités de formation de l'accord issu de la conciliation *conventionnelle* : celui-ci peut se former en présence du conciliateur de justice **(1)** ou à distance **(2)**.

1) En présence du conciliateur de justice

84. La participation active du conciliateur de justice. Les parties peuvent, en premier lieu, trouver un accord par devant, et devons-nous dire avec l'aide du conciliateur de justice, les accompagnant dans le processus. Dans ce cas, une fois l'accord amiable partiel ou global trouvé en présence des parties et du conciliateur de justice, le législateur offre la faculté aux parties et au conciliateur d'établir un constat d'accord, lequel, s'il est rédigé, est signé à la fois par l'ensemble des parties et le conciliateur de justice. Nous comprenons, qu'en pratique, le conciliateur de justice – garant du processus de conciliation « *conventionnelle* » – favorisera la

rédaction d'un écrit et le constat de l'accord amiable des parties afin de le sécuriser, au regard notamment de son exécution contractuelle future.

2) En dehors de la présence du conciliateur de justice

85. L'hypothèse de l'accord amiable conclu hors la présence du conciliateur de justice. Le législateur a prévu l'hypothèse dans laquelle les parties trouvent un accord, en dehors de la présence du conciliateur de justice, alors que la conciliation *conventionnelle* est mise en œuvre dans le cadre de son accompagnement. L'article 1540 du Code de procédure civile fait état de l'hypothèse dans laquelle les parties concluent un accord amiable entre elles, lequel peut intervenir par exemple par le biais d'une négociation directe de la solution du différend, dans une sphère *extrajudiciaire*. Cette sphère *extrajudiciaire* prolonge en quelque sorte la sphère *extrajudiciaire* de résolution du différend ouverte par la conciliation menée avec l'assistance du conciliateur de justice. Dans ce cas, les parties peuvent formaliser les termes de l'accord résolutif de leur différend, en dehors de l'assistance du conciliateur, et « [formaliser] *les termes de l'accord auquel elles consentent dans un acte signé par elles* »²²⁶. Néanmoins, il revient ensuite au conciliateur de justice de constater l'accord amiable des parties en le visant et en l'annexant au constat.

Cette disposition permet ainsi de réguler une concurrence de processus de résolution amiable du différend entre d'une part, la conciliation *conventionnelle* menée par le conciliateur de justice et, d'autre part, la négociation directe de la solution par les parties laquelle s'est tenue dans la confidentialité et parallèlement à la conciliation *conventionnelle* menée par le conciliateur de justice. Il s'agit alors de clore le processus de résolution amiable menée par le conciliateur de justice afin que celui-ci sécurise l'accord amiable des parties.

86. L'admission du constat d'accord à distance. L'article 1540 du Code de procédure civile prévoit par ailleurs d'autres modalités de rédaction d'un constat d'accord amiable afin d'éviter à l'une des parties de se présenter physiquement devant le conciliateur de justice et lui permettre ainsi de s'engager par un écrit à distance. La doctrine a ainsi constaté les pratiques, le

²²⁶ Nous pouvons rapprocher ce cas de celui spécifique de la conciliation obligatoire devant le bureau d'orientation et de conciliation prud'homale. Dans le cadre de cette conciliation *judiciaire* spéciale, il arrive que les parties ne se concilient pas devant le bureau de conciliation, mais que dans l'attente de l'audience prud'homale, et du fait de la tentative de conciliation *judiciaire*, les parties parviennent à trouver un accord amiable en dehors de la juridiction, de manière directe entre elles avec les conseils de leurs avocats et de manière *extrajudiciaire*. La création d'une sorte de sphère *extrajudiciaire* dans la sphère *judiciaire* de la résolution amiable permettant ainsi la conclusion d'un accord amiable.

constat de l'accord amiable résolutif du différend pouvant intervenir de deux manières différentes²²⁷. Dans un premier cas de figure, une proposition de règlement du différend peut être faite par l'une des parties et le conciliateur recueille l'accord de l'autre partie qui se présente devant lui. Dans un second cas de figure, l'accord amiable peut être réalisé par un échange de courriers entre les différentes parties au différend, et l'une d'elles se présente devant le conciliateur de justice en vue de la rédaction d'un constat d'accord, après que le conciliateur ait pris le soin de vérifier que l'engagement de la partie qui ne s'est pas déplacée ressort clairement des courriers signés par elle.

Ces différents cas de figures révèlent la variété des modalités de rencontre d'offre et d'acceptation de conclure l'accord amiable. Dans tous les cas, un exemplaire du constat d'accord amiable doit donc être remis à chacune des parties et le conciliateur de justice – à qui il incombe de viser l'acte dans le constat et de l'annexer à celui-ci – doit sans délai procéder au dépôt d'un exemplaire au greffe du tribunal d'instance dont il dépend. Le constat d'accord permet l'obtention d'une preuve écrite de l'accord amiable.

C. La recherche du régime contractuel applicable à l'accord de conciliation conventionnelle

87. L'admission d'un contrat *sui generis*. En l'absence de précision légale quant à la qualification contractuelle de l'accord de conciliation conventionnelle, la doctrine considère que « le constat d'accord a la nature juridique d'un contrat, passé sous la forme d'un acte sous seing privé », et ajoutent que « conformément au droit commun des contrats et par application de l'article 1103 du Code civil, il fera la loi des parties et aura force obligatoire dans leurs rapports entre elles »²²⁸. Les auteurs, en ce qui concerne le constat d'accord issu d'une conciliation « conventionnelle » ou *extrajudiciaire*, ne se prononcent guère sur une possible qualification transactionnelle de l'accord amiable résolutif du différend constaté par le conciliateur de justice.

88. La possible qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable issu de conciliation conventionnelle. La liberté contractuelle guidant la résolution amiable des différends nous permet d'affirmer – en harmonie avec les solutions retenues en matière de

²²⁷ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op.cit., p. 122, n° 132.22.

²²⁸ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op.cit., p. 122, n° 132.24.

conciliation et médiation *judiciaires* – que l'accord issu de la conciliation conventionnelle puisse être qualifié par les parties ou requalifié par le juge de contrat de transaction. D'autant que l'article 1540 alinéa second impose l'exigence de la rédaction du constat de l'accord amiable lorsque la conciliation a pour effet la renonciation à un droit, laquelle peut donc consister en une renonciation à agir en justice et être assimilée à une concession d'une des parties dans le cadre d'un contrat de transaction. En conséquence, l'accord de conciliation serait soumis au régime spécial des articles 2044 et suivants du Code civil.

Par ailleurs, en ce qui concerne le contenu du constat d'accord issu de la conciliation « *conventionnelle* » dressé par le conciliateur de justice, la doctrine considère que « le constat d'accord doit [notamment] mentionner la renonciation au droit d'agir relativement au différend qui fait l'objet de l'accord, afin de mettre définitivement fin au litige »²²⁹.

§3. L'accord amiable issu de la procédure participative

89. Distinction utile. À l'instar de l'examen des processus de résolution amiable des différends par conciliation ou médiation dite « *conventionnelles* », il convient de distinguer l'objet (A) et l'objectif (B) de la procédure de résolution amiable dite « *participative* ».

A. Le cadre légal de la procédure participative

90. L'objet de la procédure participative : une tentative de négociation directe de la solution du différend entre les parties. L'accord amiable venant cristalliser la solution trouvée par les parties peut intervenir suite à une négociation directe, sans intervention d'un tiers conciliateur ou médiateur. Il se forme alors de manière spontanée. Certaines de ces tentatives de négociation directe de solution du différend entre les parties se sont organisées, « *procéduralisées* », au point d'être érigées comme des processus de résolution amiable à part entière. Ainsi est-ce le cas de la procédure participative introduite en France sur le modèle du droit collaboratif anglo-saxon²³⁰.

²²⁹ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op.cit.*, p. 123, n° 132.25.

²³⁰ *Ibid.*, p. 678, n° 452.11, ég. N. Fricero (dir.), H. Poivey-Leclercq, S. Sauphanor, *Procédure participative assistée par avocat*, Lamy, Collec. Axe Droit, 2012 : Le droit collaboratif, issu de la pratique anglo-saxonne, a inspiré la création d'une procédure participative « à la française ». Droit collaboratif et procédure participative ont pour point commun de consister en une « mise en état conventionnelle », dont l'objet principal est de pacifier les litiges en permettant, sous l'ombre portée du juge aux parties de trouver des points d'accords. La procédure participative se distingue du droit collaboratif dans la mesure où elle se situe dans un cadre judiciaire. Il s'agit ainsi d'une option procédurale, offerte aux parties et leurs conseils, dans la plupart des procédures civiles et

La proposition n° 47 du rapport remis par la Commission Guinchard²³¹ au Garde des Sceaux, le 30 juin 2008, a, en effet, ouvert la voie à ce nouveau type de processus de résolution amiable des différends. Pour cela, le législateur est intervenu en deux temps : tout d'abord, en créant par l'adoption de la loi dite « *Béteille* » du 22 décembre 2010²³², un titre XVII au Livre III du Code civil intitulé « *De la convention de procédure participative* » constitué des articles 2062 et suivants ; ensuite, en intégrant un titre II relatif à « *la procédure participative* » composé des articles 1542 et suivants au Livre V consacré à « *la résolution amiable des différends* » du Code de procédure civile.

Très récemment encore – nous l'évoquions – le législateur par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle* a étendu le champ d'application de cette procédure de résolution amiable des différends en permettant que la première phase, dite « *conventionnelle* », de la procédure participative puisse être déclenchée alors que le juge compétent est saisi du litige. En d'autres termes, un accord amiable partiel ou global par le biais de la procédure participative organisant une négociation directe de la solution du différend entre les parties et leurs avocats peut être trouvé, alors que le juge compétent du litige est saisi, que le contentieux est engagé. Ces modifications apportées par l'article 9 de la loi aux dispositions des articles 2062 – définissant la convention de procédure participative – ainsi que des articles 2063, 2065 et 2066 du Code civil attestent de la faveur du législateur français pour la contractualisation du procès. Ces dispositions prévoient, sur le plan procédural et en cas d'échec de la tentative de résolution amiable, que celle-ci sert la mise en état du litige²³³.

commerciales, à l'exception de la matière prud'homale. Cette option procédurale a pour objet de permettre aux parties, si elles en font le choix, de suspendre la procédure engagée devant la juridiction, pour qu'elles procèdent elles-mêmes à une mise en état conventionnelle dont l'objectif est de trouver, si cela est possible ou réalisable, des points d'accord, avant que le juge ne tranche leur différend. À la différence du droit collaboratif, dans le cadre de la procédure participative, la juridiction est saisie et une procédure engagée, mais les parties d'un commun accord acceptent de suspendre celle-ci le temps qu'elles définissent l'objet de leur différend, les pièces nécessaires à sa résolution et les échanges. Par ailleurs, la posture de l'avocat marque la différence majeure entre droit collaboratif et procédure participative. Pour cette dernière et contrairement au droit collaboratif, les avocats assistent leur partie respective dans leur saisine judiciaire, puis dans leur négociation et enfin ils les représentent en cas de non accord pour les suites contentieuses de leur dossier.

²³¹ Rapport S. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, préc.*

²³² Loi n° 2010-1609 du 22 déc. 2010 *relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires*, JO 23 déc. 2010, n° 0297, p. 22552.

²³³ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïš, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op.cit.*, p. 718, n° 511.22 : Pour ces auteurs, la convention de procédure participative pouvant avoir pour finalité la mise en état du litige, même si le juge a été saisi de l'instance, cette externalisation de l'instruction poursuit plusieurs objectifs dont celui de désengorger les tribunaux de la conduite de la mise en état et du suivi des mesure d'instruction, particulièrement des expertises.

91. Un processus organisé autour de constats de points d'accord. Les réformateurs n'ont apporté aucune précision concernant la définition, la forme ou le régime contractuel applicable à l'accord amiable final cristallisant la solution du différend des parties. La procédure participative permet un règlement direct du différend entre les parties, si tant est que ces dernières sont obligatoirement assistées de leurs avocats respectifs. Avocats conseils et clients travaillent ensemble et conjointement, chacun ayant un rôle et une valeur équivalente, complémentaire dans la résolution du problème commun. L'accord amiable résolutif du différend se construit ainsi par une série d'étapes organisée au travers de réunions parties-avocats fixées selon un calendrier précis, appelées « rencontres de règlement »²³⁴. Chacune de ces rencontres – et à l'instar des réunions de médiation pouvant être également échelonnées dans le temps – donne lieu à des constats de points d'accord consentis à chacune des étapes²³⁵.

Nous serons donc amenés à nous interroger sur la rencontre des offres de solution et d'acceptation, ainsi que sur la valeur juridique de ces points d'accord ponctuels.

B. L'objectif contractualisé de la procédure participative

92. Position du problème. Si le législateur a précisément défini la convention de procédure participative ayant pour objet d'organiser la mise en œuvre du recours à ce processus de résolution amiable des différends, il est demeuré toutefois silencieux en ce qui concerne l'accord amiable des parties portant sur la solution du différend à l'issue de la tentative de résolution amiable du différend. Néanmoins, les dispositions relatives à la phase conventionnelle de la procédure participative, ainsi que celles prévoyant le relais du juge afin de trancher le litige persistant, permettent de relever quelques observations quant au formalisme de l'accord participatif **(1)** et au régime contractuel applicable **(2)**.

1) Le formalisme de l'accord amiable participatif

93. L'admission d'un accord global ou partiel. La procédure participative peut aboutir de manières différentes : soit à un accord sur la totalité du différend ; soit à un accord partiel sur le différend et à un jugement du différend persistant ; soit encore et en cas d'échec

²³⁴ Séminaire inter-barreaux Paris, Aix-en-Provence, Québec sur le thème « Nouvelles voies de justice au Québec : justice participative, droit collaboratif, médiation », atelier autour de la pratique du droit collaboratif en matière familiale, Août 2012, Montréal, Canada.

²³⁵ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïss, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., pour le déroulement du processus de procédure participative, p. 711 s., n° 510 à 516, et celui de droit collaboratif, p. 622 s., n° 420 à 424.

de la phase conventionnelle, à un jugement total du différend²³⁶, ouvrant dans ce cas une seconde phase contentieuse. Ainsi, l'article 1560 alinéa premier du Code de procédure civile dispose que « *lorsque les parties ne sont parvenues qu'à un accord partiel et à moins qu'elles ne demandent que son homologation conformément à l'article 1557, elles peuvent saisir le juge à l'effet qu'il statue sur le différend résiduel, soit conformément aux règles régissant la procédure applicable devant lui, soit par requête conjointe signée par les avocats les ayant assistées au cours de la procédure participative [...]* ». L'accord amiable peut donc porter sur l'intégralité du différend ou n'être que partiel, à l'instar de l'accord amiable issu d'autres processus de résolution amiable des différends. Ces derniers purgent en quelque sorte les différends des parties dont les solutions pouvant être négociées à l'amiable, le juge n'ayant plus qu'à trancher le litige résiduel qui se résume alors à sa seule dimension juridique.

94. Le formalisme de l'accord amiable global ou partiel. Une fois de plus – et nous le constatons récemment dans le cadre de la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle – le législateur n'est pas venu définir l'accord issu de la procédure participative, ni le régime contractuel qui lui est applicable.

Tout au plus apprend-on à l'article 1555 du Code de procédure civile constituant une section III consacrée à l'issue de la procédure, que la procédure conventionnelle peut s'éteindre notamment par « *la conclusion d'un accord mettant fin en totalité au différend ou l'établissement d'un acte constatant la persistance de tout ou partie de celui-ci* ». Le législateur n'envisage l'accord des parties que d'un point de vue procédural. Trois cas de figure peuvent donc se présenter.

En premier lieu, la procédure participative a pu permettre d'aboutir au règlement du différend « *ou du litige* »²³⁷ en son entier et, dans ce cas, un accord que l'on peut qualifier d'amiable puisque résolutif du différend est conclu et met fin à la procédure participative. Celle-ci s'achève donc à son stade « *conventionnel* ».

En second lieu, la tentative de résolution amiable par procédure participative a pu permettre de négocier une solution venant résoudre seulement une partie du différend, et dans

²³⁶ L'art. 1558 CPC organisant une dispense de la tentative préalable de conciliation ou de médiation, les parties ayant déjà tenté un arrangement amiable, il est inutile de les contraindre à une tentative de conciliation supplémentaire ; Ég. art. 1559 CPC pour une dispense de la mise en état, « *l'affaire [étant] directement appelée à une audience de jugement de la formation à laquelle elle a été distribuée* ».

²³⁷ Décr. n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile, 10 mai 2017, JO n° 0109 pris en application de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, préc.

ce cas, la seconde phase dite de « *procédure aux fins de jugement du différend persistant* »²³⁸ doit être mise en œuvre.

Enfin, si la première phase de la procédure participative dite « *procédure conventionnelle* » a échoué, la seconde phase dite de « *procédure de jugement de l'entier jugement* »²³⁹ est déclenchée afin que le litige soit tranché par le juge. Dans la mesure où la phase conventionnelle, c'est-à-dire l'exécution de la convention de procédure participative, est intervenue alors que le juge a été saisi du litige, l'exécution de cette convention sert la mise en état du litige si les parties ne trouvent pas de solution et ne parviennent pas à conclure un accord amiable.

Dans ces deux derniers cas – de subsistance d'un litige partiel ou global entre les parties – le législateur impose donc, au visa de l'article 1555 du Code, l'établissement d'un acte, ou plus exactement d'un constat écrit faisant état de la persistance du différend partiel ou total. Une sorte de constat de l'échec ou du semi-échec de la phase conventionnelle de la procédure participative.

Ajoutant *in fine* que « *lorsqu'un accord au moins partiel a pu être conclu, il est constaté dans un écrit établi par les parties, assistées de leurs avocats* » et que cet écrit « [...] énonce de manière détaillée les éléments ayant permis la conclusion de cet accord », l'article 1555 du Code de procédure civile impose un formalisme à l'accord amiable participatif. La sécurité juridique liée à l'établissement de la preuve de l'acte implique en pratique, par prudence, la rédaction de l'accord amiable. D'autant que, les dispositions communes aux processus de résolution amiable extrajudiciaire des différends, par médiation conventionnelle, conciliation conventionnelle ou procédure participative offrent aux parties la possibilité de faire homologuer leur accord amiable global ou partiel²⁴⁰.

2) La question du régime contractuel applicable à l'accord amiable participatif

95. L'admission de l'option de qualification contractuelle. Malgré l'exigence légale d'un écrit constatant l'accord amiable des parties, et la possibilité laissée par le législateur de procéder à son homologation, aucune disposition ne définit clairement l'accord amiable participatif total ou partiel, ou ne vient préciser le régime contractuel qui lui est applicable. À cet égard, la formulation de l'article 1555 du Code de procédure participative semble

²³⁸ Voy. les art. 1558 à 1561 CPC.

²³⁹ Voy. les art. 1562 à 1564 CPC.

²⁴⁰ Voy. les art. 1565 à 1567 CPC

maladroite en ce qu'il prévoit, pour ce qui concerne le contenu de l'accord, que celui-ci « énonce de manière détaillée les éléments ayant permis la conclusion de cet accord ». Dès lors, la question se pose de savoir en quoi consiste « ces éléments ayant permis la conclusion du contrat ». S'agit-il de la solution du différend ?

Concernant la qualification contractuelle et en conséquence le régime applicable à l'accord amiable des parties issu d'une procédure participative, la doctrine envisage l'application des solutions dégagées au regard des accords issus des conciliations et médiations judiciaires et extrajudiciaires²⁴¹. En premier lieu, l'accord participatif peut consister en un acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats et, en particulier aux 1372 et suivants du Code civil. Les auteurs admettent que cet acte sous signature privée peut encore être contresigné par avocat. Néanmoins, la doctrine ne semble pas retenir que l'accord puisse être authentifié. Ce qui paraît étonnant. En second lieu, la doctrine admet la possibilité que les parties puissent signer une « transaction participative ». En effet, d'aucuns considèrent que « rien n'interdit aux parties de s'accorder sur une transaction à l'issue du processus participatif, mais dans ce cas, l'accord transactionnelle ou le protocole transactionnel est soumis au régime juridique prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil »²⁴².

96. La question de l'existence d'un régime autonome applicable à l'accord amiable participatif. Certains auteurs constatent que les accords issus d'une conciliation, d'une médiation ou d'une convention de procédure participative ne sont pas soumis par le législateur au régime du contrat spécial du contrat de transaction prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil. Ces auteurs en concluent que l'accord amiable issu d'une procédure participative devrait échapper à l'exigence des concessions réciproques équilibrées, propre au contrat de transaction²⁴³. En ce sens – et nous l'examinerons – la Cour de cassation a introduit le respect des droits des parties dans les conditions de validité de l'accord²⁴⁴. Ainsi, certains auteurs soutiennent que l'accord participatif « reste soumis au droit commun des conventions » et que « dans la mesure où il porte sur des droits dont les parties ont la libre disposition, l'existence de

²⁴¹ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïß, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 751, n° 514.21 s.

²⁴² *Ibid.*, p. 754, n° 514.31.

²⁴³ *Ibid.*, p. 757, n° 514.33; Une exigence jurisprudentielle ayant intégré la définition du contrat de transaction de l'art. 2044 CCiv., dans le cadre de la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle

²⁴⁴ Cass. Soc. 28 mars 2000, n° 97-42.419, *Bull. civ.* V, n° 135 ; *D.* 2000, Jur. 537, note J. Savatier, D. Boulmier, « Le bureau de conciliation » ; *Dr. Ouvriers* 2004. p. 98.

concessions réciproques ne devrait pas faire partie des conditions de validité ou des éléments de qualification de l'accord »²⁴⁵.

97. Quid de l'accord collaboratif ? Le processus de droit collaboratif mis en place pour la première fois en 1990 aux États-Unis²⁴⁶ a inspiré, en France, la création de la procédure participative²⁴⁷. Néanmoins, cette pratique anglo-saxonne tend à se développer en France sous l'impulsion de certains avocats²⁴⁸, indépendamment du cadre légal adopté pour la mise en œuvre de la procédure participative. Nous pouvons dès lors nous interroger sur les critères de distinction existants entre le processus de droit collaboratif et la procédure participative. La question se pose en particulier de savoir si un de ces critères tient au contenu ou à la qualification contractuels de l'accord amiable final pouvant être trouvé par les parties aux termes de ces deux processus²⁴⁹.

Le processus de droit collaboratif est défini comme un processus de résolution amiable des différends, dont la mise en œuvre est *extrajudiciaire*, préalable à toute saisine judiciaire, ce qui n'est plus forcément le cas pour la procédure participative depuis la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle. Au même titre que la procédure participative et sa convention de procédure participative, le processus de droit collaboratif repose pour le déclenchement de sa mise en œuvre sur un engagement contractuel des parties et de leurs avocats, matérialisé par une « charte collaborative », également dénommé « contrat

²⁴⁵ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op.cit.*, p. 757, n° 514. 33 *in fine*.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 618 s., spéc. sur les origines n° 411.21 et n° 411.22 : Le processus de droit collaboratif a été initié pour la première fois en matière familiale pour le traitement du divorce afin de combattre ses aspects contentieux, dans l'intérêt des époux et des enfants, par un avocat de Minneapolis, M. Stuart Webb exerçant en droit de la famille. Dans le droit fil des modes de résolution amiable, il s'est agi d'encourager la réparation de la relation, d'aider à la prise de décision conjointe par les époux et, partant, de favoriser la conclusion d'accords entre les conjoints. La pratique du droit collaboratif s'est ensuite développée de manière exponentielle, d'abord dans tous les pays anglo-saxons, puis en Europe et dans d'autres domaines que la matière familiale notamment pour des différends relatifs aux troubles du voisinages, aux difficultés rencontrés entre dirigeants ou encore en matière sociale, pour des salariés allant travailler pour une entreprise concurrente.

²⁴⁷ Proposition n° 47 du Rapport Guinchard, *préc.*

²⁴⁸ Séminaire inter-barreaux Paris, Aix-en-Provence, Québec sur le thème "Nouvelles voies de justice au Québec : justice participative, droit collaboratif, médiation" à Montréal, province du Québec, Canada, août 2012 ; Ég. N. Fricero, « Droit collaboratif et procédure civile », Colloque *Le droit collaboratif dans tous ses états*, 22 mars 2012, Association française des praticiens de droit collaboratif (AFPDS).

²⁴⁹ L'absence de lien organisé pendant le processus de droit collaboratif, et ce jusqu'à son aboutissement et à la différence de la procédure participative, se traduit, par une absence de passerelle avec une instance et une absence d'organisation d'une mise en état conventionnelle qui pourrait servir dans le cadre d'une instance. Il en résulte que le processus du droit collaboratif est marqué par une absence de lien organisé avec le juridictionnel, sauf à ce que les parties, durant le processus, saisissent le juge de l'urgence aux fins de mesures judiciaires conservatoires ou urgentes.

collaboratif » ou « convention collaborative »²⁵⁰. L'objet du processus consiste également à rechercher, de manière négociée et de bonne foi, lors de réunions entre les parties et leurs avocats respectifs, une solution globale au différend reposant sur la satisfaction des intérêts mutuels de chacune des parties²⁵¹. Cette solution est finalement cristallisée par la conclusion de l'accord amiable. En cas d'accord global, les parties assistées de leurs avocats peuvent demander l'homologation de l'accord au juge compétent. Les avocats peuvent encore contresignés l'accord collaboratif consistant en un acte sous signature privée.

La différence entre le processus de droit collaboratif et la procédure participative se révèle en cas de désaccord persistant entre les parties. Dans ce cas, les avocats se retirent du dossier et ne peuvent plus par la suite assister leur client dans le cadre du traitement judiciaire du litige. Il en est de même pour les experts amiables qui seraient intervenus au cours du processus²⁵². La procédure participative, lorsque sa phase dite « conventionnelle » échoue n'implique pas pour les avocats de se déporter. Ces derniers, dans le cadre des travaux de la loi « Béteille » se sont, à cet égard, farouchement opposés à pareil déport et au risque de perte de clientèle afférant.

Aucun critère de distinction entre le processus de droit collaboratif et la procédure participative n'est donc fondé sur l'accord amiable final des parties. Concernant le droit collaboratif, la doctrine constate les pratiques et précise que le processus peut s'achever par la rédaction d'une transaction régie par les articles 2044 et suivants du Code civil. Il s'agit d'un choix des participants, « si la nature du litige permet ce choix, et si ceux-ci souhaitent que leur accord revête l'autorité d'un jugement rendu en dernier ressort et donc non susceptible de recours »²⁵³. Mais les auteurs admettent également que le processus de droit collaboratif puisse aboutir à la rédaction d'un acte authentique²⁵⁴, ou à un acte sous signature privée contresigné par avocat, en particulier dans le cadre du nouvel article 229-1 du Code civil en matière de divorce par consentement mutuel extrajudiciaire²⁵⁵.

²⁵⁰ Maison du Barreau, Ordre des avocats de Paris, Commission de Droit collaboratif sous la direction de Maître N. Tisseyre-Boinet, réunions mensuelles suivies au cours de l'année 2012 à l'origine de la création d'une Charte de Droit collaboratif et d'un annuaire des avocats collaboratifs en cours d'élaboration.

²⁵¹ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 616, voy. définition n° 411.11.

²⁵² *Ibid.*, p. 633, n° 423.21.

²⁵³ *Ibid.*, p. 637, n° 424.31 ; Voy. ég. N. Fricero, « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire, quel rôle pour le juge ? », *RJPF* 2010-1/11.

²⁵⁴ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 637 n° 424.31 : L'authentification de l'acte peut se justifier par la nature du différend et des droits rendant possible, nécessaire ou souhaitable le recours à cet instrument. Il en est particulièrement ainsi en matière de droit européen de la famille.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 638, n° 424.31.

Ces positions laissent fonder la nécessaire recherche d'une unité de régime contractuel entre l'accord amiable issu du processus de droit collaboratif et celui scellant la réussite de la phase « *conventionnelle* » de la procédure participative.

98. En définitive, nous constatons que si le formalisme de l'accord amiable semble variable selon qu'il est issu d'une médiation ou d'une conciliation, conventionnelles, le souci de sécurité juridique impose le constat de l'accord amiable par le tiers missionné et partant, la rédaction d'un écrit.

Par ailleurs, les débats doctrinaux quant à la qualification contractuelle de l'accord amiable se rejoignent. Il ressort très nettement, pour les rédacteurs d'actes, l'option de qualification transactionnelle observée dans le cadre de la conciliation et de la médiation *judiciaires* : l'accord amiable résolutif du différend peut soit consister en un acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats tel que réformé et nouvellement codifié aux articles 1100 et suivants du Code civil, soit en un contrat de transaction régi par les articles 2044 et suivants du Code civil, en particulier lorsque l'une des parties renonce à son droit d'agir en justice.

99. Conclusion de la section II relative à l'identification de l'accord amiable résolutif du différend.

Les dispositions communes du Livre cinquième du Code procédure civile relatif à *la résolution amiable des différends* ne font qu'évoquer l'accord des parties comme objectif d'une médiation, d'une conciliation, *extrajudiciaires* ou d'une procédure participative. Le législateur ne s'est pas aventuré à définir cet accord ou à déterminer le régime contractuel qui lui est applicable. Cette indifférence n'est, en définitive, qu'une extension de celle constatée en ce qui concerne l'accord issu d'une médiation ou d'une conciliation *judiciaires*²⁵⁶ et s'explique par un positionnement procédural du législateur appelant un recours au droit commun des contrats et au droit spécial du contrat de transaction.

Néanmoins, une disposition attire particulièrement notre attention sur la question de la qualification contractuelle de l'accord amiable issu des processus de résolution amiable *extrajudiciaire*, dans la mesure où il est fait référence au contrat de transaction. L'article 1567 du Code dispose en effet que « *les dispositions des articles 1565 à 1566 sont applicables à la*

²⁵⁶ L'art.1565 al. 1^{er} CPC précise par ailleurs une possibilité d'homologation de l'accord : « *L'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée* ».

transaction conclue sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une procédure participative. Le juge est alors saisi par la partie la plus diligente ou l'ensemble des parties à la transaction ». Est-ce à dire que la transaction est un processus de résolution amiable des différends bénéficiant d'un régime à part de ceux relatifs de la médiation, de la conciliation ou de la procédure participative, sans qu'elle ne puisse être elle-même l'aboutissement de l'un de ces trois processus ? Ou bien faut-il considérer qu'un accord amiable qualifié de transactionnel peut être conclu par les parties indépendamment de tout recours à un processus de résolution amiable des différends ?

* *
*

100. Conclusion du Chapitre I relatif à l'accord amiable : objectif contractualisé du droit commun procédural de la résolution amiable des différends.

Le législateur a progressivement – de sa propre initiative, puis récemment et fortement, sous l'influence du législateur européen – développer des « recours » à des procédures ou processus de règlement des différends, autres que contentieux. Le droit commun de la résolution amiable des différends instauré par le législateur est, en conséquence, un droit procédural. Au sein du Code de procédure civile, la résolution amiable fait ainsi l'objet de deux corps de règles distincts comprenant d'une part, les règles procédurales applicables aux processus *judiciaires* dont le recours est prévu à l'initiative ou en présence du juge, et, d'autre part, celles relatives aux processus *extrajudiciaires* dont le recours peut être initié par les parties en dehors de toute initiative et présence du juge. Bien que faisant l'objet de deux corps de règles présents distinctement dans le Code de procédure civile – sur le versant *judiciaire* et sur le versant *extrajudiciaire* – l'ensemble du droit commun procédural de la résolution amiable des différends présente, à plusieurs égards un caractère unitaire permettant d'affirmer d'un point de vue procédural l'émergence d'un droit au recours à la résolution amiable, pendant du droit au recours au juge. Cette unité transparaît à plusieurs égards.

Sur le versant *judiciaire*, les processus de résolution amiable – médiation, conciliation – sont conçus comme des recours au champ d'application général puisque leurs règles sont applicables « à toutes les juridictions ». Dès lors, médiation et conciliation peuvent être qualifiées en conséquence de *judiciaires*, puisque leur recours a vocation à être déclenché à l'initiative des parties ou du juge, mais dans tous les cas, à la connaissance de ce dernier. Ce premier corps de règles trouve d'ailleurs son essence dans le principe directeur du procès édicté

à l'article 21 du Code selon lequel, « *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* ». Un principe développé dans le cadre de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ayant permis la délégation de cette mission à un conciliateur de justice et le développement du processus de médiation *judiciaire*. Deux processus faisant aujourd'hui l'objet de dispositions distinctes²⁵⁷.

Sur le versant *extrajudiciaire*, le second corps de règles, bien nommé « *la résolution amiable des différends*, objet du Livre V^{ème} du Code regroupe, quant à lui, les processus de conciliation conventionnelle, médiation conventionnelle et procédure participative²⁵⁸. Ces processus et procédures peuvent être qualifiés d'*extrajudiciaires* puisque leur recours est à l'initiative unique des parties et mis en œuvre en dehors de la procédure contentieuse devant le juge : soit que ce dernier ne soit pas encore saisi du litige, soit que les parties décident d'avoir recours à un processus de résolution amiable du différend en dehors de l'arène judiciaire. Toutefois, dans le cadre de la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, le législateur a ajouté une touche *judiciaire* aux dispositions relatives à la procédure participative puisque celle-ci peut désormais être mise en œuvre alors même que le juge est saisi du litige. Malgré la place réservée dans le Code de procédure civile à ce corps de règle, il existe une véritable unité de la résolution amiable des différends entendue comme la matière procédurale regroupant l'ensemble des processus de résolution amiable des différends *extrajudiciaires* mais également *judiciaires*. Le droit au recours à la résolution amiable *judiciaire* ou *extrajudiciaire* trouve ainsi son fondement dans la loi n° 95-125 du 8 février 1995.

Cette unité ressort encore au sein de la définition donnée par le législateur aux processus de résolution amiable des différends. En effet, l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 confond et appréhende de manière unitaire la médiation et la conciliation, la seconde semblant être une déclinaison de la première. Ensuite, la définition donnée de la médiation par l'article 21 de la loi visant « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* » sert de définition pour la conciliation et de la médiation qualifiées de « *conventionnelles* » par le législateur. Ces dernières, au visa de l'article 1530 du Code de procédure civile doivent en effet être entendues au sens des articles 21 et 21-2 du même Code. L'article 21-2 du Code de procédure civile renvoyant à la mission du médiateur et garantissant

²⁵⁷ Voy. les art.129 à 131 CPC pour la conciliation *judiciaire* et les art. 131-1 à 131-15 CPC pour la médiation *judiciaire*.

²⁵⁸ Un corps de règles distinct des dispositions du Livre Ier du Code de procédure civile relatif aux *dispositions applicables à toutes les juridictions* prévoyant la résolution amiable des différends par médiation ou conciliation *judiciaires*.

la sécurité juridique de l'exécution de processus menés sous l'égide d'un tiers, comme les procédures contentieuses supposent la présence d'un juge impartial, compétent et diligent. Nous pouvons d'ailleurs affirmer que la procédure participative peut également être entendue comme un processus structuré par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide de tiers, les avocats, choisis par elles, les assistants et collaborant tout au long de la procédure, jusqu'à la conclusion d'un accord amiable. À cet égard, nous constatons, d'une part, que de la seconde phase de la procédure participative est judiciairisée et que la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle permet, dorénavant, que la première phase de la procédure participative dite de « *procédure conventionnelle* » soit déclenchée à la connaissance du juge saisi du litige. La procédure participative peut donc être, au regard du moment du déclenchement de son recours, un processus *extrajudiciaire* de résolution amiable des différends ou un processus *judiciaire* de résolution amiable des différends, servant dans ce dernier cas et en cas d'échec, la mise en état du litige amené à être tranché en tout ou partie par le juge.

Cette définition unitaire des processus de résolution amiable des différends implique indubitablement une unité d'objet des processus de résolution amiable – conciliation, médiation, procédure participative judiciaires ou extrajudiciaires – une *tentative de résolution amiable* fondée pour sa mise en œuvre sur la volonté des parties. Mais cette définition implique également une unité d'objectif, la résolution du différend par la conclusion de l'accord amiable. Un accord que nous qualifions – dans le cadre de ce droit commun procédural – précisément d'amiable car venant figer la solution du différend trouvée par les parties. En d'autres termes contractuels, le droit commun procédural de la résolution amiable consiste par des processus ou procédures à organiser *une tentative de négociation de la solution au différend entre les parties assistées par des tiers, afin de permettre la conclusion d'un accord amiable résolutif, voir préventif du différend.*

Le droit commun procédural de la résolution amiable de par son champ d'application étendu – ne trouvant comme limite que la libre disposition des droits des parties au différends et les garanties offertes de recours au juge dans sa mise en œuvre au regard de la prescription – implique l'émergence et l'affirmation progressive d'un droit d'accès effectif à la résolution amiable, pendant du droit d'accès effectif au juge, mais également l'existence d'un régime contractuel unitaire sous-jacent qu'il conviendra d'analyser. Au-delà encore, le législateur ne s'est pas contenté de développer un droit commun procédural de la résolution amiable, et est également intervenu afin de prévoir le recours à des procédures de résolution amiable spéciales

lesquelles aboutissent à un accord de volonté des parties qui convient, dans ce cadre, d'identifier.

Chapitre II – L'accord amiable : objectif contractualisé des droits spéciaux de la résolution amiable des différends

101. L'intervention ciblée du législateur. Le champ d'application de la résolution amiable des différends est d'autant plus étendu que le législateur ne s'est pas contenté de développer un *droit commun procédural de la résolution amiable des différends*. Parfois antérieurement au développement des premières règles de ce droit commun procédural, celui-ci est intervenu dans de nombreuses branches du droit afin de favoriser spécialement le traitement de différends, difficultés, conflits particuliers, par recours à des processus de résolution amiable. Ces derniers favorisent l'émergence de solutions conventionnelles souvent plus adaptées aux besoins et intérêts des parties que ne peuvent l'être les solutions imposées par un tiers.

Nous limitons notre analyse au droit privé, bien que nous constatons d'une part, que l'évolution récente de la procédure pénale soit marquée par le développement des modes alternatifs aux poursuites pénales ou de procédures simplifiées, tels que la composition pénale²⁵⁹, le plaider coupable²⁶⁰, ou encore la médiation pénale²⁶¹ et, d'autre part, que les

²⁵⁹ Voy. Art. 41-2 et 41-3 CPP. : La composition pénale a été introduite par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 *renforçant l'efficacité de la procédure pénale*, JO 24 juin 1999, n° 144, p. 9247 et consiste pour le procureur de la République à proposer une mesure de composition à une personne reconnaissant la commission d'une infraction et à abandonner les poursuites en cas de bonne exécution de la mesure – Doctr. J. Leblois-Happe, « De la transaction pénale à la composition pénale – Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *JCP G* 2000, I, 198 ; J. Pradel, « Une consécration du *Plea bargaining* à la française : la composition pénale », *D.* 1999, p. 379 : ces auteurs qualifient la composition pénale de procédure transactionnelle ; *Contra*, M. Redon, « Transaction », *Rép. Pénal*, n° 2. et P. Chauvel, « Transaction », *Rép. civ. Dalloz* 2004, n° 136. : Si, lors des débats parlementaires, le terme de transaction a été souvent employé pour désigner ce mode alternatif aux poursuites pénales, ce qualificatif ne fait pourtant pas l'unanimité. À son encontre, certains auteurs soulignent que l'objectif poursuivi dans le cadre de la composition pénale n'est pas de transiger sur l'action publique qui n'est pas encore mise en mouvement, mais consiste uniquement à opter pour des mesures applicables préalablement à son exercice

²⁶⁰ Voy. Art. 495-7 à 495-16 CPP : la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, autrement dénommée « le plaider coupable » a été introduite par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, loi dite « Perben II », JO 10 mars 2004, p. 4567. Cette procédure simplifiée permet de juger immédiatement un individu ayant reconnu au préalable sa culpabilité et connaissant la peine qu'il se verra appliquée à l'issue de la procédure. Le procureur de la République s'est vu ainsi octroyer la faculté pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans, de proposer une ou plusieurs peines à une personne majeure qui reconnaît sa culpabilité. Elle se distingue de la transaction pénale en ce qu'elle ne suppose pas l'abandon des poursuites.

²⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, n° 12-13.673, *JurisData* n° 2013-006716 ; *JCP G* 2013, 467 ; *D.* 2013, p. 1663, note J.-B. Perrier : Concernant le rapprochement entre la médiation pénale et la transaction, la question se pose de savoir si la transaction pénale peut être conclue à l'issue d'une médiation pénale, à l'instar de ce que nous observons en matière civile. Dans le cadre de la médiation pénale, l'auteur de l'infraction prend un certain nombre d'engagements auprès de la victime qui, de son côté, renonce à porter plainte et le cas échéant, à une indemnisation intégrale. Si la qualification transactionnelle doit être exclue pour la composition pénale et pour la procédure de plaider coupable car elles n'ont aucune implication sur l'action publique, elle doit être retenue à l'égard de la médiation pénale qui, selon cette jurisprudence, « en dehors de toute procédure pénale tend à régler les différends ». La médiation pénale est cependant soumise à des conséquences juridiques adaptées puisque ses effets diffèrent selon la matière concernée, civile ou pénale. Alors qu'au civil les implications sont celles du droit

réformateurs de la justice du XXIème siècle ont veillé à introduire un droit commun procédural de la médiation en matière administrative²⁶².

102. La problématique de l'identification de l'accord amiable issu des droits spéciaux de la résolution amiable des différends. Dans le cadre du *droit commun procédural de la résolution amiable des différends*, il ressort du premier examen des dispositions faisant référence à l'accord issu des processus de résolution amiable que celui-ci consiste en un *accord « résolutif » du différend*. En d'autres termes, l'accord amiable contient la solution du différend qu'il éteint. Dans le cadre de la multiplication des recours spéciaux de la résolution amiable des différends ayant vocation, pour certains, à être mis en œuvre dans le cadre *judiciaire (Section I)*, pour d'autres, à être déclenchés avant toute saisine du juge, et donc de manière *extrajudiciaire (Section II)*, il s'agit de rechercher si les accords issus de ces processus spécifiquement prévus dans certaines matières partagent le même but de résolution du différend ou s'ils peuvent avoir une autre visée. À l'instar de l'examen mené dans le droit commun procédural de la résolution amiable des différends, il convient de rechercher si le législateur propose d'éventuelles définition, forme ou qualification contractuelle aux accords amiables pouvant être conclus à l'issue de ces processus et dans une grande diversité de branches du droit.

Section I – L'objectif contractualisé des processus *spéciaux* de résolution amiable judiciaires des différends

103. Entreprise, travail, santé, famille. En droit des affaires, et plus particulièrement en droit des entreprises en difficulté, la conciliation apparaît comme une institution traditionnelle visant la prévention des différends par le traitement de simples difficultés. Dans ce cadre, la conclusion d'un « *accord amiable* », ainsi dénommé, davantage « préventif » d'un différend entre le débiteur et ses créanciers principaux, que curatif, vise à favoriser la poursuite de l'activité économique de l'entité (**Sous-Section I**). De manière plus étonnante, la conciliation, puis la médiation, ont trouvé place pour l'une aux yeux du législateur, pour l'autre, en premier temps à ceux des praticiens, dans le règlement des conflits individuels du travail. Très récemment, le législateur en consacrant un droit commun de l'action de groupe, a

commun de la transaction car l'action est éteinte, au pénal, en revanche, l'accord de médiation est dépourvu d'incidence sur l'action publique, cette dernière ayant un caractère indisponible.

²⁶² Voy. art. 5 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc.

également prévu la médiation de groupe en matière de discrimination au travail²⁶³. Autant de processus qui ont dû être conciliés avec un ordre public de protection de la partie faible – le salarié – impliquant une sécurisation de l'accord amiable au regard des intérêts de ce dernier (**Sous-Section II**). Un ordre public de protection également présent en droit de la santé, au bénéfice de la victime d'accident médicaux. Une matière dans laquelle le législateur a pourtant développé des recours à la résolution amiable, notamment et récemment, dans le cadre judiciaire de l'action de groupe (**Sous-Section III**). Mais il est un domaine précurseur en matière de développement de la résolution amiable des différends²⁶⁴ – le droit de la famille – où une place essentielle est laissée à la volonté des époux, parents, que ce soit en matière de divorce, de séparation ou d'autorité parentale (**Sous-Section IV**).

Sous-Section I – L'accord amiable issu du droit spécial de la conciliation *judiciaire* en droit des entreprises en difficulté

104. Distinction utile. Il convient de rappeler le cadre légal et de cibler l'objet de la conciliation en matière de droit des entreprises (§1), afin de pouvoir identifier l'« *accord amiable* », objectif de ce processus de résolution des « *difficultés* » de l'entreprise (§2).

§1. Le cadre légal de la conciliation en droit des entreprises en difficulté

105. Un processus judiciaire. Telle qu'issue de la réforme de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005²⁶⁵, la conciliation en droit des entreprises en difficulté se présente comme

²⁶³ Voy. les 60 s. de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc.*

²⁶⁴ B. Brenneur (dir.), *Panorama des médiations du monde : La médiation, langage universel de règlement des conflits*, Premières assises internationales de la médiation judiciaire, 16 et 17 oct. 2009, Actes de colloque, éd. L'Harmattan, 2009 ; C. Poli, « Le droit comparé et... la médiation », in O. Moréteau, A. Albarian (dir.), *Le Droit comparé et... Comparative Law and...*, PUAM 2016, préf. Ph. Bonfils, p. 337 s. ; C. POLI, « Regards comparatifs sur les pratiques de la médiation » in *Réflexions croisées « Regards pratiques sur les MARC, à l'heure de l'Ordonnance du 16 novembre 2011 »*, *RLDC*, déc. 2011, n° 88, p. 59 : le domaine familial apparaît, quelles que soient les régions du monde, comme un domaine précurseur du développement de la résolution amiable, en particulier du processus de médiation par lequel le tiers missionné par les parties ou le juge accompagne les parties dans la recherche de solutions à leur conflit, au regard de leurs besoins et intérêts.

²⁶⁵ Loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005 *de sauvegarde des entreprises*, *JO* 27 juill. 2005, n°173, p. 12187 enrichie par l'ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 *portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, *JO* 19 déc. 2008, n°0295, p. 19462 et l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 *portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives*, *JO* 14 mars 2014, n° 0062, p. 5249 : Cette dernière réforme incite le débiteur à recourir aux procédures de prévention en prohibant à l'art. L. 611-16 CCom. les clauses contractuelles prévoyant la déchéance automatique du terme en cas de recours à une procédure de prévention, notamment de conciliation.

l'héritière du règlement amiable mis en place par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984²⁶⁶, et trouve son origine dans la pratique très ancienne du « concordat amiable » ou « concordat préventif »²⁶⁷. Revêtant un caractère gracieux²⁶⁸, elle profite ainsi à toutes les personnes exerçant une activité professionnelle, ouverte selon l'article L. 611-4 du Code de commerce aux débiteurs qui « *éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours* »²⁶⁹. Ainsi, à la différence de l'ancienne procédure de règlement amiable, l'ouverture d'une procédure de conciliation peut être demandée, soit par une entreprise éprouvant « *une difficulté juridique, économique ou financière avérée ou prévisible* », soit par une entreprise se trouvant d'ores et déjà « *en cessation de paiement mais depuis moins de quarante-cinq jours* ». Ainsi, le législateur vise des « difficultés » et non un « litige » ou un « différend » à proprement parlé. Elle revêt à titre principal un caractère à la fois préventif et contractuel excluant d'imposer un plan aux créanciers et de porter atteinte au pouvoir et à la liberté de gestion du débiteur.

106. L'objet de la conciliation : favoriser le redressement amiable et la poursuite de l'activité de l'entreprise. L'objet de la procédure de conciliation consiste à favoriser un sauvetage rapide et confidentiel de l'entreprise en dehors de toute solution imposée par le juge. Seul le débiteur en difficulté – c'est-à-dire la personne physique exerçant l'activité ou le représentant légal de la personne morale dans les autres cas – peut demander, par une requête écrite au président du tribunal l'ouverture d'une procédure de conciliation²⁷⁰. La décision d'ouverture appartient ainsi au président du tribunal de commerce pour les débiteurs personnes

²⁶⁶ Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 *relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*, JO 2 mars 1984, p. 751.

²⁶⁷ A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2015, p. 61, n° 93 : En effet, à travers le règlement amiable *versus* loi de 1984, il s'agissait, à la demande du débiteur lui-même, d'encadrer judiciairement une négociation directe entre les principaux créanciers qui le souhaitaient et le débiteur en difficulté, lequel n'était en théorie pas encore en cessation des paiements, tout en respectant le pouvoir du chef d'entreprise, les droits individuels des créanciers et une certaine discrétion. Il n'existait pas alors de réelle incitation pour les créanciers à consentir des sacrifices et à faire aboutir un plan de redressement amiable. Ces auteurs font encore observer que « l'intervention judiciaire, qui doit être sollicitée par le débiteur et qui caractérise la procédure de conciliation par rapport au concordat amiable, sans cependant lui faire perdre sa nature contractuelle, crée les conditions favorables à une réussite de la négociation, et limite les risques d'abus qui ont pu être constatés dans le cadre des concordats purement amiables ».

²⁶⁸ F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^{ème} éd. 2014, p. 63 s., n° 90 s.

²⁶⁹ Excepté pour les agriculteurs qui, pour leur part, bénéficient d'une réglementation spécifique. En effet, le législateur a ainsi instauré une procédure de règlement amiable spécifique aux exploitations agricoles autres que celles organisées sous forme de sociétés commerciales, qui relèvent du Code rural: Voy. Art. L. 351-1 à L. 351-7 du C. rur. pêche mart. – V. A. Gouëzigoux, « Le règlement amiable judiciaire », *RD rur.* 1994, p. 76.

²⁷⁰ Voy. l'art. L. 611-6 C Com. mod. : il s'agit d'un acte de gestion qui ne peut être imposé ni par les créanciers, ni par le juge.

physiques exploitant une entreprise commerciale et artisanale²⁷¹, ou au président du tribunal de grande instance pour les autres personnes physiques exerçant une profession indépendante et pour les personnes morales de droit privé non commerçante²⁷². Le président du tribunal désigne par ordonnance le conciliateur, lequel peut être proposé par le débiteur lui-même²⁷³.

La conciliation consiste en d'autres termes en une *tentative* servant l'objectif de redressement de l'entreprise. Dès lors, plusieurs missions ont été assignées au conciliateur.

107. Les différentes missions du conciliateur. Au visa de l'alinéa premier de l'article L. 611-7 du Code de commerce, la première mission du conciliateur est « *de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise* ». Comme le font observer les Professeurs André Jacquemont et Régis Vabres, l'« *accord amiable* » apparaît comme la raison d'être de la procédure de conciliation en matière de droit des entreprises en difficulté²⁷⁴.

Le législateur investit cependant d'une seconde mission le tiers désigné, ou plus exactement d'un pouvoir, celui de « *présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi* ».

Enfin, le conciliateur « *peut être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire* ». Dans ce cas, le conciliateur organise la conclusion du contrat de cession partielle ou totale de l'entreprise entre le débiteur et un repreneur. Cette mission qui sert l'objectif de maintien de l'activité de l'entité est foncièrement différente de la mission première du conciliateur consistant à favoriser la conclusion d'un « *accord amiable* » entre le débiteur et ses créanciers.

La conciliation, dans le cadre de la mission principale du conciliateur, peut donc aboutir à un « *accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise* ». Le processus a ainsi

²⁷¹ Voy. l'art. L. 611-4 CCom. : le président du tribunal de commerce peut refuser de faire droit à la demande de désignation d'un conciliateur auquel cas, le débiteur dispose alors d'un recours en appel. En dépit des arguments textuels avancés par certains auteurs, le président du tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation souverain afin d'éviter notamment les demandes d'ouvertures d'une procédure de conciliation à des fins dilatoires.

²⁷² Voy. l'art. L. 611-5 CCom.

²⁷³ Voy. l'art. L. 611-6 al. 2 CCom. : la mission du conciliateur ne peut excéder quatre mois, sauf à être prorogé à la demande du débiteur pour un délai supplémentaire d'un mois, ce qui constitue un délai raisonnable pour la mise en œuvre du traitement amiable des difficultés.

²⁷⁴ A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 74 s. : outre la prévention par la détection des difficultés et l'aide d'un mandataire *ad hoc*, la conclusion d'un « accord amiable » entre le débiteur d'une part, et les créanciers importants d'autre part, reste possible lorsque les difficultés sont avérées.

pour objet une tentative de conclusion d'un accord amiable. En conséquence, le conciliateur a en charge les négociations de l'accord et doit favoriser la rencontre d'une offre et d'une acceptation de solution afin de faire aboutir la conclusion effective de l'accord amiable mettant un terme aux difficultés de l'entreprise. L'accord amiable apparaît en conséquence comme *l'instrumentum* du redressement amiable de l'entreprise.

Au surplus, il ressort de cette disposition que le conciliateur dispose d'une force de proposition de solutions servant la sauvegarde de l'entreprise, la poursuite de l'activité économique et le maintien de l'emploi. Cette force de proposition peut apparaître comme une caractéristique de la mission du conciliateur.

108. L'échec de la conciliation. L'échec de la conciliation, d'un point de vue contractuel, se traduit par l'échec des négociations des solutions aux difficultés de l'entreprise et, en conséquence celui de la conclusion de l'accord amiable. À cet égard, l'article L. 611-7 du Code de commerce dispose *in fine* « *qu'en cas d'impossibilité de parvenir à un accord, le conciliateur présente sans délai un rapport au président du tribunal* ». En conséquence, « *celui-ci met fin à sa mission et à la procédure de conciliation* » et « *sa décision est notifiée au débiteur et communiquée au ministère public* ». Dans le cas où le débiteur et ses créanciers ne sont pas parvenus à un accord amiable et que les difficultés s'aggravent, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire devient nécessaire. Il s'agit pour le juge de venir trancher un litige entre le débiteur et ses créanciers au regard des règles du droit des procédures collectives applicable.

§2. L'accord amiable : objectif contractualisé préventif de difficultés

109. Position du problème. À l'instar de ce que nous avons observé en matière d'accord amiable issu du *droit commun procédural de la résolution amiable judiciaire des différends*, le législateur qui a institué la conciliation dans le cadre de la prévention des difficultés des entreprises impose un formalisme **(A)**, mais demeure toutefois silencieux en ce qui concerne une éventuelle qualification contractuelle et un régime applicable à l'accord amiable conclu entre le débiteur et ses créanciers **(B)**.

A. Le formalisme légal de l'accord amiable

110. La possibilité du constat *judiciaire* de l'accord amiable à la demande des parties. L'article L. 611-8 I du Code de commerce prévoit la possibilité d'une simple constatation de l'accord amiable par le président du tribunal que les parties ne veulent pas faire homologuer. Afin de procéder à ce constat, le président du tribunal doit être saisi « *sur la requête conjointe des parties* », ce qui, en pratique, peut poser difficultés en raison de l'existence d'une pluralité de créanciers. Par ailleurs, l'obtention du constat judiciaire implique que le débiteur atteste, par une déclaration certifiée, qu'au moment de la conclusion de l'accord amiable, il ne trouvait pas en cessation des paiements ou que la conclusion de l'accord amiable y a mis fin.

Quoiqu'il en soit, le constat par le président du tribunal n'est pas obligatoire, ce qui signifie que la rencontre des volontés du débiteur et de ses créanciers sur les solutions à apporter aux difficultés de l'entreprise suffit, en principe, à former l'accord amiable. Ce dernier développe ses effets sans aucune intervention du juge. Au surplus, le législateur est venu préciser que « *la décision constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours* » et qu'« *elle met fin à la procédure de conciliation* ».

Toutefois, il est encore prévu à l'article L. 611-8 I du Code de commerce que, dans le cadre de ce constat, le président donne à l'accord amiable « *force exécutoire* ». Cette précision peut ainsi laisser penser à une forme d'homologation de l'accord amiable. Néanmoins, le président n'effectue pas de contrôle de l'accord amiable dans le cadre du constat. En effet, l'article R. 611-39 alinéa premier du Code de commerce prévoit que si le président du tribunal constate l'accord des parties par ordonnance, il « *y fait apposer la formule exécutoire par le greffier* » et « *la déclaration certifiée du débiteur lui est annexée* ».

111. La possibilité d'une homologation à la demande du débiteur. L'article 611-8 II envisage une seconde possibilité à l'initiative unilatérale du débiteur. Celui-ci peut demander, une fois que la procédure de conciliation a donné lieu à sa conclusion effective, l'homologation de l'accord amiable non plus au président, mais au tribunal²⁷⁵. Une homologation soumise à des conditions cumulatives.

En premier lieu, tout comme dans le cadre du constat, le débiteur ne doit pas être en cessation des paiements ou l'accord amiable conclu au terme de la procédure de conciliation doit y avoir mis un terme. En second lieu, les termes de l'accord doivent être de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise. Enfin, l'accord ne doit pas porter atteinte aux

²⁷⁵ Excepté en matière agricole où l'homologation demeure de la compétence du président du tribunal.

intérêts des créanciers non signataires. Au regard de ces conditions et à la différence du simple constat, l'homologation implique un contrôle judiciaire de l'accord amiable. Toutefois, le législateur ne précise pas les effets relatifs à l'accord amiable constaté d'un part, et à l'accord amiable homologué d'autre part, lesquels devront en conséquence être analysés. Néanmoins, du point de vue du déroulement de la procédure de conciliation, l'homologation, tout comme le simple constat de l'accord amiable y met un terme²⁷⁶.

112. En définitive, outre ce formalisme laissé à la discrétion des parties supposant, dans le cadre du simple constat ou de l'homologation, que l'accord amiable soit établi par écrit et signé des parties, aucune précision légale ne se réfère à une quelconque qualification contractuelle de l'accord amiable issu d'une procédure de conciliation en matière d'entreprise en difficulté. La question du régime contractuel applicable à l'accord amiable conclu à l'issue d'une conciliation en droit des entreprises en difficultés demeure en suspens.

B. La recherche d'une qualification contractuelle applicable à l'accord amiable

113. Les particularismes de l'accord amiable en droit des entreprises en difficulté. La doctrine constate certaines spécificités propres à l'accord amiable issu de la conciliation en droit des entreprises en difficulté. Tout d'abord, si certains auteurs ont pu reconnaître une dimension collective à l'accord amiable²⁷⁷, la doctrine majoritaire se positionne pour affirmer qu'il ne s'agit pas d'un contrat collectif dans la mesure où il ne s'applique pas au-delà du cercle des cocontractants²⁷⁸. Ensuite, d'aucuns, à l'instar du Professeur Françoise Pérochon, observent que l'accord amiable en droit des entreprises en difficulté a pour spécificité de « s'inscrire dans le prolongement des contrats initiaux qu'il aménage », de telle sorte qu'on peut le concevoir comme une juxtaposition d'aménagements individuels consentis par les partenaires de l'entreprise en difficulté. Néanmoins, cet auteur ajoute que « l'engagement des uns sera le plus souvent la condition de signature des autres »²⁷⁹. En conséquence, il est possible de « présumer que l'accord amiable est indivisible, quitte à prouver le contraire en démontrant au cas par cas,

²⁷⁶ Voy. l'art. 611-11 CCom.

²⁷⁷ C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 9^{ème} éd. 2014, n° 326 considérant qu'il s'agit d'un « acte collectif » ; Ég. J. Menez et Ch. Gavalda, « Le règlement amiable des difficultés des entreprises (loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 et Décr. n° 85-295 du 1^{er} mars 1985) », *JCP G* 1985, I, 3196, 101703, n° 8.

²⁷⁸ M.-H. Monsérié-Bon, *Rép. Com. Dalloz*, Entreprises en difficulté, Mandat ad hoc – Conciliation, mars 2012, n° 107 ; Ég. F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 98, n° 183, visant un acte plurilatéral.

²⁷⁹ F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 71, n° 108.

que tels engagements ou sacrifices sont autonomes »²⁸⁰. Enfin, la doctrine s'entend pour affirmer que l'accord amiable en droit des entreprises en difficulté consiste en un contrat personnel, onéreux et incessible²⁸¹.

114. Les insuffisances de la qualification de contrat judiciaire. L'accord amiable en droit des entreprises en difficultés étant susceptible d'avoir des effets importants pour les tiers, justifie un contrôle judiciaire, soit par le biais d'une constatation judiciaire, soit par l'homologation de l'accord par le juge. La doctrine l'analyse comme « une sorte de contrat judiciaire »²⁸². Néanmoins, cette qualification qui rejoint celle admise pour l'accord issu de la conciliation ou de la médiation *judiciaires* n'est pas éclairante sur le régime contractuel applicable à l'accord amiable.

115. Un « accord amiable » soumis au droit commun des contrats. Le Professeur Françoise Pérochon, que nous citons, définit l'accord amiable en droit des entreprises en difficulté comme une « convention de droit privé librement conclue entre le débiteur et ses principaux créanciers et, le cas échéant, ses cocontractants habituels [...] régie par les articles 1134 et 1165 du Code civil qu'il s'agisse de l'accord amiable agricole ou de l'accord amiable de conciliation, constatés ou homologués, comme le permettent respectivement l'article L. 351-6 du Code rural dans sa nouvelle rédaction et l'article L. 611-8 issu de la réforme du 26 juillet 2005 »²⁸³. Plus généralement, la doctrine ne vise que les possibilités de constater l'accord ou de l'homologuer, sans envisager une quelconque qualification transactionnelle²⁸⁴.

Ainsi, en droit des entreprises en difficultés, l'« accord amiable », ainsi légalement dénommé, n'est pas qualifié contractuellement, ni par le législateur, ni par la doctrine de contrat de transaction. Il apparaît comme un accord amiable soumis au droit commun des contrats.

116. Un accord amiable préventif des difficultés de l'entreprise ? La question se pose de savoir si l'accord amiable issu de la conciliation peut consister en un outil de régulation

²⁸⁰ B. Thullier, *JCl. Com.*, « Procédure de conciliation et concordat amiable », *op. cit.*, n° 130.

²⁸¹ J. Menez et Ch. Gavalda, « Le règlement amiable des difficultés des entreprises (loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 et Décr. n° 85-295 du 1^{er} mars 1985) », *préc.*, n° 8.

²⁸² A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 77, n° 117.

²⁸³ F. Pérochon, *Entreprise en difficulté*, *op. cit.*, p. 95, n° 175.

²⁸⁴ L'accord amiable issu d'une conciliation ou d'un règlement amiable en matière de droit des entreprises en difficulté est d'ailleurs absent d'ouvrages consacrés spécifiquement au contrat de transaction : P. ex. in B. Pons, *Contrat de transaction, Solutions transactionnelles : Conciliation – Médiation – Procédure participative*, Dalloz référence, 2014/2015.

de l'imprévision. L'accord amiable – qui présente la particularité en droit des entreprises en difficulté de venir s'inscrire dans le prolongement de contrats initiaux qu'il aménage²⁸⁵ – pourrait être, à certains égards, un outil de renégociation contractuelle visant à pallier l'imprévision liées à la survenance de circonstances économiques imprévisibles et temporaire de nature à engendrer des difficultés juridiques, économiques, financières ou dans le cas le plus grave une cessation des paiements. En ce sens, la réforme de droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016²⁸⁶ a apporté une innovation majeure en introduisant l'imprévision dans le droit des contrats français²⁸⁷, laissant aux parties au contrat, à certaines conditions, la possibilité d'adapter leur contrat initial en cas de changement imprévisibles de circonstances. Cette consécration de la théorie de l'imprévision²⁸⁸, inspirée du droit comparé comme des projets d'harmonisation européens, permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution et répond à un objectif de justice contractuelle. La procédure de conciliation en droit des entreprises en difficulté peut consister, à certains égards, en un vecteur de renégociation contractuelle et de régulation de l'imprévision.

117. Conclusion de la Sous-Section I. Le législateur bien que précisant les possibilités, laissées à la discrétion des parties, de constater ou d'homologuer l'accord amiable, ne fait une fois de plus aucune référence au régime contractuel applicable à l'accord amiable conclu à l'issue de la conciliation en droit des entreprises en difficultés. Sans clairement donner une définition propre à l'accord amiable, celui-ci précise simplement que l'accord amiable issu de la conciliation est destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. En d'autres termes, l'accord amiable doit porter la ou les solutions négociées aux difficultés. L'accord amiable semble en conséquence consister davantage en un accord préventif des différends par traitement des difficultés naissantes, qu'un accord amiable résolutif à proprement parler d'un

²⁸⁵ P. ex. des contrats de financement, de vente de marchandise et de fourniture de services.

²⁸⁶ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, préc. ayant donné lieu à la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *JO* 21 avr. 2018, n° 0093 entrée en vigueur au 1^{er} oct. 2018.

²⁸⁷ Notion bien connue du droit administratif qui l'admettait, la France était l'un des derniers pays européens à ne pas admettre la théorie de l'imprévision en droit privé comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat.

²⁸⁸ Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM 1994 ; Du même auteur, « L'imprévision en question – interrogations sur les conséquences d'un bouleversement de l'économie d'un contrat par suite d'une évolution imprévue des circonstances », *Communication Commerce électronique*, 2004, n° 10, p. 41 s. ; Ég. R. Virey, « vers une généralisation du principe de l'imprévision en droit privé ? », *D. aff.* 1997, n° 29, p. 918 ; J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, « L'adaptation du contrat au circonstances économiques », in P. Durand (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960, p. 189 ; L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévision*, éd. Economica, LGDJ, 2011 ; L. Aynès, « L'imprévision en droit privé », *RJC* 2005, n° 5, p. 397.

différend. Néanmoins, la distinction entre difficultés et différends n'est pas foncièrement fiable. Par ailleurs, il conviendra de se tourner vers les effets de l'accord amiable en droit des entreprises en difficultés. Il paraît en effet difficilement concevable que les créanciers, qui parient et aident l'entreprise à faire face à ses difficultés, voient leur droit de poursuites s'éteindre par la conclusion d'un accord de sauvetage. Les questions relatives à la qualification contractuelle et au contrôle judiciaire opéré paraissent donc sensibles. Au stade de cette identification de l'accord amiable, nous constatons que la conciliation en droit des entreprises en difficulté consiste, à l'instar des processus de résolution amiable de droit commun en une procéduralisation de la conclusion de l'accord amiable. Il s'agit par l'intermédiaire d'un tiers, le conciliateur, de faciliter les négociations de solutions au regard des difficultés rencontrées par chef d'entreprise et de permettre, par le jeu d'offres et d'acceptation des créanciers, la formation et la conclusion d'un accord amiable.

Sous-Section II – L'accord amiable issu de la conciliation et de la médiation *judiciaires* en droit du travail

118. Des processus ayant pour objet la recherche de solutions consensuelles aux conflits individuels du travail : conciliation et médiation *judiciaires*. Traditionnellement et dans le prolongement du principe directeur posé à l'article 21 du Code de procédure civile, le législateur a prévu des dispositions législatives et réglementaires au Code du travail conférant une place centrale à la recherche d'une conciliation entre l'employeur et le salarié par le juge prud'homal (§1). Toutefois, les résultats de la conciliation *judiciaire* prud'homale spécialement instituée par le législateur n'étant pas au rendez-vous, certains magistrats, à l'instar de Madame Blohorn-Brenneur ont manifesté un vif intérêt pour le développement de la pratique de la médiation *judiciaire*, afin de régler les litiges du travail sur le fondement de la l'application du droit commun de la médiation *judiciaire* régie par la loi n° 95-125 du 8 février 1995. Un intérêt porté cette fois-ci par le législateur dans le cadre de l'action de groupe instituée très récemment en matière de discriminations au travail. Mais il convient de ne pas perdre de vue, que le droit du travail a été le premier domaine dans lequel s'est développé la médiation *judiciaire* dans le cadre des conflits collectifs du travail dès l'année 50 (§2). Au travers de la multiplication de ces recours, il convient de s'interroger sur la place occupée par l'accord amiable en droit du travail (§3). Le développement des procédures de résolution amiable en droit du travail marque un

engouement pour la justice amiable, malgré la manifestation de fortes résistances en pratique²⁸⁹.

§1. La tentative obligatoire de conciliation préalable au jugement

119. Une tentative de conciliation judiciaire obligatoire. Au sein du livre IV du Code du travail traitant de la résolution des litiges par le Conseil des prud'hommes dans les relations individuelles de travail²⁹⁰, l'article L. 1411-1 alinéa premier du Code du travail²⁹¹ dispose que « *le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient* ».

La mission de la juridiction prud'homale – comme pour tout juge²⁹² – est de rechercher la conciliation²⁹³. Si celui-ci a la faculté de recourir à la conciliation des parties quand il l'estime opportune, le législateur a entendu soumettre – sauf dérogations²⁹⁴ – la procédure au fond des litiges individuels portant sur le contrat de travail à une première phase imposée, obligatoire de conciliation²⁹⁵. En d'autres termes, le juge des prud'hommes a l'obligation de tenter une conciliation des parties. À cette fin, la juridiction prud'homale a ainsi vu naître en son sein un bureau de conciliation et d'orientation assurant la mise en œuvre de la tentative de conciliation obligatoire²⁹⁶.

²⁸⁹ L. Casaux-Labrunée, « Les modes amiables de règlement des conflits du travail en France : entre effervescence et résistances », in Dossier thématique « Les modes alternatifs de règlement des litiges », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2014/2, p. 76.

²⁹⁰ Première partie du Code du travail.

²⁹¹ Issu de l'ord. n° 2007-329, 12 mars 2007 *relative au Code du travail (partie législative)*, JO 13 mars 2007, p. 37003, art. 14.

²⁹² Au regard du principe énoncé à l'art. 21 du Code de procédure civile s'appliquant à toutes les juridictions et largement décliné.

²⁹³ Pour une approche historique : A. Supiot dans G.-H. Camerlynck (dir.), *Droit du travail*, t. IX, *Les juridictions du travail*, Dalloz, 1987, n° 1 s. ; J.-E. Ray, *Droit du travail, droit vivant*, Liaisons, 2012/2013, n° 59

²⁹⁴ Voy. l'art. L. 1245-2 al. 1^{er} C. trav. : en ce qui concerne la requalification du contrat à durée déterminée ; Voy. ég. l'art. L. 1251-41 C. trav. : en ce qui concerne la requalification d'un contrat d'intérim en contrat à durée déterminée ; Ég. les art. L. 625-1, L. 625-4 et L. 625-5 CCom. issus de la loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005 *de sauvegarde des entreprises*, JO n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, pour les demandes relatives aux créances résultant d'un contrat de travail dans le cadre d'une procédure collective ; Ég. l'art. R. 1452-7 al. 1^{er} et 2nd Ctrav. concernant les demandes nouvelles dérivant du même contrat de travail lesquelles sont recevables même en appel, une absence de tentative de conciliation ne pouvant être opposée.

²⁹⁵ Voy. les art. R. 1452-1 à R.1452-5 relatifs à la saisine ; Voy. ég. les art. R. 1454-7 à R.1454-18 relatifs au bureau de conciliation et d'orientation.

²⁹⁶ La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, JO n° 0181 du 7 août 2015, p. 13537, marque une évolution majeure de l'office de conciliation désormais dénommé bureau de conciliation et d'orientation. Si son rôle premier – au regard des art. L. 1454-1 et L. 1454-1-1 C. Trav. – est de tenter de « concilier les parties », il lui revient, à défaut de conciliation, d'orienter l'affaire vers la formation de jugement la plus adaptée. Dans ce dernier cas, et lorsqu'une partie ne comparait pas à l'audience de

120. Une tentative de conciliation judiciaire préalable. La conciliation obligatoire se déroule devant le bureau de conciliation et d'orientation – siégeant au sein du conseil de prud'hommes – et demeure donc *judiciaire*. Cette conciliation, sans être *extrajudiciaire*, a néanmoins un caractère préalable à l'instance en jugement. En ce sens, l'alinéa second de l'article L. 1411-1 du Code du travail dispose qu'« *il [le conseil des prud'hommes] juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti* ». Ainsi, le juge des prud'hommes a l'obligation, préalablement à l'instance, de tenter une conciliation des parties – employeur et salarié – laquelle donne lieu en cas d'échec, à un jugement.

121. Critique relative taux de réussite de la tentative de conciliation préalable obligatoire en matière prud'homale. En pratique, la tentative de conciliation préalable obligatoire en matière prud'homale ne rencontre pas un franc succès. À titre d'exemple, le bureau de conciliation du Conseil des prud'hommes d'Aix-en-Provence fait état d'un taux de réussite du processus avoisinant les 10%, ce qui paraît moindre au regard des taux de réussite de la médiation judiciaire approchant les 80%²⁹⁷. En réalité, les praticiens précisent que, l'employeur et le salarié accompagnés de leurs avocats, après convocation devant le bureau de conciliation, profitent souvent du temps courant en raison du renvoi du litige devant l'instance de jugement prud'homale pour négocier leurs positions en toute confidentialité et aboutir à un accord amiable qu'ils qualifient généralement de contrat de transaction. L'entente des parties engendre alors comme conséquence procédurale, un désistement d'instance²⁹⁸.

121. Le maintien de la faculté de conciliation du juge en cours d'instance. Le législateur a, par ailleurs, organisé de manière tout à fait spécifique, au visa de l'article R. 1455-8 alinéa premier du Code de travail, « *une tentative de conciliation en audience non*

conciliation, il revient au bureau de conciliation et d'orientation de procéder immédiatement au jugement du litige au visa de l'art. L. 1454-1-3 C. trav.

²⁹⁷ K. Yazidi et C. Darmaillacq, « Le traitement des litiges endroit du travail : constat et perspectives économiques », *Trésor-Éco*, lettre, oct. 2014, n° 137 : selon cette note du Trésor, seuls 6% des dossiers traités sont clos après une conciliation réussie. Pis, le taux d'appel des décisions rendues par le Conseil de Prud'hommes est anormalement élevé, à 62,1%. Ce qui augmente la durée d'une procédure, parfois à plus de trois ans. Quant au taux de confirmation du jugement, il est de 28,3%, largement inférieur à ceux des autres juridictions qui oscillent entre 46 et 53,6%. Pour remédier à ce problème, le gouvernement semble vouloir faciliter le processus de conciliation pour résorber ces dysfonctionnements. La principale envisagée étant de développer les modèles alternatifs de règlement judiciaire, intégrés ou non à la voie judiciaire, notamment la médiation, en prenant exemple sur la pratique ayant eu cours sous l'impulsion de Mme B. Blohorn-Brenneur entre 1996 et 2005, à la cour d'appel de Grenoble laquelle a ordonné 700 médiations pour un taux de réussite de plus de 70%.

²⁹⁸ Propos recueillis auprès de Maître Amandine Ordines, avocat spécialisé en droit du travail au sein du Barreau d'Aix-en-Provence suite à une audience de conciliation le 15 nov. 2016.

publique » devant la formation de référé pour le cas où il « apparaît », à celle-ci, « que la demande formée devant elle excède ses pouvoirs, et lorsque cette demande présente une particulière urgence ». Situation dans laquelle cette formation « peut [...] renvoyer l'affaire devant le bureau de jugement », sous la condition expresse d'un « accord de toutes les parties » et après « avoir procédé » elle-même à cette tentative²⁹⁹.

Ainsi et dans la perspective d'une conciliation, le bureau de jugement, comme il ressort d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 6 décembre 2000³⁰⁰, dispose d'un triple choix consistant, soit à « renvoyer l'affaire devant le bureau de conciliation », soit à « se constituer sur le siège de conciliation »³⁰¹, soit enfin, avec l'accord des parties, à « tenter une conciliation devant le bureau de jugement ». Ces différentes modalités impliquent de concevoir un régime unitaire à l'accord amiable issu de la conciliation, peu important le moment de sa mise en œuvre.

§2. Le développement de la médiation *judiciaire*

123. Un développement prometteur. La médiation *judiciaire* en droit du travail s'est développée de manière prétorienne, sous l'impulsion de magistrats avertis de la pratique, convaincus de la nécessité d'organiser le traitement des dossiers afin de réguler le traitement des litiges individuels du travail et de permettre aux parties, de trouver des solutions consensuelles adaptées à leurs intérêts tout en préservant l'ordre public de protection du salarié **(A)**. Si la pratique prétorienne repose grandement – en l'absence de dispositions légales spécifiques à la médiation *judiciaire* en matière de conflits individuels dans le code du travail – sur une culture de la résolution amiable des différends diffusée au sein de la magistrature, le législateur est néanmoins intervenu afin de favoriser le recours à la médiation dans le cadre de conflits collectifs. Tout d'abord, de manière très ancienne afin de traiter les conflits collectifs collectifs **(B)**, puis très récemment – dans le cadre de la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle – en introduisant indirectement la médiation dans la mise en œuvre de l'action de groupe pour certains litiges collectifs liés aux discriminations au travail **(C)**.

A. La médiation curative des conflits individuels du travail

²⁹⁹ Et « selon les règles fixées par l'article R. 1454-10 » du C.trav..

³⁰⁰ Cass. soc. 6 déc. 2000, n° 98-44.447, NP, TPS 2001, n° 117, note B. Boubli.

³⁰¹ P. ex. Cass. soc. 4 oct. 2005, n° 04-44.695, NP.

124. Le recours au droit commun de la médiation judiciaire. Le Code du travail ne comporte aucune disposition spécifique, législative ou réglementaire, relative à la médiation *judiciaire* susceptible d'être ordonnée par un juge prud'homal. Dans le cadre du droit commun procédural de la médiation *judiciaire*, nous rappelons que le législateur a prévu que « *le juge peut désigner, avec l'accord des parties, un médiateur judiciaire pour procéder à une médiation, en tout état de la procédure, y compris en référé [...]* »³⁰², ou encore que « *le juge peut, s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un médiateur qu'il désigne [...]* »³⁰³ dans le cadre des « *tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi* », excepté en matière du divorce et de la séparation de corps³⁰⁴. Il ressort ainsi de ces différentes dispositions que le législateur n'a pas entendu exclure la possibilité du recours à la médiation *judiciaire* dans le domaine des litiges individuels ou collectifs du travail³⁰⁵.

125. Un éventuel conflit de règles. Malgré certaines craintes qui se sont élevées concernant un possible conflit entre les règles de la conciliation *judiciaire* spéciale en droit du travail et celles relatives à la médiation *judiciaire* de droit commun³⁰⁶, les processualistes ont rapidement estimé que la loi n° 95-125 du 8 février 1995 instaurant la médiation *judiciaire* de droit commun n'avait pas à être écartée en matière prud'homale³⁰⁷. Il n'apparaît ainsi « pas exclu, en théorie, que le conseil de prud'hommes puisse procéder à la désignation d'un médiateur pour tenter, en cours d'instance, de concilier les parties »³⁰⁸. D'autres auteurs ont plaidé – également au lendemain de l'adoption de la loi « médiation » de 1995 – pour un recours au droit commun de la médiation *judiciaire* suggérant « d'ouvrir systématiquement aux parties, au moment où le conseil de prud'hommes est saisi du litige les opposant, la faculté de

³⁰² Voy. l'art. 22 de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995 *préc.*, mod. par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc.*

³⁰³ Voy. l'art. 22-1 al. 2nd de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995 *préc.*, créé par l'ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011 *de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc.*

³⁰⁴ Voy. Art. 22-1 al. 1^{er} de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995 *préc.*, créé par l'ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011 *de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc.*

³⁰⁵ D. Boulmier, « Contentieux individuels de travail et conciliation/médiation : état des lieux (dégradé !) », *Dr. soc.* 2012, p. 121 ; B. Holleau, « Médiation prud'homale : renouveau de l'office du juge, SSL, n° 1538, 14 mai 2012.

³⁰⁶ B. Pons, *Contrat de transaction, Solutions transactionnelles : Conciliation – Médiation – Procédure participative, op.cit.* p. 939, n° 512.21 s. : notamment sur les questions relatives à l'articulation entre la phase de conciliation obligatoire devant le bureau de conciliation ou encore au caractère gratuit de la conciliation en opposition à celui de la médiation ; Ég. B. Teyssié, « La médiation sociale », *TPS déc.* 1998, repères, *préc.* : cet auteur craignant au surplus dans le traitement des litiges individuels du travail, « une éviction du juge mais aussi de l'avocat, avec le risque de laisser les parties sans conseils éclairés ».

³⁰⁷ L. Cadiet, « Droit judiciaire privé », *JCP* 1995, I, 3846, n° 15 ; Ég. M.-C. Rivier, « Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail », *Justices* 1997, n° 8, p. 33 s., spéc. 35-36 ; Y. Desdevises, « Conciliation et médiation », dans L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1^{ère} éd., 2004, p. 191 s., spéc. p. 192.

³⁰⁸ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 8^{ème} éd., 2013, p. 323, n° 429.

choisir entre la comparution devant le bureau de conciliation et le recours à un médiateur choisi hors du cercle des conseillers prud'hommes »³⁰⁹.

126. L'implication de la magistrature. Un certain nombre de magistrats ont effectivement contribué et continue de s'impliquer dans le développement de la médiation judiciaire, notamment prud'homale. Un phénomène qui dépasse le cadre national puisque des centaines de magistrats se sont regroupés au sein d'une association – le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME)³¹⁰ – œuvrant à la pacification des conflits. Cette organisation établit et publie une documentation éclairante présentant la médiation *judiciaire* sur un plan général³¹¹, tout en s'attachant à faire ressortir les aspects particuliers de la médiation familiale³¹² et de la médiation en matière sociale³¹³. Les magistrats observent ainsi que « c'est devant les chambres sociales des cours d'appel que le recours à la médiation a pu apporter ses solutions pacificatrices dans les conflits individuels du travail »³¹⁴, tout en constatant que la médiation a, jusqu'à présent, difficilement trouvé sa place devant les conseils de prud'hommes. Les magistrats du GEMME militent depuis plusieurs années pour qu'une médiation puisse aussitôt être proposée par le juge, les parties ou leurs avocats, dès lors que le premier stade de la procédure prud'homale vient à se traduire par une absence de conciliation³¹⁵. Par ailleurs, si le recours à la médiation se développe dans le cadre de l'instance prud'homale pour le traitement des litiges individuels, celui-ci tend aujourd'hui à s'étendre aux conflits collectifs du travail³¹⁶.

B. La médiation des conflits collectifs du travail

127. Une consécration avant-gardiste. Le droit du travail, étonnamment, compte tenu de la prégnance de l'ordre public de salarié, est l'un des premiers domaines, et ce avant même le droit de la famille, à avoir connu un développement d'une procédure de résolution amiable des différends. L'adoption dans les années 50 du décret n° 55-478 du 5 mai 1955 marque un

³⁰⁹ B. Teyssié, « La médiation sociale », *TPS* déc. 1998, repères, *préc.*

³¹⁰ <http://www.gemme.eu>.

³¹¹ GEMME (groupement européen des magistrats pour la médiation), « La médiation », *BICC* 2006, hors-série n° 4, p. 3 s.

³¹² *Ibid.*, p. 9 s.

³¹³ *Ibid.*, p. 12 s.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 12 s.

³¹⁵ B. Pons, *Contrat de transaction, Solutions transactionnelles : Conciliation – Médiation – Procédure participative*, *op. cit.*, p. 942, n° 512.82.

³¹⁶ En particulier dans le cadre du développement d'un droit de l'action de groupe en matière de discriminations au travail.

engagement pour la médiation. Les dispositions relatives à la médiation en matière de conflits collectifs sont aujourd'hui codifiées aux articles L. 2523-1 à L. 2523-10 du Code du travail, précédant celles relatives à l'arbitrage.

Ce conflit collectif se définit comme « le différend qui, ayant pour objet un intérêt commun à l'ensemble des travailleurs, entre parties dont l'une au moins est une collectivité de travailleurs peut, à défaut de règlement pacifique, donner lieu à la grève »³¹⁷. Ce règlement « pacifique » pourrait donc être assuré par la médiation. Nous pensons à cet égard aux mouvements de grèves qui, ces dernières années, agitent les compagnies aériennes³¹⁸, la Poste³¹⁹, Radio France³²⁰, les VTC³²¹ qui, ces dernières années illustrent le recours à un médiateur afin de tenter de parvenir à un accord.

128. Une médiation sous l'égide d'une Commission de « conciliation ». Une Commission de conciliation est, au visa de l'article L. 2524-1 du Code du travail chargée de la régulation des conflits collectifs du travail. La procédure de médiation est ainsi engagée par le président de Commission. Celui-ci peut inviter les parties à désigner elles-même un médiateur dans un délai déterminé. La médiation peut également être engagée par l'autorité administrative à la demande écrite et motivée de l'une des parties ou à sa propre initiative.

Lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre pour désigner le médiateur, le législateur donne compétence à l'autorité administrative pour choisir sur « une liste de personnalités désignées en fonction de leur autorité morale et leur compétence économique et sociale »³²². Ces listes font par ailleurs l'objet de consultation et d'examen des suggestions des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national, siégeant à la Commission nationale de la négociation collective.

129. Des propositions de solutions émanant du médiateur. L'article L. 2523-5 du Code du travail prévoit précisément « *qu'après avoir, lorsqu'il est nécessaire, essayé de concilier les parties, le médiateur leur soumet, sous forme de recommandation motivée, des propositions en vue du règlement des points en litige, dans un délai d'un mois à compter de sa désignation* », délai pouvant être prorogé à la demande des parties. C'est dire que le médiateur

³¹⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Conflit collectif ».

³¹⁸ *Le point*, « Ryanair accepte une médiation au 4^{ème} jour de grève des pilotes irlandais », 3 août 2018 ; *Le Monde*, « Matignon rejette la demande de médiation des pilotes », 26 sept. 2014 ; *Les Échos*, « Comment Air France se saisit de la médiation conventionnelle », 30 oct. 2018.

³¹⁹ *Ouest France*, « Brest, Grève à la Poste : la CGT veut un médiateur », 15 déc. 2017

³²⁰ *L'Humanité*, « La grève continue, mais avec un médiateur », 10 avr. 2015

³²¹ *Le JDD*, « La grève des VTC continue, un médiateur nommé par l'État », 20 déc. 2016.

³²² Voy. art. L. 2523-2 CTrav.

tente d'abord de rapprocher les parties, à l'instar d'un véritable médiateur, assistant les parties dans la construction de leur propre solution. En cas d'échec, il peut alors émettre des propositions de solution prenant la forme d'une recommandation, au surplus motivée.

130. Le médiateur, garant du respect des dispositions légales ou des stipulations conventionnelles. Le médiateur peut mettre un terme au processus de médiation dès lors qu'il constate que le conflit collectif porte sur l'interprétation ou la méconnaissance des dispositions légales ou des stipulations conventionnelles. Il oriente alors le traitement du conflit en recommandant aux parties de le soumettre soit à la juridiction compétente, soit à la procédure contractuelle d'arbitrage prévue aux articles L. 2524-1 et L. 2524-2 du Code du travail.

Ces dispositions viennent éclairer la formation de l'accord intervenant entre les parties. À cet égard, la question peut se poser de savoir si le médiateur qui émet des propositions de solution au conflit devient partie à l'accord amiable, dès lors que les parties au conflit consentent à ses propositions de solution. L'expression de « *recommandation* » laisse toutefois en douter.

C. La médiation de groupe en matière de discrimination

131. L'action de groupe en matière de discrimination collective au travail. Le développement de la médiation en matière de conflits collectifs du travail a rencontré certaines réticences³²³. Pourtant, les salariés eux-mêmes demandent parfois qu'un médiateur indépendant soit désigné afin de mettre en œuvre une tentative de résolution amiable du conflit collectif³²⁴. La loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, venant modifier la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*³²⁵ marque toutefois une avancée en consacrant un droit commun de l'action de groupe prévoyant le recours à la médiation : une médiation de groupe – *judiciaire* – relevant de la compétence du tribunal de grande instance, définie au

³²³ B. Pons, *Contrat de transaction, Solutions transactionnelles : Conciliation – Médiation – Procédure participative*, op. cit., p. 938, n° 512.14 ; CES, avis, 11 févr. 1998, I-28 : www.conseil-economique-et-social.fr : le Conseil économique et social présente un avis défavorable au développement des procédures judiciaires de conciliation et médiation lesquelles seraient de nature à limiter l'initiative et l'exercice des responsabilités propres aux interlocuteurs sociaux.

³²⁴ Nous pensons ici au mouvement de grève, d'une durée historique, ayant mobilisé des pilotes d'Air France, en septembre 2014. Ces derniers, afin de rétablir une négociation et un dialogue social respectueux avaient demandé au Gouvernement, sans succès, la désignation d'un médiateur indépendant : Voy. *Le Monde*, « Air France : Matignon rejette la demande de médiation des pilotes », 26 sept. 2014.

³²⁵ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, JO n° 0123 du 28 mai 2008, p. 8801.

regard de la loi n° 95-125 du 8 février 1995. L'article 60 de la loi de modernisation de la justice du XXIème soumet à ce droit commun de l'action de groupe, sous réserve de dispositions particulières, un certain nombre d'actions de groupe prévues dans des domaines particuliers. C'est dans ce contexte que le législateur a consacré outre un droit commun de l'action de groupe, une action de groupe en matière de discrimination, sur le fondement des articles L. 1134-6 à L. 1134-10 du Code du travail.

132. L'objet de la médiation de groupe en matière de discrimination collective au travail. Concernant les parties à l'action, l'article L. 1134-7 du Code du travail prévoit qu'une organisation syndicale de salariés représentative ou – voir avec l'aide – d'une association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap peut – ou peuvent – agir devant une juridiction civile. Cette action de groupe doit tendre à faire établir que plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou plusieurs salariés font l'objet d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur un même motif figurant parmi ceux mentionnés à l'article L. 1132-1 et imputable à un même employeur³²⁶.

Concernant l'objet de l'action de groupe en matière de discrimination au travail, l'article L. 1134-8 précise que l'action peut tendre à la cessation du manquement et, le cas échéant, en cas de manquement, à la réparation des préjudices subis.

Les dispositions particulières prévues en matière d'action de groupe propres aux discriminations collectives au travail³²⁷, n'apportent aucune précision concernant la médiation de groupe, sans toutefois l'exclure. En conséquence, les dispositions des articles 75 et 76 de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle lui sont applicables. Ainsi, l'organisation syndicale de salariés représentative de salariés ou/et une association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le

³²⁶ Voy. l'art. L. 1132-1 C. trav. : « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'art. 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français* ».

³²⁷ Voy. les art. L. 1134-6 à L. 1134-10 C. trav.

domaine du handicap, peut ou peuvent « *participer à une médiation* », dans les conditions fixées par la loi n° 95-125 du 8 février 1995.

133. En définitive, parce que l'une, la médiation pratiquée de manière prétorienne pour les conflits individuels du travail, et l'autre, la médiation de groupe en matière de discrimination renvoient à l'application de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 – et donc au droit commun procédural de la médiation *judiciaire* – il est permis de faire ressortir les bases d'une unité de régime de l'accord amiable issu de ces processus en droit du travail. Toutefois, le législateur, en médiation en matière de conflits collectifs, qualifie précisément l'accord issu de la médiation.

§3. L'identification de l'accord amiable curatif des litiges en droit du travail

134. Distinction utile. En matière de conflits individuels du droit du travail, la jurisprudence sociale abondante atteste du choix de la qualification transactionnelle appliquée à l'accord amiable résolutif de différends individuels **(A)**. Si la question du choix de l'opportunité du choix de l'application de la qualification transactionnelle à l'accord amiable issu de la médiation de groupe en matière de discrimination se pose en revanche dans le cadre du traitement des conflits collectifs **(B)**.

A. L'accord issu des conciliations et médiations curatives des conflits individuels du travail

135. L'absence de définition légale de l'accord amiable. Les dispositions relatives à la tentative de conciliation devant le bureau de conciliation et d'orientation aborde quelques précisions relatifs à l'accord amiable sans toutefois le définir, ni lui appliqué une qualification spécial **(1)**. La médiation qui s'est développé dans les prétoires et ayant la même finalité de traitement des conflits individuels du travail, appelle quant à elle, un renvoi au dispositions du droit commun procédural de la résolution judiciaire des différends **(2)**.

1) L'accord amiable issu de la conciliation *judiciaire* spéciale en matière prud'homale

136. Un formalisme légal. Une disposition réglementaire se rapporte au formalisme de l'accord conclu devant le bureau de conciliation. L'article R. 1454-10 du Code du travail, à son

premier aliéna dispose en effet d'une part, que « *le bureau de conciliation et d'orientation entend les explications des parties et s'efforce de les concilier* », en précisant qu'« *un procès-verbal est établi* ». L'alinéa second du texte prévoit d'autre part, qu'« *en cas de conciliation totale ou partielle, le procès-verbal mentionne la teneur de l'accord intervenu* » et qu'au surplus, « *il précise s'il y a lieu, que l'accord a fait l'objet en tout ou partie d'une exécution immédiate devant le bureau de conciliation et d'orientation* ». Cette disposition fait écho au formalisme imposé par le législateur dans le cadre de la conciliation *judiciaire* menée par le juge.

137. L'indétermination du régime contractuel applicable à l'accord amiable issu de la tentative obligatoire de conciliation en droit du travail. Il ressort de cette disposition réglementaire que le législateur ne définit aucunement l'accord des parties, ni ne propose une quelconque qualification contractuelle. Tout au plus impose-t-elle l'exigence d'un écrit, la constatation par un procès-verbal détaillant le contenu de l'accord amiable, lequel peut porter sur tout ou partie du différend.

Par conséquent, il paraît nécessaire de se référer au droit commun de la conciliation *judiciaire* pour lequel la doctrine, en l'absence de précisions légales, admet que l'accord amiable puisse, soit consister en un acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats, soit être revêtu de la qualification transactionnelle et être régi par les articles 2044 et suivants du Code civil.

2) L'accord amiable issu de la médiation *judiciaire* prétorienne en matière prud'homale

138. Le renvoi au droit commun procédural de la médiation *judiciaire*. En matière de médiation *judiciaire* de droit commun, applicable aux conflits individuels, voir collectifs du travail, nous avons constaté les lacunes des textes quant à l'accord résolutif du différend en résultant. Les auteurs ayant recherché une possible qualification contractuelle de l'accord de médiation envisagent donc qu'il puisse consister, soit en un acte sous signature privée dont les parties peuvent faire varier la force probante par contreseing ou authentification, soit en un contrat de transaction dont le régime est spécialement prévu aux article 2044 et suivants du Code civil.

Toutefois, comme le fait observer un auteur, pendant des décennies, cette quasi-absence de texte ne semblait pas engendrer de contentieux significatif relatif aux accords susceptibles

d'être conclus en matière de conciliation prud'homale³²⁸. Le contrat de transaction va toutefois connaître un essor remarquable dans le cadre des différends affectant les relations individuelles de travail, et spécialement ceux relatifs à la rupture du contrat de travail³²⁹. Les différends relatifs aux accords amiables en droit du travail s'explique par l'ordre public de protection du salarié justifiant une sécurisation de l'accord amiable, certes conclu dans le cadre judiciaire mais demeurant soumis, par nature, au principe de liberté contractuelle.

B. L'accord issu des médiations curatives des conflits collectifs du travail

139. Positions des problèmes. Dans le cadre de l'instauration d'une procédure de médiation de groupe prenant pour cadre la mise en oeuvre d'une action de groupe en matière de discrimination, revêtant un caractère collectif, il convient de rechercher les précisions apportées par le législateur pour l'accord issu de cette procédure de résolution amiable collective **(1)**. Car plus généralement, en matière de conflits collectifs, le décret n° 55-478 du 5 mai 1944 est venu préciser dans son intitulé que *la procédure de médiation favorise la conclusion de conventions collectives et d'accords salariaux*. Est-ce à dire que conventions collectives et accords salariaux consistent en des accords amiables ou bien que la médiation, par le traitement d'un différend issu de son exécution, permet leurs renégociations ? **(2)**.

- 1) La recherche d'une définition à l'accord de groupe en matière de discrimination collective

140. L'objectif contractualisé de la médiation de groupe en matière de discriminations collectives au travail. Au regard de l'article 75 de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle, « *tout accord négocié au nom du groupe* » de personnes discriminées fait obligatoirement l'objet d'une homologation par le juge et de mesures de publicité.

Nous avons déjà pu constater que cette disposition qui développe particulièrement le contrôle du contenu de l'accord amiable à l'occasion de l'homologation judiciaire imposée,

³²⁸ B. Pons, *Contrat de transaction, Solutions transactionnelles : Conciliation – Médiation – Procédure participative*, op. cit., p. 902, n° 511.12 se référant à l'approche doctrinale et sociologique de la conciliation prud'homale au cours du XXIème siècle. L'auteur cite Ph. Clément, A. Jeammaud, E. Serverin et F. Vennin, « Les règlements non juridictionnels des litiges prud'homaux », *Dr. soc.* 1987, p. 55 s, n° 1 : « de cet essor témoignent tant les transactions conclues en l'absence d'une instance prud'homale, qui alimentent notablement la jurisprudence depuis le dernier quart du XXe siècle, que les accords conclus en présence d'une instance prud'homale ».

³²⁹ *Ibid.*, p. 902, n° 511.12.

ainsi que la publicité de nature à informer les tiers, n'apporte aucune définition à l'accord ainsi « négocié », ni qualification contractuelle permettant de déterminer le régime contractuel qui lui est applicable.

141. Le renvoi indirect au droit commun de la médiation de groupe en matière de discriminations collectives au travail. L'action de groupe en matière de discriminations collectives spécialement prévue aux articles L. 1134-6 à L. 1134-10 du Code du travail est néanmoins régie par le droit commun de l'action de groupe. Or, nous avons constaté que la médiation de groupe, au visa de l'article 76 de la loi de modernisation de la justice du XXIème, est soumise aux conditions du droit commun de la médiation *judiciaire* prévue au chapitre Ier du titre II de la loi n° 95-125 du 8 février 1995. En conséquence, nous rappelons simplement – pour les avoir examinées – que les dispositions générales relatives à la médiation, fondement du droit commun de la résolution amiable *judiciaire*, mais également *extrajudiciaire*, évoque l'accord issu de la médiation. Ainsi les articles 21-4 et 21-5 de la loi précisent que « *l'accord auquel parviennent les parties* » d'une part « *ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition* » et d'autre part « *peut être soumis à l'homologation du juge, qui lui donne force exécutoire* ». Au regard du silence du législateur en ce qui concerne la qualification contractuelle de l'accord amiable, la doctrine, pour rappel, admet une option de qualification consistant à considérer l'« accord de médiation » soit comme un contrat *sui generis*, un acte sous signature privée répondant aux exigences des articles 1372 à 1377 du Code civil³³⁰, soit être qualifié de contrat de transaction soumis au régime spécial des articles 2044 et suivants du Code civil.

2) Conventions collectives et accords salariaux : des accords amiables ?

142. « La conclusion de conventions collectives et d'accords salariaux ». Le décret n° 55-478 l'annonçait : la médiation, en matière de conflits collectifs » doit favoriser la conclusion de conventions collectives et d'accords salariaux. L'article L. 2523-6 du Code du travail dispose ainsi que « *l'accord des parties sur la recommandation du médiateur lie celles qui ne l'ont pas rejetée, dans les conditions déterminées par le livre II relatif aux conventions et aux accords collectifs du travail* ». La conclusion de l'accord générée par l'existence d'un conflit collectif du travail et venant le résoudre, consiste donc en une convention collective ou un

³³⁰ Voy. l'anc. art. 1322 s. CCiv.

accord collectif du travail. Le législateur ne vise pas un simple « accord » des parties, qui serait amiable en ce que porteur de la solution du conflit collectif, ni un accord amiable qui serait qualifié de contrat de transaction au sens des articles 2044 et suivants du Code civil mais en une convention ou accord spécialement réglementé(e) par le Code du travail.

La question soulevée est donc celle de savoir si la médiation visant à réguler les conflits collectifs du travail peut aboutir à la conclusion d'un accord amiable transactionnel.

143. Conclusion de la Sous-Section II. En raison du développement de la médiation *judiciaire* en matière prud'homale – que ce soit pour le traitement des litiges individuels d'une part ou collectifs du travail au travers de la médiation de groupe d'autre part – amenée à cohabiter avec la conciliation *judiciaire* dite obligatoire devant le conseil des prud'hommes, il convient de rechercher un régime juridique commun à l'accord amiable issu de ces processus de résolution amiable des différends. Nous constatons en premier lieu, que les accords de médiation – issus de la médiation telle que pratiquée à l'initiative des magistrats en droit du travail ou issus de la médiation de groupe instituée par le législateur spécifiquement en matière de discriminations collectives au travail – sont régis par le droit commun de la médiation *judiciaire*, telle qu'instituée par la loi n° 95-125 du 8 février 1995. En second lieu, cette unité de régime s'applique également à l'acte de conciliation *judiciaire*. En conséquence, il conviendra de rechercher la qualification contractuelle la plus adaptée aux accords amiables résolutifs de différends en droit du travail.

Toutefois, la discussion semble plus délicate en matière de traitement des conflits collectifs du travail. En réalité, l'objet de la médiation en la matière est de favoriser une renégociation des conventions collectives ou des accords salariaux. Toutefois, le conflit collectif peut soustendre l'existence d'un droit d'agir en justice. Dès lors, cette renégociation trouvant sa justification dans un conflit collectif générant un droit d'action pour l'une ou les parties, peut donner lieu à la conclusion d'un accord amiable transactionnel. Ce qui nous ramène à la nécessité de rechercher l'application d'un régime unitaire des accords amiables en droit du travail malgré l'apparence d'une certaine diversité.

Sous-Section III – L'accord amiable issu de la médiation de groupe en droit de la santé

144. Un droit spécial de la médiation de groupe. L'action de groupe fait l'objet, en droit de la santé, de dispositions spécifiques au titre³³¹ de la réparation des conséquences des risques sanitaires³³². Elle n'en demeure pas moins, au visa de l'article 60 4° de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle, soumise au droit commun de l'action de groupe.

À la différence de ce que nous venons d'examiner en ce qui concerne la médiation de groupe en matière de discrimination collective en droit du travail – pour laquelle, en l'absence de disposition spécifique, il convient de se référer aux dispositions de droit commun de l'action de groupe relative à la médiation – les dispositions spéciales en matière d'action de groupe en droit de la santé visent spécialement la médiation de groupe. Dans ce cadre, il paraît indispensable de rappeler le cadre légal (§1) de la médiation de groupe en droit de la santé afin d'en identifier l'objectif contractualisé (§2).

§1. Le cadre légal de la médiation de groupe en droit de la santé

145. Un droit spécial de l'action de groupe soumis au surplus au droit commun de l'action de groupe. L'article L. 1143-2 du Code de la Santé publique dispose qu'« *une association d'usagers du système de santé agréée en application de l'article L. 1114-1 peut agir en justice afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des usagers du système de santé placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un producteur ou d'un fournisseur de l'un des produits mentionnés au II de l'article L. 5311-1 ou d'un prestataire utilisant l'un de ces produits à leurs obligations légales ou contractuelles* »³³³. Par ailleurs, et à titre liminaire, il est prévu à l'article L. 1143-1 du Code de la Santé publique – article unique relatif aux principes, champ d'application et qualité pour agir en matière d'action de groupe en droit de la santé – que, sous réserve de certaines dispositions dérogatoires, l'action de groupe en droit de la santé est soumise au chapitre Ier du titre V de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle*³³⁴.

³³¹ Titre IV du Livre Ier du C. S. pub. relatif à *la protection des personnes en matière de santé*.

³³² Chap. III composé des art. L. 1443-1 à L. 1443-13 C. s. pub.

³³³ Le texte interdit expressément cette action aux associations ayant pour activité la commercialisation de certains produits (al. 2nd). Par ailleurs, concernant le champ d'application de l'action de groupe, il est prévu qu'en matière de santé, celle-ci ne porte que sur la réparation des préjudices résultant de dommages corporels subis par des usagers du système de santé (al. 3). Enfin, l'action de groupe en droit de la santé, n'est pas soumise à la condition préalable d'une mise en demeure, par la personne ayant qualité pour agir de cesser ou de faire cesser le manquement ou encore de réparer les préjudices subis (art. 64 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *préc.*, et, dans le même sens voy. l'art. L. 77-10-5 C. Jus. Adm.).

³³⁴ Ainsi qu'au chapitre X « *L'action de groupe* » (art. R 77-10-1) du titre VII « *Dispositions spéciales* » du livre VII du code de justice administrative relatif au « *jugement* » en matière administrative.

En d'autres termes, l'action de groupe spéciale en droit de la santé se trouve soumise au droit commun de l'action de groupe.

146. Une médiation judiciaire spéciale. Le législateur, afin d'associer les usagers à l'élaboration de la politique de santé et de renforcer leurs droits³³⁵, a prévu dans le cadre du droit spécial de l'action de groupe en droit de la santé, des dispositions spécifiques en matière de médiation de groupe composées des articles L. 1143-6 à L. 1143-10 du Code de la santé publique³³⁶. Ainsi, l'alinéa premier de l'article L. 1143-6 que « *le juge saisi de l'action mentionnée à l'article L. 1143-2 [l'action de groupe] peut, avec l'accord des parties, donner mission à un médiateur, dans les conditions fixées à la section 1 du chapitre Ier du titre II de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, de proposer aux parties une convention réglant les conditions de l'indemnisation amiable des dommages qui font l'objet de l'action* ». Cela signifie en conséquence, qu'il s'agit d'une médiation *judiciaire* puisque déclenchée à l'initiative du juge et soumise au droit commun de la médiation soumise aux conditions de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995.

L'objet de la médiation de groupe en droit de la santé consiste donc en une tentative de négociation du montant des réparations des dommages consécutifs aux risques sanitaires.

147. L'exclusion de la compétence des Commissions de conciliation et d'indemnisation (C.C.I). La question se pose de savoir si la mission de médiation doit être dévolue aux Commissions de conciliation et d'indemnisation (C.C.I.) instituée dans le cadre de la procédure de règlement amiable en cas d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou nosocomiales. Aux vises des articles L. 1143-7 et R. 1134-3 du Code de la santé publique, le médiateur chargé de la médiation de groupe est un tiers missionné distinct des commissions de conciliation et d'indemnisation, pouvant se faire assister d'une commission désignée par le juge. La compétence des Commissions de conciliation et d'indemnisation est donc exclue.

§2. L'accord amiable issu de la médiation de groupe spéciale en droit de la santé

³³⁵ Chapitre IV du Titre IV consacré aux dispositions visant à *renforcer l'efficacité des politiques publiques et de la démocratie sanitaire* de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 *de modernisation de notre système de santé*, JO n° 0022 du 27 janvier 2016.

³³⁶ Section 3 consacrée à la « *médiation* » du Chapitre III relatif à l'action de groupe prévu dans le cadre du Titre IV concernant la « *réparation des conséquences des risques sanitaires* ». Les art. L. 1143-6 et 1143-9 ont été légèrement modifiés par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle*, *préc.*

148. Une « convention d'indemnisation amiable ». En droit de la santé, l'accord amiable – ou « négocié » comme le désigne le droit commun de l'action de groupe – issu de la médiation de groupe fait l'objet de dispositions spécifiques. Celles-ci sont bien plus précises que celles qui lui sont consacrées en droit commun de l'action de groupe³³⁷. L'article L. 1143-8 du Code de la santé publique apporte ainsi des indications éclairantes. La dénommée « *convention d'indemnisation amiable* » – comportant ou non la détermination des responsabilités – doit fixer les conditions dans lesquelles les personnes mises en causes assurent aux personnes ayant subi un dommage corporel, en raison d'un ou de plusieurs faits qu'elle identifie, la réparation de leur préjudice. Il conviendra donc d'examiner, de manière plus approfondie, le contenu de l'accord amiable indemnitaire tel qu'exigé par le législateur.

149. La problématique de la qualification contractuelle de l'accord amiable indemnitaire. Les articles L. 1143-8 à L. 1143-10 du Code de la santé publique n'attribue pas à la « *convention d'indemnisation amiable* » issu de la médiation de groupe en droit de la santé la qualification d'accord amiable indemnitaire transactionnel. Néanmoins, au titre du contenu exigé par le législateur à cette convention, le 4^o de l'article L. 1143-8 dispose que celle-ci doit préciser « *les conditions dans lesquelles les offres transactionnelles individuelles sont présentées aux personnes intéressées ainsi qu'aux tiers payeurs ayant supporté des frais du fait des dommages subis par ces personnes* ».

Contre toute attente, le législateur, bien qu'évoquant les offres transactionnelles individuelles, ne précise pas que la convention issue de la médiation de groupe dont l'objet est la fixation amiable de l'indemnisation de la victime consiste en un contrat de transaction soumis aux articles 2044 et suivants du Code civil. Une qualification contractuelle pourtant retenue légalement pour l'accord amiable issu de la procédure d'indemnisation menée devant la commission de conciliation et d'indemnisation.

150. Éclairages sur la formation et la force de la convention d'indemnisation amiable. L'article L. 1143-9 apporte un éclairage sur la formation de l'accord amiable indemnitaire issu de la médiation de groupe. Le législateur a ainsi prévu que « *la convention d'indemnisation amiable est proposée aux parties par le médiateur* » et, que dans un second temps, « *elle doit être acceptée par l'association requérante et l'une au moins des personnes*

³³⁷ Voy. l'art. 76 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, préc.

mises en cause dans l'action engagée [l'action de groupe] ». Cette Enfin, la convention d'indemnisation amiable doit obligatoirement « être homologuée par le juge saisi de cette action ». L'offre de conclusion du contrat est émise par le tiers missionné à la résolution amiable pour être acceptée des parties. Par ailleurs, l'homologation est obligatoire et déroge ainsi au droit commun de la résolution amiables des différends. Cette disposition interpellent quant aux étapes de formation et à la force de l'accord amiable indemnitaire. En effet, à première lecture, la convention d'indemnisation amiable ne semble pas être construite par les parties.

151. Conclusion de la Sous-Section III. Le droit de la santé connaît déjà, une procédure *extrajudiciaire* de conciliation institutionnelle parce reposant sur l'office de Commissions spécialement instituées. Le législateur, par la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle ouvre la possibilité d'avoir recours à la médiation dans le cadre d'une action de groupe. Ce droit de la médiation de groupe, bien que spécial, n'exclut pas l'application du droit commun de la médiation de groupe de droit lequel renvoie au droit commun de la médiation judiciaire fondé sur la loi n° 95-125 du 8 février 1995. Néanmoins, l'article 1143-8 du Code de la santé publique développe particulièrement le contenu de la « *convention d'indemnisation amiable* » dont l'objet est de fixer « *les conditions dans lesquelles les personnes mises en cause assurent aux personnes ayant subi un dommage corporel en raison d'un ou plusieurs faits qu'elle identifie la réparation de leur préjudice* ». Un contenu qui permettra sans doute de pouvoir déterminer la qualification contractuelle à retenir d'autant que le 4° vise « *les offres transactionnelles individuelles* » des victimes, soumises au régime des articles 2044 et suivants du Code civil. La convention d'indemnisation amiable semble ainsi regrouper les offres transactionnelles individuelles. Dès lors, la question se posera de savoir si l'acceptation des parties prenantes du groupe aux offres transactionnelles individuelles implique l'application de la qualification transactionnelle à la convention d'indemnisation amiable issu de la médiation de groupe.

Sous-Section IV – La place de l'accord amiable dans le contentieux familial

152. L'expression des volontés dans le cadre du contentieux familial. Plusieurs étapes attestent de la faveur grandissante du législateur pour l'expression des volontés des parents et époux en vue de favoriser le maintien des liens familiaux au-delà des difficultés, rupture, séparation, qui leurs sont inhérents. Les accords amiables sont de nature à répondre à

des impératifs d'ordre public liés à la préservation de l'intérêt supérieur de l'enfant, ainsi qu'à la protection des époux dans le cadre du divorce.

En filigrane de l'examen des différentes interventions législatives, la question se pose de savoir si ces conventions, en matière familiale, consistent en des accords amiables résolutifs de différends ou s'ils servent un autre but. C'est tout d'abord, dans le cadre « *de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant* »³³⁸, que le législateur a prévu par l'adoption de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002³³⁹, l'intervention du juge aux affaires familiales afin de régler les questions qui lui sont relatives et de favoriser les ententes (§1). Peu de temps après cette intervention législative en matière d'autorité parentale, la promulgation de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004³⁴⁰ a marqué le point de départ du développement d'un phénomène de contractualisation du divorce (§2).

§1. Les accords amiables aménageant l'exercice de l'autorité parentale

153. Les temps de l'expression des volontés des parents. En matière d'autorité parentale et en cas de séparation – par divorce, séparation de corps, fin du concubinage ou dissolution du Pacs – les parents peuvent convenir ensemble d'aménager l'exercice de l'autorité parentale par convention (**A**). Le législateur a également prévu que le juge aux affaires familiales – à qui sont soumises les questions relatives à l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant – peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents. C'est au titre de ces mesures que la médiation a été instituée (**B**). Nous comprenons donc qu'il convienne d'appliquer un régime contractuel commun à ces conventions, pour l'une conclue en dehors de la présence du juge et pouvant être homologuée par lui, pour l'autre, issue de la médiation proposée ou enjointe par le juge et permettant un aménagement de l'exercice de l'autorité parentale.

A. L'accord amiable spontané des parents aménageant l'exercice de l'autorité parentale

³³⁸ Chapitre Ier du Titre IX relatif à *l'autorité parentale* figurant au Livre premier du Code civil concernant *les personnes*.

³³⁹ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale*, JO du 5 mars 2002, p. 4161.

³⁴⁰ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 *relative au divorce*, JO n° 122 du 27 mai 2004, p. 9319.

154. Le rappel des règles relatives à l'autorité parentale. L'autorité parentale est définie comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant »³⁴¹ appartenant « *aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* »³⁴². Naturellement, chaque parent doit contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant³⁴³. Le principe est donc celui d'un exercice en commun de l'autorité parentale³⁴⁴. L'enfant a en effet le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants et seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit³⁴⁵. Ce n'est que dans la mesure où l'intérêt de l'enfant le commande que le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parents ou non³⁴⁶.

155. Les circonstances de l'aménagement de l'autorité parentale. Le législateur a prévu l'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale dans le cas où les parents viennent à se séparer, que ce soit dans le cadre de la fin d'un concubinage, de la dissolution d'un Pacs, de la séparation de corps ou encore d'un divorce. Le principe reste que la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale³⁴⁷. Néanmoins, la séparation des parents entraîne dans la majorité des cas un changement de résidence de l'un d'eux, événement de nature à modifier les modalités d'exercice de l'autorité parentale. En conséquence, le législateur exige que ce changement fasse l'objet d'une information préalable et en temps utile à l'autre parent³⁴⁸.

Dans ce cadre, le changement des modalités d'exercice de l'autorité parentale peut soit faire l'objet d'un arrangement des parents – une convention portant sur les nouvelles modalités de l'exercice de l'autorité parentale – soit susciter un différend, un « désaccord ». Dans ce

³⁴¹ Voy. l'art. 371-1 al. 1^{er} CCiv.

³⁴² Voy. l'art. 371-1 al. 2 CCiv. : l'al. 3 du texte précisant au surplus que « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* ».

³⁴³ Voy. l'art. 371-2 CCiv.

³⁴⁴ Voy. l'art. 372 CCiv. : le législateur a bien sûr prévu des aménagements dans les cas où la filiation est établie à l'égard de l'un des parents sauf déclaration conjointe des parents ou décision judiciaire, lorsque l'un des père ou mère est dans l'incapacité de manifester sa volonté (art. 373 CCiv.) ou lorsque l'un d'eux décède ou se trouve privé d'exercice de l'autorité parentale (art. 373-1).

³⁴⁵ Voy. l'art. 371-4 CCiv. modifié par la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, JO n° 55 du 6 mars 2007, p. 4215.

³⁴⁶ Voy. l'art. 371-4 CCiv. modifié par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, dite « Loi du mariage pour tous », JO n° 0114 du 18 mai 2013, p. 8253 : « *en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui ou l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables* ».

³⁴⁷ Voy. l'art. 373-2 al. 1^{er} CCiv. : l'al. second du texte prévoit en effet que chacun des père et mère a l'obligation de maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent.

³⁴⁸ Voy. l'art. 373-3 al. 3 CCiv.

dernier cas, il est prévu qu' « en cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant ». En conséquence, « le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant »³⁴⁹. Par ailleurs, L'article 373-2-2 du Code civil dispose qu' « en cas de séparation entre les parents, ou entre ceux-ci et l'enfant, la contribution à son entretien et à son éducation prend la forme d'une pension alimentaire versée, selon le cas, par l'un des parents à l'autre, ou à la personne à laquelle l'enfant a été confié ». En conséquence, les modalités et garanties de la pension alimentaire sont : soit, et en principe, fixées par la convention des parents qui s'entendent sur cette attribution ; soit, et à défaut en cas de désaccord, décidées par le juge³⁵⁰.

156. L'accord des parents sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale : un accord amiable ? En cas de séparation, les parents peuvent s'entendre et convenir ensemble de l'exercice de l'autorité parentale par chacun d'eux. Cet accord des parents qui fixe amiablement les conditions de l'exercice de l'autorité parentale par chacun des parents, ainsi que la contribution de chacun à l'entretien et à l'éducation de l'enfant prenant la forme d'une pension alimentaire intervient en l'absence de différend entre les parents. Sa conclusion se manifeste en dehors de la présence du juge, de manière *extrajudiciaire*. En conséquence, il s'agit moins d'un accord amiable résolutif d'un différend entre les parents, que d'un accord d'aménagement amiable de l'exercice de l'autorité parentale.

Le législateur n'impose pas une forme écrite à la convention aménageant l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant. Néanmoins, le juge peut être amené à intervenir aux fins d'homologation à la demande commune des parents, de sorte que l'établissement d'un écrit paraît judiciaire³⁵¹. À cet égard, il conviendra de s'interroger sur le contrôle opéré par le juge à l'occasion de l'homologation de la convention relative à l'exercice de l'autorité parentale.

Reste que le législateur ne définit aucunement la convention relative à l'exercice de l'autorité parentale et ne précise pas le régime contractuel applicable à cet accord amiable des

³⁴⁹ Voy. l'art. 373-2 al. 3 CCiv. *in fine*.

³⁵⁰ Par suite, le législateur a prévu les modalités financières du versement de la pension alimentaire (art. 373-2-2, art. 373-2-3, art. 373-2-4 et art. 373-2-5 CCiv.). La loi n° 2016-1827 du 23 déc. 2016 *de financement de la sécurité sociale pour 2017*, JO n° 0299 du 24 déc. 2016 est venue apporter au Code de la sécurité sociale les modifications prévues par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle*. À cet égard, elle modifie l'art. 373-2-2 CCiv. en prévoyant le versement de la pension alimentaire à l'organisme débiteur des prestations familiales, dans le cas où un des parents débiteur de la pension alimentaire a fait l'objet d'une plainte, d'une condamnation ou d'une décision de justice à la suite de menaces ou de violences volontaires sur le parent créancier ou l'enfant.

³⁵¹ Voy. l'art. 373-2-7 CCiv.

parents. Par ailleurs, cet aménagement n'est pas exclusif de la naissance de différends entre les parents dans le cadre de l'évolution postérieure de l'exercice de l'autorité parentale.

B. L'accord amiable issu de la médiation en matière d'autorité parentale

157. Position du problème. Dès lors que les parents sont en désaccord sur la fixation des modalités de l'exercice de l'autorité parentale ainsi que la fixation d'une pension alimentaire, et que l'un d'eux saisit le juge aux affaires familiales, peut-il être encore fait place à un accord amiable des parents ?

158. Le rôle du juge aux affaires familiales. L'article 373-2-6 du Code civil prévoit que « *le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises en matière d'autorité parentale en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs* ». À cet égard, au visa de l'article 373-3-8 du Code civil, le juge peut être saisi par l'un des parents ou le ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non, à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Au surplus, l'alinéa second de l'article 373-2-6 du Code civil prévoit que le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents.

159. La mesure de médiation judiciaire. L'article 373-2-10 alinéa premier du Code civil prévoit – en écho au principe directeur du procès posé à l'article 21 du Code de procédure civile – qu'en cas de désaccord sur l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales s'efforce de concilier les parents.

Afin de faciliter cette « conciliation » *judiciaire*, le législateur a également prévu, à l'alinéa second du même texte, que le juge peut proposer une mesure de médiation aux parties et désigner, avec leur accord, un médiateur familial pour y procéder. L'objectif étant « *de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale* ». En d'autres termes, la conciliation *judiciaire* déléguée prend la forme d'une médiation *judiciaire*. C'est précisément parce que le juge – investit d'une autorité légitime forte – propose aux parties le processus de médiation, que les parties suivent généralement cette incitation. Cette autorité légitime amène naturellement les parents à considérer ce que le juge pourrait être amené à

décider, dans le cas où elles opposeraient un refus de mauvaise foi à une tentative de résolution amiable en matière d'autorité parentale affectant l'intérêt de leur enfant.

160. Proposition ou injonction judiciaire. Si au regard de l'alinéa second de l'article 373-2-10 du Code civil, le juge aux affaires familiales peut formuler une simple proposition de mesure de médiation aux parents, le législateur va plus loin encore en prévoyant une autre modalité de déclenchement de la mesure de médiation. En effet, il est prévu à l'alinéa troisième du texte, et afin de servir cette finalité de résolution amiable du désaccord en matière d'autorité parentale, que le juge aux affaires familiales peut – non plus simplement « proposer » – mais « enjoindre » aux parents de rencontrer un médiateur. En d'autres termes, le juge aux affaires familiales peut obliger les parties à rencontrer un médiateur. Cette disposition atteste de l'émergence d'une obligation de rencontrer le tiers missionné à la résolution amiable de laquelle découle l'obligation réciproque pour de dernier d'informer les parties sur l'objet et le déroulement de la médiation familiale.

161. La limite au recours à la médiation en matière d'autorité parentale. Néanmoins, dans un souci de protection, il est important de relever que la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle* prévoit une exception à la possibilité pour le juge de faire injonction aux époux de rencontrer un médiateur familial, et donc, par extension, de conclure un accord amiable, dans le cas où « des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant »³⁵². Nous comprenons que dans cette hypothèse l'accord amiable pourrait être affecté d'un vice du consentement³⁵³.

À cet égard, le Conseil constitutionnel saisi au lendemain de la promulgation de la loi *de modernisation de la justice du XXIème siècle* a estimé, par décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016³⁵⁴, qu'« il appartiendra au juge d'apprécier la réalité des violences pour l'application du troisième alinéa de l'article 373-2-10 du Code civil »³⁵⁵.

³⁵² Voy. l'art. 373-2-10 al. 3 CCiv.

³⁵³ Néanmoins, le médiateur exerçant une police du comportement, le processus de résolution amiable mis en œuvre sous son égide purge de ses vices relatifs au consentement ou à la capacité des parties, l'accord amiable. D'autant que si le processus de médiateur paraît compromis, le médiateur peut y mettre librement un terme, ce qui signifie que si on admettait la médiation dans le cas de violences commises par l'un des parents sur l'autre parent ou l'enfant, le tiers missionné pourrait y mettre un terme, passant le relai au juge aux affaires familiales. Les réformateurs n'ont pas souscrit à cette approche et font prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant ou la protection des époux.

³⁵⁴ Déc. CC n° 2016-739 DC 17 nov. 2016, *JO* n° 0269 19 nov. 2016, Loi de modernisation de la justice du XXIème siècle.

³⁵⁵ Au lendemain de la promulgation de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle, soixante-treize députés et quatre-vingt-dix-huit sénateurs ont saisi le Conseil constitutionnel afin que celui-ci contrôle la

À bien des égards, la médiation familiale apparaît comme une médiation particulière, non seulement parce que son régime loge principalement dans le Code civil, mais aussi parce qu'elles concernent les affaires sans doute les plus délicates et douloureuses³⁵⁶. La confiance du législateur porte donc sur le processus de médiation de nature à permettre la sauvegarde des intérêts de l'enfant en matière d'autorité parentale, mais également en ce qui concerne la contribution à l'entretien et à l'éducation de ce dernier.

162. L'accord issu de la médiation judiciaire en matière d'autorité parentale : un accord amiable ? La convention des parents relative à l'autorité parentale et à la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, lorsqu'elle intervient en dehors de toute intervention du juge apparaît comme un accord d'aménagement amiable, et atteste de l'inexistence d'un différend entre les parents relatifs à l'exercice de l'autorité parentale. En revanche, lorsque la convention des parents intervient à l'issue d'une mesure de médiation proposée ou imposée par le juge – et donc *judiciaire* – l'existence d'un « désaccord » à l'origine de la saisine du juge aux affaires familiales est avéré. Dans ce dernier cas, nous pouvons nous interroger sur le point de savoir si la convention issue de la médiation familiale ne consiste pas en un accord amiable résolutif d'un différend. Il existerait ainsi, en particulier en matière de droit de la famille, différents types d'accords amiables : des *accords amiables résolutif du différend* renvoyant au droit commun procédural de la résolution amiable des différends et des *accords d'aménagement amiable*.

§2. Les accords amiables intervenant dans le cadre du divorce

163. Le phénomène de contractualisation du divorce. Le législateur a peu à peu laissé une place prépondérante à l'expression de la volonté des époux cristallisée dans la convention de divorce. Plusieurs étapes ont été marquantes dans le développement de ce phénomène.

conformité de cette loi à la Constitution. Ces derniers soutiennent en effet que l'art. 6 et le 3° de l'art. 7 de la loi méconnaissent l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi dès lors que ces dispositions ne précisent pas si les violences doivent être constatées par le juge ou simplement alléguées. Les requérants reprochent également à l'article 7 de la loi, de ne pas prévoir les modalités d'évaluation de l'expérimentation instituée. À cet égard, le Conseil constitutionnel jugeant qu'« aucune exigence constitutionnelle n'impose au législateur de déterminer les modalités de l'évaluation consécutive à une expérimentation ».

³⁵⁶ L. Weiller, « La médiation familiale », in L. Weiller (dir.), *Les transformations du contentieux familial*, PUAM, Coll. Équipe Pierre Kayser, 2012, p. 59.

Tout d'abord, en promulguant la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 *relative au divorce*³⁵⁷, le législateur est venu instituer un seul et unique cas de divorce par consentement mutuel – *judiciaire* – fondé sur le consentement des parties à une « convention de divorce » **(A)**. Par la suite, ce phénomène s'est étendu aux autres cas de divorces – dits contentieux – pour lesquels il a été fait place à la mise en œuvre d'un ensemble de processus de résolution amiable permettant la conclusion d'accords entre les époux **(B)**.

Enfin et tout récemment dans le cadre de la modernisation de la justice du XXIème – poussant à son paroxysme ce phénomène – le législateur a innové en instituant un nouveau divorce par consentement mutuel excluant l'intervention du juge. Ce nouveau divorce présenté par les réformateurs de la Justice du XXIème siècle comme le « *divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* » aurait pu, plus simplement, être désigné comme le divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*. En conséquence, celui-ci devra donc être abordé dans le cadre de la multiplication des conciliations ou médiations *extrajudiciaires* spéciales.

A. La convention de divorce : fondement du divorce par consentement mutuel *judiciaire*

164. Le maintien du divorce par consentement mutuel dans le cadre de la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle. À titre liminaire, nous constatons que l'instauration, par la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle d'une nouvelle modalité de divorce par consentement mutuel, « *par acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire* »³⁵⁸ – et donc *extrajudiciaire*, puisque intervenant en dehors la présence du juge – n'a pas fait disparaître le divorce par consentement mutuel prononcé par le juge aux affaires familiales. En effet, le divorce par consentement mutuel *judiciaire* peut intervenir dans le cadre de l'application du système de « passerelle » instauré par l'article 247 du Code civil permettant aux époux, à tout moment de la procédure d'un divorce contentieux, de demander au juge de constater leur « *accord* » pour voir prononcer leur divorce par consentement mutuel, en lui présentant une *convention réglant les conséquences qui en découlent*³⁵⁹. Pareille possibilité est également admise par le législateur en ce qui concerne le divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*, les parties pouvant y avoir

³⁵⁷ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 *relative au divorce, préc.*

³⁵⁸ Voy. les art. 229-1 et s. CCiv.

³⁵⁹ Voy. l'art. 247 2° CCiv.

recours à tout moment de la procédure en divorce contentieux³⁶⁰. Il est ainsi toujours possible aux époux – quel que soit le stade de la procédure de divorce dans la limite de son prononcé par le juge – de présenter une convention de divorce, y compris dans sa phase contentieuse.

Le divorce par consentement judiciaire qualifié par le législateur de « *judiciaire* », institué par la réforme du divorce de 2004, repose sur l'accord des époux tant sur la rupture du mariage que ses effets, matérialisé par une convention – un accord de volontés des époux – dont il convient d'une part de déterminer l'objet **(1)** et d'autre part, de rechercher une qualification contractuelle **(2)**.

1) Le contenu de la convention de divorce par consentement mutuel *judiciaire*

165. Une entente des époux sur la rupture du mariage et ses effets. Le législateur a défini le divorce par consentement mutuel « *judiciaire* »³⁶¹ à l'article 230 du Code civil en disposant que « *le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce* ». Il s'agit donc d'un divorce consensuel puisque les époux s'entendent aussi bien sur le principe de la rupture que sur les conséquences de celle-ci³⁶². Ce divorce repose ainsi sur le consentement des époux, ces derniers demandant ensemble le divorce en déposant une requête conjointe initiale³⁶³.

Cette procédure de divorce par consentement mutuel est privilégiée dans la moitié des cas en raison de sa rapidité et de son moindre coût, et revêt un caractère paisible dans la mesure où il n'est pas possible pour les époux de faire état de griefs. En d'autres termes, les époux ne font pas état de différends, de litiges ou encore du conflit conjugal. Le rôle du juge aux affaires familiales se borne donc à recevoir les époux en personne lors d'une audience au cours de

³⁶⁰ Voy. l'art. 247 1° CCiv.

³⁶¹ La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice de XXIème, préc.*, organise deux paragraphes dans la section première traitant *du divorce par consentement mutuel* dans le cadre du chapitre premier visant les *cas de divorce* inséré au sein du Titre VI du Code civil concernant *le divorce*. Ce chapitre relatif au divorce par consentement mutuel fait l'objet d'un découpage par lequel, dans un second paragraphe, le « *divorce par consentement mutuel judiciaire* » composé des art. 230 à 232 CCiv. est maintenu, alors que le paragraphe premier innove en instaurant le « *divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* » aux nouveaux art. 229-1 à 229-4 CCiv.

³⁶² Le divorce par consentement mutuel remplace l'ancien divorce sur requête conjointe des époux qui constituait, avec le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre l'une des variantes des divorces par consentement mutuel. Il relève de la matière gracieuse.

³⁶³ Voy. l'art. 1089 CPC.

laquelle il vérifie d'une part, leur volonté libre et réelle de divorcer³⁶⁴ afin de prononcer le divorce, et, d'autre part, contrôle le contenu de la convention en veillant à la préservation des intérêts des enfants ainsi que de chacun des époux afin de procéder à l'homologation de l'accord des époux.

166. Le *negotium* de la convention de divorce. La requête en divorce par consentement mutuel des époux doit, à peine d'irrecevabilité, comprendre en annexe la convention portant règlement complet des effets du divorce et incluant notamment un état liquidatif du régime matrimonial lorsque les époux sont propriétaires d'un bien en commun³⁶⁵. Ainsi, concernant le contenu de la convention de divorce par consentement mutuel *judiciaire*, celle-ci doit régler, non seulement les effets personnels et patrimoniaux du divorce pour les époux et la question des frais de procédure, mais aussi les questions concernant les enfants du couple, à savoir entre autres, l'exercice de l'autorité parentale, le lieu de résidence, le droit de visite et d'hébergement, la contribution à leur entretien et à leur éducation.

2) La recherche du régime contractuel applicable à l'*instrumentum*

167. L'absence de précision légale quant à la qualification contractuelle de la convention de divorce. L'article 247 du Code civil qui se réfère à « *une convention réglant les conséquences du divorce* » et les articles 1088 à 1105 du Code de procédure civile relatifs au divorce par consentement mutuel « *judiciaire* » demeurent silencieux sur une qualification contractuelle précise de cette convention de divorce, l'accord actant d'un divorce paisible des époux. La question se pose en effet de savoir si cette convention exprimant la volonté des époux et organisant les conséquences de leur divorce doit être soumise au régime de droit commun des contrats ou si elle peut recevoir la qualification spéciale de contrat de transaction.

168. L'exigence légale d'un écrit. Néanmoins, au regard du formalisme de la convention de divorce, nous relevons que l'article 1091 du Code de procédure civile impose, notamment, que la requête en divorce par consentement mutuel comprenne en annexe « *le cas échéant, le formulaire d'information de l'enfant mineur demandant à être entendu daté et signé*

³⁶⁴ Voy. les art. 250 al. 2 CCiv. et art. 1099 CPC : le juge aux affaires familiales les reçoit en premier temps séparément puis ensemble, à l'instar d'ailleurs de la procédure de conciliation obligatoire en matière de divorces contentieux.

³⁶⁵ Voy. l'art. 1091 CPC : l'état liquidatif prend la forme authentique d'un acte notarié lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière. S'il n'y a pas lieu à liquidation, mention en est faite dans la convention de divorce.

par lui [dans le cas d'une tentative de divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*] *une convention datée et signée par chacun des époux et leur avocat portant règlement complet des effets du divorce et incluant un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation* »³⁶⁶. Il ressort de cette disposition que la convention de divorce par consentement mutuel doit être écrite, signée par les époux et les avocats. Par ailleurs, le texte ajoute que lorsque la liquidation porte sur les biens soumis à publicité foncière l'état liquidatif doit être passé en la forme authentique devant notaire. Le législateur a prévu, à cet égard une sanction en cas de défaut d'écrit : l'irrecevabilité.

De ce formalisme légal, il est possible de déduire que la convention de divorce peut soit prendre la forme d'un acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats, en particulier aux articles 1372 et suivants du Code civil, lequel pourrait encore être contresigné par avocats, soit être passée en la forme authentique prévue aux articles 1369 du Code civil.

169. La qualification de contrat *judiciaire*. Outre des exigences formelles, le législateur s'est prononcé sur la force de la convention de divorce par consentement mutuel *judiciaire*. L'alinéa premier de l'article 232 du Code civil dispose en effet que « *le juge homologue la convention et prononce le divorce, s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé* ». Néanmoins l'homologation concerne l'exécution des conventions et non le régime applicable à leurs formation et validité. Elle permet seulement d'attribuer la qualification de contrat *judiciaire* à la convention de divorce dans la mesure où le juge de l'homologation se borne à constater un accord entre les parties tout en opérant un contrôle sur le contenu de l'accord.

Cette qualification de contrat *judiciaire* applicable à la convention de divorce ne paraît donc pas satisfaisante pour dégager un régime contractuel applicable. La question se pose légitimement de savoir si convention de divorce consiste en un simple acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats des nouveaux articles 1101 et suivants du code civil, ou s'il est possible pour les rédacteurs d'actes d'opter pour une qualification transactionnelle sous-tendant l'application du régime spécial des articles 2044 et suivants du Code civil. En effet, il n'est pas exclu de concevoir qu'une transaction homologuée puisse être considérée comme un contrat *judiciaire*. Nous relevons d'ailleurs que le contrat *judiciaire* est

³⁶⁶ L'art. 1091 CPC a été modifié par le décr. n° 2016-1907 du 28 déc. 2016 *relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale*, JO n° 0302 du 29 déc. 2016 au regard du nouveau cas de divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*.

soumis aux voies de recours en nullité, tout en interdisant les autres voies de recours et se rapproche en cela du régime spécialement prévu pour le contrat de transaction.

170. La convention de divorce par consentement mutuel *judiciaire* : un accord amiable ? La question se pose de savoir dans quelle mesure la convention de divorce par consentement mutuel peut consister en un accord amiable, dès lors qu'il n'existe pas de véritable conflit entre les époux. Qu'il y ait eu conflit conjugal ayant abouti au divorce, les époux sont parvenus à s'entendre sur la nécessité de divorcer et d'en aménager les conséquences par eux-mêmes. En matière de divorce par consentement mutuel, le conflit des époux est en quelque sorte purgé. Le juge procède à une constatation de la séparation définitive voulue par les époux. Le but poursuivi par la convention est l'« aménagement » des conséquences du divorce, et non, à proprement parler, la « résolution » d'un différend. Si l'aménagement laisse présager qu'il puisse donner lieu à des ajustements ultérieurs en cas de modifications du contexte de la convention, la résolution d'un différend ne peut, de prime abord, donner lieu à une remise en cause trop facile de la solution trouvée par les parties. Il s'agit, dans ce dernier cas de mettre un terme définitif au différend, là où le divorce met un terme définitif au mariage. L'accord des époux aménage quant à lui des effets de cette rupture du mariage. La convention de divorce par consentement mutuel consiste en un accord amiable puisqu'elle intervient après une rupture, certes apaisée, mais tout de même une rupture des époux, sous-tendant qu'il ait existé un conflit conjugal. Cet accord amiable n'est toutefois pas à proprement parler un accord amiable résolutif d'un différend, mais un accord amiable d'aménagement des effets liée à la rupture.

B. L'accord amiable issu des processus de résolution amiable en matière familiale

171. La multiplication des processus de résolution amiable des différends. Le législateur favorise en matière familiale, en cas de conflit, par des dispositions spéciales, la recherche d'accords entre les époux. Les processus afin de parvenir à une solution conventionnelle des différends sont de plus en plus nombreux : si la tentative de conciliation par principe obligatoire en matière familiale **(1)** et la tentative de médiation incitée ou imposée par le juge **(2)** connaissent une application très ancienne en ce domaine, la nouveauté tient à l'admission du recours à la procédure participative **(3)**. Les auteurs observent ainsi le souci du législateur de pacifier les relations entre les membres de la famille. L'accord des époux et/ou

des parents dans toutes les procédures est ainsi privilégié³⁶⁷. Dès lors, en filigrane d'une analyse des différents processus de résolution amiable des différends prévus par le législateur en matière familiale, il convient de s'interroger sur l'application d'un régime contractuel unitaire à ces accords amiables trouvés au terme d'une variété de processus, dans un contexte contentieux.

1) Le principe : la tentative de conciliation obligatoire et préalable

172. Les bases d'une unité de régime applicable à l'ensemble des divorces contentieux. Le divorce revêt un caractère contentieux lorsque les époux sont en conflit et qu'ils ne parviennent pas à se mettre d'accord quant aux modalités du divorce ou au principe même de celui-ci. L'appellation des divorces contentieux réunit trois types de divorce autres que les divorces par consentement mutuel *judiciaire* et *extrajudiciaire*³⁶⁸.

Quelle que soit la cause variable du divorce³⁶⁹, le législateur a forgé une unité de régime pour ces trois sortes de divorces contentieux, et ce, à deux niveaux au travers de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 *relative au divorce*³⁷⁰. Tout d'abord, celui-ci a soumis les divorces contentieux à des règles procédurales communes en ce qui concerne la requête initiale, l'assignation en divorce, ainsi que – pour ce qui nous intéresse – la tentative de conciliation. Ensuite, il est venu atténuer l'opposition entre les divorces contentieux et le divorce par consentement mutuel, en introduisant une « dose » de divorce gracieux dans les divorces

³⁶⁷ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op. cit.* p. 296, n° 233-21 préc. ; V. Égéa, « La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille », *Defrénois* 2010 ; Ég. du même auteur, « L'essor de la médiation familiale, un modèle pour les MARC ? », *RLDC* déc. 2011, n° 88, p. 53 ; E. Mulon, « État des lieux des modes amiables de règlement des conflits en matière familiale », *Gaz. Pal* 5 fév. 2001, p. 8 s., 14709.

³⁶⁸ Voy. l'art. 229 CCiv. pour l'énumération des cas de divorce et l'art. 230 s. CCiv. pour le divorce par consentement mutuel.

³⁶⁹ Pour rappel, le divorce pour faute régit par les art. 242 à 246 CCiv. et art. 1128 CPC., qui sous-tend un degré élevé au conflit conjugal, vient sanctionner la violation grave ou renouvelée des droits et des devoirs respectifs des époux, tels que prévus par les art. 212 à 215 du Code civil, laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Par ailleurs, le divorce pour acceptation de la rupture du mariage, régi pour sa part par les art. 247-1 CCiv et art. 1123 à 1125 CCiv., appelé également divorce « accepté » peut être demandé par l'un ou l'autre des époux. Il couvre l'hypothèse dans laquelle les époux sont d'accord pour divorcer mais ne parviennent pas à s'entendre sur les conséquences du divorce. La mission du juge aux affaires familiales est alors de vérifier l'intégrité du consentement et de prononcer le divorce, après avoir statué sur ses conséquences. En d'autres termes, et à la différence du divorce par consentement mutuel, les parties qui ne s'entendent pas sur les conséquences du divorce ne parviennent pas, en principe, à une convention de divorce. Enfin, le divorce pour altération définitive du lien conjugal prévu aux art. 237 à 238 du Code civil et aux art. 1126 à 1127 CPC. a pour cause objective la cessation de la communauté de vie depuis deux ans au moins. Ce type de divorce peut intervenir lorsque le défendeur a répondu à une demande en divorce pour faute et que la partie adverse répond en formulant une demande reconventionnelle en divorce pour altération définitive du lien conjugal

³⁷⁰ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 *relative au divorce, préc.*

contentieux³⁷¹. Cette unité de régime de ces trois types de divorces contentieux pour lesquels est donc prévu une tentative de conciliation obligatoire implique, nécessairement, d'appréhender de manière unitaire les accords pouvant être trouvés par les époux. IL convient de présenter le cadre légal de la conciliation dite obligatoire devant le juge aux affaires familiales **(a)** afin d'identifier plus précisément son objectif **(b)**

- a) Le cadre légal de la tentative de conciliation obligatoire devant le juge aux affaires familiales

173. L'évolution du processus. La tentative de conciliation a longtemps eu pour objet de réconcilier les époux et de les faire renoncer au divorce³⁷². Il s'agissait davantage d'une tentative de réconciliation et d'une restauration du lien marital, que d'une tentative de conciliation sur le divorce et ses conséquences.

De manière contemporaine, l'article 1071 alinéa premier du Code de procédure civile – parfaite déclinaison du principe posé à l'article 21 du même Code – dispose que « *le juge aux affaires familiales a pour mission de tenter de concilier les parties* ». Par ailleurs, au titre des dispositions relatives à la conciliation dans le cadre de la procédure du divorce judiciaire, l'article 252 alinéa second du Code civil, déclinant à son tour l'article 21 du Code de procédure civile, précise que « *le juge cherche à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ces conséquences* ». Au surplus, l'article 252-3 alinéa premier du Code civil se réfère au règlement « *amiable* » en disposant que « *lorsque le juge constate que le demandeur maintient sa demande, il incite les époux à régler les conséquences du divorce à l'amiable* ». L'ensemble de ces dispositions incite le juge, avant le déclenchement de l'instance en divorce, non plus à faire renoncer les époux au divorce, mais à favoriser d'une part un accord des époux sur le type de divorce à suivre de manière à apaiser le conflit et, d'autre part, à favoriser la faisabilité d'accords au regard du règlement des conséquences qui en découlent. L'objectif du législateur dans le cadre de la réforme du divorce de 2004 a été de responsabiliser les époux dans le cadre de l'après-divorce et de favoriser la recherche, le plus tôt possible, d'un éventuel accord amiable, même partiel, sur les conséquences de la rupture des époux.

³⁷¹ S. Thouret, *JCl. Procédures*, V° Divorce, Fasc. 30 : « Divorce : dispositions communes aux divorces contentieux ».

³⁷² Voy. l'anc. Art. 252-2 CCiv.

174. Les temps de la mise en œuvre du processus de conciliation. L'article 252 alinéa premier du Code civil prévoit plusieurs moments de mise en œuvre de la conciliation en disposant d'une part, « *qu'une tentative de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire* » et, d'autre part, qu'« *elle peut être renouvelée pendant l'instance* ». En d'autres termes, l'aménagement amiable, c'est-à-dire l'accord de volontés sur les conséquences du divorce est fortement incité avant l'instance judiciaire en divorce. Cette tentative obligatoire de conciliation n'a toutefois pas un caractère *extrajudiciaire* puisque celle-ci se déroule devant le juge aux affaires familiales.

La conciliation demeure encore possible en cours d'instance en divorce. La tentative de conciliation perd cependant son caractère « *obligatoire* », le juge aux affaires familiales ayant simplement la possibilité, la faculté, de tenter une nouvelle conciliation entre les parties. Une initiative qui peut également émaner des parties, puisque le législateur par les dispositions de l'article 265-2 du Code civil offre la possibilité aux époux, pendant l'instance de divorce, « *de passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial* ».

En conséquence, la conclusion d'un accord amiable entre les époux est favorisée à tous les stades de la procédure. Néanmoins, la conciliation en cours d'instance en divorce officinée par le juge est en pratique chronophage. Dès lors, la médiation menée par un tiers missionné, autre que le juge – et s'apparentant à une conciliation judiciaire déléguée – peut paraître tout à fait opportune.

- b) L'objectif contractualisé de la tentative obligatoire de conciliation devant le juge aux affaires familiales

175. L'échec de la conciliation et le maintien du règlement amiable des conséquences du divorce. En pratique, et le plus souvent, la tentative de conciliation échoue. Le juge aux affaires familiales délivre alors au demandeur, dans le cadre de l'ordonnance de non-conciliation constatant l'échec de la tentative de conciliation et fixant les mesures provisoires, l'autorisation d'introduire l'instance en divorce³⁷³. Toutefois, malgré l'échec de la conciliation, le juge doit amener les époux à régler les conséquences du divorce à l'amiable³⁷⁴. À cette fin, il doit demander aux époux « *de présenter pour l'audience de jugement un projet de règlement des effets du divorce. À cet effet, il peut prendre les mesures provisoires prévues à*

³⁷³ Voy. l'art. 1111, al. 1^{er} et 3^{ème} CCiv.

³⁷⁴ Voy. l'art. 252-3, al. 1^{er} CCiv.

l'article 255 »³⁷⁵ du Code civil, et par conséquent, peut inciter ou enjoindre les époux à avoir recours à la médiation.

176. La problématique liée à la qualification contractuelle du projet de règlement des effets du divorce. L'alinéa premier de l'article 252-3 du Code civil précise que « *lorsque le juge constate que le demandeur maintient sa demande, il incite les époux à régler les conséquences du divorce à l'amiable* ». À cette fin, le juge « [...] *leur demande de présenter pour l'audience de jugement un projet de règlement des effets du divorce* » et « *à cet effet, il peut prendre les mesures provisoires prévues à l'article 225* »³⁷⁶, au titre desquelles la médiation. En d'autres termes, en cas d'échec de la conciliation obligatoire devant le juge aux affaires familiales et lorsque le demandeur maintient sa demande en divorce, le juge demande aux parties de présenter un projet d'accord amiable devant régler les conséquences du divorce. En vue de l'audience de jugement du divorce, les époux sont tenus d'établir un projet d'accord amiable résolutif des difficultés engendrées par les effets de leur divorce contentieux, supposant l'établissement d'un écrit. Toutefois, ne s'agissant que d'un simple projet, celui-ci n'a pas à être signé par les époux. Dès lors, la question de la valeur juridique de ce simple « projet » se pose. Quoiqu'il en soit, le règlement amiable peut être recherché à travers une mesure provisoire : la médiation.

2) L'aménagement : la recherche d'un accord amiable par tentative de médiation

177. Distinction utile. Afin de permettre une identification de l'accord amiable consistant en l'objectif du processus de médiation **(b)**, le cadre légal de cette mesure doit être présenté **(a)**.

a) Le cadre légal de la médiation familiale

178. Le principe d'une tentative non obligatoire de médiation en matière familiale. L'article 1071 du Code de procédure civile – au titre de la procédure en matière familiale – rappelle classiquement qu'il entre dans la mission du juge aux affaires familiales – comme tout juge³⁷⁷ – de concilier les parties. Toutefois, il est ajouté par suite immédiate, à l'alinéa second

³⁷⁵ Voy. l'art. 252-3, al. 2 CCiv.

³⁷⁶ Voy. l'art. 252-3 al. 2. CCiv.

³⁷⁷ Une déclinaison du principe directeur du procès consacré par l'art. 21 CPC.

du texte, que « *saisi d'un litige, il peut proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur familial pour y procéder* ». Par ailleurs, l'article 255 du Code civil relatif aux mesures provisoires pouvant être prises dans le cadre de la procédure applicable aux divorces contentieux, prévoit que « *le juge peut notamment* », dans un 1°, « *proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder* »³⁷⁸.

Certains auteurs ont ainsi observé que « la procédure de conciliation semble inexistante en matière familiale » et que l'article 1071 du Code de procédure civile donne pourtant mission au juge de concilier les parties, « mais renvoie, pour y procéder, à la seule mesure de médiation »³⁷⁹. À cet égard, des confusions entre les processus de conciliation et de médiation, pour lesquelles des dispositions légales spécifiques sont pourtant prévues, ne doivent pas manquer d'être relevées. Tout d'abord, nous ne pouvons pas amalgamer les deux processus de résolution amiable des différends. En effet, la conciliation *judiciaire* en matière familiale est uniquement menée par le juge, et non déléguée à un conciliateur de justice. Ensuite, une confusion peut effectivement poindre dans la mesure où la médiation familiale – qui se trouve être un processus *judiciaire* – se rapproche de la conciliation *judiciaire* de droit commun, déléguée à un conciliateur de justice, excepté que le médiateur familial bénéficie d'un statut particulier et qu'il œuvre en véritable médiateur, favorisant la construction d'un accord amiable par les parties elles-mêmes. Le médiateur familial, comme le font observer les praticiens, utilise des outils de communication destinés à restaurer un dialogue rompu et à évoquer les causes profondes des différends, en s'abstenant de formuler des propositions de solutions³⁸⁰.

En tout état de cause, la tentative de médiation familiale n'est pas par principe obligatoire, à la différence de la tentative de conciliation, mais n'en demeure pas moins *judiciaire* et peut venir pallier la difficulté pour le juge de mettre en œuvre une seconde tentative de conciliation en cours d'instance.

179. L'émergence d'une tentative obligatoire de médiation en matière familiale. Se rapprochant de l'obligation légale faite à la fois au juge et aux parties de tenter obligatoirement

³⁷⁸ Une disposition faisant précisément écho à l'art. 373-2-10 al. 2 CCiv.

³⁷⁹ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 288, n° 231.35

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 289, n° 232.11 et s. : À cet égard, un diplôme d'État de médiateur familial délivré par le préfet de région a été instauré, organisé par les art. R. 451-66 et s. C. act. soc. fam., compl. par l'arrêté du 19 mars 2012 relatif au diplôme d'État de médiateur familial, JO 29 mars 2012, p. 5709. Ce diplôme « *atteste des compétences nécessaires pour intervenir auprès des personnes en situation de rupture ou de séparation afin de favoriser la reconstruction de leur lien familial et aider à la recherche de solutions répondant aux besoins de chacun des membres de la famille* ».

une conciliation avant l'instance en divorce, le législateur a aménagé les pouvoirs du juge en cours d'instance. Si celui-ci peut proposer une médiation aux parties, il dispose également du pouvoir d'enjoindre les parties d'y recourir. Ce pouvoir ressort de l'article 255 du Code civil lequel dispose que « *le juge peut notamment* » dans un 2° « *enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation* »³⁸¹. En d'autres termes, le juge peut faire obligation aux parties, en cours d'instance, de rencontrer un médiateur afin de favoriser le déclenchement d'une tentative d'aménagement amiable des conséquences de leur divorce par médiation. Le déclenchement d'une tentative de médiation, en cours d'instance, peut donc devenir obligatoire pour les parties.

b) L'objectif contractualisé de la médiation familiale

180. L'identification de l'accord amiable issu de la médiation familiale. Aucune disposition législative ne définit en cas d'échec de la tentative obligatoire de conciliation par le juge aux affaires familiale, le « *projet de règlement des effets du divorce* » et il en est de même en ce qui concerne le projet d'accord amiable issu de la médiation proposée ou ordonnée par le juge au moment de la conciliation obligatoire et préalable à l'instance en divorce. Néanmoins, le législateur impose aux époux d'établir ce projet de règlement des effets du divorce puisqu'au visa de l'article 257-2 du Code civil, la demande introductive d'instance en divorce doit comporter le projet – dénommé « *proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux* » – trouvée à l'issue ou non d'une tentative de médiation. Afin, de rapprocher effectivement les époux et l'émergence de solutions au règlement des effets de leur divorce contentieux, le législateur sanctionne, au niveau procédural, l'absence de projet de règlement des époux, par l'irrecevabilité de la demande introductive d'instance en divorce. Dans le cadre de cette dernière, les époux peuvent faire état de leurs griefs³⁸², de sorte que les accords amiables pouvant être trouvés par les époux sont de nature à avoir un caractère résolutif des différends nés des effets du divorce.

Au stade encore de l'instance en divorce, le législateur fait encore place aux accords amiables des époux en prévoyant au visa de l'article 265-2 du Code civil que « *les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial* ».

³⁸¹ En écho, précisément à l'art. 373-2-10 al. 3 CCiv. – Voy. ég. l'art. 1071 al. 3, applicable dans toute procédure familiale, précisant que « *la décision enjoignant aux parties de rencontrer un médiateur familial en application des articles 255 et 373-2-10 du Code civil n'est pas susceptible de recours* ».

³⁸² Voy. l'art. 259 CCiv.

Compte tenu de la variété des moments – audience de conciliation, introduction d’instance ou instance en divorce – auxquels peuvent intervenir les accords des époux sur les effets du divorce, il paraît nécessaire d’envisager un régime contractuel unitaire à ces conventions qui portent sur le même contenu, les solutions pour le règlement des effets du divorce. Or, le législateur demeure silencieux sur une définition et une qualification contractuelle applicable à ces accords amiables. Le Conseil national consultatif de la médiation familiale – lequel a proposé en 2003 une définition de la médiation familiale – ne vise quant à lui qu’un processus de construction ou de reconstruction du lien familial, le médiateur familial favorisant la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution³⁸³. Certains se contentent simplement d’affirmer que l’accord obtenu à l’issue de la médiation familiale peut être inséré dans le cadre d’une procédure devant le juge aux affaires familiale et que sa portée juridique est alors fixée par le dispositif législatif³⁸⁴.

181. Le recours au droit commun procédural de la médiation judiciaire. Face au silence du législateur en matière familiale, il convient de considérer l’application du droit commun de la médiation *judiciaire*. Or nous avons pu constater que celui-ci est particulièrement silencieux en ce qui concerne la qualification contractuelle dont dépend la portée juridique de l’acte résolutif du différend. Le législateur n’exige pas, à la différence de l’acte de conciliation, de constat écrit, bien que celui-ci soit recommandé *ad probationem*, et ne se prononce pas plus sur le régime contractuel applicable à l’acte. La doctrine, quant à elle, dégage une option de qualification contractuelle consistant à faire de l’accord de médiation judiciaire, soit un acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats des articles 1100 et suivants du Code civil, soit un contrat de transaction soumis au régime spécifique prévu aux article 2044 et suivants du Code civil. En matière de divorce, l’article 265-2 alinéa second du Code civil dispose néanmoins, dans le cadre de l’instance en divorce, que « *lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à la publicité foncière, la convention doit être passée par acte notarié* ». La jurisprudence, quant à elle, se borne pour sa part à préciser, que les

³⁸³ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 283, n° 231.22 : le Conseil national consultatif propose une définition de la médiation familiale entendue comme : « *un processus de construction ou de reconstruction du lien familial axé sur l’autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision, le médiateur familial, favorise, à travers l’organisation d’entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution* ». Selon ces auteurs, l’accord amiable issu de la médiation familiale marque la complémentarité entre médiation et justice familiale.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 296, n° 233.21 ; Ég. E. Mulon, « *Forme et force des accords en matière familiale* », *préc.*, spéc. n° 12.

conventions pour la liquidation et le partage de la communauté sont interdites en dehors d'une instance en divorce, tant que la communauté n'est pas dissoute³⁸⁵.

- 3) L'admission de la procédure participative dans le cadre du divorce par consentement mutuel *judiciaire*

182. L'articulation entre la médiation familiale et la procédure participative.

L'article 2067 alinéa premier du Code civil dispose qu'« *une convention de procédure participative peut être conclue par des époux en vue de rechercher une solution consensuelle en matière de divorce ou de séparation de corps* ». La procédure participative qui consiste – nous l'avons examiné – soit en une résolution, soit en une mise en état conventionnelle du litige se déroule initialement en deux phases, l'une *conventionnelle* et l'autre *judiciaire* lorsque le litige n'a pu être réglé dans la phase conventionnelle³⁸⁶. Néanmoins, la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle admet dorénavant que les parties puissent recourir à la procédure participative alors même qu'il a été procédé à la saisine du juge. L'article 1546-1 du Code de procédure civile dispose, dans ce cas, que « *le juge ordonne le retrait du rôle lorsque les parties l'informent de la conclusion d'une convention de procédure participative* ». Or ce retrait du rôle paraît peut opportun en matière de divorce ou d'autorité parentale. Dans le cadre des divorces contentieux, la mesure de médiation paraît plus adaptée afin de favoriser les accords des époux, car elle n'implique pas le retrait du rôle³⁸⁷. Il en est de même lorsque les parties en procédure de divorce contentieuse décident finalement de divorce par consentement mutuel. Le recours à la procédure participative présente un intérêt dans le cadre des divorces par consentement mutuel **(a)** tout en générant un accord amiable tout à fait particulier **(b)**.

- a) Une procédure adaptée aux cas des divorces par consentement mutuel

183. L'admission légale du recours à la procédure participative dans le cadre du divorce. La procédure participative étant admise en matière de divorce et de séparation de corps, sa mise en œuvre paraît opportune dans les deux cas de divorce par consentement

³⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 19 janv. 1982, *Bull. civ.* I, n° 27 ; *D.* 2009, 1201, note V. Égée ; *Defrénois*, 2009, 1483, obs. G. Champenois.

³⁸⁶ N. Fricero (dir.), H. Poivey-Leclercq, S. Sauphanor, *Procédure participative assistée par avocat*, *op. cit.*, p. 79, n° 101 s.

³⁸⁷ D'autant que les divorces contentieux donnent lieu, avant l'introduction de l'instance, à une tentative de conciliation obligatoire devant le juge.

mutuel. En effet, en matière de divorce, la procédure participative implique pour sa mise en œuvre la conclusion d'une convention de procédure participative par laquelle les époux s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi, non pas à proprement parler à « *la résolution amiable de leur différend* »³⁸⁸, mais à l'aménagement des conséquences de leur divorce. Elle suppose donc que les parties, avant même la saisine du juge aux affaires familiales soient consentantes au principe même du divorce. En conséquence, la procédure participative peut tout d'abord être mise en œuvre en vue de favoriser la conclusion d'une convention de divorce dans le cadre du divorce par consentement amiable *judiciaire*. Dans ce cas, les parties devront chacune être accompagnée de leur avocat respectif. Plus encore, la procédure participative paraît particulièrement adapté au nouveau cas de divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*.

En outre, l'article 2067 alinéa second du Code de procédure civile précise que « *la demande en divorce ou en séparation de corps présentée à la suite d'une procédure participative est formée et jugée suivant les règles prévues au titre VI du livre Ier relatif au divorce* ».

b) La singularité de l'accord amiable issu de la procédure participative

184. Un accord amiable aménageant les conséquences du divorce. L'accord issu de la procédure participative en matière de divorce n'apparaît pas comme un accord amiable résolutif d'un différend existant entre les époux, mais davantage comme un accord amiable aménageant les conséquences du divorce. En l'absence de précision légale quant à la qualification contractuelle de la convention de divorce par consentement mutuel *judiciaire*, et dans l'hypothèse où celle-ci pourrait être issue de la mise en œuvre d'une procédure participative, il convient de se référer au droit commun de la résolution amiable *extrajudiciaire*. Or, nous avons constaté que si le législateur exige, aux termes de l'article 1555 du Code de procédure civile, un écrit afin de constater l'accord amiable intervenu entre les parties assistées de leurs avocats à l'issue de la procédure participative, il est demeuré muet en ce qui concerne le régime contractuel applicable à cet accord. De sorte qu'une fois de plus, il convient de se référer à la position doctrinale consistant à dégager une option de qualification contractuelle de l'accord amiable participatif.

Par ailleurs, compte tenu du rôle du juge aux affaires familiales, notamment pour l'homologation de l'accord des parties, l'accord amiable pourrait être qualifié de contrat

³⁸⁸ En reprenant la définition de la convention de procédure participative, telle que prévue à l'art. 2062 CCiv.

judiciaire. Reste à savoir si ce contrat *judiciaire* doit être qualifié de « transaction participative »³⁸⁹ et être soumis au régime des articles 2044 et suivants du Code civil ou, au contraire, être dénué de toute qualification et consister en un acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats, tel que codifié aux articles 1100 du Code civil³⁹⁰. Nous avons d'ailleurs relevé que certains auteurs soutiennent en se fondant sur la jurisprudence, que l'accord participatif « reste soumis au droit commun des conventions » et que « dans la mesure où il porte sur des droits dont les parties ont la libre disposition, l'existence de concessions réciproques ne devrait pas faire partie des conditions de validité ou des éléments de qualification de l'accord »³⁹¹. Une analyse qui peut être confortée par la création d'un nouveau divorce par consentement mutuel désigné par le législateur comme le *divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* semblant exclure la qualification contractuelle transactionnelle.

185. Conclusion de la Sous-Section IV. En droit de la famille, en matière de divorce et d'autorité parentale, une place essentielle est accordée, sur le plan *judiciaire*, à la volonté des parties. Une volonté pour laquelle a été adaptée une forme de divorce dont l'intitulé révèle son fondement : le divorce par consentement mutuel. Une procédure de divorce fondée sur un accord libre et éclairé des époux quant au divorce et une convention, un contrat aménageant les conséquences de la rupture du mariage. Nous venons d'ailleurs de constater que la mise en œuvre de la nouvelle procédure de résolution amiable des différends – la procédure participative – permet, une tentative de conclusion de la convention de divorce, non pas par négociation de la solution à un différend entre les époux, mais par négociation d'aménagements aux conséquences que le divorce génère. Des « conséquences » qui ne sont d'ailleurs pas qualifiées de « difficultés ».

Dans le cadre des divorces contentieux, la place est encore faite aux accords entre les époux. Tout d'abord, par la possibilité légale offerte aux époux de changer le fondement de leur demande en divorce, et d'opter, en cours de procédure de divorce contentieux pour le recours au divorce par consentement mutuel *judiciaire* ou *extrajudiciaire*³⁹². Ensuite par le

³⁸⁹ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 283, n° 233.21 *in fine* et p. 754, n° 514.31.; E. Mulon, « Forme et force des accords en matière familiale », op. cit., spéc. n° 13.

³⁹⁰ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 756, n° 514.32.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 757, n° 514.33 *in fine*.

³⁹² Voy. l'art. 247 CCiv. prévoyant à tout moment de la procédure en divorce la possibilité pour les époux d'avoir recours aux cas de divorce par consentement mutuel et l'art 247-1 CCiv. instituant le recours au divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage.

développement des processus de résolution amiable des différends, au titre desquels la tentative obligatoire de conciliation menée par le juge aux affaires familiales en personne laquelle aboutit, en cas d'échec, à l'obligation pour les époux d'établir un projet de règlement des effets du divorce sous peine d'irrecevabilité de leur demande en divorce. Un projet de d'accord amiable résolutif des effets du divorce pouvant être facilité par recours à un médiateur familial, proposé ou imposé par le juge aux époux. Autant d'occasions offertes favorisant la conclusion d'accords entre les époux, y compris en cours d'instance dans le cadre des divorces contentieux.

Enfin, en matière d'autorité parentale, laquelle peut soulever des différends relatifs à son exercice, en matière de divorce, mais également de concubinage, de Pacs, ou de séparation de fait, le juge aux affaires familiales apparaît comme un prescripteur de la mesure de médiation. La tentative de médiation proposée ou imposée permet la négociation des difficultés liées à l'exercice de l'autorité parentale par les parents et la conclusion de l'accord amiable aménageant les conditions d'exercice ainsi que la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant.

Dans tous les cas, le constat reste que les accords et conventions n'ont pas été définies et qualifiées contractuellement par le législateur, mais appellent à rechercher un régime contractuel unitaire et adapté en matière familiale. Ces conventions entre époux et/ou parents, consistent en des accords « amiables », non résolutif d'un différend à proprement parlé, mais d'aménagement des conséquences du divorce et/ou conditions d'exercice de l'autorité parentale, de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Concernant le choix d'un régime applicable à ces accords amiables, le renvoi aux positions doctrinales adoptées en droit commun de la résolution amiable des différends nous amène à considérer soit, la possibilité que l'accord amiable prenne la forme d'un acte sous signature privée ou d'un acte authentifié soumis au seul droit commun des contrats, soit que l'acte reçoive la qualification transactionnelle impliquant outre l'application du droit commun des contrats, celle des dispositions spéciales des articles 2044 et suivants du Code civil.

186. Conclusion de la Section I relative à l'accord amiable : objectif des processus spéciaux de résolution amiable judiciaires des différends. En ciblant les domaines dans lesquels ont été développés – au plan *judiciaire* – des processus de résolution amiable particuliers, l'existence d'une variété d'accords amiables ressort. Ceux-ci peuvent être qualifiés d'amiables dans la mesure où leur objet porte sur des solutions négociées au regard des conséquences liées à la survenance d'un événement : difficultés pour l'entreprise, rupture du

contrat de travail ou discriminations collectives, accident médical ayant entraîné des dommages corporels collectifs, rupture du mariage, du Pacs, d'un concubinage, ou d'une séparation de fait.

Ainsi, certains accords amiables consistent en des *accords amiables préventifs de différends*, à l'instant de l'accord amiable en droit des entreprises en difficultés. D'autres consistent en des *accords d'aménagement amiable*. Ainsi est-ce particulièrement le cas en droit de la famille, en matière de divorce et d'autorité parentale. Dans ces deux domaines, entreprise et famille, l'application à l'accord amiable de la qualification contractuelle spéciale de contrat de transaction semble, de prime abord, peu opportune : dans le cadre du droit des entreprises en difficultés en raison du droit de poursuites des créanciers et dans celui du droit de la famille en raison du fait que les conventions de divorce et conventions relatives à l'exercice de l'autorité parentale aménagent des circonstances susceptibles d'évoluer dans le temps et de donner lieu à des révisions. Dès lors, ces accords amiables pourraient consister en de simples actes sous signature privée, soumis aux seules dispositions du droit commun des contrats.

En revanche, dès lors que l'accord amiable consiste à prévoir la cessation d'un événement dommageable ou la fixation d'indemnités liées aux conséquences générées par l'événement, la qualification contractuelle transactionnelle de l'*instrumentum* semble pouvoir être envisagée. Tel est le cas en droit du travail afin de fixer les indemnités relatives aux conséquences liées à la rupture du contrat de travail, ou en matière de discrimination collective afin de faire cesser le manquement ou d'indemniser les dommages qui y sont liées. Le cas se présente, de manière plus discutable en droit de la santé, l'accord amiable de groupe visant l'indemnisation d'un dommage corporel. Discutable, dans la mesure où l'application de la qualification transactionnelle entraîne l'impossibilité de réviser l'accord amiable, puisqu'il éteint les voies de recours. Un effet du contrat de transaction de nature à poser problème dans le cas d'une évolution ultérieure à la conclusion de l'accord amiable indemnitaire, du dommage subi par la victime.

Mais delà de cette diversité d'accords amiables et de la question de l'opportunité de la qualification transactionnelle pouvant leur être appliquée, une certaine unité semble pouvoir se dessiner, du moins dans le cadre *judiciaire*, par la possibilité, voir l'obligation d'homologation de l'accord par le juge, de nature à attribuer une force particulière au contrat.

Enfin, nous avons constaté une multiplication des recours au processus de résolution amiable dans le cadre *judiciaire* – conciliation, médiation, mais également procédure participative – ayant un objet commun : une tentative de négociation et de conclusion d'accords amiables. Ces tentatives apparaissent tantôt imposées par le législateur, tantôt laissées à l'appréciation du juge qui peut les proposer aux parties ou les imposer. Il devient ainsi possible

pour tout acteur du système judiciaire d'activer des processus favorisant des tentatives de négociation et de conclusion d'accords amiables. Autant d'observations qu'il convient de vérifier dans le cadre de la multiplication des processus de résolution amiables *extrajudiciaires* spéciaux.

Section II – La multiplication des processus *spéciaux* de résolution amiable *extrajudiciaire* des différends

187. Éclairage sur la diversité de processus de résolution amiable aboutissant à un accord amiable conclu hors la sphère *judiciaire*. Outre le développement de *médiations et conciliations judiciaires spéciales* au-delà des règles constituant le socle du droit commun de la conciliation et de la médiation, *judiciaires*, le législateur a, ou continue, de développer dans divers domaines³⁹³, des *processus de résolution amiable extrajudiciaires particuliers*. Ces droits spéciaux de la résolution amiable *extrajudiciaire*, pendants au droit commun de la résolution amiable dite « *conventionnelle* » – en réalité *extrajudiciaire* – visent un même objectif : la conclusion d'un accord amiable.

Malgré la quasi-impossibilité de dénombrer de manière exhaustive ces formes de « médiations » *extrajudiciaires*³⁹⁴, nous devons nous référer à quelques unes d'entre elles. Cet examen est de nature à renseigner non seulement sur la variété des différends amenés à être réglés par l'accord amiable, mais également sur une large admission de la résolution amiable des différends intervenant en dehors de la présence du juge. Celle-ci intervient peu important les positions de force ou de faiblesse des parties dans la négociation d'une solution conventionnelle au différend mais justifiant un encadrement légal. Des formes de résolution directe des différends entre les parties et des « médiations » *extrajudiciaires* se développent dans une multitude de domaines, pour certains fortement marqués par un ordre public de protection de la partie faible (**Sous-Section I**), alors que pour d'autres, semble régner une égalité des parties dans la négociation d'une solution conventionnelle au différends (**Sous-Section II**).

³⁹³ P. ex. l'instauration de la médiation en droit public, dans le domaine des collectivités territoriales : voy. le décr. n° 2014-309 du 7 mars 2014, *JO* 9 mars 2014, p. 5031 instituant *un médiateur des normes applicables aux collectivités territoriales*. Ce médiateur peut être saisi afin de traiter des différends pouvant naître entre l'administration centrale et l'administration locale dans la mise en œuvre des normes. Ce tiers instruit les affaires dont il est saisi et lorsqu'il l'estime justifié, adresse une recommandation aux administrations concernées. L'issue du processus aboutit donc à des recommandations et non à un contrat résolutive d'un différend.

³⁹⁴ Le Conseil d'Etat a d'ailleurs – dans une étude adoptée en assemblée générale plénière le 29 juillet 2010, intitulée *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne* – constaté la quasi impossibilité de dénombrer de manière exhaustive ces formes de médiation bénéficiant d'un régime spécial : www.conseil-etat.fr.

Sous-Section I – Les processus de résolution amiable *extrajudiciaires* spéciaux encadrés par l’ordre public

188. L’inclusion de l’accord amiable dans des domaines marqués par un ordre public de protection : Famille, travail, consommation et santé. Certaines branches du droit ont connu le développement de règles visant la protection et la prise en compte d’une partie en position de faiblesse telle que l’enfant ou le conjoint malmené, le salarié, le consommateur ou encore la victime d’un accident. Néanmoins, le législateur, lorsque le différend survient entre des parties en positions juridiques, économiques ou encore psychologiques inégales, a admis, dans certains cas et de manière spéciale, que celui-ci puisse faire l’objet d’un règlement amiable et donné lieu à un accord. Cette négociation d’une solution au différend semble, de prime abord, déséquilibrée, dans la mesure où la volonté de la partie forte peut influencer le consentement de la partie faible et générer un vice du consentement à la conclusion de l’accord amiable. D’autant que, si sur le versant judiciaire l’accord amiable paraît systématiquement contrôlé par le juge, pareil aval judiciaire ne s’impose naturellement pas dans le cadre *extrajudiciaire*.

Plusieurs illustrations notables du recours à des processus de résolution amiable des différends *spéciaux et extrajudiciaires* permettent d’apporter une vision focale sur leur issue : l’accord amiable conclu hors la présence du juge en droit de la famille (§1), en droit du travail (§2), en droit de la consommation (§3), en droit de la santé (§4) ou encore en matière de baux (§5).

§1. L’accord amiable issu du divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*

189. L’existence de conventions *extrajudiciaires*. Le droit de la famille, pour lequel il est largement fait place à la volonté des parties malgré un ordre public protecteur de l’intérêt supérieur de l’enfant, et des époux, connaît des accords amiables *pré-judiciaires* (A). L’introduction par la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle d’un nouveau cas de divorce par consentement mutuel crée encore une avancée, en admettant la conclusion d’une convention de divorce en dehors de toute présence judiciaire (B).

A. La convention de séparation amiable

190. L'objet de la convention de séparation amiable. Outre la consécration d'un nouveau cas de divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*, les époux ont la possibilité d'envisager, dans la phase pré-judiciaire du divorce par consentement mutuel, avant même l'engagement de la procédure de divorce, la rédaction d'une convention de séparation amiable. L'objet de cet accord consiste à organiser les modalités de la séparation, tant dans les rapports des époux entre eux, que dans leurs rapports avec les enfants.

L'avantage de la convention de séparation amiable est de sceller un accord immédiat entre les époux alors même qu'il n'est pas encore possible de déposer une requête en divorce, parce que, par exemple, certains points de la convention de divorce doivent être encore débattus, fixés ou doivent faire l'objet de la rédaction d'un acte notarié.

191. Les formes et la question du régime contractuel applicable à la convention de séparation amiable. Outre la forme authentique, certains auteurs envisagent la possibilité que la convention de séparation amiable puisse prendre la forme d'un acte contresigné par avocat³⁹⁵. La convention de séparation de corps – à la différence de la convention de divorce par consentement mutuel *judiciaire*³⁹⁶ – ne peut se voir attribuer la force exécutoire puisqu'elle n'est pas soumise à l'homologation du juge³⁹⁷.

En outre, le législateur n'est pas venu préciser le régime contractuel applicable à la convention de séparation amiable. La question se pose de savoir si la convention de séparation amiable peut être qualifiée de contrat de transaction et être soumise au régime des articles 2044 et suivants du Code civil, ou si elle consiste en un acte sous signature privée ou un acte authentique soumis uniquement au droit commun des contrats.

B. Une convention de divorce par acte sous signature privée

³⁹⁵ Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 *de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées*, JO 29 mars 2011, n° 0074, p. 5447, art. 3 et loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971 *portant réforme de certaines professions judiciaires ou juridiques*, JO 5 janv. 1972, p. 131, art. 66-3-1 à 66-3-3 : l'avocat devra veiller à ne faire figurer dans cet acte aucune disposition qui serait contraire à l'ordre public portant par exemple sur le principe même du divorce, ou sur une question de filiation. En revanche, l'organisation de la vie des époux dans leurs rapports financiers, l'organisation de la vie des enfants après la séparation parentale, le choix de la loi applicable au divorce, la détermination d'une date de fin de cohabitation ou de collaboration entre époux sont autant d'aménagements appréhendables par l'acte contresigné par avocat. Il ne faut pas oublier que les sommes versées spontanément entre les époux, même par suite d'un accord passé par l'intermédiaire d'un avocat ou d'un officier ministériel, ne sont pas déductibles du revenu global du débiteur, ni imposables au nom du créancier, sauf lorsque le juge homologue ultérieurement ces mesures provisoires dans une décision de justice ayant acquis force de chose jugée (*Rép. min.* n° 4665, *JOAN* Q 20 nov. 2012, p. 6756).

³⁹⁶ Voy. l'art. 232 CCiv.

³⁹⁷ Voy. les art. 250-2 CCiv. et 1100 CPC : sauf à ce que les époux s'en inspirent pour demander au juge d'homologuer les mesures provisoires applicables à leur situation dans le cas exceptionnel d'un ajournement puis d'un refus d'homologation de leur convention de divorce.

192. Une nouvelle modalité de divorce par consentement mutuel. Toujours dans le cadre de la contractualisation du droit de la famille, les réformateurs de la justice du XXIème siècle sont allés encore plus avant en consacrant, dans un domaine fortement marqué par un ordre public de protection, un nouveau divorce par consentement pouvant être qualifié d'*extrajudiciaire*, puisque donnant lieu, en dehors de toute présence ou contrôle du juge et comme son intitulé l'indique, à un « *acte sous signature privé contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* ».

À cet égard, la Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel³⁹⁸ précise que « *la réforme du divorce par consentement mutuel s'inscrit dans l'évolution législative que connaît la procédure de divorce initiée depuis 1975 et axée sur la volonté constante de simplification et de pacification des relations entre les époux divorçant* » et que « *dans cette optique, la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 réformant la procédure de divorce a profondément modifié l'économie générale du divorce en laissant une large place au divorce d'accord, en facilitant notamment la passerelle entre les divorces contentieux et le divorce gracieux et en incitant les époux à conclure des conventions tout au long de la procédure* ». Les réformateurs ont ainsi constaté que « *cette contractualisation progressive du droit de la famille associée aux critiques récurrentes qui sont souvent adressées à l'encontre des procédures judiciaires, quel que soit leur domaine, et qui portent sur la complexité de ces procédures, leur durée, ainsi que leur coût, ont amené à s'interroger sur la nécessité d'un recours systématique au juge en matière de divorce lorsque les conjoints s'accordent sur l'ensemble des modalités de leur rupture* ». Afin de répondre à cette question, ce nouveau divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*, totalement fondé sur la volonté des époux implique certains principes **(1)** et apporte un éclairage – au regard de son intitulé – sur la forme de la convention de divorce sur laquelle il aboutit **(2)**.

1) Les principes du divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*

193. Un divorce *extrajudiciaire*. Le paragraphe I de la loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXIème siècle insère – au sein du titre VI du livre Ier du code civil – quatre articles 229-1 à 229-4 définissant le principe et le régime juridique de cette

³⁹⁸ Circ. en date du 26 Janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle et du décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorales, BOMJ 30 juin 2017, n° 2017-06.

nouvelle procédure³⁹⁹. Au visa de l'article 229-1 « *lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats dans les conditions prévues à l'article 1374* ». Le juge aux affaires familiales est désinvesti de sa mission d'homologation et de contrôle de la convention de divorce, puisqu'il se voit substituer par le notaire qui reçoit le dépôt de la convention de divorce au rang de ses minutes. Néanmoins, les difficultés liées à l'exécution de la convention par l'un des époux peuvent donner lieu à un recours devant le tribunal de grande instance⁴⁰⁰.

194. Le respect de l'ordre public de protection. La matière familiale est fortement soumise à un ordre public de protection, tant à l'égard de l'enfant, que des époux, lequel a soulevé des discussions au regard de l'introduction de cette nouvelle procédure de divorce déjudiciarisée.

Concernant la protection de l'enfant, l'article 229-2 du Code civil interdit le recours à cette nouvelle procédure de divorce si l'un des enfants mineurs du couple a demandé à être entendu par le juge, créant une passerelle avec l'actuel divorce par consentement mutuel *judiciaire*⁴⁰¹. En d'autres termes, c'est parce que l'enfant demande à être entendu par le juge que le divorce par consentement mutuel passe d'un caractère *extrajudiciaire*, à un caractère *judiciaire*, protecteur de l'intérêt de l'enfant⁴⁰². Il appartient aux parents d'informer l'enfant de

³⁹⁹ Le paragraphe I de l'article 50 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, *préc.*, modifie par ailleurs plusieurs articles du Code civil afin de faire produire à cette nouvelle procédure de divorce non judiciaire les mêmes effets que l'actuelle procédure judiciaire de divorce par consentement mutuel. Sont également modifiées certaines dispositions du Code de procédure civile et d'exécution, du Code de la sécurité sociale, du Code général des impôts et du Code pénal. Enfin, sont modifiées certaines dispositions de la loi n° 75-618 du 11 juill. 1975, *JO* 12 juill. 1975, p. 7178 et de la loi n° 91-647 du 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique, *JO* n° 0162 13 juill. 1991, p. 9170, afin de prévoir la prise en charge au titre de l'aide juridictionnelle des frais d'avocat des époux divorçant selon la nouvelle procédure ainsi créée.

⁴⁰⁰ Voy. Fiche 9, 3., de la Circ. 26 Janvier 2017, *préc.*

⁴⁰¹ L'art. 388-1 CCiv. dispose que « *dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet* ». Par ailleurs, la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007, *JO* 6 mars 2007, n° 55, p. 4215 ajoute encore que « *cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande* », que « *lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus* » et qu'« *il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix* ». Par ailleurs, « *si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne. L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure* ». En tout état de cause, « *le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat* ».

⁴⁰² Sur ce point les députés et sénateurs ont saisi le Conseil constitutionnel de la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle estimant que son article 50 méconnaissait le principe d'égalité devant la loi. Pour les députés requérants, en imposant aux époux le recours à deux avocats et à un notaire, et en renchérissant ainsi le coût du divorce, les dispositions contestées créent une première rupture d'égalité entre les couples, pour l'accès à la nouvelle procédure de divorce, selon leur fortune. Une deuxième rupture d'égalité serait instaurée entre les parents dont l'un des enfants demanderait à être entendu et les autres parents, puisque la nature, judiciaire ou non, de la procédure de divorce dépend de cette demande. Pour les sénateurs requérants, en liant indissolublement audition

cette faculté. En application de l'article 229-3, la convention de divorce doit faire mention de la délivrance de cette information, ainsi que du choix de l'enfant de renoncer à cette faculté. Il

de l'enfant et déclenchement de la procédure judiciaire, les dispositions contestées excluent du bénéfice de la protection particulière qu'apporte cette procédure, les enfants qui, faute d'être capables de discernement, ne peuvent demander à être entendus par un juge ainsi que ceux qui ne le demanderont pas, afin de ne pas s'opposer au souhait de leurs parents de privilégier un règlement non judiciaire du divorce. En outre, l'article 50 introduirait une autre rupture d'égalité injustifiée entre les enfants dont les parents divorcent par consentement mutuel selon la procédure conventionnelle et ceux dont les parents divorcent selon une autre procédure, puisque seuls ces derniers voient leurs intérêts protégés par un juge.

Le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2016-739 CDC du 17 nov. 2016, *JO* n° 0269 19 nov. 2016, au visa de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, lequel dispose notamment que « *la loi... doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* » précise que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* » et que « *si, en règle générale, ce principe impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes* ». L'organe de contrôle de la constitutionnalité des lois en retire plusieurs conséquences au regard de l'article 50 de la loi.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel observe que « *dans le cadre de la nouvelle procédure de divorce qu'elles instituent, les dispositions contestées ont pour effet d'imposer à chacun des époux d'être assisté par son propre avocat* », pour juger qu'« *en soumettant ainsi à une même obligation tous les époux ayant recours à cette procédure, le législateur, qui leur a d'ailleurs ouvert le bénéfice de l'aide juridictionnelle, n'a pas méconnu le principe d'égalité devant la loi* ».

En second lieu, la Haute magistrature constate encore qu'« *en prévoyant que lorsque l'un des enfants mineurs du couple demande à être entendu par un juge, les époux ne peuvent plus divorcer par consentement mutuel par la voie conventionnelle, mais seulement par la voie judiciaire, les dispositions contestées ne créent, par elles-mêmes, aucune différence de traitement entre les couples* ».

En troisième lieu, le Conseil constitutionnel rappelle « *d'une part, que l'art. 371-1 CCiv., qui définit l'autorité parentale comme un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant, impose aux parents d'associer l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité* » et que, « *d'autre part, en application de l'art. 388-1 CCiv., tout mineur capable de discernement peut être entendu par un juge, dans toute procédure le concernant* ». Enfin, le Conseil retient qu'« *en application des articles 229, 229-2 et 230 CCiv., dans leur rédaction résultant de l'article 50 de la loi déferée, combinés avec l'article 388-1 du même code, le choix d'un enfant mineur capable de discernement de demander à être entendu par le juge fait obstacle à la poursuite de la procédure conventionnelle de divorce de ses parents, au profit de la procédure judiciaire* ».

Au regard de cette combinaison de texte, le juge constitutionnel estime qu'« *il appartient alors au juge, conformément à l'art. 232 CCiv., de refuser l'homologation et de ne pas prononcer le divorce « s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux »* ». Pour le Conseil constitutionnel, l'article 50 de la loi de modernisation de la Justice du XXI^{ème} siècle « *accorde au mineur qui a demandé à être entendu par le juge une protection spécifique* ». Il observe encore que le texte « *réserve aux mineurs capables de discernement la faculté de demander à être entendu par le juge* », de sorte que « *les dispositions contestées instaurent, au regard de la protection judiciaire dont ils peuvent bénéficier, une différence de traitement entre ces mineurs et les autres enfants* ». Néanmoins, le juge constitutionnel estime que « *cette différence de traitement repose sur une différence de situation entre les mineurs capables de discernement, qui sont en mesure de s'exprimer sur la situation résultant pour eux du choix de leurs parents, et les autres* » et que « *cette différence de traitement entre les mineurs, qui bénéficient en tout état de cause de la protection qui découle des exigences de l'autorité parentale, est en rapport direct avec l'objet de la loi* ». Ainsi, estime-t-il que « *la différence de traitement qui en résulte est en rapport direct avec l'objet de la loi et ne méconnaît pas le principe d'égalité* ».

En dernier lieu, le Conseil constitutionnel relève en effet que « *les enfants dont les parents divorcent par consentement mutuel ne sont pas placés dans la même situation que ceux dont les parents divorcent selon une autre procédure* » et que « *l'intervention judiciaire systématique dans le second cas est justifiée par le fait que les époux n'ont pas trouvé un accord sur le principe ou les effets de leur divorce* ». Pour le juge constitutionnel, une fois de plus, cette « *différence de traitement qui en résulte est en rapport direct avec l'objet de la loi et ne méconnaît pas le principe d'égalité* ».

appartient au notaire – et non plus au juge – de s'assurer du respect de cette formalité⁴⁰³. Le recours au divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire* est donc subordonné à la protection de l'enfant⁴⁰⁴.

Concernant les époux, au lendemain de l'adoption de la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, certains députés ont saisi le Conseil constitutionnel. Ceux-ci ont alors estimé que la nouvelle procédure ainsi créée, prive le conjoint le plus faible de la protection judiciaire et l'expose au risque d'une convention de divorce protégeant insuffisamment ses intérêts, méconnaissant ainsi les « principes généraux du droit civil », le onzième alinéa du Préambule de 1946 et portant atteinte au « caractère d'ordre public du droit de la famille ». Le Conseil constitutionnel saisi a néanmoins jugé que le législateur a veillé à assortir cette nouvelle procédure de divorce de garanties destinées à assurer la protection des époux. Garanties apparaissant au nombre de quatre puisqu'en premier lieu, l'interdiction est faite de recourir au divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*, si l'un des époux est placé sous un régime de protection juridique. Qu'en second lieu, l'assistance d'un avocat pour chacun des époux est exigée. Qu'en troisième lieu, un délai de réflexion de quinze jours est imposé une fois le projet de convention de divorce établi, avant sa signature par les époux. Et qu'enfin, la dévolution du caractère exécutoire de cette convention est conditionnée par son dépôt au rang des minutes d'un notaire, chargé d'en apprécier la validité formelle.

2) Le formalisme de la convention de divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*

195. Un acte sous signature privée. En évitant de qualifier d'*extrajudiciaire* ce nouveau divorce par consentement mutuel – sans doute afin de rassurer le justiciable sur une procédure de divorce excluant l'intervention du juge aux affaires familiales – le législateur insiste, dans l'intitulé choisi, sur l'objectif contractuel de ce divorce. La convention de divorce par consentement mutuel conclue par les époux, en dehors de la présence et de toute intervention du juge, est désignée comme « *un acte sous signature privée* ». Le législateur

⁴⁰³ Selon les députés ayant saisi le Conseil constitutionnel ce type de divorce « conventionnel » ne garantit pas suffisamment l'information du mineur sur son droit à être entendu par le juge en faisant peser sur lui la responsabilité du renoncement à la procédure conventionnelle, de sorte que les dispositions contestées méconnaissent tout à la fois, l'art. 388-1 CCiv., les « principes du droit du divorce qui placent l'intérêt de l'enfant au cœur du dispositif législatif », la convention internationale des droits de l'enfant et le onzième alinéa du Préambule de 1946 soulignant selon eux le « caractère d'ordre public du droit de la famille ».

⁴⁰⁴ En conséquence, l'actuelle procédure judiciaire de divorce par consentement mutuel « judiciaire », en application des art. 229, 230 et 247 CCiv. dans leur rédaction résultant de la réforme, ne serait plus utilisée que lorsqu'un enfant a demandé à être entendu par un juge.

n'applique donc pas la qualification contractuelle transactionnelle à cette convention de divorce. Il est toutefois venu en renforcer les effets.

196. Un acte sous signature privée contrôlé. La sécurité juridique de la convention de divorce qui peut être ainsi conclue en dehors d'une part, de la présence et de tout contrôle du juge aux affaires familiales, et d'autre part des cas prévus à l'article 229-2 où elle est exclue, est renforcée à deux niveaux.

À un premier niveau, la sécurité juridique de l'accord des époux est renforcée par l'exigence légale d'un accompagnement opéré par les avocats respectifs des époux tout au long de la procédure de divorce *extrajudiciaire*. Ceux-ci doivent notamment apposer leur contresignature sur la convention de divorce. Il conviendra, en conséquence, de s'interroger sur les effets de ce contresignature d'avocats sur l'accord.

À un second niveau, le législateur soumet la convention signée par les époux et contresignée par leurs avocats, à un contrôle du notaire. Un contrôle opéré sur le consentement des époux au divorce exprimé dans la convention, sur les exigences légales du contenu de l'accord exposées à l'article 229-3 du Code civil, ainsi que sur le respect du délai légal de quinze jours de réflexion laissé aux époux par les avocats avant la signature de leur convention⁴⁰⁵. Le notaire se substitue en quelque sorte au juge aux affaires familiales puisqu'il recueille le dépôt de la convention au rang de ses minutes et que « *ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire* »⁴⁰⁶. Le législateur est venu préciser le contenu de la convention de divorce à l'article 229-3 du Code civil, ainsi que le régime applicable à la convention puisque l'article 229-1 du Code civil vise l'application de l'article 1374 du Code civil relatif à l'acte sous signature privée. Le législateur soumet donc cette convention de divorce, prenant la forme d'un acte sous signature privée contresignée par les avocats, au droit commun des contrats.

197. L'opportunité du recours à la procédure participative. Plus encore que dans le cadre du divorce par consentement mutuel *judiciaire*, la procédure participative paraît particulièrement adaptée au nouveau cas de divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*. En effet, chaque époux doit être accompagné de son avocat dans une procédure de divorce fortement marquée par son caractère amiable. Ainsi, l'exigence légale de l'accompagnement des époux par les avocats tout au long de la procédure de divorce est de nature à favoriser le

⁴⁰⁵ Voy. l'art. 229-4 CCiv.

⁴⁰⁶ Voy. l'art. 229-1 al. 3 CCiv.

recours à la procédure participative. Les avocats, au fait de la pratique de la procédure participative, peuvent en effet proposer aux époux, consentant à divorcer à l'amiable, la signature d'une convention permettant la mise en œuvre de la procédure participative sur le fondement des articles 2062 à 2068 du Code civil. L'exécution de cette convention de procédure participative permet ainsi la négociation des effets du divorce et la conclusion de la convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un « *acte sous signature privée contresigné par avocats* ».

198. En conclusion, à travers le choix d'intitulé de ce nouveau cas de divorce par consentement mutuel opéré par les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle, très certainement penser afin de rassurer sur l'objectif de ce divorce totalement *extrajudiciaire*, échappant au prononcé et au contrôle du juge, se dévoile le régime contractuel applicable à la convention de divorce. L'acte de sous signature privée, contresigné par les avocats, n'est pas soumis par le législateur au régime spécial du contrat de transaction des article 2044 et suivants du Code civil. Nous pouvons en déduire que cette conventino de divorce est soumis au seul droit commun des contrats. Un soumission au seul droit des contrats qui aurait vocation à s'étendre naturellement en l'ensemble des accords amiables aménageant les effets des divorces, que ceux-ci interviennent par consentement mutuel ou dans le cadre contentieux, mais également aux accords aménageant l'exercice de l'autorité parentale ou aux conventions de séparation amiable. Les accords amiables prendraient ainsi la forme d'un acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats, pouvant, par souci de force probante être contresigné ou authentifié. La qualification de transaction semble effectivement peu adaptée à ces conventions de divorces ou relatives à l'exercice de l'autorité parentale dont le contenu peut être amené à évoluer dans le temps et nécessité des révisions.

§2. L'accord amiable : objectif contractualisé des conciliation et médiation extrajudiciaires en droit du travail

199. La recherche de solutions conventionnelles en dehors de la présence du juge. Indépendamment des accords amiables résolutifs de conflits individuels du travail issus, soit de la conciliation *judiciaire* imposée en matière prud'homale, soit de la médiation *judiciaire* de droit commun, mise en œuvre par certains magistrats et consacrée récemment dans le cadre de l'action de groupe en matière de discrimination collective au travail, le législateur a développé, en droit du travail, des conciliations et médiations *extrajudiciaires* spéciales. Domaine pourtant

fortement marqué par un ordre public de protection du salarié. Ces tentatives de résolution amiable des différends sont tantôt suggérées (A), tantôt imposées (B).

A. Les recours suggérés à la tentative de résolution amiable *extrajudiciaire* spéciale des différends

200. Harcèlement, apprentissage et inventions du salarié. Le législateur a prévu la possibilité de recourir à la médiation ou à la conciliation *extrajudiciaires* de manière tout à fait spécifique dans le cadre du traitement des risques psychosociaux (1), pour un contrat de travail particulier, celui de l'apprenti (2), ainsi que pour les litiges relatifs aux inventions du salarié (3). Des processus de résolution amiable *extrajudiciaire* des différends spécialement institués, dont les dispositions offrent des précisions quant à la forme et au régime contractuel que peut revêtir l'accord amiable.

1) La médiation *extrajudiciaire* en matière de harcèlement moral au travail

201. Distinction utile. Afin d'identifier au mieux l'accord amiable pouvant être conclu dans le cadre d'un harcèlement moral au travail (b), il convient tout d'abord, de porter un regard sur le cadre légal de la tentative de médiation servant sa conclusion (a).

a) Le cadre légal de la médiation *extrajudiciaire* en matière de harcèlement moral

202. Un outil de traitement des risques psychosociaux. Depuis la loi du 31 décembre 1991⁴⁰⁷ ayant opéré transposition de la directive européenne *Santé et sécurité* du 11 juin 1989⁴⁰⁸, l'évaluation des risques professionnels a été consacrée comme un principe fondamental de prévention. L'accord national interprofessionnel (ANI) sur le harcèlement et la violence au travail du 26 mars 2010⁴⁰⁹ prévoit, à son article 4 relatif à la prévention, à l'identification, et plus particulièrement, en ce qui concerne la gestion des problèmes de harcèlement et de violences au travail, qu'« *une procédure appropriée peut-être mise en place*

⁴⁰⁷ Loi n° 91-1414 du 31 déc. 1991 *modifiant le code du travail et le code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail*, JO 7 janv. 1992, n° 5, p. 319.

⁴⁰⁸ Dir. 89/391/CEE du 12 juin 1989 *concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail*, JOUE 29 juin 1989, L 183, p. 1-8.

⁴⁰⁹ Cet ANI transpose l'accord-cadre européen du 15 décembre 2006 : www.dgdr.cnrd.fr ; Par ailleurs, il complète la démarche initiée par l'ANI sur le stress au travail signé le 24 novembre 2008 : <http://travail-emploi.gouv.fr>

pour identifier, comprendre et traiter les phénomènes de harcèlement et de violence au travail ». La médiation *extrajudiciaire* apparaît ainsi en droit du travail comme cette « *procédure appropriée* », un outil de traitement des risques psychosociaux⁴¹⁰. La mise en œuvre du processus peut consister à avoir recours à un service de médiation externalisé⁴¹¹ ou être organisée au sein même de l'entreprise : une médiation dite intra-entreprise, outil pouvant tantôt prévenir les risques psychosociaux, tantôt être curative de différends⁴¹².

203. L'exclusion de la médiation dans le cadre du harcèlement sexuel. Le recours à la médiation fût en premier temps possible, tant pour le harcèlement moral que pour le harcèlement sexuel, pour être ensuite uniquement réservé au harcèlement moral au travail⁴¹³. L'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007⁴¹⁴ modifiant la codification du Code de travail prévoit ainsi à l'article L.1152-6, le processus de médiation en matière de harcèlement moral⁴¹⁵. Par ailleurs, l'article L. 1152-1 du Code du travail définit le harcèlement moral en précisant qu'« *aucun salarié ne doit subir des agissements répétés de harcèlement qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale, ou de compromettre son avenir professionnel* ». L'Accord national interprofessionnel de 2010 a repris le contenu de l'actuel article L. 1152-6 du Code du travail, à l'exception de son aliéna 4. Ainsi l'alinéa premier du texte dispose qu'« *une procédure de médiation peut être mise en œuvre par toute personne de*

⁴¹⁰ D. Jourdan (dir), P.-H. Antonmattei, A. Derue et M. Morand, *Les risques psychosociaux : identifier, prévenir, traiter*, Lamy axe droit, 2010, V° Annexe n°2, p. 166. ; Ég. L. Neuer, « La médiation pour résoudre les conflits au travail », *Journal Le Point*, 12 juill. 2012.

⁴¹¹ P. ex., le Centre de Médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) développe activement la médiation intra-entreprise, de sorte qu'il est possible pour les entreprises, notamment PME et PMI, ne pouvant supporter en interne la création d'un service spécialement dédié à la médiation, de saisir le Centre afin de désigner un médiateur chargé de la mise en œuvre de la résolution amiable du différend.

⁴¹² P. ex., Mme M. Sepiéter, « Le service de Médiation de la SNCF », intervention dans le cadre du DESU Droit et pratique de la médiation et de la négociation en matière commerciale, économique et sociale, avr. 2014, Faculté de droit et de Science politique, Aix-Marseille Université.

⁴¹³ Voy. l'anc. art. L. 122-54 C. trav. dans sa rédaction initiale issue de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JO 18 janv. 2002, p. 1008 : « *Une procédure de médiation peut être engagée pout toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral ou sexuel [...]* » ; Ég. A. Mazeaud, « Harcèlement entre salariés : apport de la loi de modernisation », *Dr. Soc.* 2002, n° 3, p. 321 – Cette disposition a été modifiée par la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, JO 4 janv. 2003, p. 255 : « *Une procédure de médiation peut être envisagée par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral. Elle peut également être mise en œuvre par la personne mise en cause. Le choix du médiateur fait l'objet d'un accord entre les parties* ». Cette disposition sera finalement abrogée par l'ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007, JO n° 6, 13 mars 2007, p. 4740.

⁴¹⁴ Ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007, *préc.*

⁴¹⁵ Voy. l'art. L. 1152-6 C. trav. : « *Une procédure de médiation peut être mise en œuvre par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral ou par la personne mise en cause. Le choix du médiateur fait l'objet d'un accord entre les parties. Le médiateur s'informe de l'état des relations entre les parties. Il tente de les concilier et leur soumet des propositions qu'il consigne par écrit en vue de mettre fin au harcèlement. Lorsque la conciliation échoue, le médiateur informe les parties des éventuelles sanctions encourues et des garanties procédurales prévues en faveur de la victime* ».

l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral ou par la personne mise en cause », étant précisé, dans un alinéa second, que « *le choix du médiateur fait l'objet d'un accord entre les parties* ».

Le processus de médiation repose donc pour sa mise en œuvre sur une rencontre de volonté des parties, victime et auteur des faits. Par ailleurs, l'employeur est tenu, en concertation avec les salariés et/ou leurs représentants, de prendre les mesures nécessaires en vue de prévenir et gérer les agissements de harcèlement moral et de violence au travail. Face à un grief de harcèlement moral, le processus de médiation a pour objet l'identification, puis l'éventuelle qualification des agissements invoqués. Si les agissements allégués ne sont pas reconnus, aucun accord n'est susceptible d'être conclu⁴¹⁶.

b) Les objectifs de la médiation *extrajudiciaire* en matière de harcèlement moral

204. L'absence de définition légale de l'accord amiable. Lorsque les agissements de harcèlement moral sont allégués, l'alinéa 3 de l'article L. 1152-6 du Code du travail – unique disposition consacrée à la médiation en matière de harcèlement moral – précise que « *le médiateur s'informe de l'état des relations entre parties* ». Et plus particulièrement, la mission du médiateur est de tenter de concilier les parties en leur soumettant des propositions qu'il consigne par écrit en vue de mettre fin au harcèlement⁴¹⁷. En matière de médiation relative à un harcèlement moral, il s'avère donc que le médiateur agit comme un conciliateur disposant d'une force de proposition de solution. L'alinéa 4, bien que non repris par l'Accord national interprofessionnel de 2010, évoque d'ailleurs non pas le processus de médiation, mais celui de conciliation opérant ainsi une confusion entre les processus de conciliation et de médiation.

Quoiqu'il en soit, ce texte présente des carences relatives à la définition et à la qualification contractuelle de l'accord amiable conclu à l'issue de la médiation en matière de harcèlement moral.

205. Les positions doctrinales au regard de l'issue de la médiation *extrajudiciaire* en matière de harcèlement moral. Comme le relève un auteur, la question se pose de savoir

⁴¹⁶ Voy. l'art. L. 1152-6 al. 4 C. trav. : dans ce cas, « *le médiateur informe les parties des éventuelles sanctions encourues et des garanties procédurales prévues en faveur de la victime* ». Il revient alors au salarié s'estimant victime d'agissement de harcèlement de s'orienter le cas échéant vers une procédure pénale – sur citation directe ou plainte avec constitution de partie civile – ou vers une action prud'homale. Dans ce dernier cas, p. ex. Cass. soc. 15 mars 2000, n° 97-45.916, NP pour demander résiliation judiciaire du contrat de travail ou Cass. soc. 26 janv. 2005, n° 02-47.916, *Bull. civ.* V, n° 23 pour une prise d'acte de rupture imputée à l'employeur.

⁴¹⁷ L'al. 4 de l'art. L. 1152-6 C. trav. dispose au surplus que « *lorsque la conciliation échoue, le médiateur informe les parties des éventuelles sanctions encourues et des garanties procédurales prévues en faveur de la victime* ».

quel type d'accord résolutif du litige est envisageable à l'issue de la médiation prévue dans le cas d'agissements constitutifs d'un harcèlement moral, dans la mesure où les parties ont la possibilité de s'orienter, soit vers la continuation de la relation de travail, soit au contraire vers une cessation de celle-ci⁴¹⁸. Il conviendra de rechercher en conséquence, si la qualification contractuelle transactionnelle est applicable à l'accord amiable conclu dans le cadre de la continuation ou de la cessation du contrat de travail. Pareil accord amiable aurait pour objet de venir fixer une indemnisation réparatrice des dommages subis par la victime.

2) La médiation en matière d'exécution ou de résiliation du contrat d'apprentissage

206. Présentation. Le législateur a prévu le recours à la médiation *extrajudiciaire* en matière de contrat d'apprentissage **(a)** impliquant de rechercher les objectifs de ce processus **(b)**.

a) Le cadre légal et l'objet du processus de médiation

207. Le cadre légal de mise en œuvre du processus. Le législateur par loi n° 2005-882 du 2 août 2005 *en faveur des petites et moyennes entreprises*⁴¹⁹ a défini, de manière globale, les missions et compétences des chambres de commerce et d'industrie, lesquelles jouent un rôle majeur dans le développement des processus alternatifs de résolution des différends. Certaines d'entre elles ont, à cet égard, institué des Centres de médiation et d'arbitrage régies par des règlements intérieurs en vue de permettre le traitement des différends par des tiers missionnés formés et agréés en leur sein⁴²⁰.

De manière plus spécifique, et toujours au titre de la promulgation de cette loi, le législateur est venu modifier les dispositions de l'article L. 117-17 du Code du travail relatives à la résiliation du contrat d'apprentissage, en ajoutant un nouvel alinéa troisième disposant que « *dans les entreprises ressortissant des chambres consulaires, un médiateur désigné à cet effet*

⁴¹⁸ B. Pons, *Contrat de transaction, Solutions transactionnelles : Conciliation – Médiation – Procédure participative*, *op. cit.*, p. 998, n° 521.301, n° 521.302 et n° 521-303.

⁴¹⁹ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 *en faveur des petites et moyennes entreprises*, JO n° 0179, 3 août 2005, p. 12639, a consacré des « *dispositions relatives aux chambres de commerce et d'industrie* » et inséré de nouvelles dispositions au Code de commerce (art. L. 710-1, L. 711-1 à L. 711-12 et art. L. 712-1 à L.712-10 CCom.) relatives au « *réseau des chambres de commerce* », à « *l'organisation* » et aux « *missions* » de celui-ci, ainsi qu'à « *l'administration du réseau des chambres* ».

⁴²⁰ À l'instar du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) association créée au lendemain de l'adoption de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995 ayant institué les conciliation et médiation judiciaires, et rattaché à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris.

par les chambres consulaires peut être sollicité par les parties pour résoudre les litiges entre les employeurs et les salariés ou leur famille, au sujet de l'exécution ou de la résiliation du contrat d'apprentissage ». Cette disposition est devenue par suite l'article L. 6222-39 du Code du travail⁴²¹. Par ailleurs, en adoptant la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 *pour l'égalité des chances*⁴²², le législateur est venu ajouter un nouvel alinéa à l'ancien article L. 117-17, devenu depuis l'article L. 6222-21 du Code du travail, précisant que « *la rupture pendant les deux premiers mois d'apprentissage ne peut donner lieu à indemnité à moins d'une stipulation contraire dans le contrat* ».

208. L'objet du processus de résolution amiable : le traitement de litiges relatifs à un contrat en cours. Cette faculté de recourir à une médiation en dehors de toute procédure *judiciaire* semble pour la doctrine compréhensible, « en ce que les litiges relatifs à l'exécution ou à la résiliation d'un contrat d'apprentissage sont en général concomitants à l'existence de la relation contractuelle, à la différence de nombre de procédures prud'homales correspondant à un contentieux postérieur – issu d'une démission, d'un licenciement, d'une rupture anticipée – à la cessation de la relation de travail » et vise donc des litiges relatifs à un contrat en cours. En revanche, cette faculté est parue surprenante « en ce qu'elle se trouve admise à l'égard d'apprentis mineurs et alors que la licéité des clauses de conciliation dans le cadre des litiges individuels du travail a été fortement discutée »⁴²³.

b) Les objectifs de la médiation *extrajudiciaire* en matière de contrat d'apprentissage

209. Les enjeux de la qualification contractuelle de l'accord issu de cette médiation en matière de contrat d'apprentissage. La doctrine, à la lecture de l'article 6222-39 du Code du travail envisage deux possibilités relatives à la qualification contractuelle de l'accord issu de la médiation en matière de contrat d'apprentissage : soit celui-ci consiste en un accord simple de résiliation du contrat d'apprentissage, soit l'accord amiable peut être qualifié d'accord transactionnel de continuation du contrat ou de résiliation de ce dernier⁴²⁴. L'application de la qualification contractuelle transactionnelle dépend ainsi du maintien ou non du contrat initial d'apprentissage. Il conviendra, en conséquence, d'examiner le régime du contrat de transaction

⁴²¹ L'art. L. 117-17 du Code du travail a été abrogé par l'ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007, *préc.* et remplacé par l'article L. 6222-39 C. trav.

⁴²² Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 *pour l'égalité des chances*, JO 2 avr. 2006, p. 4950.

⁴²³ *Ibid.*, p. 992, n° 521.20 .

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 993 n° 521.251 s.

afin d'apprécier, au regard des effets qu'il génère, l'opportunité de ce choix de qualification contractuelle applicable à l'accord issu de la médiation consulaire et *extrajudiciaire*, en matière de différends nés du contrat d'apprentissage.

3) La conciliation en matière de litige relatif aux inventions du salarié

210. Distinction utile. La conciliation en matière d'inventions du salarié est un processus original se situant entre conciliation et arbitrage. Afin d'identifier l'accord amiable qui peut être issu de la tentative de conciliation **(a)**, nous revenons sur l'objet de ce processus de résolution amiable des différends singulier **(b)**.

a) L'objet de la tentative de conciliation en matière d'inventions du salarié

211. Un processus original à mi-chemin entre conciliation et arbitrage. Dans le cadre de son exercice professionnel, un salarié peut être l'auteur d'une invention. Dans ce cas, le « *droit au titre de propriété industrielle* »⁴²⁵ qui, en principe « *appartient à l'inventeur ou à son ayant-cause* »⁴²⁶, fait l'objet de dispositions spéciales⁴²⁷. Aux termes des dispositions de l'article L. 611-7 du Code de la propriété industrielle, ce droit « *à défaut de stipulation contractuelle plus favorable au salarié* »⁴²⁸ est défini par la loi en fonction des circonstances dans lesquelles l'invention a été faite, de sorte que deux situations doivent être distinguées⁴²⁹ correspondant – selon les qualifications doctrinales – aux inventions de mission et aux inventions hors mission⁴³⁰.

Dans tous les cas, le législateur a prévu à l'article L. 615-21 alinéa premier du Code de propriété industrielle que si « *l'une des parties le demande, toute contestation portant sur l'application de l'article L. 611-7 sera soumise à une commission paritaire de conciliation (employeurs, salariés), présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire dont la voix est prépondérante en cas de partage* », « *créée auprès de l'Institut national de la propriété*

⁴²⁵ Voy. l'art. L. 611-1 CPI.

⁴²⁶ Voy. l'art. L. 611-6 CPI.

⁴²⁷ Voy. l'art. L. 611-7 CPI.

⁴²⁸ Voy. l'art. L. 611-7 al. 1^{er} CPI.

⁴²⁹ Voy. l'art. L. 611-7, al. 1 et 2 CPI.

⁴³⁰ F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, « *Corpus* », Économica, 2010, n° 363 s. ; J. Schimdt-Szalewski et J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, Litec 2007, n° 556 s. ; Ég. L. Alran, « Les inventions du salarié », *Gaz. Pal.* 10-12 déc. 2006, doct. 5.

industrielle »⁴³¹. Cette Commission, dans « *les six mois de sa saisine* », formulera « *une proposition de conciliation* »⁴³². Ces dispositions instituent ainsi un processus original à mi-chemin entre conciliation et arbitrage.

b) L'objectif de la conciliation en matière d'inventions du salarié

212. Les précisions légales relatives à la formation de l'accord amiable. Le législateur, à l'alinéa second de l'article 615-21 du Code de la propriété industrielle, précise que cette proposition de conciliation « *vaut accord entre les parties, si, dans le mois de sa notification, l'une d'elles n'a pas saisi le tribunal de grande instance compétent statuant en chambre du conseil* ». Ainsi, le défaut de saisine du juge compétent du litige par l'une des parties vaut acceptation de la proposition de conciliation. La Commission de conciliation est alors mise en mesure de proposer une solution au différend émanant des parties. Cette force de proposition de solution du tiers missionné est caractéristique du processus de conciliation.

213. Les précisions légales relatives à l'homologation. Dans la mesure où les parties acceptent la proposition de solution de la Commission, le texte prévoit également que l'accord peut « *être rendu exécutoire par ordonnance du président du tribunal de grande instance saisi d'une simple requête par la partie la plus diligente* ». L'homologation de l'accord amiable dépend donc de la volonté des parties de voir attribuer la force exécutoire à l'accord amiable.

214. L'exigence légale d'un constat écrit de l'acte de conciliation. Concernant l'issue de la procédure devant la commission de conciliation, des dispositions réglementaires prévoient l'établissement d'un écrit. Ainsi, l'alinéa 4 de l'article R. 615-19 du Code de la propriété industrielle dispose qu'« *en cas de conciliation totale ou partielle, le procès-verbal mentionne le contenu de l'accord* » et qu'« *à défaut de conciliation totale, les points contestés sont consignés* ». L'établissement de la proposition de conciliation par la commission intervient en cas de non-comparution de l'une des parties ou à défaut de conciliation totale⁴³³. La doctrine fait observer que la commission – au titre de solutions au différend – « ne peut décider du classement d'une invention », mais « peut seulement proposer un classement, une affectation,

⁴³¹ Voy. les art. R. 615-6 à R. 615-31 CPI – Ég. G. Bonet, « La protection des inventions de salariés et son application par la commission paritaire de conciliation », in *Études dédiées à René Roblot*, LGDJ 1984, p. 115 s.

⁴³² Voy. l'art. 615-21 al. 2 CPI.

⁴³³ Voy. l'art. R. 615-20 CPI.

une rémunération supplémentaire ou un juste prix »⁴³⁴. La Commission de conciliation qui établit ce procès-verbal agit quelque peu comme le juge dressant un procès-verbal reprenant le contenu de l'accord des parties en matière de conciliation *judiciaire* de droit commun, de sorte que cette Commission paritaire de conciliation semble agir comme une juridiction de l'amiable, instituée néanmoins dans le cadre *extrajudiciaire*.

215. L'admission de la conclusion d'un accord amiable transactionnel hors processus de conciliation. Selon la doctrine, la possibilité pour les parties de conclure d'un accord amiable transactionnel directement entre les parties en dehors du processus de conciliation conduit devant la commission doit être admise⁴³⁵. Dans ce cas, par dérogation au régime de ce contrat spécial pour lequel l'écrit est admis *ad probationem*, la validité de la transaction sera subordonnée à la condition de l'établissement d'un écrit *ad validitatem*. En effet, l'article L. 611-7, 3 alinéa 3 du Code de la propriété industrielle dispose que « *tout accord entre le salarié et son employeur ayant pour objet une invention de salarié doit, à peine de nullité, être constaté par écrit* ».

Pour le cas où une transaction serait conclue dans le cours du délai d'un mois prévu à l'article L. 615-21 du Code de la propriété industrielle – suivant la « *proposition de conciliation* » émise par la commission paritaire de conciliation – il conviendrait donc que le tribunal de grande instance compétent soit saisi avant l'expiration de ce délai aux fins de constat de cet accord transactionnel. Cela se justifie par le souci d'éviter tout conflit entre cette transaction et la proposition de conciliation appelée à valoir accord entre les parties, à défaut de saisine de cette juridiction par l'une des parties dans ce délai légal imparti.

Un autre auteur se prononce sur l'opportunité de la conclusion d'un accord amiable transactionnel en faisant observer que la « question de la rémunération des salariés inventeurs n'apparaît souvent que plusieurs années après le départ de l'intéressé », et que le recours au contrat de transaction pour régler cette question se justifierait d'autant que la rémunération serait « appréciée de façons très diverses par les tribunaux »⁴³⁶. Au travers de ces positionnements doctrinaux, la qualification contractuelle transactionnelle semble naturellement s'appliquer à l'accord amiable résolutif des litiges relatifs aux inventions du salarié.

⁴³⁴ V. Cottureau et G. Bardon, « Créations de salariés », *J.-Cl. Brev.*, Fasc. 250, 1999, n° 131.

⁴³⁵ B. Pons, *Contrat de transaction, Solutions transactionnelles : Conciliation – Médiation – Procédure participative*, *op. cit.*, p. 1000, n° 521.331.

⁴³⁶ L. Flament, « La rémunération des inventions du salariés », *JCP S* 15/2006, p. 23 à 26, spéc. p. 26 s.

B. Les tentatives obligatoires de résolution amiable *extrajudiciaire* spéciale des différends

216. Une tentative de résolution amiable obligatoire préalable à une procédure judiciaire. Des tentatives de conciliation ou médiation *extrajudiciaires* visant la recherche de solutions consensuelles à un conflit individuel du travail, sont imposées par des dispositions réglementaires comme préalables à une procédure *judiciaire* en ce qui concerne deux catégories de salariés : les notaires (1) et les marins (2). Elles se déroulent devant un professionnel prédéterminé relevant du secteur d'activité concerné, venant réguler de manière amiable le traitement de ces différends, et ce en dehors du juge des prud'hommes.

1) En matière de différends relatifs au contrat de travail du notaire salarié

217. Particularités. En matière de différends relatifs au contrat de travail du notaire salarié, deux processus de résolution amiable des différends ont été institués. Il convient ainsi de les distinguer (a) afin d'identifier leur objectif respectif (b).

a) Les différentes tentatives obligatoires de résolution amiable

218. L'existence de deux processus de résolution amiable. La loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 *portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*⁴³⁷ dispose à son article 45 que le notaire « *peut exercer sa profession soit à titre individuel, soit dans le cadre d'une société civile professionnelle ou d'une société d'exercice libéral, soit en qualité de salarié d'une personne physique ou morale titulaire d'un office notarial* »⁴³⁸. Cette loi annonçait qu'un décret en conseil d'État fixerait « *les modalités d'application* » de cet article, et « *notamment les règles applicables au règlement des litiges nés à l'occasion de l'exécution d'un contrat de travail après médiation du président de la chambre des notaires, celles relatives au licenciement du notaire salarié et, dans ce cas, les conditions dans lesquelles il peut mettre fin aux fonctions d'officier public du notaire salarié* »⁴³⁹.

⁴³⁷ Loi n° 90-1259 du 31 déc. 1990 *portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*, JO 5 janv. 1991, n° 0004, p. 219.

⁴³⁸ Ord. n° 45-2590 du 2 nov. 1945 *relative au statut du notariat*, JO 3 nov. 1945, p. 7160, mod. l'art. 1^{er} bis.

⁴³⁹ Ord. n° 45-2590 du 2 nov. 1945 *préc.*, art. 1^{er} ter., al. 3.

Par la suite, le décret n° 93-82 du 15 janvier 1993 *relatif aux notaires salariés*⁴⁴⁰ a créé une concurrence entre deux processus de résolution amiable. Un chapitre IV du décret visant les « litiges nés à l'occasion de l'exécution d'un contrat de travail » composé des articles 14 à 16 prévoit ainsi que « le président de la chambre des notaires dans le ressort de laquelle se situe l'office dans lequel le salarié est nommé est saisi en qualité de médiateur de tout litige né à l'occasion de l'exécution du contrat de travail [...] »⁴⁴¹. Alors que, dans le cadre de son chapitre V relatif à la *cessation des fonctions de notaire salarié en cas de rupture du contrat de travail*, les articles 19 et 21 que pour « tout licenciement envisagé par le titulaire de l'office d'un notaire salarié est soumis à l'avis d'une commission instituée par le garde des sceaux, ministre de la justice [...] »⁴⁴².

En conséquence, les processus de résolution amiable varient selon que le différend porte sur l'exécution du contrat de travail du notaire ou sur la rupture de celui-ci lorsque le licenciement est envisagé.

219. Une concurrence de processus de résolution amiable des différends. Ce décret a donc institué de manière juxtaposée, par des dispositions impératives, une procédure de tentative obligatoire de médiation menée par le président de la chambre des notaires pour ce qui concerne les litiges nés « à l'occasion de l'exécution » d'un contrat de travail, et une procédure d'avis d'une commission devant être observée par l'employeur obligatoirement et préalablement à tout licenciement.

Dès lors, la question se pose de savoir si ces dispositions doivent être comprises de manière large comme soumettant à la procédure de médiation, tous les litiges susceptibles de dériver de l'existence d'un contrat de travail de notaire salarié. Ou bien, faut-il de manière

⁴⁴⁰ Décr. n° 93-82, 15 janv. 1993 *relatif aux notaires salariés*, JO 22 janv., p. 111

⁴⁴¹ Art. 14 du décr. n° 93-82 du 15 janv. 1993, *préc.*, mod. par le décr. n° 2017-895 du 6 mai 2017 *relatif aux notaires, aux commissaires-priseurs judiciaires et aux huissiers de justice*, JO n° 0109 du 10 mai 2017, pris dans le prolongement de la mise en œuvre de la loi n° 2015-990 du 5 août 2016 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, dite Loi « Macron », JO 6 août 2016, en ce qui concerne l'exercice des professions réglementées – En comparaison, la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 *portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*, JO 5 janv. 1972, p. 131, modifiée par la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 *relative à l'aide juridique*, JO 13 juill. 1991, n° 0162, p. 9170, avait également posé en son article 6 que l'avocat « peut exercer sa profession [...] en qualité de salarié ou de collaborateur non salarié d'un avocat ou d'une association ou société d'avocats », tout en précisant dans sa version modifiée que les litiges « nés à l'occasion du contrat de travail » seraient « soumis à l'arbitrage du bâtonnier, à charge d'appel devant la cour d'appel siégeant en chambre du conseil ».

⁴⁴² Ces articles du décr. n° 93-82 du 15 janv. 1993, *préc.* ont été modifiés par une série de décrets récents impactant l'exercice des professions réglementées : l'art. 19 par le décr. n° 2011-1173 du 23 sept. 2011 *portant diverses dispositions relatives à certaines professions judiciaires et juridiques réglementées*, JO 25 sept. 2011 n° 0223 p. 16074, l'art. 20 par le décr. n° 2017-895 du 6 mai 2017 *relatif aux notaires, aux commissaires-priseurs judiciaires et aux huissiers de justice*, JO n° 0109 du 10 mai 2017 et l'art. 21 par le décr. n° 2016-661 du 20 mai 2016 *relatif aux officiers publics et ministériels*, JO n° 0120 du 25 mai 2016.

restrictive, considérer que ces dispositions ne concernent que les litiges susceptibles de se rattacher à « l'exécution », strictement entendue du contrat de travail, à l'exclusion de la résiliation de celui-ci et spécialement par voie de licenciement⁴⁴³. La chambre sociale de la Cour de cassation, par un arrêt du 25 juin 2003, a retenu une interprétation restrictive de ces dispositions. Les Hauts magistrats sont venus écarter l'application de la procédure de médiation devant le président de la chambre des notaires au regard d'un litige consécutif à une procédure de licenciement engagée à l'encontre d'un notaire salarié, bien que celle-ci n'ait pas été conduite à son terme⁴⁴⁴.

Ainsi, en excluant l'application de la procédure de médiation – ou tout du moins l'obligation de recourir à celle-ci – pour un litige touchant à la cessation du contrat de travail du notaire salarié, la chambre sociale de la Cour de cassation a conféré un champ d'application réduit à la tentative obligatoire de médiation menée par le président de la chambre des notaires.

220. L'objet du recours obligatoire à une commission préalable au licenciement du notaire salarié. Le licenciement du notaire salarié apparaît dérogatoire au droit commun du travail. L'article 22 du décret de 1993 organise le licenciement du notaire salarié lorsque l'employeur persiste dans son intention et, en particulier, en cas de faute grave. L'article 19 du décret prévoit, à titre préalable, que « *tout licenciement envisagé par le titulaire de l'office d'un notaire salarié est soumis à l'avis d'une commission instituée par le garde des sceaux, ministre de la Justice, dans le ressort d'une ou de plusieurs cours d'appel [...]* ». Le législateur qui énonce, dans cette même disposition, la composition de cette commission⁴⁴⁵, n'est pas venu préciser s'il s'agit d'une commission « de conciliation » ou « de médiation ». La lecture du dernier alinéa de l'article 20 et de l'article 21 permet toutefois de comprendre davantage le processus suivi devant cette commission. Il est ainsi précisé que « *les parties comparaissent en personne devant la commission* » et qu'« *elles peuvent se faire assistées d'un conseil* »⁴⁴⁶. Mais plus encore, l'article 21 précise encore qu'« *après avoir entendu contradictoirement les parties et le président de la chambre des notaires, et provoqué toutes les explications ou*

⁴⁴³ F. Taquet, « Quelques réflexions sur les dispositions relatives au licenciement de l'avocat et du notaires salariés », *JCP E* 1993, I, 26, n° 4 : les dispositions ainsi adoptées ont été présentées comme ayant « créé sciemment pour les notaires salariés une dissociation entre les deux hypothèses : d'un côté, les litiges relatifs à l'exécution du contrat du notaire salarié, soumis à la médiation du président de la chambre des notaires, et de l'autre, la rupture du contrat de travail qui ne peut être envisagée qu'après une mesure de conciliation devant une commission », ce dont il semblait devoir être déduit que la procédure de médiation ne serait pas applicable en cas de contestation d'un licenciement.

⁴⁴⁴ Cass. soc. 25 juin 2003, n° 01-41.789, NP.

⁴⁴⁵ La commission, dont les membres sont nommés pour quatre ans, est composée d'un président magistrat, de deux notaires titulaires d'office ou associés et deux notaires salariés, ainsi que pour chacun d'eux, leur suppléant.

⁴⁴⁶ Voy. l'art. 20 dernier alinéa du décr. n° 93-82, 15 janv. 1993, *préc.*

communication de documents utiles, la commission rend un avis motivé ». Plus qu'une médiation ou qu'une conciliation, ce processus se rapproche davantage d'une sorte de *mini trial*⁴⁴⁷ et il conviendra de s'interroger sur la portée de l'avis ainsi émis et motivé par cette « commission » non qualifiée de médiation ou de conciliation.

b) Les objectifs des différentes tentatives obligatoires de résolution amiable

221. Distinction. En raison de la concurrence de processus de résolution amiable en ce qui concerne les différends relatifs au contrat de travail du notaire salarié, l'objectif de la tentative obligatoire de médiation par le président de la chambre des notaires **(I)** varie de celui de la saisine obligatoire de la commission préalable au licenciement **(II)**.

I. L'accord amiable : objectif contractualisé de la tentative obligatoire de médiation menée par le président de la chambre des notaires

222. Des indications relatives à la formation de l'accord amiable. À l'issue de la médiation menée par le président de la chambre des notaires, les solutions négociées et trouvées en ce qui concerne le différend né à l'occasion de l'exécution du contrat de travail du notaire salarié sont cristallisées par un accord conclu entre le notaire salarié et son employeur.

Une lecture attentive de l'article 16 du décret de 1993 apporte quelques indications relatives à la formation et à la forme de l'accord, ainsi qu'au devenir de la proposition de solution en cas d'échec du processus de « médiation ».

Cette disposition réglementaire dispose ainsi que « *le président de la chambre ou son suppléant, après avoir entendu les intéressés et recueilli toutes informations utiles, propose, si les parties n'ont pu se rapprocher, une solution au litige* ». Nous attirons ici l'attention sur le fait que le président de la chambre des notaires en proposant une solution aux parties – dans le cadre de cette « médiation » – officie davantage comme un conciliateur. Le législateur n'apporte, en outre, aucune précision quant à l'acceptation par les parties de cette « proposition de solution », laissant en suspens la question de la formation parfaite de l'accord.

⁴⁴⁷ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 2^{ème} éd., 2013, p.463, n° 118 – Ég. M.-D. Douaoui, « Les garanties processuelles fondamentales des parties dans le *mini trial* », *RDAl* n° 5, 2000, p. 599-637 : en dépit de son nom, il ne s'agit pas d'une sorte de procès abrégé mais d'une sorte de conciliation empruntant la forme d'un procès simulé, purement interne aux entreprises en conflit, au cours duquel interviennent les conseils des parties, qui plaident entre eux, et les parties elles-mêmes, à travers leurs dirigeants qui s'accordent sur la solution à adopter, en connaissance de cause, la cause ayant été débattue comme elle l'aurait été devant un juge.

223. Les indications relatives à la forme de l'accord amiable. Concernant la forme de l'accord, il est précisé que l'accord peut être total ou partiel mais, dans tous les cas, constaté par écrit, signé par les intéressés et le président ou son suppléant⁴⁴⁸.

Concernant l'hypothèse d'échec de cette médiation s'apparentant à une conciliation, l'alinéa 3 de l'article 16 du décret de 1993 dispose que « *si aucun accord n'est intervenu, ou en cas d'accord partiel, le président ou son suppléant dresse un procès-verbal mentionnant la solution qu'il propose et les points demeurant en litige* », étant précisé au surplus qu' « *il en donne copie à chacune des parties* ». Le président de la chambre des notaires investi de ce pouvoir de proposition de solution semble ainsi agir comme un juge de l'amiable.

Par ailleurs, rappelant l'exigence nouvellement posée à l'article 127 du Code de procédure civile par le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 dans le cadre du droit commun procédural des conciliation et médiation *judiciaires*, le dernier alinéa de l'article 16 du décret précise que « *le conseil de prud'hommes ne peut être saisi, à peine d'irrecevabilité, que si le demandeur justifie de la tentative de médiation préalable par une remise d'une copie du procès-verbal au troisième aliéna* ». Ainsi, en cas d'échec du processus, la solution proposée aux parties par le président de la chambre des notaires et constatée dans un procès-verbal dont une copie est remise à chacune des parties, est remise par le demandeur au juge des prud'hommes qu'il saisit du litige. Ce dernier est donc en mesure de prendre connaissance de cette offre de solution faite aux parties et d'apprécier, en conséquence la portée du refus des parties, ou de l'une d'elle, d'y consentir.

En outre, dans la mesure où cette tentative obligatoire de médiation *extrajudiciaire* en matière d'exécution du contrat de travail du notaire salarié échoue et que le conseil des prud'hommes est saisi, la question se pose de savoir si la tentative, par principe obligatoire, de conciliation *judiciaire* devant le bureau de conciliation et d'orientation du conseil des prud'hommes doit être menée, au risque d'être redondante.

224. L'absence de précision légale concernant le régime contractuel applicable à l'accord amiable. Le décret relatif aux notaires salariés ne précise aucune qualification contractuelle à l'accord issu du processus de médiation menée devant le président de la chambre pour le règlement d'un litige né de l'exécution du contrat de travail du notaire salarié. Au surplus, le décret ne comporte aucune disposition relative aux modalités procédurales selon

⁴⁴⁸ Voy. l'art.16 al. 2 du décr. n° 93-82, 15 janv. 1993, *préc.* précisant au surplus que « *l'original est conservé par le président ; une copie [étant] remise à chacune des parties* ».

lesquelles un accord amiable conclu devant le médiateur pourrait se voir conférer force exécutoire. En conséquence, il convient d'avoir recours au droit commun de la conciliation *extrajudiciaire* qui permet qu'un tel accord soit soumis « à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée », en application de l'article 1565 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile et à la possibilité reconnue par la doctrine d'opter, soit pour une application de droit commun des contrats, soit de conférer la qualification transactionnelle à l'accord amiable, pratique répandue en droit du travail.

II. *L'avis : objectif de la saisine de la commission obligatoire et préalable au licenciement du notaire salarié*

225. L'objectif du recours obligatoire de la commission de conciliation préalable au licenciement. Concernant les exigences de forme, l'avis de la commission est non seulement motivé, mais également écrit, puisque « une copie de cet avis est adressée, dans les quinze jours, à chacune d'entre elles, ainsi qu'au président de la chambre, au garde des sceaux, ministre de la Justice, et au Procureur général ». La Commission rend donc obligatoirement un avis sur le licenciement du notaire salarié avant tout licenciement.

226. En définitive, ce processus préalable et obligatoire de saisine d'une commission spécifique à cette profession réglementée, pour avis en matière de licenciement d'un notaire salarié, se substitue à la tentative de conciliation obligatoire en matière prud'homale de droit commun. La comparution des parties devant la commission de conciliation et l'avis motivé qu'elle rend, sont de nature à favoriser un rapprochement des parties. Indirectement, l'office de la commission permet une forme de « conciliation » des parties entendue au sens large, c'est-à-dire un rapprochement des parties et la vérification de la cause réelle et sérieuse justifiant le licenciement.

2) La tentative obligatoire de conciliation des litiges relatifs au contrat de travail du marin

227. Distinction utile. Le droit du travail maritime se singularise par des règles qui lui sont propres, dont l'autonomie est reconnue⁴⁴⁹. Ce particularisme se manifeste dans le cadre de

⁴⁴⁹ P. Bonassies et C. Scapel, *Droit maritime*, LGDJ, 2016, n° 299 s. ; Ég. P. Chaumette, « Droit social des gens de mer », in J.-P. Beurrier (dir.), *Droit maritime*, 2^{ème} éd., Dalloz action, 2008, n° 411.00 s.

la régulation des différends nés dans le cadre du contrat de travail du marin, pour lesquels le législateur a institué un processus de résolution amiable des différends **(a)** dont il convient de l'objectif **(b)**.

a) Le cadre légal

228. Une tentative préalable et obligatoire. L'article L. 5542-48 alinéa premier du Code des transports, tel que modifié par la loi n° 2016-816 du 20 juin 2016 *pour l'économie bleue*⁴⁵⁰ dispose que « *tout différend qui peut s'élever à l'occasion de la formation, de l'exécution ou de la rupture d'un contrat de travail entre l'employeur et le marin est porté devant le juge judiciaire* », et ajoute, « *sauf en ce qui concerne le capitaine, cette instance est précédée d'une tentative de conciliation devant l'autorité compétente de l'État* ». Le texte est particulièrement flou, notamment en ce qui concerne l'autorité de l'État compétente afin de procéder à cette conciliation. Cette loi récente n'a pas apporté de clarification sur le point de savoir si cette compétence revient au bureau de conciliation de la juridiction prud'homale ou à l'administration maritime⁴⁵¹. Néanmoins, le texte impose une tentative de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge judiciaire afin de favoriser un traitement amiable des différends nés à l'occasion de l'exécution, mais également de la formation ou encore de la rupture du contrat de travail du marin, à l'exclusion du capitaine.

229. Une régulation des litiges relatifs à la rupture du contrat de travail. En ce qui concerne la conciliation mise en œuvre entre un marin et son employeur, l'article L. 5542-48 du Code des transports, précise dans son alinéa second que, « *lors de la conciliation, lorsque le litige porte sur la rupture du contrat, l'employeur et le marin peuvent convenir, ou l'autorité compétente de l'État proposer, d'y mettre un terme par un accord* » et d'ajouter que « *cet accord prévoit le versement par l'employeur au marin d'une indemnité forfaitaire [...]* ». Cet accord consiste donc en un accord amiable indemnitaire.

Si cette disposition précise un peu plus le contenu de l'accord, il ne vise toutefois pas les différends relatifs à l'exécution du contrat de travail. L'accord semble ne pouvoir être conclu que dans le cadre d'un licenciement. La tentative de conciliation serait – excepté pour le capitaine – obligatoire et préalable au licenciement du marin. Dès lors, dans la mesure où

⁴⁵⁰ Loi n° 2016-816 du 20 juin 2016 *pour l'économie bleue*, JO 21 juin 2016, n° 0143.

⁴⁵¹ Sur ce débat, B. Pons, *Contrat de transaction, Solutions transactionnelles : Conciliation – Médiation – Procédure participative*, op. cit., p. 982, n° 521.25.

l'alinéa premier de l'article L. 5542-48 prévoit la compétence du juge judiciaire pour « *tout différend qui peut s'élever à l'occasion de la formation, de l'exécution ou de la rupture d'un contrat de travail entre l'employeur et le marin* », cette procédure de conciliation a vocation à remplacer la tentative de conciliation préalable et obligatoire devant le bureau de conciliation et d'orientation du conseil des prud'hommes.

b) L'objectif de la tentative obligatoire de conciliation

230. L'opacité du texte au regard de l'accord résolutif du différend. Nous en dressons encore le constat. Le législateur demeure silencieux en ce qui concerne une éventuelle définition ou qualification contractuelle de l'accord issu du processus de règlement amiable. L'article L. 5542-48 alinéa second du Code des transports n'évoque que « *l'accord* », sans que n'apparaissent spécifiquement une qualification transactionnelle, des exigences de forme ou une éventuelle homologation permettant d'attribuer une force exécutoire à l'acte.

231. Un accord amiable indemnitaire. Tout au plus sommes-nous informés sur le contenu potentiel de cet accord, étant précisé qu'il « *prévoit le versement par l'employeur au marin d'une indemnité forfaitaire, dans les conditions et selon le barème prévu aux deux premiers aliéas de l'article L. 1235-1 du Code du travail* »⁴⁵². Cette disposition n'est pas sans rappeler les termes de l'article L. 1235-1 du Code du travail modifié par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 *relative à la sécurisation de l'emploi* ayant instauré une indemnisation forfaitaire par accord au terme de la conciliation préalable et obligatoire devant le conseil de prud'hommes, pour les litiges portant sur les licenciements⁴⁵³ et encore, très récemment modifié par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 *relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail*⁴⁵⁴.

232. En conclusion, nous constatons que dans le domaine du droit du travail, pourtant fortement marqué par un ordre public de protection du salarié, des processus *spéciaux*, non plus *judiciaires*, mais *extrajudiciaires* se sont développés pour des catégories particulières de salariés. En conséquence, il semble indispensable d'aligner le régime de l'accord amiable

⁴⁵² Notons, que l'al. 3 de l'art. L. 5542-48 C. transp., afin de garantir le droit au recours au juge, prévoit une suspension de la prescription à compter de la réception de la demande aux fins de tentative de conciliation.

⁴⁵³ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 *relative à la sécurisation de l'emploi, préc.*

⁴⁵⁴ Ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 *relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail*, JO 23 sept. 2017, n° 0223.

pouvant être conclu entre ces salariés particuliers – notaire, marin – et leur employeur, sur le régime de l'accord amiable issu de processus – conciliation, médiation – en droit du travail dans le cadre *judiciaire*. Face au silence du législateur, nous retenons que l'accord amiable peut simplement consister en un acte sous signature privée uniquement soumis au droit commun des contrats ou être qualifié, par les parties et rédacteurs d'actes, de contrat de transaction soumis au régime spécialement prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil.

Par ailleurs, à travers l'examen de ces processus spéciaux *extrajudiciaires* de résolution amiable des différends, consistant en des conciliations, la formation de l'accord amiable implique une proposition de solution du conciliateur prenant la forme d'un avis dont la valeur juridique se pose.

Enfin, nous constatons que l'accord amiable apparaît en droit du travail comme un accord amiable indemnitaire de nature à être impacté pas le plafonnement des indemnités de licenciement tel qu'institué par le gouvernement dans le cadre de la réforme du droit du travail.

§3. L'accord amiable : objectif de la nouvelle médiation *extrajudiciaire* des litiges de la consommation

233. La faveur européenne au développement du règlement *extrajudiciaire* des différends. La transposition en droit interne de la directive 2013/11/CE⁴⁵⁵ adoptée le 21 mai 2013 par le Parlement et le Conseil européens⁴⁵⁶ et visant le *Règlement Extrajudiciaire des Litiges* (REL) dans un domaine spécifique – le droit de la consommation – marque des avancées majeures de nature à impacter tant le droit commun que les droits spéciaux de la résolution amiable des différends.

Près de 40 ans après l'édiction du Code de procédure civile contemporain, l'édition 2018 du Code de procédure civile est totalement rénovée. Elle fait apparaître au sein de son Livre cinquième relatif à « *la résolution amiable des différends* » instituant un droit commun procédural de la résolution amiable *extrajudiciaire* des différends, un encadré relatif à la

⁴⁵⁵ Dir. 2013/11/CE du 21 mai 2013 *relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation*, JOUE du 18 juin 2013, L 165, p. 63, modif. le règl. (CE) n° 2006/2004 et la dir. n° 2009/22/CE – Voy. ég. Rapport et recommandations du président E. Constans, Médiateur des ministères économiques et financiers, Groupe de travail relatif à la médiation et au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, mai 2014. La directive annonçait clairement son champ d'application à son article 2 visant « *les procédures de règlement extrajudiciaire des litiges nationaux et transfrontaliers concernant les obligations contractuelles découlant de contrats de vente ou de service conclu entre un professionnel établi dans l'Union et un consommateur résidant dans l'Union, qui font intervenir une entité de REL, laquelle propose ou impose une solution ou réunit les parties en vue de faciliter la recherche d'une solution amiable* ».

⁴⁵⁶ Opérée par l'ord. n° 2015-1033 du 20 août 2015, JO 21 août 2015, n° 0192, et son décret d'application n° 2015-1382 du 30 octobre 2015, JO 31 oct. 2015, n° 0253.

médiation des litiges de la consommation regroupant les dispositions de l'ancien Titre V du Code de la consommation institué par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015⁴⁵⁷, ainsi que les dispositions réorganisées par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016⁴⁵⁸ faisant apparaître, dorénavant, la médiation *extrajudiciaire* des litiges de la consommation au sein du Livre VI du Code de la consommation relatif au « *règlement des litiges* ».

Le législateur français a en effet choisi de traiter le *règlement extrajudiciaire des litiges* (REL) appliqué au droit interne de la consommation à travers un mode de résolution amiable unique : la « médiation »⁴⁵⁹. En premier temps et en adoptant l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 *relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation*⁴⁶⁰, le législateur a consacré un nouveau titre V consacré à la *médiation des litiges de la consommation*, au sein du Livre I^{er} du Code de la consommation⁴⁶¹. Néanmoins, les règles de la médiation des litiges de la consommation, ainsi consacrée, ont connu un bouleversement dans le cadre de la recodification à droit constant ayant permis une clarification du Code de la consommation. Cette recodification a été opérée par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016⁴⁶². Désormais, la médiation des litiges de la consommation fait l'objet du Titre Ier « *Médiation* »⁴⁶³ du Livre VI^{ème} du Code de la consommation consacré au « *Règlement des litiges* ».

⁴⁵⁷ Ord. n° 2015-1033 du 20 août 2015, *préc.*

⁴⁵⁸ Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 *relative à la partie législative du code de la consommation*, JO 16 mars 2016, n° 0064, n° 29.

⁴⁵⁹ S. Bernheim-Desvaux, « La transposition de la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extra-judiciaire des litiges de consommation (RELC) par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 », *CCC* 2015, Étude 11 ; M. Dary et H. Leung, « Médiation de la consommation : contrainte ou opportunité pour les professionnels ? », *RLDA* 2016, étude, 112 ; A. Allamélou, « Transposition de la directive 2013/11/CE : quand médiation rime avec consommation », *D. actualités*, 29 juill. 2016

⁴⁶⁰ Ord. n° 2015-1033 du 20 août 2015, *préc.*

⁴⁶¹ Alors relatif à *l'information des consommateurs et [à la] formation des contrats* ; C. Poli, « Médiation des litiges de la consommation : vers l'affirmation d'un droit au recours à la résolution amiable des différends », Étude de la transposition de la directive 2013/11/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation, *REDC* 2015/2 p. 329 s.

⁴⁶² Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 *relative à la partie législative du code de la consommation*, *préc.*, entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2016. Un mois à peine après la publication de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* – et alors que la publication d'une ordonnance portant réforme du droit de la responsabilité civile est annoncée – c'est au tour de la partie législative du Code de la consommation d'être réformée (une nouvelle fois) par voie d'ordonnance. La loi du 17 mars 2014, dite loi Hamon, avait en effet autorisé le Gouvernement à procéder par Ordonnance à une recodification de la partie législative du code de la consommation afin d'en aménager le plan, de l'adapter aux évolutions législatives intervenues depuis sa publication, notamment au regard des transpositions successives de directives européennes, et enfin, pour y inclure des dispositions non codifiées entrant dans son champ d'application ; Voy. ég. H. Claret et G. Paisant, « La nouvelle codification administrative du droit de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *JCP G* 2016, doct. 796.

⁴⁶³ Ce dernier est divisé en six chapitres relatifs aux définitions et champ d'application de la médiation des litiges de la consommation (art. L. 611-1 à L. 611-4 C. Consumm.), au processus (art. L. 612-1 à L. 612-5 C. Consumm.), au statut du médiateur de la consommation (art. L. 613-1 à L. 613-3 C. Consumm.), aux obligations de communication de ce dernier (art. L. 614-1 à L. 614-5 C. Consumm.), à la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (art. L. 615-1 à L. 615-4 C. Consumm.) et enfin, à l'information et l'assistance du consommateur (art. L. 616-1 à L. 616-3 C. Consumm.).

Dès lors, cette transposition est venue consacrer un droit spécial de la médiation *extrajudiciaire* pour le traitement des litiges de la consommation (A), tout en procédant à l'absorption de certaines médiations *extrajudiciaires* spéciales déjà existantes, en droit français, pour des litiges liant un consommateur à un professionnel (B). Par ailleurs, et bien que la médiation des litiges de la consommation ait un caractère *extrajudiciaire*, il convient d'examiner l'existence d'une médiation *judiciaire* de groupe, tout à fait spéciale en matière de droit de la consommation, instituée par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014⁴⁶⁴, dite « *loi Hamon* » (C). Cet examen appelle à identifier les objectifs de ces processus : l'accord résolutif du différend en matière de droit de la consommation (D).

A. La création d'un droit commun spécial de la médiation de la consommation

234. L'objet de la médiation des litiges de la consommation. La médiation vise à mettre en œuvre en matière de droit de la consommation, une tentative de traitement *extrajudiciaire* de différends de nature contractuelle entre un consommateur et un professionnel, enfermée dans un délai de trois mois à compter de la saisine du tiers missionné⁴⁶⁵. L'article L. 611-1 du Code de la consommation⁴⁶⁶ – consacré aux définitions nécessaires à la compréhension du Titre Ier du nouveau Livre VIème du Code – distingue d'une part, le litige national du litige transfrontalier, et, d'autre part, dans le cadre de leurs définitions, définit le litige de la consommation comme « *un litige de nature contractuelle entre un consommateur et un professionnel portant sur l'exécution d'un contrat de vente ou de fourniture de services* ». La médiation des litiges de la consommation est, quant à elle définie comme « *un processus de médiation conventionnelle, tel que défini à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et de la procédure civile, pénale et administrative ou un autre processus de médiation conventionnelle prévu par la loi* ». La médiation des litiges de la consommation est donc définie par renvoi à la loi n° 95-125 du 8 février 1995, fondatrice d'un droit au recours à la résolution amiable des différends.

⁴⁶⁴ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 *relative à la consommation*, dite Loi « Hamon », JO 18 mars 2014, n° 0065, p. 5400.

⁴⁶⁵ Voy. l'art. R. 152-5 C. consomm. : le délai peut être prorogé d'un mois ; Ég. voy. l'art. 9 « *Équité* » et considérant (40) de la dir. n° 2013/11/CE du 21 mai 2013, *préc.* concernant le souci d'efficacité du législateur européen et l'article 7 de la directive, quant à lui relatif à la « transparence », précise également que les états membres doivent veiller à ce que les entités de REL – en l'occurrence, le médiateur de la consommation en France – informent le public sur la durée moyenne de la procédure de REL.

⁴⁶⁶ Voy. l'anc. art. L. 152-1 C. Consumm. consacré aux définitions nécessaires à la compréhension de l'anc. Titre V. Par ailleurs, l'article L. 611-2 précise que « *la médiation de la consommation s'applique à un litige national ou transfrontalier entre un consommateur et un professionnel* » et qu' « *elle est régie par les dispositions du présent titre ainsi que, dans la mesure où elles ne leur sont pas contraires, par celles du chapitre Ier* ».

Le législateur a ensuite procédé à une délimitation du champ d'application de la médiation de la consommation. L'article L. 611-3 du Code⁴⁶⁷ exclut ainsi un certain nombre de litiges de la consommation, au titre desquels les litiges entre professionnels, mais également les litiges faisant déjà l'objet de processus, tels que les réclamations portées par le consommateur auprès du service clientèle du professionnel, les négociations directes entre le consommateur et le professionnel, les tentatives de conciliation ou de médiation judiciaires pour le même litige, ou encore les procédures introduites par un professionnel contre un consommateur⁴⁶⁸.

235. Un recours amiable à l'initiative exclusive du consommateur. Le recours à la médiation, en matière de litige de la consommation diffère du droit commun procédural de la médiation en ce qu'il est ouvert au consommateur qui en a seul l'initiative, à l'exclusion donc du professionnel. L'alinéa premier de l'article L. 612-1 du Code de la consommation précise ainsi, au titre du processus, que « *tout consommateur a le droit de recourir gratuitement à un médiateur de la consommation en vue de la résolution amiable du litige qui l'oppose à un professionnel* »⁴⁶⁹. En amont de la mise en œuvre du processus de médiation, le consommateur doit ainsi réclamer par écrit, et selon les modalités prévues au contrat, le règlement du litige au professionnel. Il s'agit donc d'une phase préalable obligatoire de négociation directe de la solution du litige⁴⁷⁰. Ce n'est que dans la mesure où le litige n'est pas réglé par cette voie que le consommateur peut opter, dans un délai d'un an à compter de sa réclamation auprès du professionnel⁴⁷¹, pour la voie de la médiation spéciale de la consommation, comme il peut opter pour le règlement judiciaire, l'une étant exclusive de l'autre. La demande du consommateur aux fins de recours à la médiation ne devant pas au surplus être infondée ou abusive⁴⁷².

236. La confirmation de l'émergence d'un droit au recours effectif à la résolution amiable des différends. Dans le prolongement de la reconnaissance d'un droit pour le consommateur au recours gratuit à la médiation de la consommation, il est encore ajouté à

⁴⁶⁷ À l'instar de l'anc. art. L. 151-3 du C. consom.

⁴⁶⁸ Voy. l'art. L. 611-4, anc. L. 151-4 C. consom. définit également négativement les litiges de la consommation. Ainsi, ne sont pas considérés comme des litiges de consommation, les litiges concernant les services d'intérêt général non économiques, les services de santé fournis par des professionnels de la santé aux patients ou encore les différends relatifs aux prestataires publics de l'enseignement supérieur.

⁴⁶⁹ Voy. l'anc. art. L. 152-1 al.1^{er} C. Consomm.

⁴⁷⁰ Voy. l'art. L. 612-2 C. Consomm., anc. art. L. 152-2 a) C. consom. : « *Un litige ne peut être examiné par le médiateur de la consommation lorsque 1° Le consommateur ne justifie pas avoir tenté, au préalable, de résoudre son litige directement auprès du professionnel par une réclamation écrite selon les modalités prévues, le cas échéant, dans le contrat [...]* ».

⁴⁷¹ Voy. l'art. L. 612-2 4° C. consom., anc. art. L. 152-2 d) C. consom. préc.

⁴⁷² Selon l'article 5 4. b) de la dir. n° 2013/11/CE du 21 mai 2013, préc., le litige ne doit pas être « *fantaisiste* » ou « *vexatoire* ».

l'alinéa premier de l'article L. 612-1 du Code de la consommation qu'« à cet effet, le professionnel garantit au consommateur le recours effectif à un dispositif de médiation de la consommation »⁴⁷³. Le souci du législateur est donc de garantir au consommateur l'accès au recours à ce mode de résolution amiable spécifique, en faisant peser un certain nombre d'obligations d'information à la charge du professionnel⁴⁷⁴, mais également du médiateur⁴⁷⁵ et de la commission nationale d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (CECM)⁴⁷⁶.

Cette reconnaissance d'un droit au recours effectif à la résolution amiable, certes cantonné au droit de la consommation, ne manque pas de rappeler le droit fondamental du recours au juge consacré par la Constitution et par la Convention européenne des droits de l'Homme⁴⁷⁷. Plus largement, il serait permis de reconnaître une possible articulation entre le droit au recours effectif au juge et un droit au recours effectif à la résolution amiable des différends laquelle suppose une certaine unité de régime tant procédural que contractuel. D'autant que le législateur renvoie pour définir la médiation des litiges de la consommation aux dispositions générales de la loi n° 95-125 du 8 février 1995⁴⁷⁸.

B. Le phénomène d'absorption de médiations *extrajudiciaires* spéciales

⁴⁷³ Voy. l'anc. article L. 152-1 al. 1^{er} *in fine* C. Consumm.

⁴⁷⁴ Voy. les art. L. 616-1 à L. 616-3 et R. 616-1 et R. 111-1 C. Consumm. ; Voy. ég. les anc. art. L. 156-1 à L. 156-4 et art. R. 156-1 et R. 156-2 C. Consum.

⁴⁷⁵ Voy. les art. L. 614-1 à L. 614-5 et R. 614-1 C. Consumm. ; Voy. ég. les anc. art. L. 154-1, L. 154-2 et R. 154-1 à R. 154-4 C. Consum.

⁴⁷⁶ Voy. les art. L. 615-1 à L. 615-4 et art. R. 615-4, R. 615-6 et R. 615-7 C. Consumm. ; Anc. art. L. 155-1 à L. 155-6 C. Consumm. et anc. art. R. 155-6 C. Consum. – *Adde* Communiqué MINEFE du 13 janv. 2016, « Installation de la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation », *JCP E* n° 3, 21 janv. 2016, act. 67 : Cette dernière s'est réunie la première fois le 27 janvier 2016 sous la présidence de Mme C. Nocquet, Conseiller à la Cour de cassation.

⁴⁷⁷ H. Croze, C. Morel et O. Fradin, *Procédure civile, Manuel pédagogique et pratique*, LexisNexis-Litec, 4^{ème} éd., 2008, p. 227, n° 650 : Droit fondamental d'ester en justice consacré par les art. 16 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, et le droit d'accès au juge consacré par l'art. 6 §1^{er} et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme ;

⁴⁷⁸ C. Poli, « Médiation des litiges de la consommation : vers l'affirmation d'un droit au recours à la résolution amiable des différends », *op. cit.* : En effet, le législateur européen a affirmé avec force dans un considérant 45 de la directive 2013/11/CE que « le droit à un recours effectif et le droit à un procès équitable sont des droits fondamentaux définis par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. C'est pourquoi les procédures de REL ne devraient pas être conçues pour se substituer aux procédures judiciaires et ne sauraient priver les consommateurs ou les professionnels de leurs droits à former un recours devant les tribunaux (...). Les États membres devraient être libres de choisir les moyens appropriés pour atteindre cet objectif. Ils devraient avoir la possibilité de prévoir, entre autres, que les délais de prescription n'expirent pas pendant une procédure de REL » ; À cet égard, l'article 2238 du Code civil prévoit que « la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation ». La loi n° 2010-1609 du 22 déc. 2010 ayant ajouté que « la prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative ».

237. Banque, assurance, énergie. Autant de domaines qui connaissaient, avant la transposition de la directive 2013/11/CE⁴⁷⁹, des processus de médiation s'apparentant davantage au processus de conciliation dans la mesure où les tiers missionnés proposent des solutions acceptées ou non par les parties. Des processus permettant un traitement des litiges intervenus entre un consommateur et un professionnel. Ces droits spéciaux de la médiation de la consommation préexistants ont été soumis au droit spécial commun de la médiation des litiges de la consommation nouvellement créé. Dès lors, plusieurs illustrations peuvent être apportées, en droit bancaire (1), en matière d'assurance (2) ou encore en matière d'énergie (3).

1) Le cadre légal de la médiation bancaires

238. La régulation amiable des litiges entre les établissements de crédit ou de paiement et leurs clients. Le législateur en consacrant la médiation en matière bancaire au début des années 2000, par l'adoption de la loi n° 2201-1168 du 11 décembre 2001, dite « *loi Murcef* »⁴⁸⁰, n'a fait que reconnaître la pratique selon laquelle « certains établissements avaient désigné de leur propre initiative, des médiateurs pour régler les différends avec leur clientèle »⁴⁸¹. La loi du 3 janvier 2008⁴⁸² et l'ordonnance du 15 juillet 2009⁴⁸³ ont par la suite étendu le champ d'application de la médiation bancaire, l'obligation de désignation d'un ou plusieurs médiateurs s'appliquant désormais à « *tout établissement de crédit ou de paiement* »⁴⁸⁴. La loi du 28 janvier 2013⁴⁸⁵ est, quant à elle, venue déplacer de l'article L. 315-1 à l'article L. 316-1 du Code monétaire et financier, les dispositions relatives à la médiation, amplifiées, afin de tenir compte de la « *création des établissements de monnaie électronique* »⁴⁸⁶. La pratique de la médiation bancaire a supposé la mise en place, au niveau de chaque entité financière dotée d'un médiateur, d'un texte d'application, dénommé « Charte de la médiation », diffusé auprès des clients de l'établissement.

⁴⁷⁹ Dir. 2013/11/CE du 21 mai 2013, *préc.*

⁴⁸⁰ Loi n° 2011-1168 du 11 déc. 2011 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, JO 12 Déc. 2011, p. 19703 ; V. ég. J. Bouteiller, « Le nouveau cadre juridique des relations entre les banques et leurs clients », CCC 2002, chron. 5, p. 4 s., spéc. 7s.

⁴⁸¹ S. Peyret, « Le premier bilan de la médiation bancaire », *Bull. Banque de France*, n° 133, janv. 2005, p. 49.

⁴⁸² Loi 2008-3 du 3 janv. 2008 *pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, JO 4 janv. 2008, n° 0003, p. 258.

⁴⁸³ Ord. n° 2009-886 du 15 juill. 2009 *relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement*, JO 16 juill. 2009, n° 0162, p. 11868.

⁴⁸⁴ Voy. l'anc. art. L. 315-1 al. 1^{er} C. mon. fin.

⁴⁸⁵ Loi n° 2013-100 du 28 janv. 2013 *portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière*, JO 29 janv. 2013, n° 0024, p. 1721.

⁴⁸⁶ Mod. par l'ord. n° 2013-544 du 27 juin 2013 *relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement*, JO 28 juin 2013, n° 0148, p. 10682.

La récente transposition en droit interne de la directive 2013/11/CE contribue pleinement à faire de la médiation bancaire, une médiation des litiges de la consommation. L'alinéa premier de l'article L. 316-1 du Code modifié⁴⁸⁷ dispose ainsi que « *tout consommateur a droit de recourir gratuitement à un médiateur dans les conditions prévues au chapitre V du titre Ier du Livre VI du Code de la consommation en vue de la résolution d'un litige qui l'oppose à un établissement de crédit, une société de financement, un établissement de monnaie électronique ou de paiement relatif aux services fournis et à l'exécution de conclu dans le cadre du présent titre [opérations de banque, services de paiement, émission et gestion de monnaie électronique] et du titre II du présent livre [services d'investissement et services connexes] et relatifs aux produits mentionnés aux titres Ier et II du livre II [instruments financiers et produits d'épargne]* »⁴⁸⁸.

239. Le médiateur de l'autorité des marchés financiers. Par ailleurs, le Code monétaire et financier précise, à l'article L. 621-19 I, l'existence d'un médiateur institutionnel – le Médiateur de l'autorité des marchés financiers – « *habilité à recevoir de tout intéressé les réclamations qui entrent par leur objet dans la compétence de l'Autorité des marchés financiers et à leur donner la suite qu'elles appellent* »⁴⁸⁹. Ce processus de médiation coexiste donc avec le processus prévu à l'article L. 316-1 du même Code. La question se pose donc de savoir si la médiation menée par le Médiateur de l'autorité des marchés financiers doit être intégrée à la médiation de la consommation. Une question rapidement évacuée puisque le législateur a précisé à l'alinéa troisième de l'article L. 619-19 qu'« *il accomplit sa mission de médiation à l'égard des consommateurs dans les conditions prévues au titre Ier du livre VI du code de la consommation* ». La médiation relevant de la compétence du Médiateur de l'autorité des marchés financiers relève donc de la médiation *extrajudiciaire* des litiges de la consommation impliquant un professionnel et un consommateur au sens du Code de la consommation.

⁴⁸⁷ Notamment par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 *relative à la partie législative du Code de la consommation*, *préc.*

⁴⁸⁸ Par ailleurs, le texte prévoit à son alinéa second, mod. par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, *préc.*, qu'« *un compte rendu annuel d'activité établi par chaque médiateur est transmis au président de la commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation mentionnée à l'article L. 615-1 du Code de la consommation, au gouverneur de la Banque de France, ainsi qu'au président du comité consultatif institué à l'article L. 614-1* ».

⁴⁸⁹ Mod. par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 *relative à la partie législative du Code de la consommation*, *préc.*, puis par la loi n° 2017-55 du 20 janv. 2017 *portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes*, JO n° 0018 du 21 janv. 2017.

2) Le cadre légal des médiations en matière d'assurance

240. Assurance, mutualité, sécurité sociale. Les articles R. 520-1 alinéa 4 du Code des assurances n'a pas été modifié par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 ayant réorganisé et simplifié le Code de la consommation⁴⁹⁰. Dès lors, l'alinéa quatrième du texte, en vue du traitement d'éventuels différends, précise maladroitement que l'intermédiaire en assurance fournit les coordonnées et l'adresse de son service de réclamation, quand il existe, et indique les modalités de recours à un processus de médiation dans les conditions prévues par l'ancien Titre V du livre Ier du Code de la consommation⁴⁹¹. Il s'agit vraisemblablement d'un oubli du législateur dans le cadre des répercussions de la recodification à droit constant du Code de la consommation.

En revanche, les dispositions de l'article L. 221-18 III 7° du Code de la mutualité dans le cadre de la fourniture à distance d'opération d'assurance à un consommateur, et celles de l'article L. 932-15-1 7° du Code de la sécurité sociale en ce qui concerne les opérations collectives à adhésion facultative et opérations individuelles ont bien été modifiées dans le cadre de la cette recodification. Ces textes renvoient à la possibilité de recourir à la médiation *extrajudiciaire* des litiges de la consommation et, en conséquence, à l'application des dispositions du titre Ier du Livre VI du Code de la consommation.

3) Le cadre légal de la médiation de l'énergie

241. La régulation amiable des litiges nés entre les consommateurs et les fournisseurs d'énergie. Le Médiateur national de l'énergie a été institué par la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 *relative au secteur de l'énergie*⁴⁹², en tant qu'autorité publique indépendante. L'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011⁴⁹³ a repris la codification des textes relatifs au médiateur national de l'énergie et créé, dans le cadre des obligations de service public et de protection des consommateurs, les articles L. 122-1 à 122-5 du Code de l'énergie qui lui sont consacrées⁴⁹⁴. Par ailleurs, les dispositions réglementaires des articles R. 122-1 et suivants du Code de l'énergie organisent « *le processus de médiation relatif aux litiges relevant*

⁴⁹⁰ *Relative à la partie législative du Code de la consommation, préc.*

⁴⁹¹ Cet alinéa prévoit également que « *l'intermédiaire fournit également les coordonnées et l'adresse de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* ».

⁴⁹² Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 *relative au secteur de l'énergie*, JO 8 déc. 2006, n° 284, p. 18531.

⁴⁹³ Ord. n° 2011-504 du 9 mai 2011 *portant codification de la partie législative du code de l'énergie*, JO 10 mai 2011, n° 0108, p. 7954.

⁴⁹⁴ Certaines de ces dispositions ont été modifiées par la loi n° 2017-55 du 20 janv. 2017, *préc.*

de la compétence du médiateur national de l'énergie prévu à l'article L. 122-1 [du Code de l'énergie] »⁴⁹⁵.

L'article L. 122-1 du Code de l'énergie, successivement modifié par l'ordonnance de transposition n° 2013-1033 du 20 août 2015 de la directive 2013/11/CE⁴⁹⁶ relative au règlement *extrajudiciaire* des litiges de consommation, puis par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016⁴⁹⁷ soumet la médiation menée par le médiateur national de l'énergie à la médiation des litiges de la consommation régie par le titre Ier du Livre VI du Code de la consommation. Cette disposition précise en outre que, par dérogation au droit commun spécial de la médiation des litiges de la consommation, la saisine d'un autre médiateur ne fait pas obstacle au traitement d'un litige de la consommation par le médiateur national de l'énergie, dès lors que l'objet de ce litige relève de son champ de compétence. En d'autres termes, la compétence du Médiateur de l'énergie supplante celle du médiateur non sectoriel⁴⁹⁸. Le Médiateur national de l'énergie est en effet un médiateur public au sens de l'article L. 611-1 7° du Code de l'énergie et bénéficie à ce titre d'une compétence sectorielle⁴⁹⁹.

Quoiqu'il en soit, l'objet de la médiation menée par le Médiateur de l'énergie consiste en une tentative de résolution amiable des « *litiges nés de l'exécution des contrats conclu par un consommateur non professionnel ou par un consommateur professionnel appartenant à la catégorie des microentreprises* »⁵⁰⁰.

242. Pour conclure, nous relevons que la création de ce droit commun de la médiation des litiges de la consommation est en outre un tremplin pour la création de nouvelles entités *extrajudiciaires* spéciales ayant en charge la résolution amiable des litiges de la consommation. En effet, outre l'existence de médiations *extrajudiciaires* des litiges de la consommation spécifiques à certains domaines, avant même la consécration d'un droit commun spécial de la

⁴⁹⁵ Voy. l'art. R. 122-1 al. 1^{er} lequel a été modifié par le décr. n° 2017-1113 du 27 juin 2017 *relatif au processus de la médiation dans le secteur de l'énergie*, JO n° 0151 du 29 juin 2017.

⁴⁹⁶ Dir. 2013/11/CE du 21 mai 2013, *préc.*

⁴⁹⁷ *Relative à la partie législative du Code de la consommation, préc.* : À l'instar du droit commun de la médiation des litiges de la consommation, ces contrats doivent avoir fait l'objet d'une réclamation écrite préalable du consommateur auprès du fournisseur ou du distributeur concerné, n'ayant pas permis de régler le différend.

⁴⁹⁸ Cette disposition crée une sorte de compétence exclusive du Médiateur de l'énergie.

⁴⁹⁹ L'art. 122-1 C. Énergie prévoit une dérogation en précisant que « *la saisine d'un autre médiateur ne fait obstacle au traitement du litige de consommation par le Médiateur national de l'énergie, dès lors que l'objet de ce litige relève de son champ de compétences* ». Étant précisé au surplus qu'« *il ne peut être saisi que de litiges nés de l'exécution des contrats conclu par un consommateur non professionnels ou par un consommateur professionnel appartenant à la catégorie des microentreprises mentionné à l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie [...]* » au risque de créer un contexte de concurrence entre les médiateurs.

⁵⁰⁰ Catégorie mentionnée par l'art. 51 de la loi n° 2008-76 du 4 août 2008 *de modernisation de l'économie*, JO n° 0181 du 5 août 2008, p. 12471.

médiation des litiges de la consommation, nous constatons, depuis cet avènement la création de nouvelles entités *extrajudiciaires* chargées de réguler les litiges de la consommation. Afin d'illustrer notre propos, nous faisons état de l'initiative du Conseil national des barreaux qui par assemblée générale des 11 et 12 décembre 2015, a institué un Médiateur national de la consommation de la profession, afin de faciliter le respect des nouvelles obligations incombant aux avocats à compter du 1^{er} janvier 2016⁵⁰¹. La médiation des litiges de la consommation consacrant le droit pour tout consommateur de recourir gratuitement à un médiateur de la consommation en vue de la résolution amiable du litige qui l'oppose à un professionnel, tout avocat – en tant que professionnel – doit être en mesure d'informer ses clients « consommateurs » sur la possibilité de recourir gratuitement à un tel dispositif de résolution amiable en cas de litige de nature contractuelle. Il s'agit principalement de réguler les différends en matière d'honoraires⁵⁰².

C. La médiation *judiciaire* de groupe en droit de la consommation

243. Le cadre légal singulier de l'action de groupe en droit de la consommation. Le droit de l'action de groupe en droit de la consommation est conçu comme un *droit spécial autonome*. Nous avons en effet constaté que la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle a créé un droit commun de l'action de groupe, auquel sont soumis un certain nombre de droits spéciaux de l'action de groupe prévus par exemple en droit de la santé, en droit de l'environnement, ou encore en droit du travail. L'article 92 de la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle exclue néanmoins – expressément – l'action de groupe prévue en droit de la consommation du champ d'application de ce droit commun de l'action de groupe.

En conséquence, le droit spécial de l'action de groupe en droit de la consommation revêt un caractère autonome. Le recours à l'action de groupe en droit de la consommation a été instauré par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, dite « *loi Hamon* »⁵⁰³, y compris dans le domaine de la concurrence⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ Voy. Communiqué du CNB, « Mise en place d'un médiateur national de la consommation de la profession d'avocat », CCC n° 2, févr. 2016, alerte 16.

⁵⁰² La Commission nationale d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (CECM) a validé l'inscription sur la liste des médiateurs de la consommation du Bâtonnier J. Hercé, en juin 2016. Les avocats sont donc tenus de communiquer les coordonnées du médiateur national de la consommation de la profession d'avocat à leurs clients.

⁵⁰³ Recodifiée par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 *relative à la partie législative du Code de la consommation, préc.*, aux articles L. 623-1 à L. 623-32 C. consom. et art. R. 623-1 à R. 623-33 C. consom.

⁵⁰⁴ Voy. spéc. les art. L. 623-24 à L. 623-26 C. consom.

244. Champ d'application et qualité pour agir. L'article L. 623-1 du Code de la consommation prévoit qu'une association de défense des consommateurs, représentative au niveau national et agréée, peut agir devant le juge judiciaire « *afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou de plusieurs professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles* ». Ces manquements peuvent être nés à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services, ou les préjudices résultés de pratiques anticoncurrentielles.

L'objet de l'action de groupe est expressément circonscrit par le législateur qui a prévu à l'article L. 623-2 du Code que « *l'action du groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs* ».

245. L'objet de la médiation dans le cadre de l'action de groupe. Dans le cadre de la création de ce recours contentieux de groupe en droit de la consommation, le législateur a prévu dès 2014, la possibilité dans ce cadre *judiciaire* d'avoir recours à la résolution – ou plus exactement à l'indemnisation – amiable par médiation. La médiation partage donc le champ d'application et les qualités pour agir de l'action de groupe à laquelle elle se substitue, au moins temporairement, le temps de la mise en œuvre d'une tentative de négociation amiable des indemnités réparatrices des dommages subis par les consommateurs. Il ressort ainsi de l'article L. 623-22 du Code de la consommation que seule l'association requérante peut participer à une médiation, dans les conditions fixées au chapitre relatif à la médiation de la loi n° 95-125 du 8 février 1995.

En conséquence, la médiation de groupe prévue dans le cadre du droit spécial autonome de l'action de groupe en droit de la consommation est soumise au droit commun procédural de la médiation *judiciaire*. L'objet de la médiation de groupe consiste en une tentative de négociation amiable des indemnités réparatrices des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs. De manière générale, les dispositions introduites par la loi Hamon ont fortement inspiré les dispositions du droit commun de l'action de groupe instituée par la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

D. L'objectif contractuel de la médiation *extrajudiciaire* spéciale des litiges de la consommation

246. Distinction utile. L'intégration de médiations spéciales préexistantes (1) au nouveau droit commun spécial de la médiation des litiges de la consommation (2), ainsi que la création d'un droit spécial autonome de l'action de groupe prévoyant la médiation en droit de la consommation (3) impliquent d'identifier l'accord amiable qui en est issu afin de révéler l'existence d'une unité de régime contractuel.

1) L'objectif contractualisé des médiations spéciales préexistantes absorbées

247. En matière bancaire. Aucune des dispositions de l'articles L. 216-1 du Code monétaire et financier ou de l'article L.621-19 I relatif au Médiateur des marchés financiers n'apportent de précisions quant à l'accord amiable, objectif contractualisé de la médiation bancaire. Les dispositions de ces textes renvoient à l'application des dispositions du droit spécial de la médiation des litiges de la consommation prévu au titre Ier du livre VI du Code de la consommation.

248. En matière d'assurance. Les dispositions visant le processus de médiation en matière d'assurance, de mutualité et sécurité sociale ne sont pas plus explicites quant à la forme ou le régime contractuel applicable à l'accord amiable. Tout au plus insistent-elles sur l'obligation d'information pesant, selon les domaines sur l'intermédiaire en assurance, les mutuelles et unions pratiquant des opérations d'assurance, de réassurance, à l'égard de l'assuré. Opérant par renvoi à la médiation *extrajudiciaire* des litiges de la consommation de la consommation, il convient de rechercher des précisions au sein du titre I du Livre VI du Code de la consommation.

249. En matière d'énergie. Les dispositions relatives à la médiation en matière d'énergie sont seules à apporter quelques indices quant à la formation de l'accord amiable, et ce, à travers de la mission assignée au médiateur national de l'énergie.

L'alinéa premier de l'article 122-1 du Code de l'énergie, tel que modifié par la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle précise en effet que « *le Médiateur national de l'énergie est chargé de recommander des solutions aux litiges entre les personnes physiques ou morales et les entreprises du secteur de l'énergie et de participer à l'information des consommateurs énergie sur leurs droits* ». L'offre de solution émane ainsi du tiers missionné et non des parties, attestant que ce médiateur institutionnel officie davantage comme un conciliateur. Le Médiateur de l'énergie dispose d'un pouvoir de proposition puisqu'il

recommande aux parties des solutions auxquelles elles sont libres de consentir. Par ailleurs, il semble, de manière tout à fait étonnante, investi du pouvoir de conseiller juridiquement les parties, puisqu'il est également chargé de participer à l'information des consommateurs sur leurs droits.

2) Le renvoi au droit commun spécial de la médiation de la consommation

250. Les textes lacunaires du droit commun spécial de la médiation *extrajudiciaire* des litiges de la consommation. Une fois de plus, le législateur français – de manière tout à fait contemporaine dans le cadre de cette transposition – fait preuve de mutisme en ce qui concerne l'issue du processus de médiation des litiges de la consommation, brisant par la même nos espoirs de voir clarifier la notion d'accord amiable. À peine plus évoquée par le décret d'application instituant l'article R. 152-5 du Code la consommation visant « *l'issue de la médiation* » venu préciser le délai de la médiation des litiges de la consommation et l'article R. 152-3 alinéa 2 *in fine* où l'on apprend qu'« *à défaut d'accord amiable* » entre les parties, le médiateur leur « *propose une solution pour régler le litige* », aucune indication relative à la nature, à la qualification contractuelle de l'accord résultant du processus ou à sa possible homologation devant un juge étatique n'est apportée. De sorte, qu'il est nécessaire de faire application des solutions retenues en droit commun de la résolution amiable conventionnelle ou *extrajudiciaire*. À cet égard, face au silence du législateur, la doctrine admet l'option de qualification contractuelle selon laquelle l'accord amiable peut soit consister en un acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats, soit revêtir la qualification transactionnelle et être soumis au régime des articles 2044 et suivants du Code civil.

3) L'identification de l'accord amiable issu de la médiation de groupe

251. Un accord négocié au nom du groupe de consommateurs. La seconde et ultime disposition relative à la médiation de groupe en droit de la consommation est relative à l'accord amiable négocié au nom du groupe. L'article L. 623-23 du Code de la consommation dispose ainsi, à son alinéa premier, que « *tout accord négocié au nom du groupe est soumis à l'homologation du juge, qui vérifie s'il est conforme aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'application et lui donne force exécutoire* ». L'alinéa second du texte précise le contenu de cet « *accord négocié* » lequel doit faire état des « *mesures de publicité nécessaires pour*

informer les consommateurs concernés de la possibilité d'y adhérer, ainsi que les délais et modalités de cette adhésion ».

Dès lors, plusieurs observations peuvent être dégagées de cette disposition. En premier lieu, l'accord issu de la médiation de groupe, lequel est entendu au sens large par le législateur comme « *tout accord négocié au nom du groupe* », est moins un accord amiable de résolution d'un différend, qu'un accord amiable indemnitaire, dans la mesure où il fixe les indemnités négociées dans le cadre du processus amiable de médiation de groupe. Nous constatons, à cet égard, que le législateur ne retient pas l'application de la qualification transactionnelle à cet accord amiable indemnitaire, laquelle devra être discutée. En second lieu, l'accord amiable indemnitaire doit obligatoirement faire l'objet d'une homologation judiciaire donnant lieu à un contrôle du juge sur son contenu, lequel doit également obligatoirement prévoir des mesures de publicité. La force et le contenu de l'accord amiable est ainsi plus encadrée qu'en matière de médiation judiciaire de droit commun.

252. En définitive, le renvoi systématique – opéré par les dispositions relatives au processus de médiation dans ces différends domaines – à l'application du nouveau droit commun spécial de la médiation *extrajudiciaire* des litiges de la consommation atteste de l'existence d'une véritable unité de régime de la résolution amiable dans une grande variété de domaines. Un droit commun spécial de la médiation *extrajudiciaire* des litiges de la consommation qui renvoie, pour la définition du processus, au droit commun procédural de la résolution amiable des différends. Une unité de régime tant en ce qui concerne l'objet, à savoir le traitement contractuel d'une variété de différends et la recherche de solutions, qu'en ce qui concerne l'objectif, lequel consiste de manière ambivalente, d'un point de vue procédural, à résoudre le différend, et d'un point de vue contractuel, à cristalliser la solution trouvée dans un accord amiable, *instrumentum* de la résolution amiable des différends.

§4. L'accord amiable issu de la conciliation *extrajudiciaire* en droit de la santé

243. L'exclusion de la médiation *extrajudiciaire* des litiges de la consommation. Dans le cadre du système de santé, les professionnels de santé – établissements, services, organismes de santé, professions médicales, professions de la pharmacie, ou encore professions d'auxiliaires médicaux – fournissent des services aux patients consistant à maintenir ou rétablir leur état de santé et/ou à prescrire, administrer et fournir des médicaments et dispositifs médicaux. Dans le cadre de ces prestations de services, des différends et accidents

dommageables pour les patients peuvent survenir. Cette configuration de différend mettant en présence un professionnel – de santé – et un patient – consommateur de services de santé – pourrait laisser entrevoir une application de la médiation *extrajudiciaire* des litiges de la consommation. Cependant, l'article L. 611-4 du Code de la consommation exclue expressément du champ d'application du droit commun spécial de la médiation des litiges de la consommation – tel que prévue au titre Ier du Livre VI du Code de la consommation – les litiges relatifs aux « *services de santé fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé, y compris la prescription, l'administration et la fourniture de médicaments et de dispositifs médicaux* ».

254. Une procédure de résolution amiable *extrajudiciaire* spéciale et institutionnelle. L'exclusion de la médiation *extrajudiciaire* des litiges de la consommation en droit de la santé, pourrait laisser penser que le législateur a souhaité exclure, de manière générale, le recours à des processus de résolution amiable dans un domaine du droit fortement marqué par un ordre public de protection, celle du patient. Il n'en est rien. En effet, en promulguant la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002⁵⁰⁵, dite loi « Kouchner », le législateur a organisé la réparation des « *risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé* »⁵⁰⁶ et ainsi veillé à présenter un certain nombre de principes « généraux » relatifs à la réparation des préjudices subis par le patient **(A)**.

Dans ce cadre, le législateur a institué des commissions de conciliation et d'indemnisation (C.C.I.) des accidents médicaux. Des commissions ayant – comme leur nom l'indique – une double mission. Tout d'abord, une mission de conciliation pour la résolution amiable des différends entre usagers et professionnels de la santé, ensuite et surtout, une mission d'indemnisation – amiable – des victimes d'accidents médicaux **(B)**. Sous le prisme de ces fonctions dévolues à ces institutions de résolution amiable des différends – ou devrions-nous dire de régulation amiable de la réparation des accidents médicaux – l'identification de l'accord amiable semble délicate. En effet, la question se pose de savoir, si l'issue de la procédure de règlement amiable en cas d'accidents médicaux se concrétise par un accord portant la solution à un différend ou bien par un accord fixant une indemnisation rapide et

⁵⁰⁵ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, JO 5 mars 2002, p. 4118.

⁵⁰⁶ Voy. art. L. 1442-1 à L. 1442-30 C. s. pub. composant le Chap. II relatif aux « *risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé* » intégré au Titre IV consacré à la « *réparation des risques sanitaires* ». Ce titre IV figurant au Livre Ier concernant la « *protection des personnes en matière de santé* », de la première partie du C. s. pub. consacrée à « *la protection générale de la santé* » prévoit, en outre à son Chap. III, la médiation « de groupe » pouvant être mise en œuvre dans le cadre d'une action de groupe.

amiable de la victime de l'accident médical. Au surplus, nous rappelons que plus récemment le législateur a introduit, par l'adoption la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 *de modernisation de notre système de santé*, dite loi « Santé », une action de groupe *judiciaire* en matière de santé dans l'arsenal législatif français, prévoyant le recours à la tentative de résolution amiable par médiation⁵⁰⁷.

A. Les principes du recours aux commissions de conciliation et d'indemnisation

255. La saisine de la commission de conciliation et d'indemnisation. Les commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CCI)⁵⁰⁸ peuvent être saisies par toute victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins, par le représentant légal ou l'un des proches de la victime s'il estime avoir subi aussi des préjudices, ou encore par les ayants droit d'une victime décédée, à condition que l'acte en cause soit postérieur au 4 septembre 2001, au regard de l'application de la loi instituant la procédure de conciliation et d'indemnisation⁵⁰⁹. Ces commissions peuvent être saisies dans les dix ans qui suivent la consolidation du préjudice de la victime au risque d'encourir une prescription du recours amiable. La CCI et l'ONIAM apparaissent comme des institutions distinctes œuvrant néanmoins pour un même objectif dans le cadre d'une même procédure : l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux.

⁵⁰⁷ Voy. les art. L. 1143-1 à L. 1143-13 C. s. pub. – Dans le prolongement, le législateur, en adoptant la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème, a soumis l'action de groupe spécialement prévue en droit de la santé au droit commun de l'action de groupe, et non, au droit de l'action de groupe autonome de l'action de groupe en droit de la consommation.

⁵⁰⁸ Ces commissions, présentes sur l'ensemble du territoire, sont davantage connues sous leur appellation initiale issue de la loi du 4 mars 2002 *préc.*, à savoir Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation (C.R.C.I.). Cependant, le décr. n° 2012-298 du 2 mars 2012 *modifiant le dispositif de règlement amiable des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*, JO 3 mars 2012, p. 4061, n° 0054 a supprimé le caractère régional de la commission. Par ailleurs, depuis le décr. n° 2014-19 du 9 janv. 2014 *portant simplification et adaptation des dispositifs d'indemnisation gérés par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*, JO 11 janv. 2014, n° 0009, p. 377. Cette commission multipartite comprend outre son président, un magistrat, douze membres titulaires et vingt-quatre membres suppléants. Parmi les douze membres figurent des usagers, un praticien hospitalier, un représentant des professionnels de santé exerçant à titre libéral, un responsable d'établissement public de santé et deux représentant d'établissements de santé privés, le directeur de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), un représentant des entreprises pratiquant l'assurance et deux personnalités qualifiées dans le domaine de la réparation des préjudices corporels. Au visa de l'art. L. 1142-6 al. 4 C. S. pub. les membres de la commissions sont, en outre, tenus au secret professionnel. Enfin, au visa de l'alinéa 3 de cet article, les frais de fonctionnement sont assurés par l'ONIAM.

⁵⁰⁹ Voy. l'art. L.1142-4 al. 1^{er} C. s. pub.: la CCI compétente est celle dans le ressort de laquelle a été effectué l'acte de prévention, de diagnostic ou de soins à l'origine du dommage. Un formulaire est téléchargeable sur le site des CCI : www.oniam.fr. Par ailleurs, les actes de chirurgie esthétique ne font pas partie du dispositif et ne sont donc pas susceptibles de faire l'objet d'une indemnisation.

256. Typologie et degré de gravité des préjudices consécutifs aux accidents médicaux. Les dommages occasionnés peuvent résulter d'un accident médical, d'une activité de recherche biomédicale, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale contractées dans un établissement de santé. L'origine du dommage pouvant être multifactorielle – intervention dans les règles de l'art ou non, infection nosocomiales, influence de l'état antérieur – la procédure d'expertise paraît indispensable afin de déterminer l'origine du dommage corporel.

L'indemnisation amiable est conditionnée par des degrés de gravité du préjudice consécutif à l'accident médical fixés par le législateur aux articles L. 1142-1 à L. 1142-3 et D. 1142-1 à D. 1142-3 du Code la santé publique. Le degré de gravité doit entraîner, soit une atteinte permanente à l'intégrité physique et psychique (AIPP, ex-IPP) supérieure au seuil de 25 %, soit une durée d'arrêt temporaire des activités professionnelles (ATAP, ex-ITT) supérieure à six mois consécutifs ou six mois non consécutif sur une période d'un an. Le degré de gravité peut encore être pris en compte dans le cas où la personne est déclarée définitivement inapte à exercer son activité professionnelle antérieure à l'accident ou si la victime souffre d'un déficit fonctionnel temporaire (DFT) au moins égal à 50% sur une durée de six mois consécutifs ou six mois non consécutifs sur une période d'un an. Enfin, le droit à l'indemnisation amiable est ouvert si l'accident occasionne des troubles particulièrement graves dans les conditions d'existence de la victime.

257. Une procédure extrajudiciaire. Le législateur a entendu faire de la « *procédure de règlement amiable en cas d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales* », une procédure *extrajudiciaire* de règlement amiable, n'excluant pas la saisine parallèle du juge compétent. En effet, l'alinéa 3 de l'article L. 1142-7 du Code la Santé publique précise que « *la personne [toute personne s'estimant victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins, ou, le cas échéant, par son représentant légal, ses proches ou ayants droit] informe la commission régionale des procédures juridictionnelles relatives aux mêmes faits éventuellement en cours* » et que « *si une action en justice est intentée, la personne informe le juge de la saisine de la commission* ». Au surplus, l'alinéa quatre du texte prévoit que « *la saisine de la commission suspend les délais de prescription et de recours contentieux jusqu'au terme de la procédure [...]* ». Nous pouvons en déduire que la conciliation et la procédure d'indemnisation ne sont pas en matière de droit de la santé des tentatives préalables et obligatoires de résolution amiable des différends. Elles n'en demeurent pas moins des procédures *extrajudiciaires* puisque se déroulant devant des

Commissions spécialisées, en dehors de la présence ou de la prescription du juge, sans toutefois exclure la saisine de ce dernier.

B. La double mission des commissions de conciliation et d'indemnisation

258. Des commissions siégeant en formation variable. Le législateur distingue deux types de formation pour les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation.

En effet, l'alinéa troisième de l'article L. 1142-5 dispose que « *la commission siège en formation de règlement amiable des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales et en formation de conciliation* ». Il est pourtant difficile de comprendre cette distinction, puisque la conciliation se définit comme un mode de résolution ou de règlement des différends, sauf à considérer que la conciliation puisse consister en une « prévention amiable » des différends. Il convient donc de distinguer la procédure de conciliation **(1)**, de la procédure de règlement amiable **(2)**. Cette dernière « *procédure de règlement amiable en cas d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales* »⁵¹⁰ implique la mise en œuvre d'une procédure d'expertise⁵¹¹. De fait, la procédure de règlement amiable et l'expertise servent l'objectif de l'« *indemnisation des victimes* »⁵¹².

1) La procédure de conciliation

259. Distinction utile. Afin d'identifier l'accord amiable issu de la conciliation menée devant la commission de conciliation et d'indemnisation **(b)**, il convient de présenter le cadre légal de cette procédure de conciliation **(b)**.

a) Le cadre légal de la conciliation extrajudiciaire

260. Les conditions de saisine des CCI aux fins de conciliation. L'article L. 1142-3-1 II du Code de la santé publique prévoit le cas où la commission déclare la demande d'indemnisation de la victime irrecevable sur dossier, ou après expertise, si le seuil de gravité n'est pas atteint afin de permettre la procédure d'indemnisation. Dans cette hypothèse, la

⁵¹⁰ Voy. les art. L. 1142-4 à L. 1142-8 C. s. pub., suivis des dispositions relatives à la procédure d'expertise.

⁵¹¹ Voy. les art. L. 1142-9 à L. 1142-13 C. s. pub.

⁵¹² Voy. les art. L. 1142-14 à L. 1142-24 C.s. pub.

victime de l'accident médical peut alors, soit saisir la commission à des fins de mise en œuvre de la conciliation, soit saisir le juge compétent en cas d'échec de toute solution amiable.

270. L'objet de la conciliation. L'alinéa premier de l'article L. 1142-5 précise que ces Commissions régionales sont chargées de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé, services de santé ou organismes ou producteurs de certains produits de santé. La mission de conciliation consistant à résoudre les conflits entre usagers et professionnels de la santé.

La victime peut ainsi saisir la Commission d'une demande de conciliation *extrajudiciaire* dans trois cas. Tout d'abord, lorsqu'elle n'est pas satisfaite des soins qui lui ont été dispensés. Ensuite, lorsqu'elle est en désaccord avec un professionnel de santé ou un établissement de santé, y compris pour une recherche biomédicale, par exemple dans le cas où elle a participé à un protocole d'essai d'un nouveau médicament ou traitement. Enfin, dans le cas où elle a été victime d'un dommage dont la gravité est inférieure à 25%.

271. La conciliation déléguée. Nous relevons que le législateur a prévu *in fine* de l'article 1142-5 du Code, la possibilité pour la Commission – « dans le cadre de sa mission de conciliation » – de déléguer tout ou partie de ses compétences, notamment, « à un ou plusieurs médiateurs extérieurs à la commission ». Ces médiateurs, dans la limite des compétences dévolues, disposent des mêmes prérogatives et sont soumis aux mêmes obligations que les membres de la Commission. Dès lors, la question se pose de savoir si ces médiateurs disposent d'un pouvoir de propositions de solutions ou bien s'ils favorisent un accord construit par les parties elles-mêmes.

b) L'objectif de la conciliation *extrajudiciaire*

272. L'absence de précisions légales quant à l'accord amiable. Le législateur ne fait aucune référence à l'issue du processus de conciliation devant la Commission. En pratique, cette institution établit un document indiquant le résultat de la conciliation et formule une proposition de solution. Ce n'est que dans la mesure où la victime l'accepte qu'un accord amiable est formé et conclu entre les parties.

Le législateur n'a aucunement précisé le régime contractuel applicable à cet accord. Tout au plus pouvons-nous faire application du droit commun procédural de la conciliation

« conventionnelle ». Dès lors, et selon les solutions dégagées par la doctrine, cet accord écrit peut prendre la forme d'un acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats, remis à chacune des parties, mais peut recevoir la qualification de contrat de transaction et être soumis au régime spécial des articles 2044 et suivants du Code civil. Le seuil de gravité inférieur à 25% du préjudice de la victime n'exclut pas nécessairement une indemnisation. Or, dans le cadre de la procédure d'indemnisation des accidents médicaux, le législateur qualifie expressément l'accord intervenu entre la victime et l'assureur du professionnel de santé ou l'ONIAM, de contrat de transaction soumis au régime spécialement prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil.

2) La procédure de règlement amiable

273. Une indemnisation conditionnée. La typologie et le degré de gravité des préjudices consécutifs permet une régulation du traitement de l'indemnisation des victimes. Il convient donc de rappeler, à l'instar de la procédure de conciliation, le cadre légal de cette procédure **(a)** afin de mieux identifier son objectif contractualisé **(b)**.

a) Le cadre légal de la procédure de règlement amiable

274. Les conditions du déclenchement du règlement amiable. La mission première des commissions est d'offrir, au titre de la solidarité nationale, une procédure d'indemnisation amiable, rapide et gratuite, aux victimes d'accidents médicaux. Le législateur a d'ailleurs prévu – toujours au titre de la même loi « Kouchner » – une procédure de droit commun⁵¹³ d'« indemnisation des victimes » dont les règles s'appliquent à la phase amiable. Ainsi, dès lors que le seuil de recevabilité est atteint, la commission diligente alors une expertise médicale contradictoire⁵¹⁴, puis se réunit afin de se prononcer sur l'indemnisation amiable de la victime⁵¹⁵.

⁵¹³ Voy. les art. L. 1142-14 à L. 1142-24 C. s. pub. – Des droits spéciaux d'indemnisation sont également prévus pour les victimes du benfluorex (art. L. 1142-24-1 à L. 1142-24-8 C. S. Pub.) et les victimes du valproate de sodium ou de ses dérivés (art. L. 1142-24-9 à L. 1142-24-18 C. S. Pub.)

⁵¹⁴ Voy. l'art. L. 1142-9 C. s. pub. : cette expertise contradictoire est gratuite pour le demandeur. Le rapport de l'expert est remis à la CCI avant qu'elle ne se réunisse et joint à l'avis qu'elle rend.

⁵¹⁵ Le jour où la commission se réunit, la victime peut être entendue et se faire assister ou représenter par une personne de son choix, notamment un avocat dont elle règle les honoraires.

Si le seuil de gravité n'est pas atteint, la commission peut alors proposer le processus de conciliation à la victime⁵¹⁶ ou bien se déclarer incompétente, alors même que le seuil de gravité global est atteint, dans le cas où la situation médicale du patient n'est pas imputable à un accident médical ou à une infection nosocomiale.

275. Les conditions d'indemnisation par l'assurance responsabilité professionnelle du praticien de santé. Si la responsabilité d'un professionnel de santé est retenue – soit pour faute médicale, soit sans faute dans le cas d'infection nosocomiale avec une AIPP inférieure à 25% ou de produits défectueux), l'assurance obligatoire du professionnel de santé joue son rôle de garantie.

276. Les conditions d'indemnisation par l'ONIAM. Deux hypothèses peuvent se présenter. Dans un premier cas de figure, l'ONIAM peut se substituer à l'assureur du professionnel de santé lorsque la responsabilité pour faute médicale de ce dernier est engagée. En effet, si à l'issue du délai de quatre mois dont il dispose, l'assureur n'a pas fait d'offre d'indemnisation, la victime ou ses ayants droit peuvent adresser à l'ONIAM, une demande aux fins d'obtenir une indemnisation de sa part. L'ONIAM peut alors se substituer à l'assureur. L'Office dispose alors d'un délai de quatre mois, à compter de la date de réception de la demande, afin de procéder au versement de l'indemnisation.

Dans un second cas de figure, l'ONIAM peut assurer l'indemnisation en cas d'aléa thérapeutique, lorsque le professionnel de santé n'a commis aucune faute. L'aléa thérapeutique est en effet la conséquence anormale d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins, sans faute du praticien de santé. Un préjudice qui s'avère difficile à indemniser devant les juridictions de droit commun. L'Office adresse alors à la victime ou à ses ayants droit, dans un délai de quatre mois suivant la réception de l'avis de la Commission, une offre d'indemnisation visant la réparation intégrale des préjudices subis.

277. Le cas particulier des infections nosocomiales. Une infection est nosocomiale lorsqu'elle est contractée lors d'une prise en charge de soins et qu'elle apparaît dans un délai de

⁵¹⁶ La victime peut refuser de recourir à la conciliation et porter plainte devant le juge compétent afin d'obtenir l'indemnisation de son préjudice assistée de son avocat.

48 heures⁵¹⁷. Dans le cas de l'infection nosocomiale, un régime spécifique d'indemnisation a été mis en place.

En premier lieu, les infections nosocomiales peuvent être contractées dans un cabinet médical. En l'absence de responsabilité pour faute médicale du professionnel de santé, le relais de l'indemnisation amiable est assuré par l'ONIAM au titre de la solidarité nationale. En revanche, lorsque la responsabilité pour faute du professionnel de santé est engagée, l'indemnisation amiable est garantie par l'assureur du professionnel, quel que soit le degré de gravité du préjudice subi.

En second lieu, les infections nosocomiales peuvent être contractées au sein d'un établissement de santé. Dans cette hypothèse, deux cas de figure peuvent se présenter : soit les préjudices n'excèdent pas 25% d'AIPP, auquel cas, une présomption de faute de l'établissement est établie, sauf à ce que ce dernier rapporte la preuve d'une cause étrangère, et l'indemnisation est garantie par l'assureur de l'établissement ; soit les préjudices excèdent les 25% d'AIPP et le relais de l'indemnisation est assurée au titre de la solidarité nationale par l'ONIAM, l'Office pouvant par la suite se retourner contre l'assureur de l'établissement de santé s'il rapporte la preuve d'une faute caractérisée par ce dernier.

b) L'objectif contractualisé de la procédure de règlement amiable

278. Un avis rendu par la Commission. Au titre de l'article L. 1142-8 du Code de la Santé publique, la commission rend un avis dans un délais de six mois à compter de sa saisine, notifié à toutes les parties⁵¹⁸. Cet avis porte sur son appréciation de l'indemnisation de la victime. Deux cas peuvent alors se présenter.

Dans un premier cas de figure, la Commission prononce un avis de rejet d'indemnisation de la victime et le patient a alors la possibilité soit d'avoir recours à la procédure de conciliation menée par la commission ou bien, soit de saisir le juge compétent.

Dans un second cas de figure, la Commission peut se prononcer en faveur de l'indemnisation du patient. Ainsi, lorsqu'un professionnel de santé est reconnu responsable, l'avis est transmis à l'assureur. En effet, l'alinéa premier de l'article L. 1142-14 du Code de la Santé publique prévoit ainsi que « *lorsque la commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections*

⁵¹⁷ Pour les infections du site opératoire, sont considérées comme nosocomiales, les infections survenues dans les 30 jours, ou s'il y a prothèse ou implant, dans l'année.

⁵¹⁸ Voy. l'art. L. 1142-8 C. s. pub.

nosocomiales estime qu'un dommage relevant du premier alinéa de l'article L. 1142-8 engage la responsabilité d'un professionnel de santé, d'un établissement de santé, d'un service de santé ou d'un organisme mentionné à l'article L. 1142-1 ou d'un producteur d'un produit de santé mentionné à l'article L. 1142-2, l'assureur qui garantit la responsabilité civile ou administrative de la personne considérée comme responsable par la commission adresse à la victime ou à ses ayants droit, dans un délai de quatre mois suivant la réception de l'avis, une offre d'indemnisation visant à la réparation intégrale des préjudices subis dans la limite des plafonds de garantie des contrats d'assurance ».

279. Le contenu de l'avis. Au regard de l'article L. 1142-8 alinéa premier du Code de la Santé publique, l'avis de la commission porte donc sur les causes, les circonstances et l'étendue du dommage, ainsi que son appréciation sur une indemnisation éventuelle au titre des responsabilités encourues ou de solidarité nationale. Par ailleurs, la Commission agit au titre d'un système d'alerte. Elle peut, d'une part, saisir l'autorité compétente si elle constate des manquements susceptibles de donner lieu à des poursuites disciplinaires⁵¹⁹. D'autre part, lorsque les dommages résultent d'une infection nosocomiale présentant un certain caractère de gravité⁵²⁰, elle signale sans délai cette infection nosocomiale au directeur général de l'agence régionale de santé, ainsi qu'à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM).

280. La qualification transactionnelle imposée à l'accord amiable indemnitaire. Dans tous les cas sujets à indemnisation, il existe un véritable jeu autour de l'offre d'indemnisation et lorsque la victime l'accepte, que celle-ci émane de l'assureur ou de l'ONIAM. Le législateur considère que « *l'acceptation de l'offre de l'assureur vaut transaction au sens de l'article 2044 du Code civil* »⁵²¹. La qualification transactionnelle est donc légalement imposée à l'accord amiable indemnitaire. Ce dernier est en conséquence soumis au régime spécialement prévu, au titre du contrat de transaction, aux articles 2044 et suivants du Code civil. Dans ses effets, l'accord amiable transactionnel suppose que la victime renonce à son droit d'action devant le juge compétent pour les mêmes préjudices⁵²².

⁵¹⁹ Voy. l'art. L. 1142-8 al. 4 C. s. pub.

⁵²⁰ Un caractère de gravité prévu à l'article L. 1142-1-1 C. s. Pub.

⁵²¹ Voy. les art. L. 1142-14, art. L. 1142-15, art. L. 1142-17, art. L. 3131-4, art. L. 3111-9 C. s. pub. pour les préjudices directement imputables à une vaccination obligatoire et l'art. L. 3122-3 C. s. pub. pour les victimes contaminées.

⁵²² Par suite, l'indemnisation par l'ONIAM ou par l'assureur doit intervenir dans le délai d'un mois à compter de la réception par l'assureur de l'acceptation de son offre par la victime.

281. Une qualification transactionnelle retenue dans d'autres domaines. Ce système d'indemnisation transactionnelle mis en place en droit de la santé découle de la procédure d'indemnisation amiable par voie transactionnelle mise en place par la loi Badinter du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation⁵²³. Cette dernière a en effet, depuis son adoption, influencé de manière générale les procédures amiables d'indemnisation en droit de la santé, mais également en ce qui concerne les victimes d'actes terroristes⁵²⁴ ou de pollution aux hydrocarbures⁵²⁵. Dans tous ces cas, le législateur a prévu que la rencontre de l'offre de l'assureur ou du fonds de garantie et de l'acceptation de la victime forme un contrat de transaction au sens des articles 2044 et suivants du Code civil, laquelle peut être discutée.

282. En définitive, en droit de la santé, les processus prennent moins pour objet la résolution amiable d'un différend – laquelle pourrait se concentrer sur la recherche de responsabilité – que la recherche d'une solution par la fixation d'une indemnisation amiable du préjudice de la victime. En conséquence, conciliation et règlement amiable en droit de la santé organisent la conclusion d'un accord indemnitaire en cas d'accidents médicaux. Dans le domaine de la réparation des accidents médicaux – et à l'instar de la qualification retenue en matière d'indemnisation amiable d'accidents de la circulation, d'actes terroristes ou encore de pollution par les hydrocarbures – l'accord amiable indemnitaire est légalement qualifié par le législateur de contrat de transaction.

§5. L'accord amiable : objectif des conciliations *extrajudiciaires* en matière de baux

283. Position du problème. La conciliation a été instituée pour des différends concernant aussi bien les baux d'habitation (**A**), que les baux commerciaux (**B**). Au regard du

⁵²³ Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, dite Loi Badinter, JO 6 juill. 1985, p. 7584 ; Voy. les art. L. 211-8 et s. C. assur.

⁵²⁴ Loi n° 86-1020 du 9 sept. 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, JO 10 sept. 1986, n° 0210, p. 10956, laquelle a institué le Fonds de garantie des Victimes des Actes de Terrorisme (FGTI) chargé de l'indemnisation des dommages corporels consécutifs à un attentat ou un acte de terrorisme.

⁵²⁵ Loi n° 2004-596 du 24 juin 2004 autorisant l'approbation du protocole à la convention du 27 nov. 1992 portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, JO 25 juin 2004, n° 146, p. 11522 : Ce protocole, adopté à Londres le 16 mai 2003 a pour objet d'améliorer le système d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, afin de garantir une indemnisation rapide et équitable des victimes. La France a joué, à cet égard, un rôle primordial dans la rédaction de ce protocole, apparu comme une nécessité suite au naufrage du pétrolier « Érika », le 12 déc. 1999.

rôle des Commissions de conciliation spécialement créées afin de réguler le traitement amiable et *extrajudiciaire* des différends, la question de l'identification de l'accord amiable, objectif du processus se pose.

A. En matière de baux d'habitation

284. Présentation. Le cadre légal de la conciliation en matière de baux d'habitation doit être rappelé **(1)** afin d'identifier l'objectif **(2)** de cette conciliation *extrajudiciaire* puisque préalable à la saisine du juge compétent.

1) Le cadre légal de la conciliation

285. Une conciliation institutionnelle. La loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 a institué « *auprès du représentant de l'État dans chaque département une commission départementale de conciliation composée de représentants d'organisations de bailleurs et d'organisation de locataires en nombre égal* »⁵²⁶. Cette formulation a été reprise par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989⁵²⁷, complétée par un décret n° 2001-653 du 19 juillet 2001⁵²⁸ venant fixer la composition de cette Commission, le mode de désignation de ses membres, son organisation et règles de fonctionnement. Une formulation une nouvelle fois modifiée par la loi *Alur* n° 2014-366 du 24 mars 2014⁵²⁹. Il s'agit en d'autres termes d'une conciliation institutionnelle, la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable des différends relevant de la compétence de Commissions spécialement missionnées au traitement amiable des différends.

286. Une tentative obligatoire de conciliation. La saisine de cette Commission par le bailleur ou le(s) locataire(s), et, dans certains cas, par une association représentative de locataires, est obligatoire pour les litiges relatifs à la fixation des loyers survenus dans le cadre du bail originaire, d'un renouvellement ou d'une révision de loyer⁵³⁰. Cette obligation s'impose également pour les litiges s'élevant à l'occasion de la fixation des loyers relatifs à des baux

⁵²⁶ Voy. l'art. 24 de la loi n° 89-462 du 23 déc. 1986 *tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière*, JO 24 déc. 1986, p. 15531.

⁵²⁷ Voy. l'art. 20 al. 1^{er} de la loi n° 89-462 du 6 juill. 1989 *tendant à améliorer les rapports locatifs*, JO 8 juill. 1989, p. 8541, portant modification de la loi n°86-1290 du 13 déc. 1986, *préc.*

⁵²⁸ Décr. n° 2001-653, 19 juill. 2001 *pris pour l'application de l'art. 20 de la loi n° 89-462 du 6 juill. 1989 modifiée et relatif aux commissions départementales de conciliation*, JO 8 juill. 2001, JO 21 juill. 2001, p. 11779.

⁵²⁹ Pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

⁵³⁰ Voy. les art. 17, 17-1, 17-2 et 18 de la loi n° 89-462 du 6 juill. 1989, *préc.*

portant sur certaines catégories d'habitation⁵³¹. De fait, la question de l'objet de cette obligation se pose. Il s'agit en effet de savoir si l'obligation de saisine de la Commission implique l'obligation, pour le bailleur et le locataire, de parvenir à un accord amiable.

287. Une tentative facultative de conciliation. La saisine de la Commission départementale demeure en revanche facultative pour une série de différends. Ainsi est-ce le cas pour les litiges relatifs à l'état des lieux, au dépôt de garantie, aux charges locatives et aux réparations. Il en est de même pour les litiges relatifs aux congés délivrés par le bailleur au locataire, ainsi que pour les litiges nés de difficultés résultant de l'application des accords collectifs nationaux ou locaux, ou de l'application du plan de concertation locative. Enfin, sont également concernés les litiges nés de difficultés résultant des modalités de fonctionnement de l'immeuble ou du groupe d'immeuble⁵³².

2) L'objectif de la tentative de conciliation

288. Un avis de la Commission au terme de la conciliation. Dans tous les cas – que la saisine de la Commission départementale soit obligatoire ou facultative – l'article 20 alinéa second de la loi du 6 juillet 1989 modifiée prévoit que « *la commission rend un avis dans le délai de deux mois à compter de sa saisine et s'efforce de concilier les parties* ». La commission se voit donc attribuer par le législateur une force de proposition de solutions, caractéristique de la mission du conciliateur. Ce n'est que dans la mesure où les parties, bailleur et locataire acceptent la proposition de solution de la commission départementale, qu'elles suivent cet avis, que l'accord amiable est formé. En conséquence, la question de la portée de cet avis se pose : s'agit-il d'une proposition de solution ou d'une offre de contracter l'accord amiable au sens du droit commun des contrats ?

289. L'exigence d'une forme écrite. L'alinéa 5 de l'article 20 de la loi de 1986 modifiée précise *in fine*, et pour ce qui nous intéresse, qu' « *en cas de conciliation, [la commission] établit un document de conciliation comportant les termes de l'accord trouvé* ». En d'autres termes, la Commission constate par écrit l'accord des parties. Nous constatons là encore, que le législateur demeure silencieux quant à la qualification contractuelle applicable à

⁵³¹ Voy. l'art. 20 de la loi n° 89-462 du 6 juill. 1989, *préc.*

⁵³² La compétence de la Commission a été étendue pour ces litiges par la loi n° 2000-1208 du 13 déc. 2000 *relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, JO 14 déc. 2000, p. 19777.

l'accord amiable objectif de la conciliation. La question se pose encore de savoir si ce « *document de conciliation* » consiste en un constat de l'accord amiable ou si la commission doit établir un procès-verbal de conciliation.

290. L'hypothèse de l'échec de la tentative de conciliation. L'accès au juge demeure possible en cas d'échec de la tentative de conciliation, dans le cas où les parties ne consentent pas à l'avis de la commission. L'alinéa 5 de l'article 20 de la loi de 1986 modifiée, prévoit à cet égard qu'« *à défaut de conciliation entre les parties, elle rend un avis comportant l'exposé du différend et la position des parties ainsi que, le cas échéant, celle de la commission* ». Par suite, « *cet avis peut être transmis au juge par l'une ou l'autre des parties* ». En conséquence, et dérogeant au principe de confidentialité de la résolution amiable des différends, l'avis rendue par la commission est de nature à orienter la décision du juge lorsque celui-ci en cas d'échec est saisi du litige⁵³³.

291. L'hypothèse d'un accord des parties conclu par les parties en dehors de la conciliation mise en œuvre devant la commission de conciliation et du juge. Un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 23 juin 1993 a approuvé une cour d'appel ayant jugé que l'obligation faite par la loi du 23 décembre 1986 « de saisir le tribunal à défaut d'accord constaté par la commission ne faisait pas obstacle à la conclusion d'un accord par les parties »⁵³⁴. Il ressort de cette jurisprudence que « la commission de conciliation n'est pas à considérer comme le réceptacle exclusif d'un éventuel accord »⁵³⁵. Ainsi, un accord amiable peut être conclu dans une autre sphère *extrajudiciaire* que celle prévue devant la Commission, par le biais, par exemple, d'une négociation directe entre les parties en dehors de

⁵³³ À l'instar de ce que nous avons observé concernant l'échec de la médiation menée par le président de la chambre des notaires concernant la rupture du contrat de travail du notaire salarié. Pour rappel, l'art. 16 du décret de 1993 prévoit que le Conseil des prud'hommes ne peut être saisi, à peine d'irrecevabilité, que dans la mesure où le demandeur justifie de la tentative de médiation préalable par une remise d'une copie du procès-verbal établi par le président de la chambre des notaires mentionnant la solution qu'il propose et les points demeurant en litige, favorisant ainsi une sorte de mise en état du litige.

⁵³⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 23 juin 1993, n° 91-20.052, NP : Dans cette affaire, la commission de conciliation avait relevé qu'un montant de 11 000 francs constituait une excellente base de conciliation que le locataire serait prêt à accepter. Par suite, le juge n'a pas été saisi avant l'expiration du bail (à la date du 14 juin 1988) et le locataire a payé sans réserve un loyer sur cette base au cours des sept premiers mois du bail renouvelé (du 15 juin 1988 au 15 janvier 1989). Le locataire assigne alors ses bailleurs afin de faire constater le renouvellement de son bail à compter du jour ayant suivi l'expiration de celui-ci, dès le 15 juin 1988, aux clauses et conditions antérieures afin d'obtenir le remboursement du trop-perçu de loyer. La troisième chambre civile appuie la décision des juges d'appel qui avaient « sans modification de l'objet du litige, et par une interprétation nécessaire, exclusive de dénaturation, des termes ambigus » d'une lettre postérieure à l'expiration du bail en date du 18 juillet 1988, « légalement justifié sa décision ».

⁵³⁵ B. Pons, *Contrat de transaction, Solutions transactionnelles : Conciliation – Médiation – Procédure participative*, op. cit., p. 591, n° 311.721 et 311.722.

la mise en œuvre de la conciliation devant la Commission et de la présence du juge. La question se pose néanmoins de savoir si un accord amiable peut être conclu postérieurement à l'expiration du bail.

B. En matière de baux commerciaux

292. Une institution de résolution amiable commune. Le cadre légal de la conciliation en matière baux commerciaux révèle que la Commission départementale régule tant les différends relatifs aux baux d'habitation, que ceux relatif aux baux commerciaux **(1)**. Il convient de vérifier si la conclusion de l'accord amiable en matière de baux commerciaux révèle des spécificités **(2)**.

1) Le cadre légal de la conciliation

293. Une régulation des litiges relatifs au montant des loyers, charges et travaux. En considération des différends susceptibles de naître au sujet d'une évolution du loyer, des charges et travaux, le Code de commerce prévoit, à l'article L. 145-35 aliéna premier du Code de commerce, la saisine de la « *commission départementale de conciliation composée de bailleurs et de locataires en nombre égal et de personnes qualifiées* ». Ces différends peuvent par ailleurs s'élever à l'occasion du renouvellement du bail⁵³⁶ ou lors d'une demande révision du loyer⁵³⁷. Au même titre que ce que nous avons observé en matière de baux d'habitation, la conciliation est institutionnalisée et mise en oeuvre par la même Commission départementale.

294. Une tentative facultative de conciliation. L'alinéa premier de l'article L. 145-35 du Code de commerce évoquent que les litiges « *peuvent être soumis à une commission départementale de conciliation* ». L'alinéa second du texte prévoit en outre que dans le cas où le juge vient à être « *saisi parallèlement à la commission compétente par l'une ou l'autre des parties* », et, d'autre part, que celui-ci « *ne peut statuer tant que l'avis de la commission n'est pas rendu* ». En conséquence, l'amiable tient en quelque sorte le judiciaire en l'état. Par ailleurs, le caractère facultatif de la tentative de conciliation en matière de bail commercial a pu être discuté. En l'absence de clarification par le législateur, la doctrine et la jurisprudence se

⁵³⁶ Voy. L'art. L. 145-34 CCom.

⁵³⁷ Voy. L'art. L 145-38 CCom.

sont exprimées de façon hétérogène⁵³⁸, jusqu'à ce qu'un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, en date du 10 mars 2010, prenne position en faveur du caractère facultatif de la saisine de la commission⁵³⁹.

2) L'objectif contractualisé de la conciliation

295. Les modalités de formation de l'accord amiable devant la commission de conciliation des baux. L'article L. 145-35 alinéa premier du Code de commerce *in fine* ajoute que « *la commission s'efforce de concilier les parties et rend un avis* ». Cette mission de conciliation n'est pas sans rappeler la mission de conciliation du juge édictée au titre des principes directeurs du procès à l'article 21 du Code de procédure civile. Quoiqu'il en soit, la Commission de conciliation rend un « *avis* » auquel les parties peuvent consentir ou non, à l'instar de ce que nous avons observé en matière de baux d'habitation.

296. Le relatif silence du législateur au regard du régime applicable à l'accord amiable. L'alinéa premier de l'article D. 145-18 du Code de commerce impose l'exigence d'un écrit en précisant que si un accord est conclu, « *il est dressé un acte signé des parties* ». Cette disposition n'apporte aucune qualification transactionnelle à l'accord ainsi trouvé par les parties. Toutefois, sa formulation laisse penser à l'établissement d'un acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats. Par ailleurs, les articles D. 145-12 et suivants du Code ne comportent aucune disposition relative à la qualification contractuelle et à la force de l'accord susceptible d'intervenir.

La Haute juridiction, quant à elle, ne précise pas clairement la qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable issu de la conciliation en matière de baux commerciaux. En effet, dans une affaire intervenue suite à un accord conclu devant la Commission départementale de conciliation et dans une espèce où une société locataire avait refusé de signer le bail, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que la cour d'appel avait « exactement retenu que cet accord signé des deux parties devait recevoir application »⁵⁴⁰, sans toutefois préciser une quelconque qualification transactionnelle à l'accord amiable issu de la conciliation. Néanmoins, un auteur estime que « si cet accord répond à la

⁵³⁸ Sur ce point, B. Pons, *Contrat de transaction, Solutions transactionnelles : Conciliation – Médiation – Procédure participative*, *op. cit.*, p. 563, n° 311.231 et 311.232.

⁵³⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 10 mars 2010, n° 09-10.344, *Bull. civ.* III, n° 59, *Gaz. Pal.* 14-17 juill. 2010, jur. 43 ; « Droit des baux commerciaux », note P.-H. Brault, *Loyers et copropriété*, 2010, n° 139.

⁵⁴⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 14 juin 1995, n° 93-14.769, *Bull. civ.* III, n° 146.

qualification de transaction, l'une des parties peut soit saisir unilatéralement le président du tribunal de grande instance pour lui demander de conférer force exécutoire à cet accord, soit saisir contradictoirement le juge des loyers aux fins de reconnaissance de la validité de cet accord »⁵⁴¹.

297. En définitive, en matière de baux, l'accord amiable issu de la conciliation menée devant la commission semble pouvoir être qualifié par les parties et rédacteurs d'actes de contrat de transaction soumis au régime spécialement prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil. Une qualification qui n'emporte pas l'attribution de la force exécutoire laquelle suppose le recours au juge de l'homologation. Néanmoins, le juge des loyers au titre de la validité de l'accord peut être amené à se prononcer sur la qualification contractuelle retenue.

298. Conclusion de la Sous-Section I. Plusieurs remarques ressortent de l'examen des processus *spéciaux* de résolution amiable *extrajudiciaires*.

En premier lieu, nous constatons que l'ordre public de protection de la partie faible ne vient pas contrarier le développement de ces processus mis en œuvre en dehors de la présence du juge pourtant garant de cette protection, mais justifie toutefois un aménagement des conditions de mise en œuvre de ces processus.

En second lieu, et au regard de l'objectif de ces processus, nous constatons qu'il existe un domaine dans lequel le législateur qualifie expressément l'accord amiable issu d'un processus de résolution amiable de contrat de transaction au sens des articles 2044 et suivants du Code civil : celui de l'indemnisation des victimes d'accident médicaux, d'accident de la circulation, d'actes de terrorisme ou de pollution aux hydrocarbures. Une qualification, qui sans être imposée par le législateur, semble retenir la faveur des praticiens et rédacteurs d'actes dans le domaine du droit du travail, et demeure possible en matière de baux. En revanche, la qualification transactionnelle ne semble pas être systématiquement retenue pour les conventions intervenant en droit de la famille pour lequel le législateur donne un nouvel éclairage par l'introduction d'un nouveau cas de divorce par consentement mutuel donnant lieu à un acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats. Enfin, il apparaît un domaine dans lequel le choix de la qualification applicable à l'accord amiable issu du processus de résolution amiable présente une certaine souplesse : celui du droit de la consommation.

⁵⁴¹ B. Pons, *Contrat de transaction, Solutions transactionnelles : Conciliation – Médiation – Procédure participative*, op. cit., p. 565, n° 311.241.

Sous-Section II – La multiplication des processus de résolution amiable *extrajudiciaires* spéciaux en droit des affaires

299. Concurrence, crédit aux entreprises, environnement, responsabilité sociétale des entreprises, industrie et sous-traitance : De la résolution à la prévention des différends. Rien de nouveau à dire que la pratique de la résolution amiable des différends, en droit des affaires, est largement développée. S'il est impossible d'en rapporter une preuve chiffrée et de se référer à des statistiques relatives à l'accord amiable, cela tient aux faits que d'une part, la conclusion de l'accord est couverte par le principe de confidentialité innervant plus largement l'ensemble des processus de résolution amiable, et que, d'autre part, la remise en cause des accords est assez marginale. En effet, la solution librement négociée par les parties au regard de leurs besoins et intérêts garantit l'exécution de l'accord. Nous relevons à cet égard que la résolution amiable sert un objectif particulier en droit des affaires, celui du maintien de la relation commerciale, souvent coûteuse à établir. Dans le pire des cas de figure – celui où les partenaires économiques se séparent – le recours à la résolution amiable permet incontestablement d'apaiser le conflit, de restaurer une neutralité relationnelle permettant aux entités de coexister sainement dans des contextes économiques exigeant compétitivité et productivité.

Sur le versant *judiciaire*, l'affaire LVMH/Hermès illustre parfaitement notre propos. Dans le cadre d'un conflit largement médiatisé et politisé, porté à son paroxysme devant plusieurs juridictions, l'intervention du président du tribunal de commerce Paris par une conciliation *judiciaire* a permis d'aboutir, en novembre 2014, à un accord amiable mettant un terme aux différents contentieux et normalisant les relations d'affaires entre les deux géants de l'industrie du luxe.

Sur le plan *extrajudiciaire*, le recours au *droit commun de la résolution amiable* s'est affirmé en droit des affaires sur la base de la pratique de la négociation contractuelle entre les partenaires économiques. Le législateur a néanmoins prévu en droit des affaires des processus de résolution amiable spéciaux *extrajudiciaires*, et ce, avant même l'instauration en 1995, du premier socle de règles de droit commun procédural relatif à la résolution amiable des différends⁵⁴². Dès 1982, le législateur a en effet créé un processus *extrajudiciaire* spécial dans un domaine particulier : celui des œuvres cinématographiques. Dans ce domaine, un médiateur institutionnel – le médiateur du cinéma – est chargé du traitement amiable de litiges relevant du

⁵⁴² Loi n° 95-125 du 8 févr. 1995 *préc.*

droit de la distribution et du droit de la concurrence⁵⁴³. Une mission interpellant en particulier sur la formation de l'accord amiable, à l'instar de ce que nous avons observé dans d'autres domaines où se sont développés des processus dits de « médiation »⁵⁴⁴. De manière beaucoup plus contemporaine, le gouvernement – plus que le législateur – développe des processus spéciaux *extrajudiciaires* servant tant la résolution que la prévention amiable des différends dans le cadre de l'assistance aux entreprises (§1), mais également dans celui du développement du droit de l'environnement et de leur responsabilité sociétale des entreprises (§2), ainsi que dans le domaine de l'industrie et de la sous-traitance (§3).

§1. L'accord amiable issu de la médiation *extrajudiciaire* du crédit aux entreprises

⁵⁴³ La loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 *sur la communication audiovisuelle*, JO 30 juill. 1982, p. 2431, dont le champ d'application a été élargi par l'ord. n° 2009-1358 du 5 nov. 2009 *modifiant le Code du cinéma et de l'image animée*, JO 6 nov. 2009, p. 19209, puis par la loi n° 2010-1149, 30 sept. 2010, *relative à l'équipement numérique des établissements de spectacles cinématographiques*, JO 1^{er} oct. 2010, p. 17817, qui – avant même l'adoption de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995 *préc.* – a institué une conciliation préalable confiée au médiateur du cinéma. Le Décr. n° 83-86 du 9 févr. 1983 précisant les conditions de nomination du médiateur, les modalités de procédure ainsi que les pouvoirs et devoirs de ce tiers missionné. V. ég. S. Guinchard, A. Varinard, Th. Debard, *Institutions juridictionnelles*, 14^{ème} éd., Précis Dalloz, 2017, n° 49. L'art. L. 213-1 al. 1^{er} CCIA dispose ainsi que « *le médiateur du cinéma est chargé d'une mission de conciliation préalable* ».

Les litiges soumis concernent l'accès des exploitants d'établissements de spectacles cinématographiques aux œuvres cinématographiques, l'accès des œuvres cinématographiques aux salles, aux conditions d'exploitation en salle de ces œuvres. Ils peuvent encore découler de toute situation ayant pour objet, ou pouvant avoir pour effet, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence et révélant l'existence d'obstacles à la plus large diffusion des œuvres. Le Médiateur du cinéma peut également favoriser la résolution amiable des litiges relatifs à la fixation de délai d'exploitation d'œuvres cinématographiques, ou des différends relatifs à la méconnaissance des engagements contractuels entre un exploitant d'établissement de spectacles cinématographiques et un distributeur.

Le médiateur du cinéma bénéficie de pouvoirs spécifiques qui le distinguent d'autres tiers missionnés à la résolution amiable des différends. En premier lieu, au visa de l'art. L. 213-3 CCIA, et en cas de conclusion d'un accord en conciliation, il établit un procès-verbal de conciliation qu'il « *peut rendre public* ». En second lieu, aux vises des art. L. 213-4, L. 213-6. et L. 213-7 du CCIA, et à défaut de conclusion d'un accord en conciliation, il dispose d'un pouvoir d'injonction à l'égard des parties, ainsi que de pouvoirs de saisine de l'Autorité de la concurrence et d'information du ministère public.

⁵⁴⁴ L'art. L. 213-3 CCIA dispose que « *le médiateur du cinéma suscite ou favorise toute solution de conciliation* ». Aussi dans le « *décal de quinze jours* » dont il dispose à compter de sa saisine⁵⁴⁴, le médiateur « *invite les parties à lui fournir toutes les précisions qu'il estime nécessaire et peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile* »⁵⁴⁴. Mais le médiateur « *ne peut retenir aucun fait, grief ou élément de preuve sans en informer les parties intéressées dans des conditions permettant à celles-ci d'en discuter le bien-fondé* »⁵⁴⁴. Ces dispositions font ressortir une transposition des principes du procès équitable. Par ailleurs, l'art. L. 213-3 CCIA prévoit l'établissement d'un procès-verbal et l'article 6 alinéa 1^{er} du décret du 9 février 1983 est venu préciser qu'« *en cas de conciliation, le médiateur établit un procès-verbal signé par lui et par les parties en cause, constatant la conciliation, précisant les mesures à prendre pour mettre fin à la situation litigieuse et fixant un délai pour l'exécution de ces mesures* ». Néanmoins, le législateur ne précise aucunement la qualification de l'accord contenu dans le procès-verbal. Par ailleurs, la règle établie par la loi du 29 juillet 1982 selon laquelle le procès-verbal de conciliation établi par le médiateur du cinéma avait « *force exécutoire du seul fait de son dépôt au greffe du tribunal d'instance* »⁵⁴⁴ a été abrogée, de sorte que la question de la force de l'accord de conciliation se pose d'autant plus. Enfin, l'article 6 alinéa 3 du décret du 9 février 1983 ouvre la possibilité d'une issue positive différée en disposant que « *toute conciliation réalisée ultérieurement est constatée par procès-verbal [...]* ». Ainsi, outre l'exigence d'un constat écrit judiciaire attribuant la qualification de contrat judiciaire à l'accord amiable extra-judiciaire, ces textes ne précisent aucunement le régime contractuel applicable à l'accord amiable. De sorte, qu'il est permis de s'interroger sur l'application d'un droit commun de la résolution amiable conventionnelle et la possibilité pour l'accord amiable résolutif du différend de consister soit en un simple acte sous signature privée soit en une transaction régie par les art. 2044 et s. CCiv.

300. Distinction utile. Afin de faciliter l'identification de l'accord amiable, tel qu'il pourrait être envisagé au terme d'une médiation relative au crédit de l'entreprise, il convient de distinguer l'objet **(A)** et l'objectif **(B)** de ce processus de résolution amiable des différends.

A. L'objet de la médiation du crédit aux entreprises

301. Spécificité. Outre la tentative de conciliation *judiciaire* spéciale pouvant aboutir à un « *accord amiable* » entre le débiteur et ses principaux créanciers en droit des entreprises en difficultés, un Accord de place signé le 27 juillet 2009 a fondé l'existence de la Médiation nationale du crédit aux entreprises intervenant en pratique depuis l'année 2008⁵⁴⁵. Le processus n'a d'ailleurs pas été intégré – à l'instar de la médiation bancaire – à la médiation *extrajudiciaire* des litiges de la consommation dans la mesure où les parties en présence ne sont que des professionnels. Ce processus apparaît au surplus issu du droit souple puisqu'aucun texte législatif ou réglementaire ne le consacre.

302. La régulation amiable des difficultés dans le financement d'assurance-crédit des petites et moyennes entreprises. La tentative de « médiation » consiste à aider les entreprises qui rencontrent des difficultés dans le financement d'assurance-crédit, tout en leur permettant de poursuivre ou de développer leur activité. Ce processus de résolution amiable des « difficultés » s'est développé autour d'une bonne pratique mise au service de certaines entreprises. Sont ainsi concernées les entreprises de services aux particuliers, de restauration, de commerce de détail, d'artisanat ou encore les petites entreprises du bâtiment et de travaux publics, généralement composées de moins de cinquante salariés.

Sous l'égide des ministres de l'Économie et des Finances, la Médiation du crédit aux entreprises est conduite dans chaque département par 105 médiateurs territoriaux, tenus au secret bancaire, dont les services sont entièrement gratuits. La mission est en outre pilotée au

⁵⁴⁵ Voy. l'Accord de place conclu entre l'État, la Banque de France, l'Institut d'émission d'Outre-Mer (IEOM) et l'Institut d'émission des départements d'Outre-Mer (IEDOM), la Fédération bancaire française (FBF) et la Médiation du crédit et les différents établissements bancaires concernés et, depuis avril 2015, l'Association française des sociétés financières (ASF) ; www.economie.gouv.fr. Voy. Accord de place 4 avr. 2011 reconduit. L'accord de place, régulièrement reconduit, définit le cadre d'intervention et de collaboration entre les équipes de la Médiation du crédit et les établissements financiers pour le traitement des dossiers en médiation. Il formalise ainsi une série d'engagements : d'une part, les établissements s'engagent à maintenir, pendant la durée de la médiation, leurs lignes de crédit existantes, sans exiger de garanties supplémentaires et d'autre part, la Médiation du crédit s'engage à fonder des recommandations sur une analyse financière et comptable de chaque entreprise qui la saisit et à ne jamais demander aux partenaires financiers d'interventions qui leur feraient manifestement courir un risque anormal.

niveau national par le Médiateur national du crédit nommé par décret du Président de la République. Il s'agit ainsi d'une médiation institutionnelle. Pour l'année 2017⁵⁴⁶, le rapport d'activité de la Médiation du crédit aux entreprises a fait état de 2302 demandes de médiation reçues d'entreprises, dont 1514 dossiers acceptés (pour un taux d'éligibilité de 66 %) ayant abouti à 1394 dossiers instruits et clos pour un taux de réussite de la médiation s'élevant donc à 65%. Ainsi, 909 entreprises ont pu être confortées dans leur activité générant la préservation de 11172 emplois et 193 millions d'euros de crédit ont été débloqués.

B. L'objectif de la médiation du crédit aux entreprises

304. L'absence de précision relative à l'accord amiable. L'Accord de place, tel qu'il a été conclu en 2009 puis reconduit en 2011, ne précise aucunement l'existence de l'accord amiable des parties. L'article 6 de cet « Accord » détaille les cinq étapes de la Médiation du crédit aux entreprises et se contente en son point 5°, relatif à la dernière étape du processus, de préciser que le médiateur « *propose une solution aux parties et, si elles l'acceptent, clôt la médiation en réussite* »⁵⁴⁷. Nous pouvons en déduire, au titre de la formation de l'accord amiable scellant la réussite de la médiation, que le médiateur du crédit aux entreprises agit davantage comme un conciliateur proposant une solution aux parties, celles-ci demeurant libres de l'accepter ou non. Ainsi, l'accord amiable n'est appréhendé qu'au regard de sa formation à travers la rencontre d'une offre de solution émise par le médiateur et d'une acceptation des parties. L'accord amiable n'est toutefois pas défini et un régime contractuel qui lui serait applicable non précisé.

305. En conséquence, dans ce domaine comme dans d'autres déjà examinés, la question se pose encore de savoir si dans le cas où les parties consentent à cette proposition de solution, l'accord qui en découle consiste en un simple acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats, ou s'il peut recevoir une qualification spéciale, celle du contrat de transaction régi par les articles 2044 et suivants du Code civil. En outre, en l'absence de précision, la question de l'homologation de l'accord amiable se pose également.

§2. L'accord amiable en matière environnementale et de RSE

⁵⁴⁶ Voy. le Rapport d'activité 2017 Médiation du crédit aux entreprises : www.economie.gouv.fr

⁵⁴⁷ Le texte précise, au surplus, que « *dans le cas inverse, si aucune autre voie permettant un accord ne lui paraît possible, il clôt la médiation en échec. L'entreprise peut, si la médiation n'a pas abouti, demander la révision de son dossier au niveau régional* »

306. Préoccupations sociales, environnementales et économiques. En matière de droit de l'environnement, la médiation peut s'organiser de manière collective et vient de connaître, dans le cadre de l'action de groupe, une consécration légale au plan *judiciaire* (A). Dans le prolongement de ces préoccupations environnementales, la médiation trouve également, et plus largement, une application dans le domaine de la responsabilité sociétale ou sociale des entreprises⁵⁴⁸, de manière *extrajudiciaire* que ce soit à titre curatif ou préventif (B). Consistant en un processus volontaire, elle répond en effet parfaitement à la dynamique de la responsabilité sociétale des entreprises. Celles-ci intègrent les préoccupations sociales, environnementales et économiques dans leurs activités et dans leurs interactions avec leurs parties prenantes sur une base volontaire⁵⁴⁹. La médiation apparaît dès lors comme un outil permettant aux entreprises de contribuer aux enjeux de développement durable⁵⁵⁰.

A. La consécration de la médiation de groupe en matière environnementale

307. Une médiation *judiciaire*. Si notre analyse vise, à ce stade de notre raisonnement, le règlement *extrajudiciaire* des différends en droit des affaires, nous faisons le choix de faire état de la consécration légale, au plan *judiciaire*, d'une action de groupe en droit de

⁵⁴⁸ La responsabilité « sociétale » des entreprises (RSE) est également dénommée responsabilité « sociale ». Cette alternative de dénomination présente un risque de confusion. En effet, le terme « sociétale » peut désigner tout ce qui concerne la société (donc à la fois l'environnement et le social), ou seulement les relations sociales à l'exclusion des relations professionnelles dans l'entreprise (relations avec la communauté, mécénat, etc.). Le terme « social », quant à lui, peut désigner soit seulement les relations entre employeurs et employés (à l'instar du sens des expressions « dialogue social », « partenaires sociaux », qui désignent leurs représentants), soit tout ce qui concerne la société, y compris l'environnement. Nous retenons ce dernier sens, « social » et « sociétal » pouvant être équivalents, et rejoignant le terme anglais de *corporate social responsibility* – Voy. ég. N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 400, n° 253.41 : la notion de responsabilité sociale ou sociétale des entreprises (RSE) se fonde sur l'idée que les entreprises doivent assumer des responsabilités qui dépassent leur sphère d'activités directes et traduit la façon dont les entreprises prennent en considération les effets de leurs activités sur la société et l'environnement et affirment leurs principes et valeurs, tant dans l'application de leurs méthodes et procédés que dans les relations avec d'autres acteurs.

⁵⁴⁹ Voy. la définition de la RSE donnée par la Commission européenne dans son *Livre vert – promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises* » publié en 2001, COM (2001) 366 : la responsabilité sociale des entreprises est définie comme « un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes ». La responsabilité sociale des entreprises concerne les actions de celles-ci qui vont au-delà des obligations juridiques qui leur incombent à l'égard de la société et de l'environnement. Certaines mesures réglementaires peuvent créer des conditions plus propices à inciter les entreprises à s'acquitter volontairement de leurs responsabilités sociales. En se dotant dès 2001 d'une législation en ce sens, la France est un État membre pionnier en la matière et un des principaux soutiens à l'adoption de cette directive.

⁵⁵⁰ Une conception dominante en France rattache le contenu de la RSE à la notion de développement durable déclinée au niveau des entreprises : voy. www.developpement-durable.gouv.fr

l'environnement, laquelle prévoit le recours à la médiation dont le cadre légal doit être présenté (1) afin d'en identifier l'objectif contractualisé (2).

1) Une action de groupe *judiciaire* en droit de l'environnemental

308. Le cadre légal. Le législateur, en promulguant la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle* – et à l'instar de ce que nous avons observé en droit de la santé, en droit du travail en matière de discrimination, mais également en ce qui concerne la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'information, aux fichiers et libertés*⁵⁵¹ – a consacré, sur le fondement de l'article L. 142-3-1 du Code de l'environnement, une action de groupe en matière d'environnement, soumise au droit commun de l'action de groupe. Concernant la qualité pour agir, seules peuvent exercer cette action devant le juge judiciaire ou le juge administratif⁵⁵² : d'une part, les associations agréées, dont l'objet statutaire comporte la défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres, et d'autre part, les associations de protection de l'environnement agréées⁵⁵³.

Cette action peut être diligentée lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent des préjudices résultant d'un dommage dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2 du Code de l'environnement, causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles.

309. L'objet de l'action de groupe *judiciaire* en droit de l'environnement. Ces associations agréées peuvent donc exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre. Ces faits peuvent constituer une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, à l'amélioration du cadre de vie, à la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme, à la pêche maritime. Ils peuvent encore avoir pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, la sûreté nucléaire et la radioprotection. Plus largement encore, ces faits peuvent être relatifs aux

⁵⁵¹ Voy. l'art. 60 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, *préc.*

⁵⁵² Nous relevons, à cet égard, la consécration de la médiation administrative intégrée au Code de la justice administrative par l'art. 5 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, *préc.*

⁵⁵³ Voy. l'art. L. 142-3-1, IV, C. environ.

pratiques commerciales et aux publicités comportant des indications environnementales trompeuses ou de nature à induire en erreur, ainsi qu'aux textes pris pour leur application.

Ce droit d'agir également reconnu, dans les mêmes conditions aux associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits et qui se proposent, par leurs statuts, la sauvegarde de tout ou partie des intérêts visés à l'article L. 211-1 du Code de l'environnement, en ce qui concerne les faits constituant une infraction aux dispositions relatives à l'eau. Sont également visés les intérêts exposés à l'article L. 511-1 du même Code, lequel intéresse les entreprises dans la mesure où l'alinéa premier vise les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, pouvant présenter des dangers ou des inconvénients : pour la commodité du voisinage, pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, pour l'agriculture, pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, ou encore pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique. Sont au surplus visés les faits constituant une infraction aux dispositions relatives aux installations classées.

En tout état de cause, cette action de groupe en matière environnementale peut tendre à la cessation du manquement, à la réparation des préjudices corporels et matériels résultant du dommage causé à l'environnement ou à ces deux fins⁵⁵⁴.

2) L'objet et l'objectif de la médiation de groupe en droit de l'environnement

310. L'objet de la médiation de groupe en droit de l'environnement. L'article L. 142-3-1 du Code de l'environnement ne prévoit pas de dispositions particulières concernant la médiation. Néanmoins, ce silence du législateur n'est pas exclusif de l'application, d'une part, du droit commun de l'action de groupe devant le juge judiciaire – tel que prévu au chapitre Ier du titre V de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle* – et d'autre part, du droit de l'action de groupe prévu par le chapitre X du titre VII du livre VII du code de justice administrative et se déroulant devant le juge administratif.

Ainsi, que ce soit dans le cadre de l'action de groupe prévue devant le juge judiciaire⁵⁵⁵ ou devant le juge administrative⁵⁵⁶, le processus de médiation peut être mis en œuvre. L'article 75 de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle renvoie ainsi au droit commun de

⁵⁵⁴ Voy. l'art. L. 142-3-1, III, C. environ.

⁵⁵⁵ Voy. les art. 75 et 76 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, *préc.*

⁵⁵⁶ Voy. les art. L. 70-10-16 et L. 70-10-17 C. just. adm.

la médiation et aux conditions d'application fixées au chapitre Ier du titre II de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, alors que l'article L. 70-10-16 du Code de la justice administrative renvoie, quant à lui, aux dispositions prévues à ce même code en matière de médiation judiciaire devant le juge administratif, à l'initiative du juge ou des parties⁵⁵⁷. Au titre de ses dispositions générales, le Code de la justice administrative définit la médiation comme « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction* »⁵⁵⁸. La médiation en matière administrative est donc *judiciaire* et cette définition fait écho à la définition de l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, faisant ressortir une unité de régime des processus, bien qu'ayant vocation à intervenir en droit privé et en droit public.

En conséquence, les associations agréées peuvent participer à une médiation afin de négocier un accord amiable au nom du groupe. Le processus réunit alors un ensemble d'acteurs, au titre desquels, par exemple, des collectivités publiques, des associations de protection de l'environnement, ou encore des entreprises concernées par l'impact écologique, autour d'un ou plusieurs médiateurs afin de prévenir la survenance de dommages environnementaux et de gérer les risques de pollution. Le recours à la médiation présente ainsi en matière écologique un intérêt au regard de la prévention des dommages environnementaux⁵⁵⁹.

311. Le renvoi au droit commun de la résolution amiable *judiciaire*. Nous avons constaté que l'article L. 142-3-1 du Code de l'environnement ne prévoit pas de dispositions spécifiques en matière de médiation. Il convient, en matière d'action de groupe dans le domaine environnemental, de se référer au droit commun de l'action de groupe selon que celle-ci est menée devant le juge judiciaire ou le juge administratif.

Ainsi et en premier lieu, le droit commun de l'action de groupe devant le juge judiciaire consacre une disposition à l'objectif de la médiation de groupe. L'article 76 de la loi prévoit, pour rappel, que l'accord négocié au nom du groupe est obligatoirement soumis à

⁵⁵⁷ Voy. les art. L.213-1 à 213-10 C. just. adm.

⁵⁵⁸ Spéc. L'art. L. 213-1 C. just. adm.

⁵⁵⁹ F. Casorla, « Médiation et... Droit de l'environnement », intervention dans le cadre du DESU Droit et pratique de la médiation et de la négociation en matière commerciale, économique et sociale, mars 2014, Faculté de droit et de Science politique, Aix-Marseille Université – Ég. Commission ouverte sur la Médiation sous la dir. de Mme M. Jaudel, Intervention de Mme A.-M. Guillaume, Directrice juridique grands contentieux l'entreprise Total, « Le réflexe médiation », mars 2012, faisant état de l'existence d'une grille de lecture des litiges et d'une orientation adéquate de leur traitement par voie judiciaire classique, par arbitrage ou par résolution amiable – Ég. J. Heinich, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, th. PUAM, 2015, n° 61.

l'homologation du juge opérant un contrôle sur son contenu, ainsi qu'à des mesures de publicités. Le législateur n'a cependant pas apporté de précisions concernant le régime contractuel applicable à l'accord amiable négocié au nom du groupe. La référence qui s'impose alors au droit commun procédural de la médiation *judiciaire* n'apporte pas plus de précision. La doctrine envisage néanmoins la possibilité que l'accord de médiation judiciaire puisse être soumis simplement au droit commun des contrats ou être spécialement qualifié de contrat de transaction soumis au régime des articles 2044 et suivants du Code civil.

Par ailleurs, le droit commun de l'action de groupe devant le juge administratif consacre également une disposition à l'accord négocié au nom du groupe au terme de la médiation. Nous constatons d'ailleurs que l'article L. 77-10-17 du Code de la justice administrative est rédigé en des termes identiques à l'article 76 de la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle instituant le droit commun de l'action de groupe devant le juge *judiciaire*. Il est ainsi prévu que, « *tout accord négocié au nom du groupe est soumis à l'homologation du juge, qui vérifie s'il est conforme aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer et lui donne force exécutoire* » et que « *cet accord précise les mesures de publicité nécessaires pour informer de son existence les personnes susceptibles d'être indemnisées sur son fondement, ainsi que les délais et modalités pour en bénéficier* ».

La médiation de groupe prévue comme un recours de résolution amiable au sein même de l'action de groupe partage, en conséquence, les mêmes objectifs à savoir : soit la cessation du manquement, soit la réparation des préjudices corporels et matériels résultant du dommage causé à l'environnement, soit ces deux fins. Ainsi la médiation peut être simplement préventive dans l'hypothèse où, par exemple, il existe un manquement laissant présager un dommage prévisible à venir, ou plus encore curative lorsqu'il existe un manquement dommageable à l'environnement⁵⁶⁰. La réparation des préjudices corporels et matériels résultant du dommage causé à l'environnement implique que l'accord amiable négocié au nom du groupe fixe le montant des réparations. Il s'agit dans ce cas, d'un accord amiable indemnitaire négocié au nom du groupe.

Quoiqu'il en soit, le législateur ne précise aucun régime contractuel applicable à l'accord amiable de groupe de manière générale, et plus spécifiquement en matière environnementale. Nous relevons, à cet égard, que sont visés « *tout accord négocié au nom du groupe* ». Et lorsque, nous nous référons – comme nous y invite les définitions données de la

⁵⁶⁰ Petit bémol en matière de médiation dans le cadre de l'action de groupe menée devant le juge administratif, l'art. L. 77-10-16 CJA n'envisage que la réparation des préjudices individuels et semble exclure la mise en œuvre de la médiation qui servirait seulement la cessation du manquement.

médiation dans le cadre des actions de groupe prévues devant le juge judiciaire et le juge administratif – au droit commun de la résolution amiable judiciaire, le législateur ne précise pas plus la qualification contractuelle applicable à l'accord de médiation. De sorte, qu'au regard des positions adoptées par la doctrine, il ressort une option de qualification contractuelle. L'accord de médiation peut ainsi soit consister en un simple acte sous signature privée uniquement soumis au droit commun des contrats, soit se voir attribuer la qualification contractuelle de contrat de transaction et être soumis au régime spécialement prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil.

B. La médiation préventive au service de la responsabilité sociétale des entreprises

312. Présentation. Le cadre légal de la RSE doit être précisé afin de déterminer le rôle de la médiation **(1)** et de procéder à une identification de l'accord amiable issu de ce processus **(2)**.

1) Le cadre légal de la RSE

313. L'évolution de la notion contemporaine de responsabilité sociétale des entreprises. Au début des années 2000, une place importante a été accordée par la norme ISO 26000 aux parties prenantes dans la gouvernance de l'entreprise, ainsi qu'au « dialogue » permettant de construire, de façon coopérative ou conflictuelle, selon le cas, le devoir de responsabilité sociétale pour chaque entreprise⁵⁶¹. Cette norme internationale est venue légitimer le recours à la médiation, présentée comme un mode de dialogue équitable, accessible et transparent⁵⁶². Plus récemment, la Commission européenne a proposé, en 2011, une conception plus moderne de la responsabilité sociale des entreprises qu'elle redéfinit comme étant « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* »⁵⁶³,

⁵⁶¹ Cette norme de l'Organisation Internationale de normalisation (ISO) relative à la responsabilité sociétale des entreprises a été publiée le 1^{er} nov. 2010 au terme de cinq années de négociations entre un grand nombre de parties prenantes dans le monde entier, impliqués dans son élaboration : représentants de gouvernements, ONG, représentants de l'industrie, groupes de consommateurs et représentants du monde du travail. Elle reflète donc un consensus international et se présente comme un référentiel incontournable en matière de développement durable ; yoy. www.iso.org

⁵⁶² N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïß, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 400, n° 253.41 et s.

⁵⁶³ Voy. la communication de la Commission européenne du 25 oct. 2011 « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'Union européenne pour la période 2011-2014 », COM (2011) 681 – Par ailleurs, la directive 2014/95/UE du 22 oct. 2014 relative à la publication d'informations extra-financières par les entreprises, dite « Directive RSE », JOUE 15 nov. 2014, L 330/1 consolide le cadre normatif de la RSE à

et ce, dans l'ensemble des champs identifiés par les principales normes internationales, en particulier ISO 26000. Afin d'assumer cette responsabilité, les entreprises doivent préalablement respecter la législation en vigueur et les conventions collectives conclues en les partenaires sociaux. La Commission considère ainsi que pour s'acquitter pleinement de leur responsabilité sociale, il convient que les entreprises aient engagé, en collaboration étroite avec les parties prenantes, un processus destiné à intégrer les préoccupations en matière sociale, environnementale, éthique, de droits de l'Homme⁵⁶⁴ et de consommateurs dans les activités commerciales et leur stratégie de base⁵⁶⁵. Le processus de RSE doit, d'une part, viser à optimiser la création d'une communauté de valeurs pour leurs propriétaires/actionnaires, ainsi que pour les parties prenantes et l'ensemble de la société, et, d'autre part, permettre de recenser, prévenir et atténuer les effets négatifs potentiels que les entreprises peuvent exercer sur l'environnement. La complexité du processus dépend alors de certains facteurs, tels que la taille de l'entreprise et la nature de ses activités⁵⁶⁶.

l'échelle de l'Union Européenne. Cette norme européenne instaure une obligation de *reporting* social et environnemental pour certaines grandes entreprises (sociétés cotées, sociétés ayant une activité financière et organismes d'assurance). Celles-ci devront ainsi communiquer des informations sur leurs politiques relatives aux questions environnementales, sociales et de personnel, et en matière de droits de l'homme et de lutte contre la corruption. Le droit français comporte déjà un cadre réglementaire détaillé en matière de *reporting* extra-financier, codifié à l'art. L. 225-102-1 CCom. Dès 2001, la loi n° 2011-420 du 15 mai 2011 *relative aux nouvelles régulations économiques*, JO 16 mai 2011, n° 113, p. 7776 prévoyait la publication par les seules sociétés cotées d'informations sociales et environnementales dans leur rapport de gestion. La loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 *portant engagement national pour l'environnement*, dite « Grenelle II », JO 13 juill. 2010, n° 0160, p. 12905 a par la suite approfondi ce dispositif par l'ajout d'un pilier sociétal et l'extension du champ des sociétés concernées, ainsi que par la création d'une liste réglementaire de 42 items de *reporting*. Enfin, il convient de relever l'adoption de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 *relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, JO 15 août 2015, n° 0189, p. 14263 qui oblige un *reporting* sur les risques financiers liées aux changements climatiques. L'art.173 de la loi modifie le Code de l'environnement indiquant que le rapport de gestion comprend également des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, incluant les conséquences sur le changement climatique des biens et services qu'elle produit.

⁵⁶⁴ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïš, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 367, n° 250 s. : nous relevons largement l'existence de médiations spéciales en matière de droit de l'Homme, d'une part au niveau national avec le Défenseur des droits (anc. Médiateur de la République), mais également au niveau européen avec le Médiateur européen ou Ombustman et le processus de règlement amiable devant la Cour européenne des droits de l'Homme.

⁵⁶⁵ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïš, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 402, n° 253.45 : Il convient d'ajouter que dans cette dynamique, s'est développé, dès 2010 et à l'initiative de L'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), un dispositif unique de médiation au niveau international, outil de RSE pour les entreprises multinationales.

⁵⁶⁶ La Commission européenne fait observer que pour la majorité des petites et moyennes entreprises, en particulier les micro-entreprises, le processus de RSE restera probablement informel et intuitif. Pour optimiser la création d'une communauté de valeurs, les entreprises sont encouragées à adopter vis-à-vis de la RSE une approche stratégique à long terme, et à explorer les possibilités de concevoir des produits, des services et des modèles d'entreprise innovants qui contribuent au bien-être de la société et débouchent sur des emplois de meilleure qualité et plus productifs. Afin de recenser, prévenir et atténuer les effets négatifs potentiels qu'elles pourraient avoir. Les grandes entreprises et les entreprises particulièrement exposées au risque d'avoir ce type d'effets, sont incitées à faire preuve de la diligence qui s'impose en fonction des risques, y compris dans leurs chaînes d'approvisionnement. Certaines catégories d'entreprises, telles que les coopératives, les mutuelles et les

314. La médiation : un outil à la fois préventif et curatif des différends. À titre préventif, la médiation trouve un double usage. Elle est à la fois un outil de dialogue en faveur de la RSE⁵⁶⁷, notamment avec la mise en place au sein même des entreprises de services de médiation, mais également un outil de veille, le médiateur contrôlant la mise en œuvre des outils RSE par l'entreprise et prévenant les risques d'abus⁵⁶⁸. La médiation permet ainsi d'apporter des réponses satisfaisantes aux attentes du législateur au regard de la loi NRE et de la loi Grenelle II. Dès la promulgation de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 dite « Grenelle I », le législateur avait d'ailleurs estimé que « *construire une nouvelle économie conciliant protection de l'environnement, progrès social et croissance économique exige de nouvelles formes de gouvernance favorisant la mobilisation de la société par la médiation et la concertation* »⁵⁶⁹.

Sur son versant curatif, la médiation est un processus, comme nous avons pu le constater, de nature à aboutir à un accord amiable résolutif du différend et suppose que l'entreprise propose ce service à l'égard de ses clients. En ce sens, le droit commun de la médiation de la consommation récemment codifié par le législateur français au titre Ier du Livre VI du Code de la consommation et s'appliquant à certaines médiations *extrajudiciaires* participe de la même dynamique de mise en œuvre de la responsabilité sociétale des entreprises par la régulation des litiges opposants le professionnel à un consommateur en matière bancaire, d'assurance, et d'énergie. Et nous pouvons aller plus loin, car les préoccupations de responsabilité sociétale des entreprises trouvent également des illustrations cette fois-ci dans les relations inter-entreprises.

sociétés familiales, sont dotées de structures de propriété et de gouvernance qui peuvent être particulièrement propices à un comportement responsable.

⁵⁶⁷ GEMME, *IVème Assises Internationales de la médiation judiciaire, La médiation, un choix de société*, 4, 5, 6 juill. 2013, sous le haut patronage de Mme Ch. Taubira, Garde des Sceaux et ministre de la Justice, « Responsabilité sociétale des entreprises et médiation », 5 juill. 2013 – Ég. Compte rendu du Colloque Planet'Mediation, *Les leviers de performance de l'entreprise : Médiation, responsabilité Sociale des Entreprises (RSE) et dialogue social*, jeudi 19 sept. 2013, la médiation étant abordée comme un outil de mise en œuvre de la RSE, mais également au service du dialogue social afin de tendre vers une amélioration de la qualité de vie au travail et du bien-être au travail constituant un levier de performance de l'entreprise.

⁵⁶⁸ L. Mattei, *La responsabilité sociétale des entreprises et la médiation*, th. dactyl. 2012, Université Paris-Dauphine : Les crises actuelles, sous leurs multiples aspects, mettent en lumière la responsabilité des entreprises dans notre société, bousculant ainsi l'un des dogmes néolibéraux résumé par la célèbre formule de Milton Friedman (1970) : « La responsabilité sociétale de l'entreprise est d'accroître ses profits ». C'est en réaction à ces crises et grâce au rôle actif de la société civile qui condamne désormais certaines pratiques, que le concept de responsabilité sociétale des entreprises (RSE) a émergé. L'enjeu est donc, aujourd'hui, de mettre en place un marché responsable entre l'entreprise et ses parties prenantes. Par la promulgation de la loi Grenelle I, la médiation, tant curative que préventive, se présente comme un des outils de mise en œuvre de la RSE. Le couple RSE et médiation permet ainsi de combiner efficacité économique, respect social, sociétal et environnemental.

⁵⁶⁹ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, dite Grenelle I, JO 5 août 2009, n° 0179, p. 13031.

2) L'accord amiable : objectif contractualisé de la médiation en matière de RSE

315. Quelle place et quelle forme contractuelle pour l'accord amiable dans le cadre de la prévention des litiges ? En matière de responsabilité sociétale des entreprises, à travers la norme ISO 26000 et les lois Grenelle⁵⁷⁰, la médiation – et partant l'accord amiable qui en est issu – est simplement présentée comme un outil permettant de répondre aux exigences poursuivies. Aucun texte ne régleme la médiation préventive des différends. Seuls les dispositions que nous avons examinées relatives à la responsabilité sociétale des entreprises, et le développement au sein des entreprises d'une politique de gestion optimisée des différends font apparaître que la médiation peut être un outil de veille et de dialogue permettant de faire aboutir les objectifs de responsabilité sociétale des entreprises. D'ailleurs, ce terme de « dialogue » est préféré, en matière préventive, à celui de négociation, car la médiation dans ce cas ne sous-tend pas nécessairement l'existence d'un différend. Ce dialogue a pour objectif d'anticiper la survenance de dommages prévisibles. Prévisibles, en ce sens qu'il peut par exemple s'agir de différends que l'entreprise a déjà pu rencontrer et traiter soit par recours contentieux, soit par recours amiable, mais qu'il devient nécessaire d'anticiper afin d'en limiter les coûts de traitement ou les dysfonctionnements internes qu'ils génèrent au sein de l'entreprise, et ce, dans un esprit responsable⁵⁷¹.

Ainsi, outre la mission du médiateur interne à l'entreprise ou du médiateur des entreprises d'accompagner les parties dans la recherche de solutions à leurs différends lorsque ceux-ci surviennent, les médiateurs institutionnels émettent des « recommandations » ou « avis » s'inscrivant dans une volonté de contribuer à l'amélioration du fonctionnement de l'entreprise au bénéfice de l'ensemble des acteurs. Le médiateur contribue ainsi à l'identification, la formation et la diffusion de bonnes pratiques⁵⁷². La question de savoir si les recommandations ou avis du médiateur, ont un réel effet obligatoire à l'égard de l'entreprise se pose légitimement⁵⁷³.

§3. L'accord amiable en matière industrielle et de sous-traitance

⁵⁷⁰ Norme de l'Organisation Internationale de normalisation (ISO) relative à la responsabilité sociétale des entreprises publiée le 1^{er} nov. 2010, *préc.* ; *Adde* Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, dite Grenelle I, *préc.* et loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite « Grenelle II », *préc.*

⁵⁷¹ Sur ce point, J. Heinich, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, *préc.*, n° 61.

⁵⁷² P. ex. Rapport du Médiateur Engie, 2017, spéc. p. 28 et s. : dispo. sur le site www.mediateur-engie.com.

⁵⁷³ B. de Belval, « Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit », *Gaz. Pal.* 6-8 mai 2012, p. 11.

316. Une médiation curative ou préventive. Les premiers effets de la crise économique, qui se sont faits sentir dès 2008, ont fait apparaître la nécessité de restaurer la confiance entre les acteurs économiques, en renouant le dialogue et en mettant à plat les difficultés pouvant survenir dans le cadre des relations commerciales. Ainsi, dans le domaine de l'industrie, des grands chantiers de travaux public, et ce, en particulier dans le domaine de la sous-traitance⁵⁷⁴, la médiation de part son double objet de résolution et de prévention amiable (A) et son objectif (B) s'est petit à petit imposée.

A. Le cadre de la mise en oeuvre de la médiation

317. Résolution de différends nés ou prévention de différends à naître. Dans ces domaines, la médiation permet d'organiser, soit la résolution de différends afin de permettre la continuation du projet mis en oeuvre, soit de procéder par concertation afin de prévenir toutes difficultés relatives à la réalisation du projet dans le cadre de la maîtrise d'oeuvre. Le développement de la pratique de la médiation dans les domaines de l'industrie, de la construction, du commerce, du secteur public, des services et de l'innovation a permis de mettre en exergue des pratiques de violence économique exercées par de grandes entreprises ou grands groupes sur des TPE ou PME pour lesquelles la conservation de la relation commerciale est vitale. La médiation vise donc à réguler les relations entre entreprises dans ces différents secteurs d'activité d'affaires⁵⁷⁵, tout en maintenant la relation contractuelle liant les acteurs économiques.

318. Un Médiateur des entreprises. Le gouvernement a souhaité – suite aux états généraux de l'industrie tenus en 2010 – mettre en place un dispositif de médiation inter-entreprises d'aide aux entreprises rencontrant des difficultés contractuelles ou relationnelles avec un client professionnel ou un fournisseur⁵⁷⁶. Un décret du 8 avril 2010 du Président de la République a créé le Médiateur des relations inter-entreprises industrielles et de la sous-traitance⁵⁷⁷, devenu, en janvier 2016, le Médiateur des entreprises⁵⁷⁸. Celui-ci a ainsi repris les

⁵⁷⁴ J-B Dagnaud et P. Pelouzet, « La médiation inter-entreprises et de la sous-traitance », interventions au *IVème Assises Internationales de la médiation judiciaire, La médiation, un choix de société du GEMME*, 5 juill. 2013.

⁵⁷⁵ Propos de J.-C. Volot recueillis par D. Cosnard et A. Goncalves, « Les acheteurs des grands groupes pillent les PMI », *Les Échos*, 24 févr. 2012 ; Ég. *Le Figaro* et *Le Monde*, 24 févr. 2012.

⁵⁷⁶ Conclusion des états généraux de l'industrie, dossier de presse, 4 mars 2010, Marignane, Bouches-du-Rhône : Ceux-ci ont révélé les déséquilibres existants dans les relations entre clients et fournisseurs

⁵⁷⁷ Décr. du Président de la République en date 8 avr. 2010 portant nomination du médiateur des relations

missions précédemment dévolues au Médiateur des relations inter-entreprises et au Médiateur des marchés publics.

Ainsi les entreprises de toutes tailles, de la TPE aux grands groupes cotés en bourse, à l'exception des entreprises subissant une procédure collective⁵⁷⁹, peuvent avoir recours à ce processus gratuit lorsqu'elles rencontrent des difficultés relationnelles ou contractuelles avec des clients professionnels ou fournisseurs. Le litige peut s'élever entre des entreprises du secteur privé ou entre une entreprise et une entité publique. Ce peut être le cas par exemple dans le cadre de grands chantiers de travaux publics entre les entreprises sous-traitantes, le maître d'œuvre et le maître d'ouvrage. Les difficultés s'illustrent principalement en des cas de non-respect de délais de paiement (délocalisation des services à l'étranger, retard volontaire de facturation, paiement au-delà du délai légal), de rupture brutale de contrat, de détournement de la propriété intellectuelle. Certains litiges peuvent encore s'élever à l'occasion de conditions contractuelles imposées à la formation du contrat, de modifications unilatérales de contrat, de contrat à prix ferme sans prise en compte des fluctuations des matières premières. D'autres encore trouvent leur origine dans des pénalités de retard abusives, des activités non rémunérées (études, logiciels), des incidents liés aux modalités de commande (par exclusion totale des conditions générales de vente, annulation de commande non indemnisées, non-respect des prévisions de commandes) et enfin dans l'hypothèse d'auto-facturation par le client (par exemple à travers la pratique consistant à décaler la date d'émission des factures).

319. Les missions du médiateur des entreprises. Ce tiers missionné a vocation à favoriser une relation partenariale authentique et durable entre donneurs d'ordres et fournisseurs, au sein de filières structurées et décloisonnées⁵⁸⁰. Son action s'inscrit hors de toute procédure contentieuse, de manière *extrajudiciaire*, et sa saisine peut prendre quatre formes.

En premier lieu, il assure une médiation collective dès lors que plusieurs demandes convergentes lui sont adressées. Il a alors pour première mission d'assurer le traitement et le suivi des demandes reçues et de les regrouper. Lorsque ces signalements convergent suffisamment, il se tourne, sans citer ses sources, vers le donneur d'ordres ou le sous-traitant concerné afin de lui demander d'améliorer ses pratiques. Cette médiation s'apparente à une

interentreprises industrielles et de la sous-traitance, M. J.-C. Volot, *JO* 9 avr. 2010, n° 0083, p. 6796.

⁵⁷⁸ Décr. 14 janv. 2016 portant nomination du médiateur des entreprises, *JO* 16 janv. 2016, n° 0013, nomination de M. P. Pelouzet.

⁵⁷⁹ Renvoyant à la conciliation en droit des entreprises en difficultés.

⁵⁸⁰ Voy. ég. P. Pelouzet, « Le mot du médiateur des entreprises » : www.economie.gouv.fr/mediateur-des-entreprises.

sorte d'action de groupe prenant la forme d'une conciliation⁵⁸¹. Une sorte de « conciliation de groupe » aboutissant, non pas à un accord amiable résolutif des différends, mais à un avis ou des recommandations. Cette « médiation » s'inscrit alors parfaitement dans le cadre des préoccupations de responsabilité sociétale des entreprises.

En second lieu, le médiateur peut mettre en œuvre une médiation individuelle dès lors que l'entreprise qui le saisit en exprime la demande, pour rechercher une concertation rapide, afin d'éviter une rupture de la relation commerciale par la résolution du différend. Dans cette hypothèse, la médiation peut soit aboutir à la résolution d'un différend par la conclusion d'un accord amiable, soit à une renégociation contractuelle sous-tendant la relation commerciale établie.

En troisième lieu, la médiation peut être de branche, c'est-à-dire impliquer une branche professionnelle et un autre secteur d'activité ou enfin consister en une médiation de filière, le médiateur intervenant pour réguler et ou rééquilibrer les relations au sein de la filière.

320. Un dispositif de proximité. Les dossiers de médiation sont déposés via internet et sont transmis automatiquement au Médiateur des entreprises régional compétent, lequel est chargé de coordonner l'action de la médiation inter-entreprises et d'intervenir en soutien des équipes régionales sur les dossiers sensibles ou nécessitant un interlocuteur national⁵⁸². Le Médiateur des entreprises s'appuie ainsi sur un réseau constitué fin 2014, de plus d'une quarantaine de médiateurs nationaux délégués et de médiateurs régionaux présents sur l'ensemble du territoire, provenant pour la plupart du pôle « 3E » des Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE), mais également de « tiers de confiance », professionnels accompagnant bénévolement les entreprises dans leurs démarches.

321. Une Charte et un label visant de bonnes pratiques dans les affaires. Sous l'égide de Madame Christine Lagarde, ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, une Charte de bonnes pratiques entre donneurs d'ordres et PME appelée Charte des relations inter-entreprises, devenue depuis la Charte relations fournisseurs responsables a été signée le 11 février 2010⁵⁸³. Conjointement, la Compagnie des dirigeants et acheteurs de France (CDAF)

⁵⁸¹ Plusieurs entreprises décident de se regrouper dès lors qu'elles rencontrent les mêmes difficultés vis-à-vis d'un même client professionnel ou d'un fournisseur ou entrent en médiation par l'intermédiaire de leur fédération professionnelle ou syndicat.

⁵⁸² Site de la médiation inter-entreprises des entreprises : www.mediation-interentreprises.fr

⁵⁸³ À l'heure actuelle, plus de 410 grandes entreprises et organismes publics sont signataires de la Charte.

a été créée dans le but de sensibiliser les acteurs économiques aux enjeux inhérents aux achats responsables et à la qualité des relations clients-fournisseurs. L'objectif poursuivi vise l'amélioration des pratiques d'achat des entreprises et des services publics afin de soutenir l'économie nationale en privilégiant les démarches partenariales, le dialogue et le savoir-faire des professionnels de l'achat. La démarche apparaît donc largement préventive.

L'intérêt du dispositif est en effet double. Il s'agit d'une part de permettre aux donneurs d'ordres signataires de faire savoir et officialiser leur volonté de s'inscrire dans une relation partenariale « gagnant-gagnant » avec les fournisseurs, et, d'autre part, de désigner un « correspondant » PME au sein de l'entreprise signataire qui interviendra en tant que médiateur interne, afin de faciliter le règlement des éventuels litiges avec les fournisseurs.

La Charte implique une dizaine d'engagements pour les entreprises signataires. Celles-ci doivent en effet se conformer à l'application de la loi n° 2008-776 *de modernisation de l'économie*⁵⁸⁴, et privilégier les relations durables avec les PME s'inscrivant dans une démarche partenariale. Ainsi le sous-traitant doit être considéré comme un partenaire stratégique avec qui le donneur d'ordre collabore afin de l'aider à améliorer ses performances. Il s'agit également d'appliquer le principe du coût total dans les appels d'offre lequel revient à intégrer les coûts logistiques, les risques à termes de réapprovisionnement, les problèmes de qualité et d'image, et favoriser une comparaison, à armes égales des offres, émanant de PME françaises et de sources délocalisées. Enfin, la Charte implique de prendre en compte les problématiques de développement durable et environnementales, et donc de responsabilité sociétale de l'entreprise dans le choix du fournisseur.

Toutes les entreprises signataires de la Charte des relations inter-entreprises peuvent, par ailleurs, depuis 2012, se porter candidate à l'obtention du Label relations fournisseurs responsables (Label RFR) et se soumettre dans le but de son obtention à une évaluation conduite par un organisme expert dans le domaine de la responsabilité sociétale des entreprises.

322. L'extension du domaine de la médiation inter-entreprises à l'innovation. Face au succès de ce processus de résolution et de prévention amiable des différends, le champ d'application de la médiation inter-entreprises a été étendu, dès l'année charnière de 2012, à l'ensemble des filières industrielles : grande distribution, services, luxe, ingénierie,

⁵⁸⁴ Loi n° 2008-776 du 4 août 2007 *de modernisation de l'économie*, dite loi LME, JO 5 août 2008, n° 0181, p. 12471.

communication, informatique, artisanat, énergie et nucléaire⁵⁸⁵.

Par ailleurs, suite à l'adoption en novembre de la même année du Pacte pour la compétitivité et l'emploi⁵⁸⁶, à l'organisation des Assises de l'entrepreneuriat en avril 2013⁵⁸⁷ et au déploiement de l'initiative French Tech en novembre 2013⁵⁸⁸, le champ d'application de la médiation inter-entreprises a été étendu au domaine de l'innovation afin de veiller, par exemple, au respect des brevets et de la propriété intellectuelle ou d'aider les start-up⁵⁸⁹. L'objectif poursuivi est d'accroître le taux de transformation de projets innovants en produits et services commercialisés. Ainsi, en matière d'innovation, place est faite à la médiation de projet ou positive. Dans ce cadre, le Médiateur aux entreprises se voit assigner quatre nouvelles missions consistant à résoudre les litiges liés à la propriété intellectuelle, à étendre la Charte PME innovantes dans le secteur privé, à faciliter l'accès au crédit d'impôt recherche (CIR)⁵⁹⁰ ainsi qu'au crédit d'impôt innovation. Enfin, il est tenu de participer à l'élaboration d'une convention « Commande publique innovante ».

B. Les objectifs de la médiation curative ou préventive en matière industrielle et de sous-traitance

323. Distinction. La médiation pouvant avoir une fonction curative ou préventive des différends, l'issue du processus peut être variable. Si la médiation curative donne lieu, en cas de réussite à un accord amiable qu'il convient d'identifier **(1)**, nous pouvons nous interroger sur l'existence d'un accord amiable à l'issue de la médiation préventive ou positive **(2)**.

1) L'accord amiable issu de la médiation curative

⁵⁸⁵ Rapport d'activité 2014 de la médiation inter-entreprises, disponible sur www.economie.gouv.fr : la saisine du médiateur des entreprises est en constante augmentation depuis 2010 avec un recours assez rare à la médiation collective ; Ég., M. Kindermans, « La médiation interentreprises de plus en plus sollicitée pour aplanir les relations difficiles », *Les échos*, 24 sept. 2014 et Th. Charles, *Plaidoyer pour la sous-traitance industrielle*, éd. L'Harmattan, mai 2011.

⁵⁸⁶ Premier Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi, 6 nov. 2011 : www.economie.gouv.fr.

⁵⁸⁷ Assises de l'entrepreneuriat qui se sont déroulées à l'Élysée le 29 avril 2013 : www.economie.gouv.fr

⁵⁸⁸ L'initiative French Tech consistant en un grand mouvement de mobilisation collective pour la croissance et le rayonnement des start-ups numériques françaises a été présenté par F. Pellerin alors ministre déléguée chargée des PME, de l'Innovation et de l'Économie numérique.

⁵⁸⁹ C. Cohen, « Médiation inter-entreprises : 4 nouvelles missions pour aider les PME innovantes », *Journal Chef d'entreprises*, 14 mars 2014 : selon P. Pelouzet, médiateur des entreprises, la médiation inter-entreprises est présentée « comme un acteur incontournable pour améliorer toute la chaîne d'innovation » ; M. Bellan, « La médiation inter-entreprises étend sa mission à l'innovation », *Les Échos*, 13 mars 2014.

⁵⁹⁰ V. Talmont et P. Pelouzet, « Rebâtir de la confiance autour du Crédit Impôt Recherche », *Les échos entrepreneurs*, 20 mai 2014.

324. L'absence de précisions relatives à l'accord amiable. En ce qui concerne la médiation inter-entreprises résolutive pratiquée dans les secteurs de la sous-traitance, de l'industrie et de l'innovation, entre fournisseurs et clients professionnels, l'issue du processus n'est pas précisée. Le Médiateur des entreprises est venu brièvement résumer que « la médiation consiste à résoudre de façon amiable un différend entre deux acteurs économiques (privés ou publics), grâce à l'intervention d'un tiers neutre, le médiateur » et ajoute que « celui-ci contacte l'autre partie (entreprise ou entité publique) et lui propose d'entrer en médiation, démarche volontaire et non contraignante ». Ainsi, « le médiateur facilite la négociation mais ne propose pas les solutions, qui doivent émerger des parties elles-mêmes ». Enfin, « une fois l'accord trouvé, il est formalisé par écrit par les parties et doit rester confidentiel »⁵⁹¹. Aucune précision n'est apportée quant au régime contractuel applicable à cet « accord trouvé » au terme de la médiation curative. Néanmoins, en matière de médiation inter-entreprises, ce sont les parties elles-mêmes qui construisent leur accord amiable accompagnées en ce sens par les techniques de négociation raisonnée du médiateur. De sorte, que l'accord amiable ne se forme pas par la rencontre d'une offre de solution émanant du tiers missionné et d'une acceptation des litigants.

325. Un renvoi au droit commun procédural de la résolution amiable conventionnelle ou *extrajudiciaire*. En l'absence de textes spécifiques à la médiation *résolutive* de différends relatifs à la responsabilité sociétale des entreprises ou à la médiation inter-entreprises *extrajudiciaire*, telle que pratiquée dans les domaines des relations professionnels et contractuels en droit des affaires, il convient de faire application du droit commun procédural de la résolution amiable dite « *conventionnelle* » ou *extrajudiciaire*.

Nous avons, à ce titre, constaté que le législateur, adoptant une approche procédurale, s'enferme dans un mutisme en ce qui concerne l'issue de la médiation conventionnelle de droit commun. La doctrine prenant le relais estime, pour sa part, que l'accord amiable résolutif du différend peut prendre plusieurs formes, pouvant rester consensuel⁵⁹², bien qu'en pratique et en particulier en droit des affaires, l'établissement d'un écrit soit facteur de sécurité juridique.

Mais plus précisément, quant au régime applicable à l'accord amiable, la doctrine, nous le rappelons, admet une option de qualification en considérant que celui-ci peut soit consister en un acte sous signature privé soumis au droit commun prévu aux nouveaux articles 1100 du

⁵⁹¹ P. Pelouzet, Le mot du Médiateur des entreprises, dispo. sur le site www.economie.gouv.fr, V° Médiateur des entreprises.

⁵⁹² N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 222, n° 221.133.

Code civil, soit être qualifié de contrat de transaction régi par les dispositions des articles 2044 et suivants du Code civil.

2) L'issue de la médiation préventive, de projet ou positive

326. La médiation préventive ou de projet, vecteur de renégociation contractuelle.

En dehors de la médiation curative – dite également de conflit ou réparatrice⁵⁹³ – consistant par l'entremise d'un tiers à favoriser une négociation des parties sur la solution au différend et visant à conclure un contrat mettant un terme au différend existant, la médiation peut intervenir de manière préventive. Elle consiste alors à anticiper la naissance d'un différend, à éviter des risques prévisibles, de manière tout à fait positive dans la mesure où elle permet, dans certains cas, d'optimiser des projets communs et d'élaborer des modalités d'association ou de collaboration. Partant, des formes de conciliation ou médiation se développent sans être nécessairement liées à l'existence d'un conflit, d'un différend ou d'un litige, mais trouvent leur fondement dans la prévisibilité d'éventuelles difficultés, différend, conflit tout en prenant appui pour leur mise en œuvre sur les principes fondamentaux de la résolution amiable, ainsi que sur les techniques des processus de conciliation et médiation *conventionnelles* ou *extrajudiciaires*. Ainsi, est-ce le cas pour la « médiation positive hors conflit » ou « médiation de projet » permettant de débloquer « toute situation où les parties auraient du mal à aller l'une vers l'autre, à s'écouter, à s'entendre, à s'accorder par elles-mêmes ou avec la seule aide de leurs conseils »⁵⁹⁴.

Ces médiations *préventive* ou *positive* trouvent un essor en droit des affaires lorsque la relation originelle des parties est une relation commerciale. Lorsqu'un différend survient, la résolution conventionnelle de celui-ci s'impose naturellement. Le maintien de cette relation contractuelle originelle peut être essentielle pour les parties prenantes. Coûteuse à établir, la relation commerciale justifie le développement de la gestion optimisée des litiges. De sorte que plutôt que d'attendre la survenance de litiges, les partenaires, lorsque des difficultés pointent sur l'exécution de leur contrat, décident de renégocier celui-ci. Dès lors, l'entremise d'un tiers, en particulier d'un médiateur qui n'imposera ni ne proposera de solutions, mais guidera les parties dans leur négociation de la solution du différend ou la renégociation de leur contrat originaire peut paraître judicieuse. Un travail de concertation peut effectivement permettre de lever des

⁵⁹³ M. Bourry d'Antin, G. Pluyette et S. Bensimon, *Art et techniques de la médiation*, LexisNexis Litec, éd. Juris-classeur, Pratique professionnelle, 2004, p. 13, n° 16 s.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 12 s., spéc. n° 5 et 15.

méfiances et d'aboutir à une meilleure acceptation ou réalisation d'un projet⁵⁹⁵, dont les enjeux économiques peuvent être élevées. Certains auteurs considèrent ainsi que la fonction de la médiation est le « rétablissement ou l'établissement de la communication » et ajoutent que « la finalité essentielle est donc bien la compréhension mutuelle et non la recherche d'un accord »⁵⁹⁶. À certains égards – et nous l'avons également constaté en ce qui concerne l'accord amiable issu du droit des entreprises en difficulté – la médiation peut devenir un outil de renégociation contractuelle. La médiation devient alors un outil de régulation de l'imprévision, laquelle a été admise par l'actuelle réforme de droits des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016⁵⁹⁷, laissant aux parties au contrat, à certaines conditions, la possibilité d'adapter leur contrat initial en cas de changement imprévisibles de circonstances. En effet, l'article 1195 du Code civil dispose dorénavant que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant* ». La partie est alors tenue de continuer d'exécuter ses obligations durant la renégociation. La médiation peut permettre ainsi de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs survenant à l'occasion de l'exécution du contrat d'origine, de nature à générer différends et litiges entre les cocontractants. Le second alinéa du texte précise encore qu'« *en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation* » et qu'au surplus « *à défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une des parties, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». Si la médiation peut devenir un mécanisme servant la révision du contrat originaire, reste que la question de l'existence de l'accord amiable préventif des différends se pose.

327. La question de l'existence de l'accord amiable préventif du différend. Nous constatons que les entreprises développent des politiques d'anticipation de la survenance et du traitement des différends et une gestion optimisée des différends et litiges qu'elles

⁵⁹⁵ PricewaterhouseCoopers, Landwells et associés, *Développement durable : aspects stratégiques et opérationnels*, éd. Francis Lefebvre, 2010, p. 19.

⁵⁹⁶ Mme. M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, éd. Que sais-je ?, 2015 : l'auteur propose une définition ample de la médiation comme « un mode de construction et de gestion de la vie sociale grâce à l'entremise d'un tiers neutre, indépendant, sans autre pouvoir que l'autorité que lui reconnaissent les médiés qui l'auront choisi ou reconnu librement ». L'auteur précise encore que « du vrai dialogue peut naître en effet, soit la possibilité d'une entente, soit la prise de conscience désormais claire que le désaccord est irréductible et doit être tranché ».

⁵⁹⁷ Ordo n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc.

rencontrent⁵⁹⁸. Confrontées à des différends et litiges récurrents, les sociétés développent un management du traitement de différends susceptibles de survenir et suffisamment prévisibles : soit en créant en leur sein des services de médiation ; soit en orientant le traitement vers l'arbitrage, la médiation ou le recours au juge compétent⁵⁹⁹. La médiation permet ainsi de limiter leur survenance ou de réguler de simples difficultés, laissant craindre qu'ils puissent dégénérer en litige créant la rupture de relations commerciales.

À cet égard, l'article 2044 du Code civil définissant le contrat de transaction, précise que si l'accord amiable transactionnel peut venir « *terminer une contestation née* », il peut également « *prévenir une contestation à naître* ». Dès lors, si une médiation préventive peut aboutir à une renégociation du contrat originaire liant les parties, elle pourrait parfaitement aboutir à un accord amiable transactionnelle dont les effets sont tout autre et qu'il conviendra d'analyser.

Quoiqu'il en soit, nous observons une mutation de l'objet des processus de résolution amiable *extrajudiciaires* en droit des affaires, passant d'une résolution à une prévention amiable des différends, de nature à impacter leur objectif commun, à savoir, l'accord amiable qui en résulte.

328. Conclusion de la section II relative à la multiplication des processus spéciaux de résolution amiable *extrajudiciaire* des différends. En examinant les divers domaines du droit dans lesquels le législateur ou le gouvernement, se sont engagés au développement des processus *extrajudiciaires* de résolution amiable des différends, nous constatons, une fois de plus, que le droit commun procédural de la résolution amiable sert de référent. Néanmoins, le silence quant à l'objectif poursuivi – la conclusion d'un accord amiable – nous amène à considérer que l'accord amiable peut consister en un simple acte sous signature privée soumis au droit commun des contrats, ou bien recevoir, de la part des parties et des rédacteurs d'actes, la qualification spéciale de contrat de transaction. Il convient d'être prudent non seulement au regard du choix de régime applicable à l'accord, mais aussi en ce qui concerne le fait que lorsque les parties puissent être liées à l'origine par un contrat. Dans ce cas, le traitement des différends qui en découlent peut donner lieu à une renégociation du contrat originaire. Conciliation, médiation ou formes de négociation plus directe des différends présentent à cet

⁵⁹⁸ Enquête Fidal

⁵⁹⁹ Commission ouverte sur la Médiation sous la dir. de Mme M. Jaudel, Intervention de Mme A.-M. Guillaume, Directrice juridique grands contentieux l'entreprise Total, « Le réflexe médiation », mars 2012, faisant état de l'existence d'une grille de lecture des litiges et d'une orientation adéquate de leur traitement par voie judiciaire classique, par arbitrage ou par résolution amiable.

égard une formidable souplesse. Une souplesse garantie par une liberté contractuelle qui se concilie avec l'ordre public, notamment de protection de la partie faible, justifiant dans certaines matières des aménagements à la conclusion de l'accord amiable. Une liberté, qui s'exprime dans l'ensemble des branches du droit, à l'instar de ce que nous avons observé en droit privé, mais également en droit public, domaine dans lequel depuis la réforme de modernisation de la justice du XXIème, la médiation trouve une place de choix et ce, y compris dans le cadre d'action de groupe, et enfin en droit pénal où la médiation et la transaction sont consacrées.

* *
*

329. Conclusion du Chapitre II relatif à l'objectif contractualisé des droits spéciaux de la résolution amiable des différends

L'examen des droits spéciaux de la résolution amiable des différends révèle au titre de l'identification de leur objectif, une certaine diversité. Certains accords amiables sont *résolutifs* de différends ou de simples difficultés – à l'instar de ce que nous avons observé en droit des entreprises en difficultés – d'autres viennent aménager les effets liés à un événement, tel que la rupture du contrat de travail, la rupture du mariage, la séparation ou l'exercice de l'autorité parentale. D'autres encore peuvent être qualifiés d'accord amiable *indemnitaire*, à certains égards en droit du travail et de manière très dirigée en droit de la santé. Dans ce domaine, le législateur a spécialement veillé à qualifier l'accord issu du règlement amiable de contrat de transaction. Ce contrat, défini à l'article 2044 du Code civil, peut servir deux buts : terminer la contestation née ou prévenir la contestation à naître. Il est ainsi permis d'envisager la conclusion d'un accord amiable transactionnel au terme d'un processus de résolution amiable préventif des différends. Il conviendra d'analyser le régime spécialement prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil afin de prendre la mesure des effets générés par ce contrat, en particulier au regard de la résurgence du différend ou de la nécessité de procéder à des modifications de son contenu dans le cadre de la fixation d'indemnités ou de révision des aménagements qu'il prévoit. D'autant qu'il apparaît que dans certains domaines, en particulier en droit de la famille, la nécessité de réviser les conventions semble exclure cette qualification transactionnelle potentiellement applicable à l'accord amiable.

* *

*

330. Conclusion du Titre I relatif à l'objet des processus de résolution amiable des différends. Il nous est apparu indispensable de procéder à un examen approfondi du phénomène de développement des processus ou procédures de résolution amiable *judiciaire* ou *extrajudiciaire* des différends : conciliation, médiation, procédure participative et autres formes de négociation directe de solution du différend entre les parties. Plusieurs constats doivent être dégagés de cette analyse.

En tout premier lieu, cet examen des processus de résolution amiable des différends, quelque soit le stade de leur mise en œuvre permet de mettre en exergue une unité de but. En effet, quelque que soit le processus ou la procédure de résolution amiable des différends mis en œuvre, tous tendent à la conclusion d'un accord de volontés des parties, un contrat. Toutefois, cette unité constatée au niveau de l'*instrumentum* dissimule une certaine diversité du *negocium*. Au titre de cette diversité des accords amiables, il paraît tout d'abord indispensable de distinguer la renégociation du contrat originare de la conclusion d'un accord amiable. La mise en œuvre d'un processus ou d'une procédure de résolution amiable relative à l'existence d'un différend né de la relation contractuelle originelle des parties peut effectivement aboutir, non pas à la conclusion d'un accord amiable créant un nouvel état de droit, mais à la renégociation du contrat initial. Nous en avons trouvé l'illustration en matière de médiation des conflits collectifs du travail. Sauf à retenir une conception la plus large qu'il soit de l'accord amiable – tout contrat consistant alors en un accord amiable puisque conclu en temps de paix et instaurant un équilibre dans les prestations des parties – il convient à notre sens de retenir un conception plus stricte de l'accord amiable.

En second lieu et en dehors de cette hypothèse de renégociation de la relation contractuelle d'origine, une certaine diversité au regard du *negocium* de l'accord amiable est constatée. À cet égard, une diversité de but de l'accord amiable a pu être relevée. Si l'accord amiable s'entend en tout premier lieu comme l'accord de volontés résolutif du différend, cette accord peut encore être préventif du différend, ou venir encore organiser les conséquences d'un événement tel que la rupture d'un contrat de travail, un divorce, ou l'indemnisation de la victime d'un accident. La médiation, la conciliation, la procédure participative assistée par avocats peuvent dès lors consister : soit en des processus de résolution curative et amiable des différends, soit en des processus de prévention définitive et amiable des différends, soit en des processus d'aménagement amiable des conséquences d'un événement (divorce, accident,

rupture d'un contrat de travail). De cette diversité de buts, découle un choix de qualification contractuelle applicable à l'accord amiable. La liberté contractuelle permet aux parties, et plus particulièrement aux rédacteurs d'actes, un choix de régime contractuel applicable à l'accord amiable : soit celui-ci consiste en accord de volonté pouvant prendre la forme d'un acte sous signature privée soumis au seul droit commun des contrats ; soit dans le but d'une résolution définitive du différend né ou d'une prévention définitive d'un différend à naître, l'accord amiable peut être soumis au régime spécial du contrat de transaction, laquelle est imposé par le législateur en matière d'accord amiable indemnitaire de la victime d'un accident. Au-delà encore, les dispositions légales, silencieuses en ce qui concerne le régime contractuel applicable à l'accord amiable, mettent cependant en exergue le souci du législateur de pourvoir tant à la force probante de l'accord amiable dans un souci de sécurité juridique qu'à sa force exécutoire enfin de garantir sa pleine efficacité.

Enfin, si l'ensemble de ces constats appelle une analyse plus poussée de cette relative diversité des accords amiables, il convient avant toute chose d'adopter une approche, non plus procédurale, mais contractuelle des processus ou procédures de résolution amiable des différends. Car au regard du but de tout processus ou procédure de résolution amiable des différends favorisant la conclusion d'un accord amiable, il devient possible ces processus et procédures d'un point de vue contractuel comme des tentatives de négociation et de conclusion de l'accord amiable. Par leur mise en œuvre, la formation de l'accord amiable se trouve en effet procéduralisée ou processualisée. Autrement dit, les parties s'entendent afin de mettre en œuvre un processus adapté permettant la négociation de la solution du différend et une rencontre d'offre et d'acceptation en vue de figer définitivement la solution du différend consacrée par la conclusion de l'accord amiable soit pour le résoudre, soit pour le prévenir définitivement.

Il convient donc, avant même d'aborder la diversité de qualification contractuelle applicable à l'accord amiable et les effets qui en découlent, d'analyser la dimension contractuelle de la résolution amiable des différends.

TITRE II – La dimension contractuelle de la résolution amiable des différends

331. En quoi consiste, d'un point de vue contractuel, la tentative de résolution amiable des différends orchestrée par les processus de conciliation, médiation et procédure participative ou de droit collaboratif ? Dans le prolongement du premier examen du droit commun procédural et des droits spéciaux de la résolution amiable des différends, nous constatons que les procédures de résolution amiable des différends, quelles qu'elles soient – menées dans le cadre *judiciaire* ou *extrajudiciaire* – aboutissent sans exception à un accord de volontés des parties, un contrat.

Il s'agit donc d'appréhender ces procédures, non plus d'un point de vue seulement procédural, comme des recours permettant de mettre en œuvre une tentative de résolution amiable du différend ou d'aménager les effets liés à un événement, mais d'adopter une approche contractuelle. Dans la mesure où ces procédures tendent à la conclusion d'un accord de volontés, elles permettent donc la formation d'un contrat. Conciliation, médiation, procédure participative ou droit collaboratif doivent, en conséquence, être analysées d'un point de vue contractuel comme permettant dans leur mise en œuvre la formation et la conclusion de l'accord amiable. Plus précisément, l'ensemble de ces processus et procédures permettent une négociation de la solution – que ce soit au titre de l'existence, de la prévention différend ou des aménagements liés aux conséquences d'une événement – ainsi que la rencontre d'une offre et d'une acceptation relatives à cette solution en vue de la conclusion de l'accord amiable.

323. Les étapes de la résolution amiable. Deux étapes se distinguent dans le cadre de la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend : le déclenchement du recours et le déroulement de la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable. Le recours au juge étatique étant bien souvent un réflexe automatique pour les parties et leurs conseils, le législateur développe une politique permettant d'anticiper le recours aux procédures de résolution amiable des différends. Ainsi, en amont du déclenchement des procédures de résolution amiable des différends, cette politique influence les parties qui au sein des contrats qui les lient anticipent, du poids de leur volonté, la survenance des différends et stipulent des obligations au déclenchement de la résolution amiable préalable à la saisine du juge. Une politique qui révèle également les rôles du législateur et du juge dans la promotion de la résolution amiable des différend par la multiplication des invitations à la résolution amiable des

différends (**chapitre I**). Il convient toutefois de ne pas perdre de vue que ces obligations conventionnelles et invitations légales – ne sont pas exclusives de la conclusion de conventions encadrant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable liant les parties au différend et les tiers missionnés (**Chapitre II**).

Chapitre I – Le poids de la volonté des parties dans le déclenchement de la résolution amiable des différends

334. Le principe du caractère volontaire de la résolution amiable des différends.

Les processus ou procédures de résolution amiable des différends organisés par le législateur à travers l'élaboration d'un droit commun et de droits spéciaux, *judiciaires* et *extrajudiciaires* prévoyant leur recours, présentent une unité d'objet puisqu'ils consistent, quels qu'ils soient, en une *tentative* de résolution amiable des différends. Ne s'agissant que d'une *tentative* de résolution amiable, ces procédures – médiation, conciliation, procédure participative, droit collaboratif – n'impliquent pour les parties accompagnées par un tiers missionné, médiateur, conciliateurs et/ou avocats, ni l'obligation de négocier, de rechercher une solution au différend, ni l'obligation de conclure l'accord amiable renfermant la solution curative ou préventive du différend. Les procédures de résolution amiable ayant une double nature, procédurale mais également contractuelle, ce caractère qualifié de « volontaire » sur un plan procédural s'explique d'un point de vue contractuel par la liberté contractuelle qui imprègne la formation et la conclusion de l'accord amiable. En effet, l'article 1102 du Code civil, tel qu'issu de la réforme de droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations au titre des principes directeurs du droit des contrats, dispose notamment que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». En d'autres termes, peu importe que la formation et la conclusion de l'accord amiable soient procéduralisées, les parties au différend sont libres, dans la limite du respect de l'ordre public et de la libre disposition de leurs droits⁶⁰⁰, de contracter ou de ne pas contracter l'accord amiable, d'en déterminer le contenu, c'est-à-dire de choisir la solution qui les satisfasse conjointement et pleinement. Elles bénéficient encore du choix de forme de l'accord amiable, lequel peut consister en un acte sous signature privée, être authentifié ou encore recevoir le contreseing des avocats accompagnateurs à la formation de l'accord de volontés. Le poids de la volonté des parties joue encore en ce qui concerne le choix du régime contractuel applicable à l'accord amiable, exception faite de l'accord amiable en matière d'indemnisation des victimes pour lequel le législateur impose une qualification transactionnelle.

⁶⁰⁰ Voy. ég. al. 2nd art. 1102 CCiv. : « *La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ».

335. Position du problème. Au jour de la survenance du différend, les parties, souvent assistées de leurs avocats, fixent très rapidement leur position dans la perspective d'une action en justice, laquelle est souvent le seul mode d'action de traitement du différend envisagé, connu et légitimé. Le recours au juge est systématique en raison principalement de la légitimité du service public de la justice, de son apparent principe de gratuité et de l'incarnation de la justice en la personne du juge, tiers indépendant, neutre, impartial, à même de trancher c'est-à-dire d'imposer une solution aux parties. S'il apparaît contraire au principe de liberté contractuelle – voir contreproductif – d'obliger les parties à résoudre à l'amiable leur différend, la question se pose de savoir comment – non pas contraindre – mais inviter les parties à avoir recours à la résolution amiable des différends Favoriser le déclenchement des procédures de résolution amiable des différends implique indubitablement une efficacité procédurale : ouvrir un espace procédural où l'autonomie des volontés des parties puisse trouver place afin de permettre le déclenchement de cette tentative.

336. Le développement de leviers au déclenchement de la résolution amiable des différends. Nous pouvons identifier deux sortes de leviers, ayant ou pouvant être mis en place de manière anticipée – c'est-à-dire avant la survenance du différend – afin d'en orienter le traitement, de favoriser, au jour de cet événement, le déclenchement de la tentative de résolution amiable. Il s'agit sous l'angle procédural d'invitations adressées aux parties. Afin que celles-ci soient pleinement efficaces, elles ont tendance à s'imposer comme une obligation de faire à la charge des parties : celle de rencontrer le tiers missionné à la résolution amiable du différend. Il devient ainsi courant de parler de médiation ou conciliation « obligatoires ». Ces expressions induisent toutefois en erreur au regard de la primauté de la liberté contractuelle se traduisant par le caractère volontaire de l'ensemble des processus de résolution amiables des différends. Le déclenchement de la résolution amiable des différends s'impose de plus en plus d'une part, par le jeu des clauses de résolution amiable des différends insérées dans les contrats liant les parties et anticipant la survenance de différends pouvant en découler (**Section I**) et dont l'objet est commun d'autre part, aux invitations adressées par le législateur et le juge aux parties (**Section II**).

Section I – Le jeu des clauses de résolution amiable des différends

337. Un objet procédural : l'orientation du traitement de différends contractuels. Dans le cadre du contrat originaire les liant et en prévision de la naissance d'un différend issu

de leur relation contractuelle, les parties – ou tout du moins les rédacteurs d’acte – peuvent organiser et consentir à l’aménagement du traitement de différends contractuels à venir.

C’est sous le sceau de la liberté contractuelle que les cocontractants peuvent y pourvoir de différentes manières : soit en aménagement le recours au juge étatique ; soit en organisant le recours à un arbitre plutôt qu’au juge étatique pour voir trancher leur litige ; soit, et pour un traitement non plus juridictionnel mais conventionnel, prévoir le déclenchement du recours à une tentative de résolution amiable. Dans tous les cas, il s’agit de *clauses de règlement des différends*, par nature conventionnelle, dont l’objet procédural varie sensiblement. Cette catégorie de stipulations englobe les clauses favorisant un traitement curatif contentieux du différend – telles la clause d’arbitrage, couramment dénommée clause compromissoire pour un traitement contentieux privé – mais encore les clauses d’aménagement du recours au juge étatique – telles que la clause attributive de juridiction – et pour ce qui concerne la résolution amiable du différend, les *clauses de résolution amiable des différends*. Ces dernières doivent donc être distinguées, identifiées et définies au regard de leur objectif procédural qui sert non pas le déclenchement d’un traitement contentieux du différend, mais celui d’une tentative de résolution amiable – et donc conventionnelle – du différend (**Sous-Section I**). Afin de servir cet objectif, il convient de déterminer, sur le plan contractuel, le contenu obligationnel des *clauses de résolution amiable des différends* ainsi que d’envisager la sanction de leur inexécution (**Sous-Section II**). Il s’agira de prendre alors toute la mesure du rayonnement de leur efficacité laquelle atteste d’une unité de régime tant contractuel que procédural (**Sous-Section III**).

Sous-Section I – L’identification de la catégorie des *clauses de résolution amiable des différends*

338. La variété des *modes alternatifs de règlement des différends*. Nous pouvons opérer une distinction importante au sein des *modes alternatifs de règlement des différends, litiges, conflits*, (MARC, MARD, MARL) fondée sur le critère de leur objectif curatif des différends.

En tout premier lieu, l’arbitrage se distingue nettement d’autres processus de règlement des différends. Aboutissant à une solution imposée par un tiers, matérialisée par une sentence arbitrale – acte juridictionnel et, par conséquent, véritable jugement privé – l’arbitrage peut être défini comme une *procédure de résolution contentieuse privée des litiges*.

En second lieu et côtoyant l’arbitrage, un ensemble de processus – médiation, conciliation, procédure participative et autres formes de négociation directe de solution du

différend – se distingue de l'arbitrage en ce qu'il regroupe des processus qui – d'un point de vue procédural – aboutissent à une solution non pas imposée par un tiers, mais à un accord amiable résolutif du différend, une solution conventionnelle non plus juridictionnelle.

La variété des procédures étatiques, arbitrales, ou encore de résolution amiable des différends atteste de l'existence d'une palette de traitements possibles aux différends et litiges afin de parvenir à leur règlement. En conséquence, à chaque processus, procédure, correspond une clause permettant son déclenchement au jour de la survenance du différend défini par les parties dans le cadre du contrat qui les lie. Il convient donc de dessiner les contours de la catégorie générique des *clauses de règlement des différends* (§1), afin d'identifier en son sein la sous-catégorie des *clauses de résolution amiable des différends* (§2).

§1. La catégorie générique des *clauses de règlement des différends*

339. Déclinaison. La variété de processus et procédures – recours au juge étatique, arbitrage (pour un traitement contentieux et privé), et conciliation, médiation, procédure participative, droit collaboratif ou négociation directe (pour un traitement amiable du différend) – explique la variété de *clause de règlement des différends*.

La *clause de règlement des différends* anticipe la survenance du différend et l'orientation de son traitement dans la mesure où elle est insérée dans un contrat conclu en temps de paix. Il s'agit pour les parties, les rédacteurs d'acte, d'organiser un choix du traitement du différend défini à un moment où celui-ci n'est pas encore né ou d'aménager le recours au juge étatique. Le déclenchement des *modes alternatifs de règlement des différends* (*MARD, MARC, MARL*) peut ainsi être anticipé, dans le cadre d'un contrat liant les parties alors même que le différend n'est pas encore né, afin de favoriser son règlement par une procédure autre que la procédure conduite devant le juge étatique. Il s'agit d'anticiper la survenance des différends liés au contrat initial en permettant aux cocontractants de choisir un aménagement du traitement contentieux ou amiable des différends en découlant. Nous comprenons donc que ces derniers doivent être ciblés lors de la rédaction de la clause. L'objectif de ces clauses par nature contractuelle est donc procédural et varie en fonction du ou des processus choisi(s)⁶⁰¹.

Les *clauses de règlement des différends* apparaissent ainsi comme de véritables leviers de déclenchement du traitement du différend, autre que le traitement contentieux devant le juge étatique, bien que certaines puissent simplement permettre d'aménager le recours à ce dernier.

⁶⁰¹ Sur la combinaison possible, p. ex. le méd.arb.

340. Une Typologie des *clauses de règlement des différends*. Au sein du contrat originaire qui les lie, les parties ont le choix d'insérer différents types de clauses permettant, soit d'aménager le recours au juge étatique, soit de prévoir le recours à des processus ou procédures autres que le recours au juge étatique, afin d'orienter le traitement contentieux ou amiable du différend au jour de sa naissance.

Au titre des clauses aménageant le recours au juge étatique, nous évoquons, par exemple, la *clause attributive de juridiction* définit comme « une clause d'un contrat par laquelle les parties conviennent de soumettre, à une juridiction qu'elles désignent, la connaissance des litiges qui pourraient survenir à l'occasion de ce contrat, dérogeant ainsi aux règles de la compétence d'attribution (ce qui est licite si elles ne sont pas d'ordre public), soit aux règles de la compétence territoriales (stipulation valable si elle est convenue entre commerçants et spécifiée de façon apparente (art. 48 CPC))⁶⁰². D'autres clauses de règlement des différends visent, au jour de la survenance du différend contractuel la mise en œuvre de véritables procédures alternatives à la procédure contentieuse devant le juge étatique compétent. Ainsi la *clause compromissoire ou d'arbitrage* insérée par les parties, au sein du contrat originaire qui les lie, permet d'exclure – pour les différends nés de leur relation contractuelle – la compétence du juge étatique et pour y substituer celle de l'arbitre, juge privé, lequel imposera une solution en toute confidentialité, au regard des règles de droit applicable. Nous pensons également à la *clause de mini-trial* dont le but est de permettre le déclenchement d'une « sorte de procès simulé, partiel ou complet, mené devant soit les dirigeants de l'entreprise, soit des tiers faisant office de tribunal ou de jury »⁶⁰³.

Enfin, et pour ce qui intéresse notre étude, une sous-catégorie de *clauses de règlement des différends* se distingue – celle des *clauses de résolution amiable des différends* – dont les plus présentes au sein des contrats sont les *clauses de conciliation* ou de *médiation*. Plus précisément, nous devrions parler de *clause de tentative de conciliation* ou de *tentative de médiation*, les processus de résolution amiable des différends ayant un caractère procédural volontaire justifié au plan contractuel par l'exercice de la liberté contractuelle.

§2. La sous-catégorie des *clauses de résolution amiable des différends*

341. Position du problème. Comment se distingue les *clauses de résolution amiable*

⁶⁰² G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Clause et Clause attributive de juridiction ».

⁶⁰³ J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, Éd. Francis Lefebvre, 2^{ème} éd., 1999, n° 1881, p. 703.

des différends au sein de la catégorie plus large des *clauses de règlement des différends* ? Il s'agit de rechercher un critère de distinction **(A)**, à travers leur but, afin de pouvoir avancer certaines définitions **(B)**.

A. Le critère de distinction des *clauses de résolution amiable des différends*

342. Un but procédural commun : permettre le déclenchement d'une tentative de résolution amiable par un processus adapté. En matière de résolution amiable du différend, les parties peuvent prévoir, en insérant une clause à leur contrat, qu'au jour de la survenance du différend contractuel, elles recourront à un processus de résolution non plus juridictionnelle ou contentieuse, mais conventionnelle, amiable de leur différend⁶⁰⁴. C'est, dans ce dernier cas, le but des clauses de résolution amiable des différends visant au jour de la survenance d'un différend contractuel à permettre le déclenchement du processus de résolution amiable qu'elle contient. La clause favorise alors le déclenchement de la mise en d'une tentative de résolution amiable.

Les *clauses de résolution amiable des différends* sont une sous-catégorie des *clauses de règlement des différends* puisqu'elles permettent d'anticiper la survenance d'un différend né du contrat qui les porte en n'en prévoyant le traitement. Ce différend doit en conséquence être visé lors de la rédaction de la clause. Il pourrait aussi bien naître de la validité, de l'interprétation, de la mauvaise exécution, ou encore de la rupture du contrat oginaire des parties.

Plus largement, la *clause de résolution amiable des différends* permet de raviver l'élan de rencontre des volontés qui s'était manifesté au moment de la conclusion du contrat originaire afin de le mettre au service de la résolution des différends afférents.

344. La variété des clauses de résolution amiable des différends. Celle-ci est induite par la variété des procédures de résolution amiable que la clause peut renfermer. La stipulation peut prévoir, au jour de la survenance du différend contractuel, la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable par conciliation, médiation ou encore procédure participative. Il appartient donc aux parties et en particulier aux rédacteurs d'actes de choisir un processus de résolution amiable, avec ou sans intervention d'un tiers accompagnateur. Dans tous les cas, cette stipulation insérée dans un contrat n'est qu'un levier qui sera activé au jour de la

⁶⁰⁴ Ces clauses ne visent ni une mise en œuvre d'une résolution contentieuse privée du différend, à l'instar de la clause compromissoire, ni même un aménagement du règlement contentieux étatique du litige, tel que le prévoient les clauses attributives de juridiction.

survenance du différend, permettant une rencontre avec le ou les tiers missionné(s) laquelle permettra le déclenchement du processus de résolution amiable choisi par les cocontractants.

B. Propositions de définitions

345. Les dénominations procédurales. Les *clauses de résolution amiable des différends* sont nommées au regard de la procédure de résolution amiable qu'elles ont pour but de déclencher au jour de la survenance du différend contractuel. Certaines ont pour but de permettre la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable par l'intervention d'un tiers missionné neutre, impartial, indépendant et compétent, d'autres visent une tentative de résolution amiable se traduisant par une négociation plus directe de la solution du différend entre les parties. Seules les premières – *clause de conciliation ou de médiation* – apparaissent fréquemment dans les contrats liant les parties **(1)**, alors que la *clause de procédure participative* semble inexistante, bien qu'il semble possible de la rapprocher de la clause de renégociation contractuelle **(2)**. Au surplus, nous observons que ces clauses de règlement des différends peuvent organiser le recours à un panaché de processus **(3)**

1) La clause de conciliation ou de médiation

346. La confusion persistante entre conciliation et médiation. Nous avons constaté une confusion entre les processus de conciliation et de médiation au sein du droit commun procédural de la résolution amiable des différends, que ce soit au plan *judiciaire* ou *extrajudiciaire*. En effet, l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 – fondement du droit au recours à la résolution amiable des différends – auquel l'article 1530 du Code de procédure civile relatif aux médiation et la conciliation « *conventionnelles* » renvoie – définit la médiation largement, comme « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers* » en y incluant ainsi la conciliation.

347. La définition de la clause de conciliation ou de médiation. Le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu, lequel définit la clause compromissoire, ne propose aucune définition des clauses de conciliation et de médiation. Au sein de la catégorie des *clauses de résolution amiable des différends*, les clauses de conciliation et de médiation permettent de déclencher une tentative de résolution amiable du différend contractuel par l'entremise d'un

tiers missionné – conciliateur ou médiateur – lors de la survenance de celui-ci, « *en vue de la résolution amiable* » du différend contractuel des parties. En d’autres termes, les clauses de conciliation ou de médiation, de nature conventionnelle⁶⁰⁵, ont pour but de permettre la rencontre des parties au différend avec le tiers missionné afin de favoriser le déclenchement du processus qu’elle renferme. Le processus choisi, peu importe sa dénomination, partage un objectif à la fois procédural et contractuel : celui de permettre de traiter le différend et d’acter la solution trouvée par les parties par la conclusion d’un accord amiable venant y mettre un terme.

Un but également partagé par la clause de procédure participative qui pourrait parfaitement être insérée au sein du contrat originaire liant les parties visant à permettre la rencontre entre les parties au différend et leurs avocats dans une dynamique collaborative.

2) La clause de procédure participative

348. La question de l’existence de la clause de procédure participative. Outre les clauses de conciliation ou de médiation, lesquelles font l’objet d’une jurisprudence venue déterminer leur régime, la question se pose de savoir s’il existe des clauses de résolution amiable prévoyant en cas de survenance d’un différend contractuel, une négociation directe entre les parties de la solution du différend, sans intervention d’un tiers impartial et neutre à l’image du conciliateur ou du médiateur.

En pratique, les contrats porteurs de *clauses de résolution amiable des différends* prévoient généralement des clauses de conciliation ou de médiation, voir des clauses de méd-arb ou d’arb-méd. La clause de procédure participative semble inexistante. Deux raisons semblent justifier cette absence : tout d’abord, le fait que la pratique de la procédure participative supposant un travail collaboratif des avocats ne soit pas encore très répandue, ensuite, parce que ceux sont les rédacteurs du contrat porteur de la clause, et donc bien souvent les avocats qui sont amenés à rédiger la clause de résolution amiable du différend. Or, les avocats pratiquant la résolution amiable des différends sont toujours à temps au jour de la naissance du différend de tenter de rapprocher leurs clients sur la base d’une tentative de négociation directe de la solution différend, avant de saisir le juge. Pareille stipulation semble par cette approche pratique inutile. D’autant que l’article 127 du Code de procédure civile, impose aux conseils des parties, lors de l’introduction de l’instance, de justifier des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur différend.

⁶⁰⁵ Sur la nature conventionnelle de la clause de conciliation/médiation : R. Perrot cité dans rapp. M. Chauvin, Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684, *préc.*, p. 39.

L'existence de la clause de procédure participative doit néanmoins être envisagée. Dans ce cas, la difficulté réside dans son rapprochement avec la clause de renégociation contractuelle.

349. Proposition de définition de la clause de procédure participative. À l'instar de ce que nous avons observé en matière de clause de conciliation ou de médiation, Le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu ne propose aucune définition de la clause de procédure participative. La doctrine envisage l'existence de la « clause de recours à la procédure participative » par laquelle « les parties pourraient établir avant tout litige, un engagement d'avoir recours à une procédure participative assistée par avocat dans une clause insérée dans un contrat : une telle clause pourrait préciser qu'en cas de différend relatif à l'exécution de ce contrat, un processus participatif doit être engagé »⁶⁰⁶. Et seulement engagé.

Nous précisons encore que cette clause pourrait être définie comme la clause par laquelle – à la naissance d'un différend né du contrat qui la porte portant sur sa validité, son interprétation, son exécution ou encore sa rupture – les parties s'engagent à se réunir, assistées de leurs avocats, dans le but de rechercher conjointement, par la conclusion d'une convention permettant la mise en œuvre de la procédure participative, une solution négociée au différend et tenter de conclure un accord mettant un terme au différend qui les oppose avant toute saisine du juge compétent du litige⁶⁰⁷. La clause de procédure participative aurait donc pour but d'amorcer un rapprochement des parties par leurs avocats collaborant et de favoriser le déclenchement de la procédure participative *extrajudiciaire*, ayant elle-même comme objectif procédural et contractuel de mettre fin au différend en l'actant par un accord amiable.

350. Définition de la clause de renégociation contractuelle. Le *Vocabulaire juridique* de Doyen Cornu définit la clause de renégociation comme « la clause d'adaptation du contrat à une situation nouvelle, clause de sauvegarde qui, à la différence des clauses ordinaires d'indexation et des clauses-recettes, ne joue pas automatiquement, mais moyennant une réouverture de pourparlers contractuels, et tend, non à une simple révision du prix, mais à un

⁶⁰⁶ N. Fricero, Ch. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le Guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Guides Dalloz, 2014-2015, n° 512.21, p. 473.

⁶⁰⁷ Une clause de procédure participative pourrait être rédigée en ces termes : « Les parties au présent contrat conviennent qu'au jour de la survenance de différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat, elles demanderont, obligatoirement et préalablement à la saisine du juge compétent du litige, l'assistance de leurs avocats respectifs afin de mettre en œuvre une tentative de résolution amiable par procédure participative sur le fondement des articles 2062 et suivants du Code civile et des articles 1544 et suivants du Code de procédure civile ».

rééquilibrage global du contrat »⁶⁰⁸. Il est ajouté à cette définition que la clause de renégociation est « l'une des appellations françaises de la clause de « *hardship* » ». Celle-ci est par ailleurs définie comme « une espèce de clause de révision ou d'adaptation en usage dans les contrats internationaux, encore nommée clause de sauvegarde ou de renégociation, en vertu de laquelle les parties à un contrat s'engagent à renégocier le contenu de leur contrat lorsque les circonstances extérieures lui fait subir de profonds déséquilibres, en conférant parfois au juge, à défaut de nouvel accord, le pouvoir de procéder lui-même à une révision qui n'altère pas l'économie de l'opération ou à déclarer l'accord caduc »⁶⁰⁹. Ces définitions ne visent pas l'existence – à proprement parler – d'un différend. Néanmoins, les circonstances extérieures qui font subir de profonds déséquilibres au contrat portant la clause de renégociation sont de nature à faire naître des différends, des situations de blocage qui appellent un recours au juge étatique. Dès lors, un rapprochement peut être opéré entre les *clauses de résolution amiables des différends* et la clause de renégociation contractuelle.

351. Le rapprochement des clauses de résolution amiable et de la clause de renégociation contractuelle. Les *clauses de résolution amiable des différends* contractuels peuvent-elles être qualifiées de *clause de renégociation* contractuelle ? Lorsque les parties ont inséré à leur contrat une clause anticipant la survenance des différends contractuels et l'orientation de leurs traitements par un processus de résolution amiable – conciliation, médiation, procédure participative – dont l'objectif est la conclusion d'un accord, il est parfaitement possible que le traitement du différend né de la mauvaise exécution ou de l'inexécution du contrat portant la clause donne lieu, sous couvert du processus choisi, à une renégociation du contrat initial. La mise en œuvre de la conciliation, de la médiation ou de la procédure participative sert alors d'outil à la révision du contrat porteur de la clause pour les cocontractants. En effet, les processus de résolution amiable des différends consistent en des pourparlers contractuels ayant pour objet la recherche d'une solution au différend et tendent dans leur finalité à la conclusion d'un accord amiable. Ainsi, un processus de résolution amiable tel que la médiation, la conciliation ou la procédure participative peut venir maquiller ou plutôt favoriser – puisqu'il s'agit de pourparlers certes contractuels mais procéduralisés – une renégociation du contrat initial porteur de la clause, tout en la sécurisant. D'autant que, le positionnement des tiers missionnés dans la résolution amiable, à savoir l'entremise d'un tiers – médiateur, conciliateur ou encore avocats des parties connaissant parfaitement les enjeux de la

⁶⁰⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Renégociation (Clause de) »

⁶⁰⁹ *Ibid.*, V° « Hardship (Clause de) »

relation contractuelle – est de nature à absorber en quelque sorte le pouvoir du juge, dévolu dans la clause de renégociation en cas de défaut de « nouvel accord ». Ces tiers missionnés – conciliateur, médiateur, avocats collaboratifs – peuvent, en effet, faciliter la révision du contrat porteur de la clause sans altérer l'économie de l'opération ou favoriser les aménagements en cas de rupture du contrat initial. Le recours au juge demeurant toujours possible et devant être garanti au regard du respect du droit fondamental d'accès au juge consacré par l'article 47 par la Charte des droits fondamentaux et protégé, en tant que principe général du droit de droit de l'Union, par l'article 6§1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

3) Le panachage des clauses de règlement des différends

352. Le sceau de la liberté contractuelle. Les *clauses de règlement des différends* étant par nature contractuelle, la liberté qui imprègne la matière permet plus encore la combinaison de différents processus de résolution du différend. Ainsi est-il possible pour les rédacteurs de contrat, d'insérer des clauses de méd-arb⁶¹⁰ ou d'arb-méd⁶¹¹. Il est encore tout à fait possible

⁶¹⁰ La clause de méd-arb consiste à prévoir dans le contrat initial liant les parties, qu'en cas de survenance d'un différend contractuel défini – relatif, par exemple, à la validité, à la mauvaise exécution, à l'inexécution ou à la rupture du contrat – les parties désigneront un médiateur afin de mettre en œuvre, en premier temps, une tentative de résolution amiable du différend par processus de médiation, laquelle, si elle échoue donnera lieu, en second temps, à la désignation d'un arbitre pour un traitement contentieux privé du différend. En d'autres termes, il s'agit de court-circuiter le recours au juge étatique, en favorisant le recours contractuel à une médiation laquelle pourra aboutir à un accord amiable ou, en cas d'échec et consécutivement, à un traitement contentieux arbitrale du différend. Cette clause, est de plus en plus courante dans les contrats internationaux, mais également présente dans des contrats nationaux, comme nous avons pu le constater dans le cadre de notre pratique de la médiation. La procédure de Méd-arb permet un traitement parfaitement confidentiel du différend : en premier temps par la médiation et à défaut, en cas d'échec de la tentative de résolution amiable par médiation, par l'arbitrage. Nous relevons à cet égard que l'arbitrage, s'il permet – du fait d'une compétence spécifique des arbitres recherchée par les parties – un traitement « sur mesure » du différend, incite de par ses coûts et en premier temps la résolution amiable par le processus de médiation, la conclusion d'un accord amiable.

⁶¹¹ C. Kessedjian, *Droit du commerce international*, PUF, 1^{ère} éd. 2013, n° 955, p. 455 et 456 : Plus contestée, la clause d'arb-méd, ne consiste non plus à une mise en œuvre consécutive de la médiation puis de l'arbitrage, mais à une mise en œuvre en parallèle de ces procédures alternatives à la justice étatique. Elle consiste alors pour les parties à demander à l'arbitre, ou à l'un des arbitres en cas d'arbitrage plural de tenter une médiation. Comme le fait observer l'auteur, « l'avantage d'un tel mécanisme, particulièrement s'il intervient après que le dossier a été présenté dans sa totalité au tribunal arbitral, c'est que l'arbitre connaît bien les tenants et aboutissants du litige et la position des deux parties [...] et peut être en mesure de proposer une solution satisfaisante pour les deux parties ». Un mécanisme néanmoins contesté dans la mesure où en cas d'échec de la médiation, l'arbitre-médiateur reprend sa casquette d'arbitre pour trancher le litige et cristalliser la solution dans la sentence qu'il rend. Outre la nécessité que l'arbitre soit formé à la technique particulière de la résolution amiable par médiation, un inconvénient majeur apparaît : celui d'un conflit dans le cadre de la confidentialité des processus affectant le principe de neutralité du tiers missionné. En effet, comme le relève encore le professeur Catherine Kessedjian, la question se pose de savoir comment l'arbitre qui rédige sa sentence peut – alors que compte tenu des techniques de la médiation et particulièrement du fait qu'en tant que médiateur, il a pu être amené à entendre les confidences des parties lors de *caucus* – peut ne pas être influencé par ses échanges parfaitement confidentiels. Les *caucus* ou *apartés*, sont des entretiens séparés des parties soumis au principe de confidentialité. C'est dire que le contenu de l'entretien entre le médiateur et l'une des parties - entendues chacune sur un principe d'égalité – est confidentiel et ne peut être divulgué à l'autre partie dans le cadre de la réunion plénière des parties. Il s'agit d'une sorte d'espace de

d'imaginer la combinaison du recours à l'expertise amiable en parallèle du processus de médiation⁶¹².

353. La nécessité d'une unité de régime procédural des clauses de règlement des différends. Dans tous les cas, la variété des *clauses de règlement des différends* et la possibilité de combiner au sein d'une stipulation les processus impliquent une unité de régime pour ces stipulations contractuelles dont le but est procédural : permettre, au jour de la survenance du différend contractuel – c'est-à-dire né à l'occasion du contrat initial liant les parties – la rencontre avec un tiers missionné et le déclenchement du ou des processus du règlement du différend qu'elles contiennent : arbitrage, conciliation, médiation ou procédure participative. Plus encore que simplement « permettre » cette rencontre, il semble nécessaire que la clause oblige les parties à rencontrer le tiers missionné. Pareille obligation n'affecte aucunement la liberté contractuelle des parties, dans la mesure où ces dernières demeurent libres, lors de la rencontre avec le tiers, mais encore tout au long du processus de ne pas s'entendre sur une solution amiable et en conséquence, de ne pas conclure l'accord amiable. La compétence du tiers missionné à la résolution amiable des différends apparaît donc essentielle.

Sous-Section II – L'efficacité des clauses de résolution amiable des différends

354. Position du problème. C'est à l'occasion de l'activation des clauses dites « de conciliation » ou « de médiation » que la question de l'efficacité des *clauses de résolution amiable des différends* s'est posée. Une problématique qui peut donc être étendue à la clause de procédure participative.

355. La reconnaissance jurisprudentielle de la clause permettant le déclenchement d'une tentative obligatoire de résolution amiable extrajudiciaire des différends. Face au silence du législateur, qui consacre pourtant l'existence d'une *clause de règlement des*

confidentialité dans le cadre même de la confidentialité du processus de médiation. En conséquence, il semble indispensable pour l'arbitre, afin de permettre qu'une médiation puisse être mise en œuvre en parallèle d'une procédure d'arbitrage engagée par les parties, d'orienter les parties vers la désignation d'un médiateur, autre que lui-même ou extérieur au tribunal arbitral, afin de respecter le principe de neutralité du médiateur et de l'arbitre – Voy. ég. P. Van Leynseele, « La « méd-arb » et ses dérivés – Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », *Liber Amicorum Georges-Dal*, éd. Larcier 2013, p. 834 s.

⁶¹² Voy. CMAP, *Les clauses à insérer*, sur WWW.cmap.fr, pour une formulation d'une clause de Méd-Arb : « Les différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat, seront soumis au règlement de médiation et en cas d'échec de celle-ci, au règlement d'arbitrage du CMAP auquel les parties déclarent adhérer ».

différends – la clause compromissoire⁶¹³ – la Cour de cassation, confrontée à des litiges liés à l'activation des *clauses de résolution amiable des différends*, s'est attachée à donner une force, non pas contractuelle, mais procédurale à ces stipulations insérées par les parties dans leur contrat. Suite à des divergences d'interprétation entre les chambres de la Cour de cassation, relative à la qualification à donner à la clause dite « de conciliation » non exécutée par l'un des cocontractants au jour de la survenance du différend, la Cour de cassation s'est positionnée de manière magistrale, le 14 février 2003, en rendant un arrêt fondateur du régime des *clauses de résolution amiable des différends*⁶¹⁴.

La chambre mixte de la Cour de cassation décide alors qu' « il résulte des articles 122 et 124 du nouveau Code de procédure civile 124 du nouveau Code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; que, licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent »⁶¹⁵.

Dès 2003, la clause dite « de conciliation » doit répondre à des exigences rédactionnelles afin de pouvoir produire un effet procédural. La solution s'applique en réalité à l'ensemble des *clauses de résolution amiables des différends* : clause de conciliation, clause de médiation et clause de procédure participative puisque cette catégorie de clauses poursuit le même but, à savoir permettre la rencontre des parties au différend et du tiers missionné. La clause de résolution amiable des différends, même si elle prévoit un recours amiable avant de saisir le juge bénéficie d'un principe de licéité. Néanmoins, afin de pouvoir bénéficier d'un effet procédural, c'est-à-dire permettre efficacement le déclenchement du processus qu'elle contient, la clause doit prévoir, au sens de cette solution jurisprudentielle, un processus – conciliation, médiation, procédure participative – obligatoire et préalable à la saisine du juge. Ce n'est qu'à ces conditions que la clause constitue une fin de non-recevoir s'imposant au juge si les parties l'invoquent sur le fondement de l'article 122 du Code de procédure civile dont la

⁶¹³ Voy. l'art. 2061, tel que modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc.*, lequel dispose que « la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée » et que « lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ».

⁶¹⁴ J. Mestre et B. Fages, « Conciliation au plus haut niveau en faveur... des clauses de conciliation », *RTD civ.* 2003, p. 294.

⁶¹⁵ Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et n° 00-19.424, *Bull. ch. mixte* n° 1 ; *BICC* n° 576, p. 41, Rapport de M. Bailly et avis de M. Benmakhlouf ; *Defrénois* 2003, p. 1158, n° 37810, n° 86, obs. R. Libchaber ; *D.* 2003, p. 2480, obs. Th. Clay et p. 1386, note P. Ancel et M. Cootin ; *JCP E* 8 mai 2003, 707, note H. Croze et D. Gautier ; *JCP G* 2003, I, 134, n° 4, obs. J.-J. Caussin, F. Deboissy et G. Wicker ; *Procédures* 2003, n° 96, Obs. H. Croze ; *Rev. Arb.* 2003, p. 403 s., note Ch. Jarrosson ; *RDC* 2003, p. 182 et s., obs. L. Cadiet et X. Lagarde – Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 2009, n° 08-10.866 – Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 2014, n°13-17.920.

liste n'est pas exhaustive.

La Haute juridiction est ainsi venue préciser l'efficacité procédurale d'une véritable clause de résolution amiable des différends. « Véritable »⁶¹⁶, au sens où la clause qui répond à certaines exigences rédactionnelles emporte un effet procédural donnant pleine efficacité au déclenchement de la tentative de résolution amiable qu'elle renferme, lequel ne semble plus pouvoir être contourné par l'une des parties.

C'est au regard de cet arrêt « Saint-Valentin », fondateur du régime des *clauses de résolution amiable des différends*, qu'il convient d'analyser la portée du principe de licéité de des *clauses de résolution amiable des différends* (§1) ainsi que les exigences ayant trait au contenu de ces conventions garantissant leur efficacité (§2).

§1. L'affirmation du principe de licéité des *clauses de résolution amiable des différends*

356. Position des problèmes. En 2003, la chambre mixte de la Cour de cassation affirme notamment qu'est « licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge [...] ». Ce principe de licéité soulève deux interrogations.

Tout d'abord, la question se pose donc de savoir si seule la *clause instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge* est licite, ou si d'autres clauses peuvent se voir reconnaître ce principe de licéité. Nous pensons à différents cas de figure : une clause qui instituerait une procédure de conciliation obligatoire mais non préalable à la saisine du juge ; une clause qui instituerait inversement une procédure de conciliation non obligatoire mais préalable à la saisine du juge ; ou encore une clause instituant une procédure de conciliation ni obligatoire, ni préalable à la saisine du juge. Ensuite, la question se pose également de savoir si ce principe de licéité doit également s'appliquer à la clause de médiation et dans l'affirmative, si elle doit préciser des caractères préalable et obligatoire. La question peut encore se décliner en ce qui concerne l'insertion au contrat d'une clause de procédure participative. Les réponses à ces questions doivent être évacuées. Il semble que nous puissions concevoir le principe de licéité comme d'application générale à l'ensemble des *clauses de résolution amiable des différends*, puisqu'il est reconnu pour la stipulation qui, au regard de son contenu, emporte les conséquences procédurales les plus lourdes (A).

Au-delà, et de manière plus pertinente, la question des limites à ce principe de licéité

⁶¹⁶ H. Kenfack, « La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire hors toute instance », *D.* 2015, p. 384.

des *clauses de résolution amiable des différends* se pose naturellement, en particulier en présence d'un cocontractant, partie faible au contrat (B).

A. Un principe général

357. Une application à l'ensemble des *clauses de résolution amiable des différends*.

En réalité, il est tout à fait possible d'étendre le principe de licéité à l'ensemble des *clauses de résolution amiable des différends*, peu importe que spécifiquement la clause prévoit que la tentative de résolution amiable qu'elle renferme – ayant vocation à être opérée par conciliation, médiation, procédure participative ou formes de négociation plus directe de solution du différend entre les parties – soit obligatoire et préalable à la saisine du juge compétent. Cette extension du principe de licéité à l'ensemble de la catégorie des *clauses de résolution amiable des différends* s'explique par deux séries de raisons.

D'une part, par le fait que toutes les clauses de résolution amiable servent un contenu et un but procéduraux contractualisés communs, à savoir le déclenchement d'une tentative de résolution amiable ayant vocation, en premier lieu, à être mise en œuvre par un processus spécifique et, en second lieu, à aboutir dans tous les cas de succès à un accord amiable.

D'autre part, le principe de licéité est reconnu par la chambre mixte de la Cour de cassation à – nous le rappelons, le choix des mots importe – une « *clause instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge* ». La clause était donc, dans les circonstances, rédigées d'une manière précise faisant ressortir à la tentative de résolution amiable par le processus choisi, un caractère obligatoire et un caractère préalable à la saisine du juge. Nous comprenons qu'il faille analyser de manière fine ces deux caractères. Au titre de son contenu, cette clause, prévoit pour les parties au contrat, lors de la survenance du différend, l'obligation de rencontrer le tiers missionné afin de favoriser le déclenchement d'une tentative de résolution amiable des différends et ce, avant de saisir le juge. Cette stipulation contractuelle instaure donc une *tentative obligatoire de résolution amiable extrajudiciaire des différends*. Elle court-circuite véritablement le recours au juge étatique. De sorte que si le principe de licéité est reconnu à cette clause, privant que temporairement les parties de leur accès au juge, il l'est d'autant plus pour la clause instituant une tentative de résolution amiable – par processus de conciliation ou par un processus servant le même objectif – pour laquelle il n'est pas précisé le caractère obligatoire et/ou préalable à la saisine du juge. Il est donc possible d'affirmer que le principe de licéité s'applique de manière générale aux *clauses de résolution amiable des différends*.

358. La signification du principe. Le principe de licéité doit s'entendre au regard de la conformité à l'ordre public. En effet, les *clauses de résolution amiable des différends*, et plus largement les *clauses de règlement des différends*, consistant en des stipulations insérées au sein de contrats, ont une nature contractuelle⁶¹⁷. En conséquence, elles ne peuvent contrevenir à l'ordre public. En effet, rappelons que l'article 1128 du Code civil, tel qu'issu de la réforme du droit des contrats⁶¹⁸, pose notamment au titre des conditions de validité du contrat – et donc du contrat porteur de la clause – la nécessité d'« *un contenu licite et certain* ». Par ailleurs, et de manière tout à fait pertinente, l'article 1162 du même Code, relatif au contenu du contrat, précise « *que le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ces stipulations ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toute les parties* »⁶¹⁹. Cela signifie que le contrat porteur de la clause de résolution amiable des différends ne doit pas déroger, par cette stipulation, à l'ordre public. Si tel était le cas, la clause pourrait être déclarée comme non écrite.

Ainsi, les obligations stipulées par les parties dans la clause, afin de permettre le déclenchement de la résolution amiable, ne doivent pas déroger à l'ordre public. Mais plus encore, le but, qui, pour cette clause, consiste en un objectif procédural contractualisé court-circuitant l'office légitime du juge compétent⁶²⁰, ne doit pas également déroger à l'ordre public.

C'est donc sous le prisme du contenu et du but poursuivi par la clause de résolution amiable des différends qu'il convient d'analyser le principe de licéité posé par la jurisprudence de la chambre mixte en 2003. Cette jurisprudence établit un principe de licéité à la *clause de résolution amiable des différends* qui doit être conçu davantage comme un principe de présomption de licéité. Car reste en effet que l'ordre public, dont l'emprise est variable d'un domaine du droit à un autre, peut venir justifier la prohibition de la clause de résolution amiable des différends dans certains contrats.

B. Les limites au principe licéité

359. L'emprise de l'ordre public de protection. Dans certains domaines particulièrement marqués par un ordre public de protection de la partie faible, il est apparu

⁶¹⁷ Même si les clauses de règlement des différends servent un objectif procédural qui, dans le cas des premières, est contractualisé.

⁶¹⁸ Opérée par l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc.* ayant donné lieu à la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *JO* 21 avr. 2018, n° 0093 entrant en vigueur au 1^{er} oct. 2018.

⁶¹⁹ Faisant écho à l'art. 6 CCiv. lequel dispose qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

⁶²⁰ Du moins temporairement sauf à ce que la tentative de résolution amiable échoue.

nécessaire de venir prohiber les *clauses de résolution amiable des différends* relatifs au contrat qui les renferme⁶²¹. Ainsi est-ce le cas dans le cadre du contrat liant le salarié à son employeur **(1)** ou encore, dans le contrat de vente ou de prestation de service liant le consommateur à un professionnel **(2)**.

1) La prohibition de la *clause de résolution amiable des différends* en droit du travail

360. Position du problème. En l'absence de disposition légale prohibant la *clause de résolution amiable des différends* en droit du travail **(a)**, il convient de rechercher les positions doctrinales **(b)** et jurisprudentielles **(c)** fondant l'interdiction de ces stipulations dans le contrat de travail dans le but d'une protection de la partie faible, le salarié.

a) L'absence de prohibition légale

361. L'audience de conciliation judiciaire obligatoire et la clause de résolution amiable extrajudiciaire. Le droit du travail largement concerné par un ordre public de protection bénéficiant au salarié, ne fait pas obstacle, au visa de l'article L. 1411-1 du Code du travail, à la conciliation en matière prud'homale. Nous avons à cet égard constaté que celle-ci est dite « obligatoire » en la matière. La conciliation en droit du travail est donc conçue comme un processus de tentative obligatoire de résolution amiable *judiciaire* des différends individuels du travail d'ordre public.

En l'absence de texte prohibant expressément la clause de conciliation – ou, devons-nous dire, de tentative de résolution amiable – préalable et obligatoire, quel que soit le type de contrat de travail, la jurisprudence a été amenée à se prononcer sur la mise en œuvre de cette stipulation bénéficiant depuis l'arrêt « Saint-Valentin », d'un caractère licite et d'un statut de fin de non-recevoir pour le juge du fond compétent du litige. Les juges ont été ainsi confrontés à la question de savoir si une clause prévoyant une tentative de résolution amiable par conciliation, médiation ou autre processus, préalable et obligatoire, insérée dans un contrat de travail doit, comme son caractère obligatoire l'indique, être mise en œuvre et consister en une fin de non-recevoir pour le juge prud'homal. Une interrogation ayant trait au risque de concurrence des processus de résolution amiable – *judiciaire* et *extrajudiciaire* – puisque, le législateur a spécialement prévu en matière prud'homale le recours à la résolution amiable par

⁶²¹ Voy. X. Lagarde, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, chron. p. 217.

tentative de conciliation obligatoire et *judiciaire*, relevant de la compétence du bureau de conciliation et d'orientation devant le conseil des prud'hommes. En effet, la clause de conciliation préalable et obligatoire incluse par les parties – l'employeur et le salarié ou ses représentants – dans le contrat de travail reviendrait pour le traitement du litige né de l'exécution du contrat de travail, à substituer une *tentative de résolution amiable extrajudiciaire*, dite « *conventionnelle* » à la *conciliation judiciaire obligatoire* en matière prud'homale⁶²².

b) Position doctrinale

362. Une procédure amiable contrainte. Si l'arrêt « Saint-Valentin » rendu en 2003 par la Chambre mixte de la Cour de cassation et fondateur du régime des clauses de résolution amiable des différends concernait le droit des affaires, la formulation générale employée peut être interprétée comme s'appliquant quel que soit le contrat en cause.

Néanmoins, au lendemain de cet arrêt majeur, une partie de la doctrine a considéré que le principe ainsi dégagé par la chambre mixte ne peut s'appliquer au contrat de travail⁶²³. Certains auteurs ont perçu, dans la clause de conciliation ou de médiation préalable obligatoire à la saisine du juge prud'homale, une procédure amiable « contrainte »⁶²⁴. À la différence de certains contrats, tels qu'ils peuvent intervenir, par exemple, en droit des affaires – domaine dans lequel les parties sont en principe en position égalitaire pour négocier pleinement les stipulations de leur contrat – le contrat de travail met en jeu une partie forte, l'employeur, et une partie faible, le salarié, à l'instar du droit de la consommation mettant en présence un professionnel et un consommateur. La crainte de voir dans la clause de résolution amiable des différends nés du contrat de travail une stipulation en réalité imposée par l'employeur au salarié

⁶²² Rappelons toutefois, que dans les cas de conciliation ou médiation *extrajudiciaire* dites « *conventionnelles* » ou conciliation obligatoire *judiciaire*, les parties – employeur et salarié – ne sont jamais priver de leur droit au recours au juge prud'homale en cas d'échec de la tentative de résolution amiable.

⁶²³ E. Dockès, A. Jeammaud, J. Pélissier et A. Lyon-Caen, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2004, spéc. p. 84 ; M. Keller, *Dr. soc.* 2003, p. 890, obs. ss Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et n° 00-19.424, *préc.*

⁶²⁴ D. Boulmier, « La médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale : nid ou déni de justice ? », *Dr. Ouvrier* 2002, p. 185 s. : l'auteur considère la procédure de conciliation obligatoire propre aux conseils de prud'hommes de nature à proscrire toute procédure contrainte de médiation/conciliation en dehors du juge prud'homale – Voy. ég. P. Ancel, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *D.* 2003, p. 1386 : « dès lors qu'on admet avec la Chambre mixte que la clause de conciliation préalable a un effet procédural direct, et retarde l'accès au juge, on peut trouver difficilement admissible que certains contractants spécialement protégés par la loi acceptent par avance de telles contraintes ».

lequel se verrait contraint d'y adhérer, s'est donc fait sentir⁶²⁵.

c) Une prohibition jurisprudentielle

364. Une évolution en deux temps. La jurisprudence s'est positionnée en deux temps en se fondant sur l'inopposabilité de la clause prévoyant une tentative obligatoire de résolution amiable du conflit individuel du travail préalable à la saisine du conseil des prud'hommes, puis sur son caractère illicite.

365. L'inopposabilité des clauses de résolution amiable des différends au sein du contrat de travail. En premier temps donc, la chambre sociale de la Cour de cassation a semblé refuser de prendre position⁶²⁶. Elle ne se prononçait pas alors directement sur la licéité de la clause de résolution amiable incluse dans un contrat de travail et omettant d'analyser les conséquences d'une omission de l'engagement cristallisé dans la clause. Elle se conformait donc au caractère licite de la clause de conciliation préalable et obligatoire consacrée par la chambre mixte de la Cour de cassation en 2003, mais opérait une interprétation stricte de sa lettre afin d'apprécier son opposabilité⁶²⁷.

⁶²⁵ Un employeur ne verrait-il pas en effet d'un mauvais œil un salarié qui, au jour de la conclusion de son contrat de travail, s'opposerait à une clause visant une résolution amiable d'un différend lequel pourrait survenir à l'occasion de son exécution ou de sa cessation ? Une opposition du salarié à la stipulation dans son contrat de travail d'une clause de résolution amiable des différends n'attesterait-elle pas d'un comportement peu conciliant alors même que son engagement au travail n'est pas encore pris ? En pratique, nombre de salarié, partie faible dans la négociation de leur contrat de travail ne discuteraient même pas cette stipulation.

⁶²⁶ P. ex. Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-45.157, *JCP E* 2008, 1052, note D. Boulmier. Dans cet arrêt, une société de médecine nucléaire avait engagé un médecin spécialiste, M. X, puis l'avait licencié. Le contrat de travail prévoyait à son article 13, une clause prévoyant qu'« en cas de difficultés soulevées soit par l'exécution, soit par l'interprétation du présent contrat, les parties s'engagent, préalablement à toute action contentieuse, à soumettre leur différend à deux membres du conseil départemental de l'Ordre des médecins du Finistère, chacun choisissant librement un des deux membres ». Or, le différend qui opposait les parties portait sur la rupture du contrat de travail. Le médecin salarié licencié avait alors saisi directement le conseil des prud'hommes passant outre l'application de la clause de conciliation. L'employeur, la société de médecine nucléaire, estimait pour sa part, que la clause englobait nécessairement les différends liés à la rupture du contrat de travail, laquelle n'était, en l'espèce, que la conséquence des difficultés rencontrées dans l'exécution du contrat de travail. La chambre sociale de la Cour de cassation, sans se prononcer à proprement sur la licéité de la clause de conciliation préalable et obligatoire à la saisine du juge prud'homale, rappelle « que les juges ne disposent du pouvoir d'interpréter les conventions que si elles sont obscures ou ambiguës ». La Haute juridiction sur le fondement du pouvoir d'interprétation des juges en matière contractuelle, énonce « que l'article 13 du contrat de travail vise les difficultés soulevées par l'exécution ou l'interprétation du contrat et non pas le litige né de sa rupture ». Les Hauts magistrats écartent ainsi l'application de la clause au regard, non pas de sa licéité, mais de celui de l'encadrement du différend visé à la clause de conciliation pour sa mise en œuvre. Cet arrêt ne déclare donc pas la clause de résolution amiable du différend présente au contrat de travail comme illicite. En revanche, cette jurisprudence en ce qui concerne le régime des clauses de résolution amiable de manière générale est révélatrice de l'importance des exigences rédactionnelles, notamment au regard de l'encadrement du différend visé par la mise en œuvre de la résolution amiable.

⁶²⁷ Dans un arrêt postérieur, Cass. soc., 7 déc. 2001, n° 10-16.425, *Bull. V* 2011, n° 285, relatif à l'effet d'une clause contractuelle instituant un préalable de conciliation obligatoire en matière prud'homale, la Cour de cassation ne se prononce pas davantage sur la licéité des clauses de résolution amiable des différends stipulées dans un

366. La question du caractère illicite de la clause de résolution amiable des différends insérée au contrat de travail. C'est ensuite, et en définitive, par un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 5 décembre 2012, que la Haute juridiction a modifié son raisonnement.

Dans cette affaire, un médecin avait été engagé par un groupe de santé suivant un contrat à durée indéterminée à temps partiel, en qualité de médecin coordinateur au sein d'un établissement pour personnes dépendantes. Le contrat de travail signé entre le médecin salarié et l'établissement comportait une clause de conciliation préalable obligatoire⁶²⁸. Malgré la présence de cette clause de tentative de résolution amiable des différends relatifs à l'interprétation, l'exécution ou la résiliation du contrat de travail, obligatoire et préalable à la saisine du juge prud'homale, le médecin salarié, ayant pris acte de la rupture du contrat de travail, avait agi en justice afin de faire juger que la rupture de son contrat de travail devait s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Débouté en première instance, le médecin interjette appel. Les juges d'appel nîmois se conforment alors à la jurisprudence de la chambre mixte de la Cour de cassation de 2003, et déclarent les demandes du salarié irrecevables, retenant que « la clause de conciliation préalable obligatoire est licite »⁶²⁹. Le médecin salarié s'est donc pourvu en cassation soutenant que le préalable obligatoire de conciliation avait été satisfait dans le cadre de la procédure prud'homale conformément aux

contrat de travail. Dans cette affaire, le contrat de travail passé une salariée, sportive professionnelle et une association sportive de handball comportait deux clauses de conciliation. La première prévue à l'art. 16 stipulait que « la partie désireuse de mettre un terme au contrat devra le faire savoir par lettre recommandée, il en suivra une réunion de conciliation en présence du bureau directeur du club, de l'entraîneur et de la capitaine d'équipe, la joueuse pourra également se faire représenter ou être assistée par la personne de son choix » et la seconde, à l'art. 18, dans le cadre de l'exécution du contrat de travail que « tout litige devra faire l'objet d'une commission de conciliation telle que prévue à l'article 16 ». Les clauses de résolution amiable du contrat de travail de la sportive prévoyaient ainsi la mise en œuvre d'une tentative de résolution amiable devant un commission de conciliation d'une part, préalablement à la rupture du contrat de travail, et d'autre part, pour tout litige lié à l'exécution du contrat. Or, l'employeur avait mis fin au contrat de travail de sa sportive sans saisir la commission de conciliation telle que le prévoyait l'article 16 du contrat. La salariée avait engagé une procédure prud'homale en constatation de la rupture de son contrat de travail, sans recourir à la procédure de conciliation prévue conventionnellement. L'employeur, face à l'action prud'homale de sa salariée, oppose alors comme moyen de défense, conformément à la jurisprudence de chambre mixte de la Cour de cassation, la fin de non-recevoir tirée de la présence au contrat de travail d'une clause de conciliation précontentieuse. La salariée, qui s'était vu opposer une fin de non-recevoir par la Cour d'appel, saisit la Cour de cassation et obtient gain de cause. La chambre sociale de la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel au visa de l'ancien article 1134 du Code civil. Dès lors que les juges d'appel nîmois avaient « constaté que la rupture du contrat de travail était intervenue à l'initiative de l'employeur, lequel n'avait pas mis en demeure la procédure de conciliation contractuelle », il ne pouvait être fait grief à la salariée d'en avoir fait de même ». Il est intéressant de relever que dans cette affaire, au regard de la rédaction des clauses, le caractère préalable à la saisine du juge prud'homale ne ressortait pas clairement.

⁶²⁸ La clause était rédigée en ces termes : « en cas de désaccord sur l'interprétation, l'exécution ou la résiliation du présent contrat, les parties s'engagent préalablement à l'action contentieuse à soumettre leur différend à deux conciliateurs, l'un désignée par Mme X... parmi les membres du conseil de l'ordre, l'autre par le directeur d'établissement ».

⁶²⁹ CA Lyon, ch. soc., 22 avr. 2011, n° 10/06237.

dispositions de l'article L. 1411-1 du Code du travail⁶³⁰. La Haute juridiction casse l'arrêt de la cour d'appel de Lyon sans se prononcer directement sur la licéité de la clause. Les Hauts magistrats jugent en effet qu'« en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend »⁶³¹.

Sans réellement déclarer la clause de tentative de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge prud'homale illicite, la Haute juridiction prive de ses effets la clause de résolution amiable des différends nés du contrat de travail dont les caractères préalable et obligatoire ont été stipulés. Nous pouvons considérer que le raisonnement opère un revirement de jurisprudence. Il ne s'agit plus d'affirmer une licéité de principe de la clause de conciliation obligatoire et préalable à toute saisine du juge compétent, pour ensuite interpréter en matière prud'homale strictement l'opposabilité de la clause au salarié. Les juges devront dorénavant faire prévaloir la procédure de tentative de conciliation obligatoire *judiciaire* mise en œuvre devant le conseil des prud'hommes sur l'existence d'une clause instituant une tentative de résolution amiable obligatoire préalablement à la saisine du juge prud'homale et donc, *extrajudiciaire*. Laquelle, en pratique et nous le regrettons, s'avère peu efficace. D'un point de vue procédural, il semble en effet contreproductif d'admettre la mise en jeu d'une clause d'un contrat prévoyant la mise en œuvre obligatoire d'une tentative de résolution amiable des différends, de manière *extrajudiciaire* avant toute saisine du juge du fond, alors que le législateur a spécialement institué, dans le domaine du droit du travail, une tentative de résolution amiable des différends obligatoire, préalable à l'instance en jugement mais demeurant *judiciaire*, puisque mise en œuvre devant le juge des prud'hommes. Cette dernière offre en effet les garanties de protection à la partie faible, le salarié.

C'est sans doute sur le terrain de l'ordre public qu'il convient de prendre lecture de cet arrêt. En effet, c'est bien parce que le législateur a institué spécialement une procédure *judiciaire* – devant le bureau de conciliation et d'orientation du conseil des prud'hommes au visa de l'article L. 1411-1 du Code du travail – de tentative obligatoire de conciliation revêtant un caractère d'ordre public, qu'une clause contractuelle ne peut y déroger. En effet, l'article

⁶³⁰ Le médecin salarié L'établissement de santé, quant à lui, oppose l'existence de la clause de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, figurant au contrat de travail, laquelle n'a pas été respectée par la salariée, alors que pareille stipulation est constitutive d'une fin de non-recevoir aux vises des art.122 et 123 CPC.

⁶³¹ Cass. soc. 5 déc. 2012, n° 11-20.004, *Bull. civ.* V, 2012, n° 326.

1162 du Code civil issu de la réforme de droit des contrats⁶³² dispose que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». La clause permettant le déclenchement d'une tentative obligatoire de résolution amiable des différends risque de faire doublon et de nuire à la célérité de la justice. Imaginons l'hypothèse où nous admettrions la clause de tentative obligatoire de résolution amiable préalable à la saisine du juge prud'homale, laquelle constituerait une fin de non-recevoir pour ce dernier. Les parties, seraient en conséquence tenues de saisir le tiers missionné – conciliateur, médiateur – avant de saisir le juge prud'homale. Si ce dernier venait à être saisi par l'une des parties peu diligente, le juge devrait déclarer la demande irrecevable sur le fondement de cette fin de non-recevoir, tant que la tentative de résolution amiable du différend *extrajudiciaire* ne serait pas mise en œuvre. Dans le cas où cette tentative obligatoire de résolution amiable échouerait, les parties pourraient avoir recours au juge prud'homal afin qu'il tranche le litige. En matière prud'homale, les parties devraient à nouveau tenter de se concilier dans le cadre de la procédure de conciliation légale prévue à l'article L. 1411-1 du Code du travail. La clause de tentative obligatoire de résolution amiable préalable à la saisine du juge prud'homale viderait ainsi de son sens la procédure légale de tentative obligatoire de conciliation *judiciaire* devant son bureau de conciliation et d'orientation.

367. En définitive, la haute juridiction fait primer la procédure de tentative obligatoire de conciliation *judiciaire* devant le bureau de conciliation et d'orientation du conseil des prud'hommes dont le caractère est d'ordre public. Dès lors, une clause prévoyant une tentative *extrajudiciaire* obligatoire de résolution amiable par conciliation, médiation ou même par négociation directe entre les parties de la solution du différend déroge à l'ordre public de protection qui imprègne la procédure obligatoire de tentative de résolution amiable par conciliation *judiciaire* légalement instituée.

La Haute juridiction crée néanmoins une exception au principe général de licéité des clauses de résolution amiable des différends en droit du travail. La prohibition de la clause de résolution amiable des différends exclut la résolution amiable *extrajudiciaire* des différends et soumet à la compétence du juge prud'homale le traitement amiable du différend né du contrat de travail. Néanmoins, en pratique, la conciliation obligatoire *judiciaire* devant le bureau de conciliation et d'orientation en matière prud'homale connaît un faible succès, les parties

⁶³² Opérée par l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc. ayant donné lieu à la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, JO 21 avr. 2018, n° 0093 entrée en vigueur au 1^{er} oct. 2018.

revenant soit à une négociation directe de la solution du différend en cabinet d'avocats, soit confrontées à l'échec de la conciliation *judiciaire* poursuivent un traitement contentieux du litige lequel aboutit à une solution imposée par le juge des prud'hommes. Reste que le juge peut encore favoriser le rapprochement des parties par le recours à la médiation.

2) La prohibition de la clause de résolution amiable des différends en droit de la consommation

368. Une prohibition légale. L'article L. 612-4 du Code de la consommation⁶³³ – depuis la recodification à droit constant du Code de la consommation⁶³⁴ – dispose très clairement, qu'« *est interdite toute clause ou convention obligeant le consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation préalablement à la saisine du juge* ». Le législateur est donc venu expressément prohiber dans les contrats de vente ou de prestation de service passés entre un professionnel et un consommateur ou à un non-professionnel⁶³⁵, la clause prévoyant une tentative obligatoire de résolution amiable par médiation – mais également de fait, par conciliation ou autre processus de négociation directe de solution du différend – préalable à la saisine du juge compétent, dont la licéité a pourtant été reconnue, en 2003, par la chambre mixte de la Cour de Cassation⁶³⁶.

Pareille stipulation intègre, en droit de la consommation, la liste des clauses abusives. L'article L.212-1 alinéa premier du Code de la consommation dispose en effet que « *dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* »⁶³⁷. Plus précisément, la clause obligeant le

⁶³³ Anc. art. L. 152-4 C. consom. issu de la transposition en droit français de la dir. 2013/11/UE du 21 mai 2013, *préc.* opérée par l'ord. n° 0192 du 21 août 2015, *préc.*

⁶³⁴ Opérée par l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc.* ayant donné lieu à la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *JO* 21 avr. 2018, n° 0093 entrant en vigueur au 1^{er} oct. 2018.

⁶³⁵ Voy. art. liminaire C. consom. : pour l'application du présent code, on entend par consommateur, toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, par non professionnel, toute personne qui n'agit pas à des fins professionnelles et par professionnel, toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui a des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom et pour le compte d'un autre professionnel.

⁶³⁶ Cass. Ch. Mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19423 et 00-19424, *Bull. ch. Mixte* n°1, *préc.*

⁶³⁷ Issu de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, *préc.* ; Voy. ég. l'anc. art. L. 132-1 al. 1^{er} CConso. qui disposait que « *abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». Notons que le nouvel article L. L.212-1 CConso. ne reprend pas la sanction que prévoyait l'ancien art. L.132-1 al. 6 CConso. En effet, la réforme de droit des contrats a généralisé la sanction des clauses abusives en intégrant dans

consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation préalablement à la saisine du juge, intègre la liste de clauses présumées abusives, établie par décret⁶³⁸. À cet égard, l'article R. 212-2 du Code de la consommation⁶³⁹ dispose que « *dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions des premier et cinquième alinéa de l'article L. 212-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet* », notamment au 10° du texte, de « *supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges* ». Ainsi, la question du caractère abusif d'une clause de résolution amiable des différends, que ce soit par processus conciliation, médiation ou processus de négociation directe de solution au différend se pose avec une certaine acuité.

369. Critique. Si la clause compromissoire prévient tout autant la survenance d'un litige qui naîtrait dans le cadre du contrat qui la porte, elle diffère de la clause de résolution amiable des différends, car elle vise à exclure réellement la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire. La clause compromissoire ou d'arbitrage oblige les parties, sauf à ce qu'elle renonce d'un commun accord à l'application de la clause, à saisir exclusivement la juridiction d'arbitrage. En présence d'une clause compromissoire portée à la connaissance du juge par l'une des parties, celui-ci est tenu de déclarer son incompétence. En droit de la consommation, la clause compromissoire, de par l'objectif procédural du processus qu'elle porte, est donc de nature à contraindre le consommateur ou le non-professionnel dans l'exercice de son action en justice et constitue de fait, une clause abusive.

L'objet du processus de résolution amiable que porte la clause de conciliation, de médiation ou de procédure participative, diffère de celui de la clause compromissoire. Il ne consiste aucunement à réserver la compétence du règlement du différend à un tiers et d'exclure la compétence du juge étatique. La clause de résolution amiable des différends a pour objet au

le champ du droit commun des contrats le nouvel article 1168 CCiv qui, dans les termes de son alinéa 1^{er} vise le nouvel article L.212-1 CConso en disposant que « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». Par ailleurs, le nouvel art. 1170 CCiv. dispose que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

⁶³⁸ Voy. l'art. L. 212-1 al. 5 C. consomm. précisant encore qu' « *en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse* ».

⁶³⁹ Créé par le décr. n° 2016-884 du 29 juin 2016 *relatif à la partie réglementaire du code de la consommation*, JO n° 0151 du 30 juin 2016, procédant à la recodification de la partie réglementaire du Code de la consommation ; Voy. ég. anc. art. R. 132-2 C. consomm.

jour de la survenance du différend découlant du contrat qui la porte – non pas une résolution obligatoire du différend devant le tiers missionné⁶⁴⁰ – mais la mise en œuvre d’une *tentative* de résolution amiable par un processus tel que la médiation, la conciliation ou autre forme de négociation plus directe de la solution amiable du différend par les parties. Son objet est de permettre une rencontre entre le tiers missionnés et les parties au différend. Ces dernières, quelle que soit leur qualité – professionnel/consommateur, professionnel/non-professionnel, employeur/salarié – ne sont aucunement obligées, au terme du processus choisi, de conclure l’accord amiable contenant la solution de leur différend. À tous les stades des processus de résolution amiable des différends, chacune des parties demeure libre d’y renoncer sur le fondement de la liberté contractuelle et, en vertu du droit au recours au juge⁶⁴¹, conserve le droit de saisir le juge étatique afin de voir le litige tranché⁶⁴². Certains auteurs présentent ainsi les procédures de conciliation ou de médiation comme des procédures « facultatives »⁶⁴³, et ce même si des obligations légales fondent la rencontre des parties et du tiers missionné afin qu’une information soit donnée sur la résolution amiable du différend et qu’un moment soit ainsi propice au déclenchement de la tentative.

370. Une limite relative à l’accès aux processus de résolution amiable. L’interdiction ainsi édictée au nouvel article L. 152-4 du Code de la consommation transposant en partie le considérant 43 et l’article 10 de la directive 2013/11/CE⁶⁴⁴, est dans une certaine mesure critiquable.

En premier lieu, la clause de résolution amiable des différend – via par exemple une conciliation ou une médiation – à laquelle les parties auraient attribué les caractères obligatoire et préalable à la saisine du juge compétent du litige vise à mettre en œuvre une « tentative » de résolution amiable, et non d’obliger les parties à parvenir à un accord pour résoudre leur

⁶⁴⁰ Conciliateur, médiateur ou avocats dans le cadre d’une négociation directe du différend entre les parties accompagnées de leurs conseils.

⁶⁴¹ Dans le respect du droit fondamental d’accès au juge consacré par l’article 47 par la Charte des droits fondamentaux et protégé en tant que principe général du droit de droit de l’Union par l’article 6§1 de la CEDH.

⁶⁴² Excepté, bien sûr, dans le cas des clauses de méd-arb ou arb-méd où la compétence pour trancher le litige est réservée à l’arbitre en cas d’échec de la tentative de résolution amiable

⁶⁴³ P. Ancel et M. Cottin, « L’efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation ». D. 2003, p. 1386 : « il est vrai qu’en pratique, les procédures de conciliation ou de médiation mises en place par les entreprises se présentent le plus souvent comme des procédures facultatives, où, à l’inverse de la solution ici retenue, le médiateur ne peut être saisi que si aucune demande en justice n’a été formée ; Voy. ég. E. Camous, *Règlements non juridictionnels des litiges de la consommation, Contribution critique à l’analyse des modes alternatifs de règlement des conflits*, Th., LGDJ 2002, spéc. p. 161 s.

⁶⁴⁴ Celui-ci prévoit en effet qu’« un accord entre un consommateur et un professionnel prévoyant la soumission des plaintes à une entité de REL ne devrait pas revêtir une valeur contraignante pour le consommateur si cet accord a été conclu avant la survenance du litige et s’il a comme effet de priver le consommateur de son droit de saisir les juridictions compétentes pour le règlement du litige » ; Voy. ég. l’art. 10 « Liberté », 1., de la dir. n° 2013/11/CE du 21 mai 2013, *préc.*

différend, ni de les priver de leur droit d'accès au juge. D'autant que les parties peuvent d'un commun accord, renoncer à la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable, les processus de résolution amiable des différends – conciliation, médiation, procédure participative – étant des processus volontaires. Néanmoins, le législateur semble avoir compensé cette prohibition de la clause de résolution amiable *extrajudiciaire* des litiges de la consommation en organisant un processus de résolution amiable *extrajudiciaire* des litiges contractuels de la consommation dénommé médiation des litiges de la consommation. Ce processus spécial trouve notamment comme particularité d'être uniquement activé à l'initiative du consommateur, ce qui se concilie difficilement, nous le comprenons, avec une stipulation ayant vocation à être mise en œuvre par l'une ou l'autre des parties, ces dernières ayant, au surplus, la possibilité d'y renoncer d'un commun accord. Un processus de médiation eu demeurant *extrajudiciaire* et d'ordre public.

En second lieu, il peut paraître étonnant d'imposer au consommateur de tenter de régler le différend par une négociation directe avec le professionnel, en faisant de ce préalable une condition de la saisine du médiateur de la consommation⁶⁴⁵, et prohiber par ailleurs la clause de médiation préalable et obligatoire à la saisine du juge du contrat de vente ou de prestation de service conclu entre le consommateur et le professionnel. D'autant que la réclamation directe du consommateur au professionnel est généralement aménagée contractuellement. Au surplus, l'accompagnement par un tiers missionné compétent – conciliateur, médiateur – ne peut que garantir une certaine égalité entre les parties tout au long de la mise en œuvre du processus de résolution amiable du litige, que ce soit lors de son activation, de son déroulement, de son terme et au-delà encore, et ce même s'il intervient dans la sphère *extrajudiciaire*. Garanties que n'offre pas nécessairement une négociation directe entre partie forte et partie faible au contrat.

371. La question de l'admission de la clause de résolution amiable non obligatoire.

Cependant – et nous le constatons en pratique – la *clause de règlement amiable des différends*, de médiation ou conciliation est présente dans les contrats, factures et autres supports remis par le professionnel au consommateur⁶⁴⁶. Celle-ci est néanmoins dépourvue de caractère obligatoire et préalable à la saisine du juge compétent⁶⁴⁷. Elle atteste de ce que le professionnel remplit son obligation d'information à l'égard du consommateur en activant, au moment de la

⁶⁴⁵ Voy. l'art. L. 612-2, 1° et l'anc. art. L. 152-2 a) C. consom.

⁶⁴⁶ Visés à l'article L. 212-1 CConso, dernier alinéa.

⁶⁴⁷ C. Poli, « La médiation : une technique juridique au service de la paix en droit des affaires » in *La Paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires ?* Actes de colloque organisé les 3 et 4 octobre 2014 par le Centre de droit économique, Aix-Marseille Université, LGDJ, 2016, spéc. p. 298.

signature du contrat de vente ou de prestation, l'information sur le règlement *extrajudiciaire* des litiges, permettant ainsi de favoriser une mise en œuvre facilitée de la médiation spéciale de la consommation. Il s'agit d'une clause du contrat de vente de biens ou de prestation de service d'information sur la médiation des litiges de la consommation.

372. Conclusion du §1 relatif au principe de licéité des *clauses de résolution amiable des différends*. Le principe de licéité des clauses de conciliation, consacré par l'arrêt « Saint-Valentin » de la Chambre mixte de la Cour de cassation en 2003 s'applique de manière unitaire, aussi bien à la clause de médiation, à la clause de conciliation, ou encore à la clause de procédure participative. En définitive, à l'ensemble des *clauses de résolution amiable des différends*, en raison du fait que ces stipulations portent en elle-même des processus ayant pour objectif, à la fois procédural et contractuel, la conclusion d'un accord résolutif des différends nés du contrat originaire des parties. Si certaines limites à ce principe se manifestent par une prohibition dans des domaines fortement marqués par un ordre public de protection de la parties faible – droit du travail et droit de la consommation – nous avons néanmoins constaté que ces domaines n'excluent pas pour autant les recours à la résolution amiable *judiciaire* ou *extrajudiciaire* des différends.

Ces clauses ont un objet procédural commun : celui de permettre le déclenchement de la résolution amiable des différends par un ou des processus choisis. Si ce principe est affirmé au regard de la clause dite de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, cette clause est la plus radicale dans ces effets procéduraux, puisqu'elle oblige au déclenchement de la tentative de résolution amiable des différends avant la saisine du juge, de manière donc *extrajudiciaire*. Les caractères apposés au recours amiable – conciliation, médiation, procédure participative – garantissent l'efficacité d'une tentative de résolution amiable *extrajudiciaire* des différends contractuels. La rédaction du contenu de la clause s'avère ainsi déterminante et ne manque pas d'être relevée par la jurisprudence. Il convient, en conséquence de définir le contenu des clauses de résolution amiable des différends, c'est-à-dire de déterminer les obligations auxquelles les cocontractants, devenus litigants au jour de la survenance du différend, se soumettent dans le cadre de l'insertion de ce type de clause au sein de leur contrat.

§2. Une efficacité procédurale contractuellement aménagée

373. Le sceau de la Liberté contractuelle. L'article 1102 du Code civil issu de la

réforme de droit des contrats⁶⁴⁸ dispose que « *chacun est libre [entre autres] de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». S’agissant de stipulations contractuelles venant parfaire le contenu du contrat, la rédaction des *clauses de résolution amiable des différends* – clauses de conciliation, de médiation ou envisageant une négociation plus directe de la solution du différend – est emprunte, en conséquence, de liberté contractuelle. Les cocontractants sont donc libres d’insérer ou non une clause de résolution amiable des différends et dans le cas où elles le souhaitent, d’en déterminer le contenu et de choisir un processus de résolution amiable applicable à la survenance du différend contractuel dans la limite du respect des dispositions d’ordre public et de la libre disponibilité de leurs droits. C’est dire que les cocontractants peuvent les rédiger comme de simples formules incantatoires, dont la portée sera limitée au jour de la survenance du différend, ou bien attribuer des caractères spécifiques au processus instaurant une tentative de résolution amiable du différend contractuellement visé.

Depuis 2003 et la solution de principe de la Chambre mixte de la Cour de cassation, l’efficacité procédurale de la clause instaurant, au jour de la naissance du différend contractuel, la mise en œuvre d’une tentative de résolution amiable *extrajudiciaire* est soumise à des exigences rédactionnelles. Afin que la clause puisse consister en une fin de non-recevoir pour le juge saisi par l’une des parties, peu diligente, des caractères « obligatoire » et « préalable » doivent avoir été attribués au déclenchement du processus de résolution amiable choisi. Il convient donc, et en premier lieu, d’examiner la signification de ces caractères conditionnant l’existence d’une fin de non-recevoir pour le juge au sens de l’article 122 du Code de procédure civile. Ce n’est qu’au travers d’une analyse fine du contenu contractuel de ces stipulations – c’est-à-dire des obligations mises à la charge des cocontractants – que nous serons en mesure de comprendre leur but et de constater une certaine unité de régime **(A)**. L’emprise de la liberté contractuelle sur la rédaction des clauses de résolution amiable des différends et le souci d’efficacité de la tentative de résolution amiable des différends contractuels ainsi conventionnellement instaurée appellent, par ailleurs, quelques conseils rédactionnels **(B)**.

A. Les conditions de l’efficacité du déclenchement de la tentative de résolution amiable *extrajudiciaire* des différends

⁶⁴⁸ Opérée par l’ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc. ayant donné lieu à la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, JO 21 avr. 2018, n° 0093 entrant en vigueur au 1^{er} oct. 2018.

374. Distinction. Chacun des caractères procéduraux « obligatoire » **(1)** et « préalable » **(2)** attribués au premier abord au processus contenu dans la clause, mais en réalité au seul déclenchement de la tentative de résolution amiable du différend doivent être étudiés de manière indépendante et d'un point de vue contractuel, afin de prendre la mesure de leur signification. Nous le rappelons, les cocontractants sont libres, au moment de la rédaction de la clause, d'en déterminer le contenu. Si la jurisprudence reconnaît une efficacité procédurale à la clause prévoyant les caractères – préalable et obligatoire – au déclenchement de la tentative de résolution amiable, les parties peuvent parfaitement omettre de préciser ces deux caractères ou bien de privilégier l'un ou l'autre, ce qui pose dans ces cas, la question de l'efficacité de la tentative de résolution amiable par le processus prévu au contenu de la clause.

1) Le caractère obligatoire de la tentative de résolution amiable du différend

375. Position du problème. Ne perdons pas de vue que la *clause de résolution amiable des différends* est stipulée dans un contrat liant à l'origine des cocontractants, devenus parties à un différend. Il s'agit donc de savoir si la *clause de résolution amiable des différends* – clause de conciliation, clause de médiation, ou clause de procédure participative – insérée dans un contrat, sans qu'il n'ait été spécifiquement prévu, lors de sa rédaction, que le processus qu'elle renferme sera au jour de la survenance déclenché obligatoirement, est privée de toute charge obligationnelle à l'égard des contractants, devenus parties au différend contractuel. La question mérite d'être posée à deux égards car l'efficacité de la mise en œuvre du processus de résolution amiable pourrait simplement découler de la force obligatoire du contrat porteur de la clause, ou encore se justifier par l'exécution du principe de bonne foi imprégnant, notamment, l'exécution contractuelle.

Rien n'exclut, hormis le respect de l'ordre public et la libre disponibilité des droits des parties, que certaines *clauses de résolution amiable des différends* puissent être rédigées de telle manière, que les caractères obligatoire et/ou préalable du processus qu'elles ont pour objectif de déclencher ne soient pas précisés. La question de leur efficacité procédurale se pose donc **(a)**. Car au regard des exigences de la jurisprudence de la chambre mixte de la Cour de cassation, au-delà de la force obligatoire attribuée à la clause par le contrat qui la porte, impose un caractère obligatoire – contractuel – qu'il convient d'analyser **(b)**.

a) L'efficacité procédurale des différents types de clauses de résolution amiable des différends

376. Plusieurs hypothèses. En dehors du cas où les parties ont expressément prévu le recours à une tentative obligatoire de résolution amiable des différends préalable à la saisine du juge par un processus déterminé – à laquelle est reconnue une efficacité procédurale – quatre cas de figure peuvent se présenter en raison de la liberté contractuelle imprégnant le droit des contrats **(I)**. La question de leur efficacité procédurale se pose donc **(II)**.

I. Typologie des clauses de résolution amiable des différends

377. La clause de tentative de résolution amiable des différends dépourvue de tout caractère. Les parties peuvent n'avoir ni prévu le caractère obligatoire, ni le caractère préalable à la tentative de résolution amiable du différend par le processus choisi⁶⁴⁹. Au jour, de la survenance du différend, rien n'oblige les parties à déclencher la tentative de résolution amiable avant que celles-ci ne saisissent le juge compétent du litige. Néanmoins, la question se pose de savoir si, compte tenu du fait que la clause est contenue dans un contrat ayant par lui-même force obligatoire et devant être exécuté de bonne foi, le déclenchement de la tentative de résolution amiable des différends contractuels ainsi prévu au contrat, n'est pas naturellement obligatoire. En d'autres termes, est-il bien utile pour les parties de conférer un caractère procédural obligatoire au processus visé dans la clause, conciliation, médiation, voir procédure participative ?

378. La clause de tentative non obligatoire de résolution amiable extrajudiciaire des différends. Dans un autre cas de figure, les parties peuvent avoir conçu le déclenchement du processus – conciliation, médiation, procédure participative – comme un préalable à la saisine du juge compétent du litige en prévoyant expressément ce caractère, sans toutefois le rendre obligatoire⁶⁵⁰. Dans ce cas, au jour de la survenance du différend, les contractants devenus litigants seront libres, et non contraints, de déclencher une tentative de résolution amiable via le processus prévu – conciliation ou médiation par exemple – avant de saisir le juge compétent.

⁶⁴⁹ Pareille clause pourrait être rédigée de la manière suivante : « *en cas de difficultés soulevées par la validité, l'interprétation, l'exécution ou l'inexécution, l'interruption ou encore la résiliation du présent contrat, les parties pourront, si elles le souhaitent et même si le juge est saisi soumettre ce différend à un médiateur qu'elles choisiront d'un commun accord* ».

⁶⁵⁰ Pour illustrer notre propos, la liberté contractuelle autorise que les parties prévoient par exemple dans un contrat de vente une clause de résolution amiable des différends rédigée en ces termes : « *en cas de difficultés soulevées par la validité, l'interprétation, l'exécution ou l'inexécution, l'interruption ou encore la résiliation du présent contrat, les parties pourront, si elles le souhaitent, soumettre ce différend préalablement à toute action contentieuse, à un médiateur qu'elles choisiront d'un commun accord* ».

379. La clause de tentative obligatoire de résolution amiable des différends non préalable. Par cette clause, les parties ont précisé au moment de la rédaction de leur contrat qu'elles s'engagent à mettre en œuvre la tentative de résolution amiable du différend contractuel visé, sans toutefois prévoir un déclenchement préalable à la saisine du juge. De sorte, que les parties peuvent remplir leur obligation de déclencher la tentative de résolution amiable du différend par le processus choisi, alors même que le juge est saisi du différend. Il ne peut être reproché à la partie ayant saisi directement le juge compétent du litige de ne pas avoir mis en œuvre la clause, puisqu'elle peut encore s'exécuter alors que le juge est saisi du litige des parties.

380. La clause de résolution amiable des différends abusive. La dernière hypothèse assez atypique, concerne le cas où l'un des cocontractants stipule la *clause de résolution amiable des différends* dans son propre intérêt. Par cet artifice, le cocontractant se réserve le droit, au jour de la survenance du différend, de renoncer unilatéralement au déclenchement du processus et préférer saisir le juge. Pareille stipulation est de nature à créer un déséquilibre significatif entre les parties et présente un caractère abusif confinant à la déloyauté. La question de la sanction de cette clause se pose.

II. *Une efficacité procédurale limitée*

381. Concernant la clause de résolution amiable des différends dépourvus de caractères et la clause de tentative non obligatoire de résolution extrajudiciaire des différends. Dans les cas marqués par l'absence de caractère obligatoire prévu au processus de résolution amiable renfermé par la clause, le déclenchement de la tentative de résolution amiable apparaît comme reposant sur la seule bonne volonté des parties. Si pareilles stipulations attestent sans nul doute de l'environnement de paix qui imprègne la négociation et la conclusion du contrat originaire porteur de la clause, nous comprenons qu'il en est souvent tout autrement au moment de la survenance du différend qui, de fait, oppose les parties. Cet instant est précisément le moment où les parties sont les moins diligentes l'une envers l'autre. Dans ces hypothèses, la question se pose de savoir si la force obligatoire ou le principe d'exécution de bonne foi du contrat qui porte la clause peuvent venir au soutien du déclenchement de la tentative de résolution amiable du processus qu'elle contient.

À un premier degré de réflexion, nous pourrions être tentés d'affirmer qu'imprégnée de la force obligatoire du contrat qui la porte, la clause de résolution amiable du différend se traduit par une force obligatoire au déclenchement de la tentative de résolution amiable du différend par médiation ou conciliation. Dès lors, une partie qui saisirait directement le juge sans mettre en œuvre la tentative de résolution amiable du différend pourrait voir sa responsabilité contractuelle engagée pour inexécution sur le fondement des articles 1231 et 1231-1 du Code civil.

Pareille réflexion pourrait également être menée concernant l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat. L'article 1104 du Code civil tel qu'issu de la réforme du droit des contrats⁶⁵¹, dispose à son alinéa premier que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Les réformateurs n'ont pas manqué de préciser à l'alinéa second du texte, qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public. En d'autres termes, il s'agit de savoir si les parties – qui n'ont pas expressément prévu qu'elles auront au jour de la survenance du différend né du contrat qui les lie, l'obligation de recourir à la tentative de résolution amiable – n'en ont pas moins l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat qui les lie et notamment la clause de résolution amiable des différends qu'il porte. Partant, il aurait été possible d'admettre que, dès lors que les parties insèrent dans le contrat qui les lie une clause de résolution amiable des différends issus de leur relation contractuelle – sans prendre le soin de préciser que le processus prévu pour le traitement amiable, conciliation, médiation procédure participative sera au jour de la survenance du différend un préalable obligatoire à la saisine du juge – sont néanmoins tenues, de bonne foi, d'exécuter la clause et de déclencher la tentative de résolution amiable au jour de la survenance du différend. La partie qui au jour de la survenance du différend saisirait le juge compétent du litige sans s'être rapprochée de son cocontractant afin, comme convenu, de déclencher la tentative de résolution amiable du différend n'exécuterait pas son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat et la clause de résolution amiable des différends qu'il contient, pourrait ainsi voir sa responsabilité contractuelle engagée.

Néanmoins, il est apparu difficile d'engager la responsabilité contractuelle de la partie n'exécutant pas la stipulation. Tout d'abord parce que l'existence d'un préjudice réparable est discutable. En engageant la recherche d'une responsabilité contractuelle, il s'agirait d'octroyer des dommages et intérêts au titre de la perte de chance de recourir à la résolution amiable. Or l'issue de cette dernière – à savoir la conclusion d'un accord amiable – est incertaine, de sorte

⁶⁵¹ Opérée par l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc. ayant donné lieu à la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, JO 21 avr. 2018, n° 0093 entrée en vigueur au 1^{er} oct. 2018.

que la preuve de l'existence de ce préjudice semble impossible à rapporter. Ensuite, il apparaît contreproductif de forcer à l'exécution de la clause. Si celle-ci est contestée devant le juge, ce dernier est à même d'apprécier l'opportunité du déclenchement d'une tentative de résolution amiable des différends sur le fondement du droit commun procédural de la résolution amiable des différends.

Les *clauses de résolution amiable des différends* contractuels prévoyant le déclenchement non obligatoire d'un processus de résolution amiable du différend présentent une efficacité limitée au moment de la survenance de ce dernier, puisqu'une partie peut librement et directement saisir le juge compétent, empêchant la résolution amiable pourtant initialement envisagée par les cocontractants. Ces deux types de clauses se présentent ainsi comme de véritables formules incantatoires. Leur rédaction n'apparaît pas utile au déclenchement de la tentative de résolution amiable au jour de la survenance du différend.

382. Concernant la clause de résolution amiable des différends abusive. Dans l'hypothèse, où une partie a stipulé la clause au contrat à son seul avantage, en se réservant, au jour de la survenance du différend, le droit d'y renoncer unilatéralement, le juge pourrait être saisi par cette partie peu diligente. Nous pourrions parfaitement imaginer dans ce cas, que l'existence de la clause soit soulevée par l'autre partie. Le juge pourrait alors appliquer la jurisprudence de chambre mixte de 2003 et prononcer une fin de non-recevoir pour la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend afin de sanctionner le comportement abusif du cocontractant. Une autre possibilité consisterait pour le juge à réputer non écrite cette clause déséquilibrée, au caractère abusif, afin, soit de lui-même trancher le litige, soit, dans l'esprit de la stipulation, d'enjoindre les parties au différend contractuel à rencontrer un tiers missionné qu'il désigne afin qu'elles soient informées sur le processus de résolution amiable. Dans ce dernier cas, le tiers missionné – conciliateur, médiateur – pourra tenter avec leur accord une mise en œuvre effective de la tentative sur le fondement du droit commun procédural de la résolution amiable *judiciaire* des différends.

b) La signification du caractère obligatoire spécialement convenu

383. Un caractère obligatoire au processus de résolution amiable des différends prévu par la clause. D'un point de vue procédural, le caractère obligatoire attaché au processus choisi – conciliation, médiation, voire procédure participative – doit être relativisé. En effet, toute procédure de résolution amiable des différends – conciliation, médiation ou

procédure participative – intervenant dans le cadre *judiciaire* ou *extrajudiciaire* aboutit, en cas de succès, à la conclusion d'un accord amiable. De fait, les procédures de résolution amiable des différends sont soumises à la liberté contractuelle justifiant la liberté de ne pas conclure le contrat porteur de la solution du différend : l'accord amiable. Méfions-nous donc des expressions « conciliation obligatoire », « médiation obligatoire », car il ne s'agit pour les parties que d'une obligation de rencontrer le tiers missionné afin de permettre le déclenchement de la tentative de résolution amiable du différend, via le processus choisi. Un déclenchement qui n'est efficace que dans la mesure où les parties prévoient les modalités de désignation du tiers missionné dans la clause⁶⁵² ou saisissent une institution de résolution amiable des différends chargé de procéder à cette désignation⁶⁵³.

384. Une obligation de faire à la charge des cocontractants. Lorsque les parties précisent dans leur contrat initial qu'au jour de la survenance du différend contractuel déterminé (validité, interprétation, inexécution ou mauvaise exécution du contrat), elles recourront obligatoirement à une médiation, une conciliation ou encore une procédure participative, la question se pose de savoir à quoi précisément les parties s'engagent. Cela signifie-t-il que les parties doivent obligatoirement mettre en œuvre la procédure de résolution amiable prévue à la clause ? S'engagent-elles à trouver et signer obligatoirement un accord amiable conclu au terme de la procédure venant résoudre le différend contractuel ?

Par l'insertion à leur contrat d'une clause de « conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge » ou de « médiation obligatoire et préalable à la saisine du juge », les parties s'engagent à une obligation de faire qui devra être exécutée au jour de la survenance du différend. Il s'agit de l'obligation de rencontrer le tiers missionné. L'exécution de cette obligation a vocation à permettre le déclenchement de la tentative préalable de résolution amiable du différend via le processus choisi. En pratique, cette obligation se concrétise par la désignation du tiers missionné, conciliateur ou médiateur. Il paraît donc indispensable que la

⁶⁵² La clause de résolution amiable des différends peut être rédigée de la manière suivante : « *Les parties au présent contrat conviennent qu'au jour de la survenance de différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat, elles désigneront, obligatoirement et préalablement à la saisine du juge compétent du litige, Monsieur... ou Madame..., n'ayant aucun conflit d'intérêt avec l'une ou l'autre des parties, afin de mettre en œuvre une tentative de résolution amiable par médiation [ou conciliation] dans un délai de trois mois à compter de sa saisine, renouvelable une fois* ».

⁶⁵³ Voy. www.cmap.fr, Rubrique clauses à insérer pour une proposition de clause de médiation type du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) rédigée en ces termes : « *Les différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat, seront soumis à la médiation conformément au règlement de médiation du CMAP, auquel les parties déclarent adhérer* ».

clause précise le mode de désignation de ce tiers, afin d'éviter au jour de la survenance du différend, toute difficulté qui viendrait encore nourrir le conflit.

385. L'existence d'une obligation de faire à la charge du tiers missionné à la résolution amiable du différend ? La question peut se poser de savoir si la clause fait peser des obligations pour le tiers missionné – médiateur, conciliateur ou encore avocats amenés à assister les parties dans les procédures – et visé dans la clause. La clause de conciliation ou médiation préalable et obligatoire emporte des effets exclusivement à l'égard des parties au contrat initial dès lors que le différend survient.

Dès lors que la stipulation impose un préalable obligatoire et qu'elle désigne soit directement un médiateur ad-hoc, soit qu'elle se réfère à une institution de médiation, la seule obligation du médiateur sera de répondre à la désignation ou au mode de désignation prévu par la clause en tant que professionnel de la résolution amiable des différends et, en conséquence, d'être en mesure réciproquement d'informer les parties sur l'objet et le déroulement de la procédure de résolution amiable du différend choisi. En d'autres termes, l'obligation de désigner et de rencontrer le tiers missionné à la charge des parties doit permettre dans son exécution de mettre en mesure le tiers missionné d'exécuter, pour sa part, son obligation d'information sur l'objet et le déroulement de la résolution amiable des différends, de manière à pouvoir effectivement recueillir le consentement des parties. Ces dernières valablement informées peuvent alors effectivement s'engager, assistées du tiers missionné, et par le biais d'une convention passée avec lui afin de mettre en œuvre la tentative de résolution amiable par la procédure choisie, médiation, conciliation ou encore procédure participative.

386. La nécessité de sanctionner la mauvaise exécution de l'obligation de désignation et de rencontrer du tiers missionné. La seule désignation du tiers missionné à la résolution amiable du différend – conciliateur, médiateur ou encore avocats dans le cadre de la procédure participative – suffit-elle à la bonne exécution de la clause de résolution amiable obligatoire ? Au jour de la survenance du différend et en présence d'une clause de tentative obligatoire et *extrajudiciaire* de résolution amiable du différend contractuel, l'une des parties désigne le tiers missionné nommé dans la clause ou saisit le Centre de médiation visé par la stipulation aux fins de nomination d'un tiers missionné. Ce dernier, médiateur ou conciliateur est ainsi efficacement désigné. Nous pensons à l'hypothèse où la partie adverse avisée de cette désignation refuse de rencontrer le tiers missionné. Ce dernier se trouve alors dans l'incapacité d'informer chacune des parties, ou tout du moins la partie récalcitrante sur l'objet et le

déroulement de la tentative de résolution amiable pouvant être mise en œuvre par le processus choisi.

Doit-on alors considérer que l'obligation contenue dans la clause de résolution amiable des différends contractuels a été exécutée ou, au contraire, convient-il de sanctionner la partie récalcitrante à rencontrer le tiers désigné et missionné à la résolution amiable des différends ?

Il convient à notre sens de sanctionner avec fermeté la simulation d'exécution de la clause de résolution amiable des différends présentant un caractère obligatoire. En effet, une partie récalcitrante aurait vite fait, afin de contourner la sanction de la fin de non-recevoir s'imposant au juge du fond du litige depuis l'arrêt de chambre mixte de la Cour de cassation du 14 février 2003, de laisser procéder à la désignation du tiers missionné nommé à la clause pour ensuite s'opposer à le rencontrer. Le tiers missionné conclurait alors à un échec de la résolution amiable du différend par constat. Ce constat d'échec pourrait consister en une preuve au titre de l'article 127 du Code de procédure civile, de ce que les diligences entreprises par les parties pour tenter de résoudre à l'amiable leur différend ont été effectivement entreprises⁶⁵⁴. La partie récalcitrante pourrait alors saisir sans difficulté le juge du fond du litige qui ne pourrait opposer, dans le respect de la jurisprudence Saint-Valentin de la Chambre mixte de la Cour de cassation de 2003, la fin de non-recevoir tenant à la présence de la clause de résolution amiable du différend, celle-ci ayant été en apparence ou partiellement exécutée.

387. En conclusion, au regard de la liberté contractuelle sous-tendant la résolution amiable procéduralisée des différends, et en particulier, la liberté de ne pas conclure l'accord amiable, il n'existe pas d'obligation faite aux parties de négocier et conclure l'accord amiable. Néanmoins, afin de favoriser la résolution amiable des différends, et tout processus permettant de l'organiser, il convient de donner pleine efficacité à l'obligation de faire des cocontractants consistant à rencontrer le tiers missionné que sous-tend le caractère obligatoire du processus de résolution amiable prévu à la clause dans le contrat initial. En conséquence, il nous paraît indispensable de sanctionner l'exécution imparfaite de l'obligation de désigner et rencontrer le tiers missionné à la résolution amiable prévu par la clause. Il paraît indispensable que les parties au différend contractuel puissent être en mesure de recevoir du tiers missionné une information sur l'objet et le déroulement du processus résolution amiable du différend choisi. Si le tiers missionné n'a pu, en raison du comportement d'une des parties, délivrer son obligation professionnelle d'information, il conviendrait de court-circuiter la saisine du juge du

⁶⁵⁴ Rappelons que, pour l'heure, ce texte ne prévoit aucune sanction dans le cas de l'absence de diligences entreprises en vue de la résolution amiable des différends par les parties.

fond du litige diligentée par la partie récalcitrante en sanctionnant d'une fin de non-recevoir ce comportement : une sanction exemplaire, voir politique, au titre de la jurisprudence de la chambre mixte de la Cour de cassation du 14 février 2003. En définitive, la clause n'est procéduralement efficace que si elle génère des obligations générant une « force exécutoire » au déclenchement de la tentative de résolution amiable entre les cocontractants au moment de la survenance du différend.

À toute fin utile et afin d'illustrer la force de la clause de résolution amiable des différends, nous faisons état du riche arrêt rendu très récemment, le 30 mai 2018, par la chambre commerciale de la Cour de cassation⁶⁵⁵. Les faits étaient simples et prenaient pour cadre un contrat conclu entre deux sociétés exerçant une activité de commissionnaire de transport. Par une convention de prestation de service postérieure, la société cédante s'était engagée à mettre des locaux à la disposition de la société cessionnaire contre rémunération. Invoquant des réticences dolosives, cette dernière a assigné sa cocontractante en annulation de la cession. La société cédante a, pour sa part, reconventionnellement demandé le paiement d'une indemnité d'occupation en exécution de la convention de prestation de services. La demanderesse a alors soulevé l'irrecevabilité de la demande pour inobservation de la clause de conciliation obligatoire et préalable stipulée dans cette dernière convention. La clause prévoyait le recours à un organisme tiers pour la mise en oeuvre du processus et était ainsi rédigée : « *en cas de litige, les parties s'engagent à trouver un accord amiable avec l'arbitrage de la FEDIMAG. À défaut d'accord amiable, compétence est attribuée au tribunal de commerce (...) nonobstant pluralité des parties* ». Sans nul doute la référence à l'« arbitrage » était-elle hasardeuse et devrait être entendue comme l'entremise de cet organisme. Les juges du fond ont retenu cette irrecevabilité. La société cédante conteste alors deux points dans son pourvoi : d'une part, elle argue que la stipulation contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en oeuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir ; d'autre part, elle prétend qu'une telle clause ne peut s'opposer à la recevabilité d'une demande reconventionnelle lorsque cette demande se rattache aux prétentions originaires par un lien suffisant.

Ces deux arguments sont rejetés par la Cour de cassation et reprenant la formulation de la clause, la Haute juridiction approuve dans un premier temps les juges du fond d'avoir considéré que cette stipulation instituait bien une procédure de conciliation obligatoire et

⁶⁵⁵ Cass. com., 30 mai 2018, n° 16-26.403 et n° 16-27.691, FS-P+B, D. Actualité, 30 juill. 2018, note M. Kebir.

préalable. Dans un second temps, elle relève que le contrat de prestation de services, qui fondait la demande reconventionnelle, contenait, à la différence du contrat de cession faisant l'objet de la demande principale, une clause de conciliation préalable, de sorte que la demande reconventionnelle devait être précédée d'une tentative de conciliation, laquelle ne pouvait être régularisée en cours d'instance. En conséquence, l'exécution de la clause *extrajudiciaire* instituant une tentative de résolution amiable obligeant les parties à désigner l'organisme compétent s'impose au jour de la survenance du différend et même lorsque celle-ci est soulevé dans le cadre d'une demande reconventionnelle. La chambre commerciale de la Cour de cassation a déjà amené à juger que lorsque les parties n'ont pas pris le soin d'assortir la clause des conditions particulières de sa mise en oeuvre, la demande introduite en méconnaissance du préalable prévu ne donner pas lieu à une fin de recevoir⁶⁵⁶. Nous pouvons en conclure que si nul n'est besoin que la clause ne détaille les modalités de mise en oeuvre précise du processus de résolution amiable, les obligations des parties, à savoir le caractère obligatoire mais également préalable voulu par les parties au processus doivent apparaître. En effet, les conditions de mise en oeuvre sont à la charge de l'organisme compétent. En revanche, la clause qui n'aurait pas précisé que les parties « s'engageaient », au jour de la survenance du différend à saisir l'organisme compétent pour mettre en oeuvre la tentative de résolution amiable, et ce préalablement à la saisine du juge n'aurait pu constituer, au sens de l'arrêt Saint-Valentin de la chambre mixte de la Cour de cassation de 2003, une fin de non-recevoir.

2) Le caractère préalable de la tentative de résolution amiable du différend

388. Signification et limites. À l'instar de l'analyse menée en ce qui concerne le caractère obligatoire prévu, lors de la rédaction de la clause, au déclenchement de la tentative de résolution amiable du différend par le processus choisi – conciliation, médiation ou procédure participative – la signification du caractère préalable doit, en premier temps, être précisé **(a)**. Il s'agira ensuite de révéler ses limites **(b)**.

a) La signification du caractère préalable

389. Une obligation de ne pas faire. Le déclenchement de la tentative obligatoire de

⁶⁵⁶ Cass. Com. 29 avr. 2014, n° 12-27.004, *Bull. Civ.* IV, n° 76 ; *RTDCiv.* 2014, p. 655, obs. H. Barbier ; *D.* 2014, p. 2541, obs. Th. Clay ; *AJCA* 2014, p. 176, obs. N. Fricero ; *Dr. et proc.* 2015, suppl. Droit du recouvrement, n° 2, p. 2, note E. Putman ; *RLDA* nov. 2014, p. 5357, note J. Mestre et A.-S. Mestre-Chiami ; *Defrénois* 2015, n° 1, comm. C. Poli et A. Albarian, p. 28.

résolution amiable *extrajudiciaire* des différends contractuels prévu par la clause de conciliation – voir de médiation ou de procédure participative – bénéficiant depuis 2003 et l'arrêt « Saint Valentin » de Chambre mixte d'une sorte de « force exécutoire » – impose aux parties, outre une obligation de faire, une obligation de ne pas faire. L'obligation de ne pas saisir le juge tant qu'elles n'ont pas déclenché le processus – c'est-à-dire saisi et rencontrer le tiers missionné à la conciliation, à la médiation ou à la procédure participative – permettant une tentative de résolution amiable du différend. Par l'effet de cette stipulation, les parties conviennent qu'au jour de la survenance de leur différend contractuel, elles enclencheront le recours à la tentative de résolution amiable en rencontrant le tiers missionné avant toute saisine du juge étatique – et devons-nous en déduire – quel que soit ce juge étatique.

390. Une conception stricte du caractère préalable de la tentative de résolution amiable. Au fil des jurisprudences rendues depuis l'arrêt fondateur du régime des clauses de résolution amiables des différends, celui-ci s'est affiné jusqu'à ce que la Cour de cassation se réunisse à nouveau en Chambre mixte afin de se prononcer sur la question de la régularisation de la clause de résolution amiable des différends en cours d'instance. Une interrogation touchant précisément le caractère préalable stipulé par les parties lors de la rédaction de la clause.

Par un arrêt en date 12 décembre 2014, la Chambre mixte juge ainsi que « la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée de la mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers, n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance »⁶⁵⁷. La Haute juridiction précise ainsi, très clairement, que le caractère préalable s'entend de la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable par conciliation avant toute saisine du juge. Certains auteurs ont néanmoins émis certaines réserves

⁶⁵⁷ Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19684, PB, *JurisData* n°2014-030449 ; *Bull. ch. mixte* 2014, n° 3 ; *Procédures* 2015, comm. 30, obs. H. Croze ; *JCP G* 2015, 115, N. Dissaux ; *Gaz. Pal.* 8-10 mars 2015, p. 9, S. Amrani-Mekki ; *Dr. et Proc.* 2015, p. 34, D. Cholet rompant de manière pour le moins radicale avec la jurisprudence antérieure, (p. ex. Cass. civ. 2^{ème}, 16 déc. 2010, n° 09-71757, *Bull. civ.* II, n° 212 ; ég. Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-12187) – Solution appliquée par Cass. civ. 3^{ème}, 6 oct. 2016, n° 15-17.989 : dans cette affaire, une Cour d'appel avait jugé « que, s'il est acquis que la clause d'un contrat instituant une procédure de médiation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent, il demeure que la régularisation peut intervenir devant la cour d'appel avant qu'elle ne statue, même si la fin de non-recevoir a été retenue par le tribunal » : la troisième chambre civile de la Cour de cassation sanctionne les juges d'appel au visa de l'ancien article 1134 du Code civil et juge « qu'en statuant ainsi, alors que la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure de médiation obligatoire et préalable à la saisine du juge n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

au regard de ce revirement opéré par la chambre mixte de la Cour de cassation venant désormais refuser la régularisation de l'irrespect de la clause en cours d'instance⁶⁵⁸. Néanmoins, la haute juridiction vise la « *saisine du juge* » et « *l'instance* » sans préciser s'il s'agit, de manière restrictive du juge du fond du litige ou bien si, tout juge, y compris le juge des référés, le juge des requêtes ou le juge de l'exécution sont concernés par le prononcé de la fin de non-recevoir.

b) Les limites du caractère préalable

391. Position du problème. « L'amiable tient-il [ou tiendrait-il] le judiciaire en l'état ? »⁶⁵⁹. Le caractère préalable à la saisine du juge du processus de résolution amiable que renferme la clause laisse entendre que tous les juges sont concernés. Pourtant, dans le cadre du traitement contentieux des litiges, il s'avère que la saisine de certains juges favorise une célérité judiciaire dans la mesure où ne venant pas trancher le litige sur le fond, leurs interventions permettent de sécuriser, dans les premiers temps, la procédure par la prise de mesures conservatoires ou provisoires justifiées par l'urgence. Les interventions du juge des référés, du juge des requêtes ou du juge de l'exécution étant naturellement prévues dans le cadre du traitement judiciaire du litige, la question d'une transposition en matière de traitement amiable du différend semble naturellement s'imposer.

Dès lors, il s'agit de savoir si les pouvoirs du juge des référés, du juge des requêtes, ainsi que du juge de l'exécution l'emportent sur le caractère obligatoire de la tentative de résolution amiable que renferme la clause de conciliation ou médiation. Il paraît légitime que le critère de l'urgence, présenté traditionnellement comme une source de dérogation au droit commun⁶⁶⁰, ainsi que le besoin de célérité inhérent à la vie économique aboutissent à accueillir l'intervention des juges de l'urgence. Une action en vue de permettre avant et au cours de la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable une sauvegarde des droits menacés d'une partie, sans que le litige ne soit tranché au fond. L'articulation entre l'exercice de la *clause de résolution amiable des différends* présente au contrat liant les parties et l'office du juge des

⁶⁵⁸ N. Gerbay, « La clause de conciliation préalable : entre tensions contractuelles et processuelles », *Procédures*, juill. 2015, n° 7, p. 7, spéc. n° 16 – Voy. ég. Ph. Théry in *RTD civ.* 2015, p. 187 : selon cet auteur, admettre une régularisation, après la saisine du juge, revient à annihiler la stratégie d'une partie consistant à n'invoquer la clause qu'en cours d'instance pour la remettre en cause, de sorte qu'en refusant la régularisation, on refuse un correctif immédiat qui tend à faire de la clause, pour reprendre la formule du Professeur Philippe Théry, une « bombe à retardement ».

⁶⁵⁹ E. Putman, « L'amiable tient-il le judiciaire en l'état ? », *Lamy Droit des contrats*, n° 396, p.28.

⁶⁶⁰ Ph. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, préface P. Raynaud, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 87, 1968.

référés **(I)**, du juge des requêtes **(II)** et du juge de l'exécution **(III)** rendu parfois nécessaire par les circonstances du différend, doit ainsi être examinée.

I. *La clause de résolution amiable des différends et le juge des référés*

392. La faculté pour les parties de procéder à la saisine du juge des référés.

Concernant l'intervention du juge des référés, il ressort de la jurisprudence que l'existence d'une clause de conciliation obligatoire et préalable n'exclut pas la faculté pour l'une ou l'autre des parties de procéder à sa saisine, que ce soit avant ou pendant le processus de règlement amiable, dès lors qu'elle est justifiée par l'urgence des mesures sollicitées et ce, même s'il s'agit d'une demande de provision⁶⁶¹.

Néanmoins, la question de l'articulation entre la clause instaurant une tentative de résolution amiable des différends et les pouvoirs du juge des référés est délicate dans la mesure où il existe plusieurs types de référés. Plus précisément donc, et en présence d'une clause instaurant au jour de la survenance du différend une tentative obligatoire de résolution amiable *extrajudiciaire*, le juge des référés conserve une compétence pleine et entière s'agissant aussi bien des mesures urgentes que les articles 808 et 809, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile l'autorisent à ordonner, que des mesures d'instruction *in futurum* prévues à l'article 145 du même Code⁶⁶², lequel dispose pour rappel que « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ». La preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du différend dans le cadre *extrajudiciaire* sert l'objectif de justice de qualité également poursuivi par les procédures de résolution amiable.

393. Les incidences particulières aux conditions d'octroi d'une provision.

L'existence d'une clause de tentative obligatoire de résolution amiable du différend par conciliation, médiation ou procédure participative, *extrajudiciaire* modifie les conditions d'octroi d'une provision, alors qu'en principe, l'article 809 alinéa 2 du même Code permet au

⁶⁶¹ CA Paris, 23 mai 2011, *Rev. arb.* 2003, p. 403, obs. Ch. Jarrosson ; CA Rouen, 21 oct. 2008, RG n° 08/00867 et CA Paris, 7 mai 2008, RG n° 07/22212 ; comm. C. Pelletier, « Clause de conciliation et référé », *RDC*, 01 juill. 2009, n° 3, p. 1160 – Ég. CA Paris, 30 janv. 2008, *Gaz. Pal.* 29 mars 2008, n° 89, somm., p. 38 – Ég. CA Aix-en-Provence, 19 juin 2007, *JurisData* n° 2007-342525 – Ég. CA Toulouse, 9 mars 2006, *JurisData* n° 2006-299563 ; CA Paris, 4 juillet 2001, *Bull. inf. C. Cass.* 2002, n° 549, n° 125 – Voy. ég. G. Huchet, « La clause de médiation et le traitement de l'urgence », *LPA* 2008, n° 218, p. 3.

⁶⁶² Cass. civ. 3^{ème}, 28 mars 2007, n° 06-13.209, *Procédures* 2007, comm. 204, obs. R. Perrot ; *RTD civ.* 2007, p. 807, obs. Ph. Théry ; *JCP G* 2007, I, 200, n° 9, obs. Th. Clay.

juge des référés d'accorder une provision au créancier à la seule condition que l'obligation ne soit pas sérieusement contestable. Dans ce cas, la Cour de cassation a précisé le caractère suffisant de cette seule exigence et à l'exclusion de celle de l'urgence⁶⁶³, cette forme de référé ne pouvant être exercée qu'en cas d'urgence lorsque les parties ont prévu un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation. Dès lors et au regard de la condition d'urgence, soit celle-ci est caractérisée et le juge des référés peut alors – avant comme pendant le processus de résolution amiable – ordonner des mesures qui, selon l'article 808 du Code de procédure civile, « ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend » ou « même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

Le juge des référés a également la possibilité d'octroyer une provision à la partie qui prouve qu'elle est créancière d'une obligation non sérieusement contestable. Si l'urgence n'est pas caractérisée, le juge des référés peut intervenir également avant et pendant la tentative de résolution amiable du différend afin de prendre des mesures *in futurum* au visa de l'article 145 du Code de procédure civile.

394. Illustration. À cet égard, nous relevons – dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de chambre mixte de la Cour de cassation du 12 décembre 2014⁶⁶⁴ – que la société promoteur Proximmo, qui subissait un surcoût de gros œuvre des travaux en raison d'une quantité de béton très supérieure à celle préconisée par une société sous-traitante avait saisi le juge des référés aux fins d'expertise. Une mesure d'expertise ordonnée par le président du tribunal grande instance de Rodez à la suite de laquelle la société Proximmo assigna devant le juge du fond sans avoir pris la peine d'activité la tentative de résolution amiable contenu dans la stipulation du contrat d'architecte. Ce n'est qu'ultérieurement qu'elle mit en œuvre la clause du contrat d'architecte qui prévoyait une conciliation obligatoire et préalable et demandait l'avis du Conseil régional de l'ordre des architectes. En réalité, pareille intervention du juge des référés – en l'espèce aux fins d'expertise afin de dégager les points techniques du différend relatif à une quantité de béton – favorise le traitement amiable du différend. Le juge de l'urgence sert alors le traitement amiable du différend puisque « une tentative de conciliation ne peut avoir lieu en toute loyauté que si les intéressés sont à même d'apprécier en connaissance

⁶⁶³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1976, n° 75-14.617, *Bull. civ. I*, n° 330.

⁶⁶⁴ Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19684, PB, *Bull. ch. mixte* 2014, n° 3, *préc.*

de cause les concessions qu'ils pourront accepter»⁶⁶⁵. Ainsi, loin de compromettre la possibilité d'une conciliation effective des parties, les mesures d'instruction *in futurum* permettent de lui donner des bases solides, en assurant l'accord éclairé des cocontractants. Nous relevons, à cet égard, que face à une situation urgente, le juge des référés choisit parfois de nommer un médiateur pour tenter une conciliation entre les parties. En effet, le second alinéa de l'article 131-1 du Code de procédure civile au titre de la médiation *judiciaire* octroie, au juge des référés, le pouvoir, après avoir recueilli l'accord des parties, de désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et confronter leurs points de vue afin de leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. La mesure de médiation peut en effet, non seulement se révéler la plus adaptée à la situation de blocage, mais également constituer un outil juridique permettant de préserver le futur de relations contractuelles des parties⁶⁶⁶.

Par ailleurs, au cours du processus de résolution amiable du différend, il convient de ne pas négliger le rôle du médiateur afin de mettre en évidence tout l'intérêt de la prise de mesures provisoires ou conservatoires afin de sécuriser le déroulement du traitement du différend au fond et la recherche d'une solution amiable pleinement satisfaisante. Il est certain que le fait que la chambre mixte de la Cour de cassation rappelle de manière stricte le caractère préalable de la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable permet de contenir les velléités et certains réflexes qui poussent les parties – dès lors qu'elles saisissent le juge des référés ou des requêtes – à saisir par suite le juge sur le fond du litige et à entrer dans une démarche contentieuse.

395. L'unité de régime des clauses de règlement des différends. Si l'on se réfère au régime de la clause compromissoire appartenant également à la famille des *clauses de règlement des différends*, la jurisprudence a admis que tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, la clause compromissoire ne fait pas obstacle à la saisine du juge des référés – que ce soit pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, ou pour accorder une provision à

⁶⁶⁵ R. Perrot, obs sous Cass. civ. 3^{ème}, 28 mars 2007, *préc.*, *Bull. civ.* III, n° 43 ; *Procédures*, mai 2007, comm. p. 104, obs. R. Perrot ; *JCP G* 2007, I, 2000, n° 9, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2007, p. 807, obs. Ph. Théry – Voy. ég. B. Melin-Soucramanien, *Le juge des référés et le contrat*, thèse, PUAM 2000, n° 245 s., part. n° 246 et 247 pour les liens étroits unissant le référé probatoire et la conciliation des parties, entendue au sens générique, c'est-à-dire quelle que soit la forme que prenne celle-ci : selon cet auteur, non seulement « le référé probatoire apparaît (...) comme facilitant la recherche d'une solution transactionnelle » puisqu'il « fournit à l'une des parties des informations essentielles lui permettant d'envisager une conciliation », mais encore « cette fonction particulière du référé probatoire fait indéniablement l'objet d'une utilisation stratégique de la part des parties au contrat et de leurs conseils. En effet, l'article 145 est de plus en plus employé comme outil de négociation et donc d'extinction du litige contractuel naissant ».

⁶⁶⁶ B. Melin-Soucramanien, *ibid.* n° 289 s.

l'une des parties – dès lors que la condition de l'urgence est caractérisée⁶⁶⁷. En revanche, le juge du provisoire ne peut plus être saisi lorsque le tribunal arbitral est constitué. La solution se justifie par le fait que l'arbitre, investi d'un pouvoir juridictionnel, peut lui-même prononcer les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires⁶⁶⁸.

En conséquence, et à la différence de ce qui est jugé pour la clause compromissoire, la compétence du juge du provisoire demeure aussi bien avant que pendant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend contractuel par le processus choisi – conciliation, médiation, ou formes de négociation plus directe de la solution du différend – et jusqu'au terme de celle-ci. En effet, les tiers missionnés à la résolution amiable des différends – conciliateur, médiateur, avocats assistant les parties dans le cadre de la procédure participative – ne disposent pas de pouvoir juridictionnels et ne peuvent donc pas ordonner les mesures requises par l'urgence de la situation. Les solutions ainsi adoptées par la jurisprudence révèlent qu'un régime unitaire des *clauses de règlement des différends* se développe de manière harmonieuse.

II. *La clause de résolution amiable des différends et le juge des requêtes*

396. La particularité de l'intervention du juge des requêtes : l'absence de contradictoire. La question de l'articulation de la clause de résolution amiable des différends et des pouvoirs du juge des requêtes est également délicate dans la mesure où la procédure sur requête se caractérise par l'absence de contradictoire. En effet, l'article 493 du Code de procédure civile dispose que « *l'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse* ». La procédure sur requête revêt donc un caractère tout à fait particulier dans la mesure où le principe du contradictoire y est absent et, de fait, doit demeurer exceptionnelle.

397. L'admission de l'intervention du juge des requêtes en matière d'arbitrage. Si l'on se tourne une nouvelle fois vers l'arbitrage, la jurisprudence considère que « l'existence d'une clause compromissoire ne prive pas le président du tribunal de commerce du pouvoir qu'il tient de l'article 875 du nouveau Code de procédure civile d'ordonner sur requête toutes les mesures urgentes dont les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises

⁶⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars, 1989, *Bull. civ.* I, n° 139 ; Cass. civ. 2^{ème}, 2 avr. 1997, *Bull. civ.* II, n° 108 ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 oct. 1997, *Bull. civ.* I, n° 286 ; Cass. com., 29 juin 1999, *Bull. civ.* IV, n° 147 ; Cass. civ. 2^{ème}, 13 juin 2002, *Bull. civ.* II, n° 130 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2005, *Bull. civ.* I, n° 463.

⁶⁶⁸ Même si les mesures urgentes ainsi décidées se heurtent parfois à des difficultés d'exécution et voient leur efficacité limitée par les délais requis par la procédure d'*exequatur*.

contradictoirement »⁶⁶⁹, de sorte qu'une clause compromissoire ne peut faire échec à une procédure sur requête. Ainsi, seul le juge étatique, qui bénéficie à la différence de l'arbitre de l'*imperium*, peut y procéder.

398. La nécessité de favoriser l'intervention du juge de l'urgence en matière de résolution amiable des différends. Le conciliateur ou le médiateur ne disposant pas de pouvoir juridictionnel, la nécessité d'avoir recours à un juge étatique spécialisé dans le cadre de l'urgence semble également s'imposer⁶⁷⁰. Tout comme en matière de référé, la nécessité – et donc l'urgence – tenant à ce qu'au visa de l'article 493 du Code de procédure civile, les circonstances exigent que certaines mesures provisoires ou conservatoires ne soient pas prises contradictoirement ne peuvent être empêchées par la stipulation d'une clause de conciliation/médiation imposant une tentative obligatoire et préalable de résolution amiable du différend. L'urgence, en matière de référé comme en matière de procédure sur requête permet de saisir le juge étatique. La Cour de cassation a ainsi jugé que l'urgence n'est jamais requise pour les mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 du Code procédure civile, même lorsque celles-ci sont sollicitées sur requête⁶⁷¹. Ces solutions vont par ailleurs dans le sens d'une harmonisation des solutions retenues car l'adoption d'une solution inverse à celle des référés constituerait une discrimination injustifiée⁶⁷².

III. *La clause de résolution amiable des différends et le juge de l'exécution*

399. Un juge des incidents d'exécution et des mesures conservatoires. Le juge de l'exécution, s'il est juge des incidents d'exécution est également juge des mesures conservatoires pour lesquelles il connaît des compétences étendues. Son intervention rapide permet au créancier de recouvrer sa créance et d'éviter que les intérêts et autres frais courent pour le débiteur. Nous relevons, par ailleurs, que le régime de la saisie immobilière a été réformé en vue notamment de simplifier et d'accélérer cette mesure et de développer les alternatives amiables à cette voie d'exécution forcée par les mécanismes de vente à l'amiable et

⁶⁶⁹ Cass. com., 10 mars 1998, n° 95-21.581, *Rev. arb.* 1999, p. 57, note A. Hory ; *RTD civ.* 1998, p. 834, obs. E. Loquin.

⁶⁷⁰ Voy. p. ex. l'art. 131-8 al. 1^{er} CPC disposant que « *le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction [...]* ». Il peut néanmoins, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre les tiers qui y consentent.

⁶⁷¹ Cass. civ. 2^{ème}, 15 janv. 2009, n° 08-10.771 et Cass. civ. 2^{ème}, 9 avril 2009, n° 08-15.507 : deux décisions revenant sur la solution retenue par Cass. civ. 2^{ème}, 7 mai 2008, n° 07-14.858, *Bull. civ.* II, n°104 ; *RTD Civ.* 2008, p. 549, obs. R. Perrot.

⁶⁷² C. Pelletier, « Clause de conciliation et référé », *RDC* 2009, n° 3, p. 1160.

par la distribution consensuelle du prix de vente entre les créanciers⁶⁷³. Le juge de l'exécution – tout comme le juge des référés – peut ainsi être « magistrat de l'amiable » et accueillir la demande d'autorisation de vente à l'amiable présentée à l'initiative du débiteur pendant et avant même l'audience d'orientation⁶⁷⁴.

La question s'est posée de savoir si le caractère obligatoire et préalable – *extrajudiciaire* – de la tentative de résolution amiable contenu dans la clause de conciliation ou de médiation l'emporte sur la saisine du juge de l'exécution.

400. Les attermolements jurisprudentiels. En premier temps, et dans un arrêt précédent d'un mois l'arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation du 12 décembre 2014, la première chambre civile de la Cour de cassation est venue préciser le caractère préalable du processus contenu dans la stipulation contractuelle⁶⁷⁵. Dans cette affaire, la clause contenue dans un contrat de prêt était rédigée de la manière suivante : « *en cas de litige, les parties conviennent, préalablement à toute instance judiciaire, de soumettre leur différend à un conciliateur désigné qui sera missionné par le président de la chambre des notaires* »⁶⁷⁶. Cette clause, tout comme celle relative au différend ayant donné lieu à l'arrêt de chambre mixte de 2014 visait un préalable « *avant toute procédure judiciaire* ». Pareille rédaction induit un champ d'application très large de celle-ci. Au visa de l'ancien article 1134 du Code civil, la première chambre civile de la Cour de cassation⁶⁷⁷ juge « que la clause d'un contrat instituant

⁶⁷³ Voy. l'ord. n° 2006-461 du 21 avr. 2006, *réformant la saisie immobilière* (JO 22 avr. 2006, p. 6072) et son décret d'application n° 2006-936 du 27 juill. 2006, *relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble* (JO 29 juill. 2006, p. 11316).

⁶⁷⁴ A. Leborgne, *Droit de l'exécution*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2014, p. 828 s.

⁶⁷⁵ Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19684, PB, *Bull. ch. mixte* 2014, n° 3, *préc.* – Voy. ég., N. Gerbay, « La clause de conciliation préalable : entre tensions contractuelles et processuelles », *Procédures*, juill. 2015, *préc.*, spéc. n° 16.

⁶⁷⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 2014, n° 13-17920, *Defrénois* 2015, n° 1, comm. C. Poli et A. Albarian, p. 28 : Dans une affaire où un contrat de prêt immobilier avait été consenti par une banque à une société et authentifié par devant notaire, les échéances n'avaient pas été honorées par la société emprunteuse laquelle s'était vue délivrer un commandement de payer aux fins de saisie immobilière. La banque saisit alors le juge de l'exécution afin qu'il y soit procédé. Néanmoins, la société emprunteuse se prévaut d'une clause du contrat de prêt rédigée sous la forme authentique prévoyant qu'« *en cas de litige, les parties conviennent, préalablement à toute instance judiciaire, de soumettre leur différend à un conciliateur désigné qui sera missionné par le président de la chambre des notaires* ». La Cour d'appel avait entendu écarter l'application de cette stipulation contractuelle, à l'instar des premiers juges, retenant que « la clause de conciliation préalable ne comportait aucune disposition relative aux contestations ayant trait à l'exécution forcée de l'acte de prêt », pour dire que « la procédure de saisie immobilière sera poursuivie dans ses derniers errements et ordonner la vente forcée de l'immeuble ». La cour d'appel faisait ainsi prévaloir la compétence du juge de l'exécution sur la force obligatoire de la clause qui prévoyait un préalable de conciliation institutionnel. La société emprunteuse s'est donc pourvu en cassation, entendant se prévaloir sur le fondement de l'article 122 du Code de procédure civile, et de la fin de non-recevoir tirée de la présence dans le contrat de prêt d'une clause de conciliation préalable et obligatoire à tout saisine du juge étatique. Dès lors la question se posait de savoir si pareille clause s'imposait au juge de l'exécution.

⁶⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 2014, n° 13-17.920, *JurisData* n° 2014-022666 ; *Procédures* 2014, comm. 320, note Ch. Laporte.

une procédure de conciliation obligatoire et préalable à toute instance judiciaire s'impose au juge, quelle que soit la nature de celle-ci » et, en l'espèce, au juge de l'exécution. Une portée directe à cet arrêt pouvait être dégagée : la clause de conciliation « *tient le juge de l'exécution en l'état* »⁶⁷⁸.

Néanmoins, et récemment, la deuxième chambre de la Cour de cassation s'est prononcée de manière différente par un arrêt du 22 juin 2017⁶⁷⁹. Dans cette affaire, une banque avait prêté, par acte notarié, une somme d'argent à un couple ne s'étant pas honoré de ses remboursements. L'acte de prêt stipulait une clause de médiation, rédigée comme suit : « *dans l'hypothèse où le prêteur et l'emprunteur ne pourraient parvenir à une solution, un médiateur, désigné par le prêteur, pourra être saisi gratuitement du litige* »⁶⁸⁰. La banque créancière, en dépit de cette clause de médiation – prévoyant une tentative de résolution amiable non pas obligatoire, mais facultative – a engagé une procédure de saisie immobilière devant le juge de l'exécution à l'encontre du couple emprunteur, alors même que ce dernier avait saisi le Médiateur de la Fédération Bancaire Française, un médiateur institutionnel. Les juges d'appel parisiens ont constaté la régularité de la procédure et autorisé la vente amiable du bien saisi. À l'appui de leur pourvoi, le couple estime que la banque est irrecevable à agir devant le juge de l'exécution dès lors qu'elle s'est refusée à participer à la médiation. En d'autres termes, le recours à la médiation ayant été initiée par le couple débiteur, la banque ne pouvait directement saisir le juge de l'exécution pour faire valoir ses droits.

Par une substitution de motifs, la Haute juridiction rejette l'argumentation des époux en faisant fi de l'application de clause prévoyant une tentative de résolution amiable par médiation non obligatoire, mais néanmoins initiée par le couple préalablement à la saisine du juge de l'exécution par la banque. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation juge ainsi « qu'une clause, imposant ou permettant une médiation préalablement à la présentation d'une demande en justice relative aux droits et obligations contractuels des parties, ne peut, en l'absence de stipulation expresse en ce sens, faire obstacle à l'accomplissement d'une mesure

⁶⁷⁸ X. Delpech, *Dalloz actualités*, 17 oct. 2014, obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 2014, n° 13-17.920, *préc.* : cette solution dégagée donnait au caractère obligatoire des clauses une interprétation maximaliste – Voy. ég. C. Poli et A. Albarian, *ibid.* : cette solution est apparue à contresens de l'admission des pouvoirs d'intervention du juge des référés et du juge des requêtes. À quelques semaines de l'arrêt de chambre mixte de décembre 2014, la première chambre civile de la Cour de cassation a fait ainsi prévaloir la force exécutoire du processus consistant en une tentative de résolution amiable obligatoire et préalable contenu dans la clause sur l'office particulier du juge de l'exécution qui appelle parfois une certaine urgence. Une solution qui ne va donc pas, alors, dans le sens de celles retenues pour l'intervention du juge des référés et du juge des requêtes. Cette solution appelle encore à une nécessaire habileté pédagogique et rédactionnelle des rédacteurs d'actes, avocats, notaires.

⁶⁷⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 22 juin 2017, n° 16-11.975, PB.

⁶⁸⁰ Étant également précisé que « *ce médiateur, chargé de recommander des solutions, est tenu de statuer dans un délai de deux mois à compter de sa saisine* » et que « *les constatations et les déclarations que le médiateur recueille ne peuvent être ni produites, invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties* ».

d'exécution forcée ».

Pour la doctrine, cette solution se justifie. Comme le fait observer, en effet, Monsieur Nicolas Gerbay, « le moyen tiré de l'irrespect d'une telle clause pourrait être trop facilement détourné et alors constituer une arme dilatoire dans les mains de celui qui saurait habilement la manier »⁶⁸¹. Pour ce même auteur, « quand les parties insèrent la nécessité de recourir à l'amiable avant de saisir le juge, elles ne pensent évidemment pas au juge de l'exécution, mais au juge statuant au principal sur le fond de leur litige ». Dès lors, « lorsque le temps de l'exécution forcée est venu, le temps de l'amiable est bien souvent dépassé »⁶⁸². Néanmoins, il convient de ne pas perdre de vue que lorsque la clause de résolution amiable des différends présente un caractère obligatoire – ce qui n'était certes pas le cas en l'espèce – celui-ci n'est que relatif. En effet, ce caractère, signifie que les parties s'obligent à saisir le médiateur avant le juge compétent du différend, c'est-à-dire, qu'*a minima* l'attribution du caractère obligatoire fait obligation aux parties de désigner le médiateur. Ce dernier qui pourrait se voir opposer le refus de la part du professionnel de tenter la résolution amiable du différend peut constater l'échec de la mise en œuvre du processus de médiation. Le recours au juge reste alors ouvert. Néanmoins, et c'est en ce sens qu'il convient d'apprécier la qualité de cette décision, le recours au juge de l'exécution peut s'avérer indispensable afin d'éviter le détournement de la tentative de résolution amiable qui dans son temps de mise en œuvre permettrait au débiteur d'organiser, par exemple, son insolvabilité. Comme le fait observer encore Monsieur Gerbay, « il ne faudrait pas que la présence d'une clause d'arrangement amiable soit l'occasion pour le débiteur de « jouer la montre », et qu'elle soit « utilisée à des fins stratégiques confinant à la déloyauté procédurale »⁶⁸³.

Dès lors, nonobstant une telle clause prévoyant une tentative obligatoire de résolution amiable par conciliation ou médiation préalable à la saisine du juge, un commandement de payer valant saisie immobilière peut être délivré et le débiteur assigné à comparaître à une audience d'orientation du juge de l'exécution. Au regard de cette solution, certains se sont interrogés sur le point de savoir s'il s'agit là d'un revirement de jurisprudence et en particulier d'une remise en cause de la jurisprudence rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation le 1^{er} octobre 2014. À cette occasion, les Hauts magistrats avaient jugé que la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à toute instance judiciaire s'impose au juge, quelle que soit la nature de celle-ci et doit donc recevoir

⁶⁸¹ N. Gerbay, « La clause d'arrangement amiable et la mesure d'exécution forcée », *JCP G*, 25 sept. 2017, n° 39, p. 985.

⁶⁸² *Ibid.*

⁶⁸³ *Ibid.*

application en matière de saisie immobilière. Ainsi, d'aucuns estiment que « ce n'est pas impossible car la Cour de cassation, dans l'arrêt récent, évoque expressément l'absence de stipulation contractuelle susceptible de faire obstacle à l'engagement d'une mesure d'exécution forcée »⁶⁸⁴.

Pour notre part, nous constatons le contexte particulier de cet arrêt. Nous avons en effet fait état que depuis la consécration d'un droit commun spécial de la médiation des litiges de la consommation, ayant absorbé des droits spéciaux de la médiation de la consommation, notamment la médiation bancaire, le législateur a interdit, dans le même temps, toute clause obligeant le consommateur en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation préalablement à la saisine du juge⁶⁸⁵. Le cadre de cette affaire est intéressant, puisque désormais, le droit commun de la médiation des litiges de la consommation institue le processus à l'initiative exclusive du consommateur suite à une tentative de négociation directe infructueuse avec le professionnel. De sorte que, l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 22 juin 2017 fait prévaloir l'intervention du juge de l'exécution sur le processus de médiation des litiges de la consommation pourtant d'ordre public engagé à l'initiative du couple emprunteur face au professionnel, établissement bancaire.

401. En définitive, le juge étatique bénéficie d'une compétence exceptionnelle en présence d'une clause instituant une tentative obligatoire de résolution amiable du différend par un processus choisi – conciliation, médiation ou procédure participative – et préalable à la saisine du juge compétent du fond du litige afin de prononcer les mesures rendues nécessaires par l'urgence. Ces interventions permises du juge des référés, du juge des requêtes et du juge de l'exécution voulues dans un souci de sécurité juridique ne sont pas de nature à affecter la recherche d'une solution amiable sur le fond du différend. En effet, le juge intervenant n'est pas alors amené à trancher le litige au fond. Certains auteurs ont toutefois émis la critique que ce type d'intervention puisse être interprétée par la partie la subissant comme « *une véritable déclaration de guerre* »⁶⁸⁶. Toutefois, il convient de rappeler que la saisine du juge étatique ne

⁶⁸⁴ Ch. Laporte, « Saisie immobilière – Clause de médiation préalable », *Procédures*, n° 8-9, août 2017, comm. 186.

⁶⁸⁵ Pour rappel, l'art. L. 612-4 C. consomm. pose une limite au principe de licéité des clauses de tentative de résolution amiable préalable et obligatoire à la saisine du juge : « *Est interdite toute clause ou convention obligeant le consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation préalablement à la saisine du juge* ».

⁶⁸⁶ C. Pelletier, « Clause de conciliation et référé », *RDC* 2009, n° 3, *préc.* : selon cet auteur, il peut être « difficile de se défaire de l'idée que le recours au juge, fut-il juge du provisoire, va dans de nombreux cas être interprété par l'autre partie comme une véritable déclaration de guerre judiciaire, ou tout le moins comme un acte hostile, et hypothéquer ainsi toute possibilité réelle de parvenir à une solution amiable. C'est d'ailleurs à cet égard que diffèrent notablement la clause de conciliation et la clause compromissoire. Pour porter ses fruits, la première [la

visé, dans ces cas, que la conservation des droits des parties, le temps qu'une solution soit trouvée au litige : que ce soit par le biais d'un traitement contentieux du litige par le juge étatique du fond ou de l'arbitre qui tranchent et donne une solution ; soit que la recherche de cette solution au différend se fasse par le biais d'un processus amiable choisi, conciliation, médiation ou procédure participative.

B. Quelques conseils rédactionnels

402. Les dangers liés à la mauvaise rédaction des clauses de résolution amiable des différends. L'anticipation de la résolution amiable des différends implique, au regard de solutions jurisprudentielles dégagées, des exigences rédactionnelles. Le développement de la jurisprudence incite à l'évidence à une rédaction rigoureuse des clauses de résolution amiable des différends. À cet égard, les Hauts magistrats de la Cour de cassation ont précisé dans un chapeau à l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 29 avril 2014 que « la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir »⁶⁸⁷. Si la rédaction de la clause ne fait pas expressément ressortir le processus de règlement amiable comme un *préalable obligatoire*, elle ne consiste, nous l'avons compris qu'en un simple artifice : « une clause de style sans syle »⁶⁸⁸.

En pratique, les rédacteurs d'actes sont tenus d'éclairer leurs clients sur l'opportunité de recourir, en cas de différend, à un processus de résolution amiable et d'informer les parties sur la « loi » spécifique de leur contrat, ce qui sous-entend obligatoirement d'avoir au préalable procédé à une évaluation précise de leurs besoins et de leurs attentes relativement à l'opération projetée. La clause de conciliation ou médiation conçue pour le déclenchement *extrajudiciaire* d'une tentative obligatoire de résolution amiable de différends contractuels ne peut consister en un simple artifice décoratif ou ornemental, ne servant qu'à enjoliver l'*instrumentum*. Cette

clause de conciliation] requiert une coopération ou au moins un dialogue entre les parties que ne nécessite pas la seconde [la clause compromissoire], les cocontractants s'en remettant entièrement au pouvoir de décision de l'arbitre sans avoir à se concilier et donc à consentir de compromis. L'urgence de la situation à laquelle l'une des parties est confrontée constituera donc, dans la plupart des hypothèses, un obstacle de fait à une conciliation aboutie ».

⁶⁸⁷ Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, *Bull. civ.* IV, n° 76 ; *RLDA* 2014/98, n° 5357, p.74, obs. J. Mestre ; *JCP G* 2014, p.1227, n° 711, note O. Sabard.

⁶⁸⁸ A. Albarian et C. Poli, « L'impact de l'extension du domaine des clauses de conciliation sur l'activité du notaire », *op. cit.*, p. 33 ; A. Albarian, « Prendre la médiation au sérieux (pour la rendre efficace...) ! », *LPA* 6 oct. 2014, p. 5.

stipulation impacte – au contraire – le *negotium* même de l'acte en ce qu'elle anticipe le traitement de différend y ayant trait.

En conséquence, les rédacteurs d'actes peuvent soit faire preuve d'imagination, et au regard de la jurisprudence prévoir tant les caractères obligatoire et préalable du déclenchement de la tentative de règlement amiable, que venir préciser les modalités de mise en oeuvre de la procédure de conciliation, médiation ou procédure participative : différends contractuels visés, modalités de désignation du médiateur ou conciliateur, durée de mise en oeuvre de la tentative de résolution amiable, rappel des principes directeurs de confidentialité, entre autres. Les rédacteurs d'actes peuvent encore s'en remettre aux institutions de médiation et organisations professionnelles qui proposent des clauses-types et l'adhésion à des règlements pour le traitement des différends.

403. Parfaire la rédaction d'une clause de résolution amiable des différends des plus efficaces. Les exigences rédactionnelles ont vocation à garantir le déclenchement effectif de la tentative de résolution amiable mais peuvent rebuter les rédacteurs d'actes n'ayant aucune approche de la résolution amiable des différends. Il paraît utile d'avancer quelques conseils afin de faciliter la rédaction de ces stipulations.

Les *clauses de résolution amiable des différends* – clause de médiation, clause de conciliation, et éventuellement clause de procédure participative – peuvent être rédigées par les parties et leurs rédacteurs d'acte. Leur contenu est fixé librement par les parties, au sens de l'article 1102 du Code civil, tel qu'issu de la réforme du droit des contrats. Néanmoins, nous préconisons l'insertion de clauses de résolution amiable « institutionnelle », c'est-à-dire faisant appelle à une institution professionnelle proposant un service de conciliation ou de médiation. Cette clause présente l'avantage de garantir la désignation d'un tiers missionné neutre – conciliateur ou médiateur – devant justifier de ses compétences et de l'absence de conflit d'intérêt attestant de son impartialité. En conséquence, la compétence de l'institution étant prévue à la clause pour la désignation du tiers, elle permet d'éviter tout conflit entre les parties concernant cette désignation, et favorise ainsi le déclenchement de la tentative obligation de résolution amiable *extrajudiciaire* du différend. D'autant que ces institutions, pour leur fonctionnement, établissent des règlements intérieurs sécurisant le cadre de la mise en oeuvre des processus de résolution amiable des différends, notamment en ce qui concerne les frais à la

charge des parties⁶⁸⁹. Pareil renvoi permet d'alléger, de simplifier le recours à la médiation mais ne doit pas dispenser les rédacteurs de renforcer leur connaissance générale des procédures de résolution amiable des différends afin d'orienter au mieux les justiciables, d'en comprendre les effets et d'adapter en conséquence les clauses types. Un relais qui peut permettre d'éviter certains risques de résurgence de conflit qui trouvent un terreau fertile en ce qui concerne la désignation du médiateur⁶⁹⁰.

Il paraît également indispensable, lors de la rédaction de la clause, ou de l'insertion d'une clause de résolution amiable institutionnelle, d'encadrer les différends contractuels amenés à survenir et pour lesquels les parties souhaitent imposer un recours amiable préalable à la saisine du juge du fond. La clause porte sur un différend relatif au contrat qui la porte. Les parties peuvent, au titre de leur liberté contractuelle les limiter ou au contraire les entendre largement : validité, interprétation, exécution, rupture du contrat originaire peuvent donner lieu à des différends. À charge donc pour les rédacteurs d'acte de plus ou moins circonstancier les différends que les parties, au jour de leur survenance, souhaiteront soumettre à une tentative de résolution amiable obligatoire et *extrajudiciaire*.

Enfin, le recours au juge de référés, au juge des requêtes ou au juge de l'exécution au cours du processus de résolution amiable du différend peut être aménagé par la clause permettant le déclenchement de la tentative obligatoire de résolution amiable par conciliation, médiation ou procédure participative, préalablement à la saisine du juge du fond du litige. C'est ce qui transparaît, notamment, de l'arrêt rendu par la deuxième chambre de la Cour de cassation le 22 juin 2017⁶⁹¹. Par principe, une clause, imposant ou permettant une médiation préalablement à la présentation d'une demande en justice relative aux droits et obligations contractuels des parties, ne peut faire obstacle au recours au juge de l'exécution, sauf à ce que les parties est, spécialement et expressément, prévu dans le cadre de la rédaction de la clause, l'exclusion du recours au juge de l'exécution. Avant cette jurisprudence, la rédaction des

⁶⁸⁹ Les parties peuvent, au moment de la rédaction de la clause, librement fixer le partage des frais relatifs à la tentative de résolution amiable. Si celui-ci est déséquilibré, il peut donner lieu au moment de la survenance du différend à des difficultés qui vont le renforcer.

⁶⁹⁰ À titre d'exemple, les rédacteurs (parties, conseils) qui décideraient au moment de la rédaction, que la désignation du médiateur interviendra au jour de la survenance du différend, s'exposeraient au risque de ne pas s'entendre sur cette nomination et mettraient en péril la mise en œuvre de la médiation, puisque par définition, à cet instant précis le conflit est à son paroxysme et que les parties ne s'entendent plus. Il n'y a donc pas nécessairement de la part des parties la volonté de détourner la médiation de son objectif de paix, néanmoins si le processus de résolution amiable du différend n'est pas maîtrisé par les juristes (rédacteurs d'acte, conseils), il peut emporter le risque de renaissance du litige.

⁶⁹¹ Cass. civ. 2^{ème}, 22 juin 2017, n° 16-11.975, PB, *préc.*, pour rappel : « qu'une clause, imposant ou permettant une médiation préalablement à la présentation d'une demande en justice relative aux droits et obligations contractuels des parties, ne peut, en l'absence de stipulation expresse en ce sens, faire obstacle à l'accomplissement d'une mesure d'exécution forcée ».

clauses de résolution amiable des différends était parfois complétée par des formules telles que « *cette clause ne s'appliquera pas aux litiges ayant pour cause la défaillance du débiteur ou l'exigibilité de la créance* »⁶⁹², et afin de pallier une éventuelle volonté récalcitrante de l'une des parties que « *le juge des référés demeure compétent pour prononcer toute mesure, avant ou pendant la conciliation ou la médiation* ». Toutefois, les rédacteurs doivent demeurer vigilent dans la mesure où l'intervention de ces juges de l'urgence favorise la sécurité des tentatives de résolution amiable des différends, ou, pour ce qui concerne le juge de l'exécution, permet de contrer une utilisation en réalité stratégique et déloyale de la tentative de résolution amiable du différend par une partie peu diligente cherchant à retarder le recours au juge au principal, tranchant le fond du litige. Pareils aménagements en présence d'une partie faible pourraient être considérés comme abusifs.

Le caractère préalable du processus consistant à mettre en œuvre une tentative de résolution amiable des différends connaît donc certaines limites et il convient de saluer les solutions adoptées par la jurisprudence afin de préserver les droits des parties, ainsi que la célérité et l'efficacité des processus de résolution amiable des différends. Le rôle du juge s'avère ici déterminant. L'ensemble de ces solutions jurisprudentielles attestent d'une unité de régime contractuel et procédural des *clauses de résolution amiable des différends* et, plus largement, des *clauses de règlement des différends*.

404. Conclusion de la Sous-section II relative à l'efficacité procédurale des clauses de résolution amiable des différends. La catégorie des *clauses de résolution amiable des différends*, ont pour but commun permettre la rencontre entre les parties et le tiers missionné afin de favoriser le déclenchement d'une tentative de résolution amiable des différends contractuels par un processus déterminé. Ces clauses sont présumées licites, sauf à ce qu'elles contreviennent à l'ordre public. De fait, la *clause de résolution amiable des différends* par un processus choisi ne présente un intérêt que si, dans le cadre de l'anticipation de la survenance des différends, au moment de la rédaction du contrat qui la porte, elle prévoit un déclenchement obligatoire à la tentative de résolution amiable, c'est-à-dire une sorte de force exécutoire au processus contenu par la stipulation contractuelle. C'est ainsi, qu'au visa de l'article 122 du Code de procédure civile, les juges de la chambre commerciale de la Cour de cassation, l'arrêt du 29 avril 2014 ont précisé « que la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement

⁶⁹² A. Albarian et C. Poli, « L'impact de l'extension du domaine des clauses de conciliation sur l'activité du notaire », *op. cit.*, p. 33 : Une rédaction inspirée du modèle de « clause de conciliation-médiation » préconisé par le conseil régional des notaires de la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci »⁶⁹³. L'article 122 du Code de procédure civile dispose en effet que « *constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ». La fin de non-recevoir tirée, depuis l'arrêt « Saint-Valentin » de la chambre mixte de la Cour de cassation de 2003, de l'existence d'une clause de tentative obligatoire de résolution amiable préalable à la saisine du juge a ainsi une source contractuelle. Elle s'impose au juge si l'une des parties la soulève et constitue une sanction procédurale à l'égard de la partie peu diligente qui saisit directement le juge du fond sans exécuter son obligation de déclencher le recours à la tentative de résolution amiable convenu.

Les juges, au fil de leur jurisprudence s'attachent donc à une qualité rédactionnelle des clauses de résolution amiable des différends. Afin d'aller plus loin dans l'effectivité des clauses de résolution amiable des différends, il nous paraît indispensable de sanctionner par cette fin de non-recevoir, non seulement l'inexécution de la clause, mais également sa mauvaise exécution. Afin de favoriser la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable, quelle que soit la procédure envisagée, il convient que l'obligation de faire à laquelle s'engagent les cocontractants du contrat initial consistant en l'obligation pour les parties au différend de rencontrer le tiers missionné, et non seulement de le désigner, soit pleinement exécutée. De part sa mission et ses compétences, ce dernier est alors tenu d'une obligation réciproque d'information sur l'objet et le déroulement de la procédure de résolution amiable.

Sous-Section III – Le rayonnement de la *clause de résolution amiable des différends*

405. Position du problème. Les *clauses de règlement des différends*, catégorie incluant la clause compromissoire, les clauses attributives de juridiction, mais également les *clauses de résolution amiable des différends* déclinées selon le processus qu'elles renferment – clause de médiation, clause de conciliation, clause de procédure participative – par nature contractuelle, ont un but procédural distinct de celui des contrats qui les abritent. Ce but procédural commun consistant en une orientation du traitement des différends contractuels autre que contentieuse devant le juge étatique justifie d'une part, que leur autonomie par rapport aux contrats qui les

⁶⁹³ Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27004, *Bull. civ. IV*, n° 76, *préc.*

renferment ait été consacrée (§1), mais également et d'autre part, que leur circulation et transmission soient facilitées (§2).

§1. L'autonomie de la clause de résolution amiable des différends

406. Une consécration élargie. Le principe d'autonomie des *clauses de résolution amiable des différends* a émergé progressivement. Il a tout d'abord été reconnu par la jurisprudence pour les différents types de *clauses de résolution amiable des différends* (A) pour finalement faire l'objet d'une consécration légale et générale (B). Cette autonomie – caractéristique de la famille des *clauses de règlement des différends* – atteste de l'unité de régime contractuel de ces stipulations.

A. La consécration jurisprudentielle de l'autonomie des *clauses de règlement des différends*

407. Regard porté sur une construction jurisprudentielle. C'est en tout premier lieu, l'autonomie de la *clause compromissoire* qui a été affirmé par les juges (1), pour être ensuite consacrée pour les *clauses attributives de juridiction* (2) et finalement reconnu aux *clauses de résolution amiable des différends* (3).

1) L'autonomie de la clause compromissoire

408. L'autonomie de la *clause compromissoire*. Dès les années 60's et l'arrêt « *Gosset* », la Cour de cassation décide qu'un arbitre a pu rendre une décision valable, alors que sa compétence était fondée sur une *clause compromissoire* figurant dans un contrat dont la nullité était alléguée. Ainsi la Haute juridiction juge que dès lors qu'« en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles (...), une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte »⁶⁹⁴.

Depuis cet arrêt relatif à la *clause compromissoire* stipulée dans un contrat international,

⁶⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, *Bull. civ.* I, n° 246 ; *D.* 1963. 545, note J. Robert ; *Rev. Crit. DIP*, 1963.615, note H. Motulsky ; *JDI* 1964.83, note J.-D. Bredin ; *JCP*, 1963 II 13405, note B. Goldman ; *Rev. Arb.* 1963.60, note Ph. Francescakis.

l'autonomie de la *clause compromissoire* s'est développée et enrichie. La jurisprudence a ainsi étendu le principe de l'autonomie de la *clause compromissoire* en droit interne dès l'arrêt « Barbot », en 2002⁶⁹⁵.

Relevons que la règle ne se limite pas à la nullité du contrat porteur de la clause. L'application de l'autonomie concerne toutes les causes d'inefficacité – au sens large – du contrat. La *clause compromissoire* a ainsi vu ses effets étendus quand bien même le contrat principal aurait expiré⁶⁹⁶ ou aurait été résilié avant l'arrivée de son terme⁶⁹⁷ ou serait frappé de caducité⁶⁹⁸, ou même n'aurait jamais été formé⁶⁹⁹. La jurisprudence est allée jusqu'à étendre la règle au cas d'inexistence du contrat principal en matière d'arbitrage international⁷⁰⁰, à l'instar de ce qu'elle avait déjà admis en matière d'arbitrage interne⁷⁰¹.

Quoiqu'il en soit, la *clause d'arbitrage* présente des effets procéduraux plus rigides que la *clause de résolution amiable des différends* car elle vise à exclure la compétence du juge étatique pour soumettre le litige à un juge privé, l'arbitre. De sorte que les solutions admises pour la *clause compromissoire* peuvent être appliquées avec une grande souplesse aux *clauses de résolution amiable des différends* dont l'objet est de permettre la rencontre des parties au différend contractuel avec le tiers missionné et de favoriser le déclenchement de ce qui

⁶⁹⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 4 avr. 2002, arrêt « Barbot », n° 00-18.009, *Bull. civ.* II, n° 68 ; *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2002 ; *D.* 2003, p. 1117, note L. Degos ; *Rev. arb.* 2003, p. 103, note P. Didier ; somm. 2470, obs. Th. Clay ; *JCP* 2002, II, 10154, note S. Reifegerste ; *JCP* 2003, I, 105 §2, obs. ch. Seraglini ; *Procédures* 2002, p. 112, note R. Perrot ; *Procédures* 2002, p. 162, note H. Croze ; *D.* 2002, IR, 1402, obs. V. Avéna-Robardet ; *JCP* 2002, IV, 1872 ; *Lexbase*, obs. J. Prigent ; *Dépêches Juris-Classeur* 25 avr. 2002 ; *JCP* 2002, IV, 1872 – Dans le même sens, la première chambre civile : Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 1988, *Bull. civ.* I, n° 343 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 01-14.311, *Bull. civ.* I, n° 95, *RLDA* 2004, 71, n° 4460, obs. L. Costes, *JCP G* 2004, II, n° 10132, note G. Chabot ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 02-12.259, *Bull. civ.* I, n° 97, *D.* 2004, note I. Najjar ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, n° 05-10.464, *D.* 2008, p. 182, obs. Th. Clay. : pour le fondement de la règle de l'autonomie de la clause compromissoire découlant du principe compétence-compétence de l'arbitre – Dans le même sens, la chambre commerciale : Cass. com., 9 avr. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 69, *D.* 2003, p. 117, note L. Degos, *Rev. arb.* 2003, p. 103, note P. Didier ; *D.* 2003, somm. 2470, obs. Th. Clay, *JCP* 2002, II, 10154, note S. Reifegerste, *JCP* 2003, I, 105 §2, obs. Ch. Seraglini, *Procédures* 2002, 162, note H. Croze, *D.* 2002, IR, 1402, obs. V. Avéna-Robardet.

⁶⁹⁶ CA Paris, 26 nov. 1981, *Rev. arb.* 1982, p. 439, note E. Mezger.

⁶⁹⁷ CA Paris, 24 mai 2000, *Rev. arb.* 2011, p. 535, note P. Didier.

⁶⁹⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 8 avr. 2004, *Bull. civ.* II, n° 162 ; *RTD civ.* 2004, p. 770, obs. Ph. Théry ; *RTD com.* 2006, p. 764, obs. E. Loquin.

⁶⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, *Clunet* 2007, p. 1255, note O. Diallo ; *D.* 2008, panor. 182, obs. th. Clay.

⁷⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 02-13.252, *Bull. civ.* I, n° 378 : « En application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent » ; *Rev. arb.* 2006, p. 103, note J.-B. Racine ; *D.* 2006, p. 199, avis av. gén. J. Sainte-Rose ; *Clunet*, 2006, p. 996, note F.-X. Train ; *D.* 2005, panor. 3052 et 3060, obs. Th. Clay ; *JCP* 2006, I, 14866, obs. J. Béguin ; *Rev. arb.*, 2006, p. 106, note J.-B. Racine ; *D.* 2005, panr., p. 30-52 et p. 30-60, obs. th. Clay ; *D.* 2006, p. 199, J. Sainte-Rose.

⁷⁰¹ CA Paris, 8 oct. 1998, arrêt « Sam » ; *RTD com.* 1999, p. 845, obs. E. Loquin ; *RGDP* 1999, p. 126, obs. M.-Cl. Rivier ; *Rev. arb.* 1999, p. 350, note P. Ancel et O. Gout voyant dans la convention d'arbitrage, une convention de procédure, distincte de la convention principale qui fait l'objet du fond du litige, de sorte qu'elle doit pouvoir être mise en œuvre indépendamment de la validité ou de l'invalidité du contrat principal – Dans le même sens, CA Paris, 11 mai 2000, arrêt « Barbot », *préc.*, *Rev. arb.* 2002, p. 180, obs. Th. Clay.

demeure une simple « tentative » de formation et de conclusion d'un accord amiable résolutif du différend.

2) L'autonomie de la clause attributive de juridiction

409. L'autonomie de la clause attributive de juridiction consacrée par la jurisprudence. Un fort courant doctrinale a affirmé la nécessité de conférer à la *clause attributive de juridiction*, la même autonomie que celle reconnue à la *clause compromissoire*⁷⁰². La jurisprudence a tout d'abord, sans prendre explicitement position, reconnu l'autonomie de la *clause de juridiction* dans l'ordre international⁷⁰³. C'est finalement par un arrêt rendu le 8 juillet 2010, que la première chambre de la Cour de cassation déclare que la *clause attributive de juridiction* « en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée par l'inefficacité de cet acte »⁷⁰⁴. Cet arrêt marque alors l'émergence d'une certaine unité de régime quant à l'autonomie des *clauses de règlement des différends*.

3) L'autonomie de la clause de résolution amiable des différends

410. L'autonomie de la clause de résolution amiable des différends. Les *clauses de résolution amiable des différends* prévoient la mise en œuvre d'une tentative de résolution amiable soit par médiation, soit par conciliation – lesquelles impliquent l'intervention d'un tiers – soit encore par une négociation directe du différend entre les parties accompagnées de leurs conseils. L'expression souvent retenue pour les désigner est celle de « clause de conciliation » des parties. La clause de conciliation s'entend alors comme la clause instituant une tentative de résolution amiable par le rapprochement des parties en vue de la conclusion d'un accord amiable et comporte l'obligation pour les cocontractants de rencontrer le tiers

⁷⁰² C. Blanchin, *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, LGDJ, 1995.

⁷⁰³ CJCE, 3 juill. 1997, aff. C-269/95, *Bull. info CJCE* n° 20/97, p. 1 ; *JDI* 1998, p. 581, note J.-M. Bischoff ; *Procédures* 1997, comm. 201, note H. Croze. – Ég, Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1985, n° 84-16.338, *Rev. Crit. DIP* 1986, p. 537, note H. Gaudemet-Tallon et Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, n° 00-17.709, *JurisData* n° 2002-013591, *Bull. civ. I*, 2002, n° 97 ; *JCP G* 2002, 10199, note Ph. Guez.

⁷⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 07-17.788, *JurisData* n° 2010 ; *Procédures* 2010, comm. 336, obs. R. Perrot ; *D.* 2010, p. 1869, obs. X. Delpech et p. 2333, obs. L. d'Avout – Solution réaffirmée par Cass. civ. 1^{ère}, 15 avr. 2015, n° 14-11.572 ; *Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre* 9/15 inf. 15.

missionné⁷⁰⁵.

Il est donc apparu indispensable de ne pas priver d'efficacité la *clause de résolution amiable des différends contractuels* au motif que le contrat qui la porte serait atteint d'un vice l'affectant et justifiant son annulation. Ainsi, avant même que ne soit affirmée le principe de licéité de la clause de conciliation dite obligatoire et préalable à la saisine du juge, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 6 juillet 2000, s'est retranchée derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond pour admettre que, dans la commune intention des parties « *la clause de conciliation englobait l'action en nullité* », reconnaissant ainsi indirectement, mais clairement, que la clause de conciliation ne peut être affectée par la nullité du contrat qui la porte⁷⁰⁶.

Progressivement, c'est donc bien tout un régime spécifique et unitaire aux *clauses de règlement des différends* qui se construit poursuivant un objectif processuel : le choix adapté du traitement des différends contractuels justifiant une consécration légale.

B. La consécration légale de l'autonomie des *clauses de règlement des différends*

411. L'absence de consécration légale dans le cadre de la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle. Le législateur, en promulguant la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle* n'a pas envisagé de consacrer dans le cadre du Titre II intitulé « *Favoriser les modes alternatifs de règlement des litiges* », le principe d'autonomie des *clauses de résolution amiable des différends*.

Néanmoins, une autre *clause de règlement des différends* a pu faire l'objet d'une reconnaissance de son autonomie – et plus encore, de son indépendance – non seulement jurisprudentielle, mais également légale. En effet, suite à la reconnaissance jurisprudentielle de l'autonomie de la *clause compromissoire*, celle-ci a été consacrée par la réforme du droit de l'arbitrage opérée par le décret n° 2011-48 du 11 janvier 2011, et codifiée aussi bien pour la *clause compromissoire* que pour le *compromis*, à l'article 1447 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. Le texte dispose ainsi que « *la convention d'arbitrage est indépendante du contrat*

⁷⁰⁵ En ce sens large de la « conciliation », médiation, procédure participative et autres formes de négociation directe entre les parties d'une solution au différend sont des formes de « conciliation » opérant un rapprochement amiable des parties.

⁷⁰⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 6 juill. 2000, n° 98-17.827 ; *RTD civ.* 2001, p. 359, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 2001, n° 2, note L. Leveneur : Dans cette espèce, il était reproché à un contractant d'avoir introduit une action contentieuse à l'encontre de son partenaire sans avoir préalablement respecté la tentative de conciliation que lui imposait le contrat. Pour sa défense, l'intéressé faisait valoir que l'objet du différend portait précisément sur la validité même du contrat et qu'il était donc pour le moins contestable de prétendre lui imposer le respect d'une clause de cet acte.

*auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci »*⁷⁰⁷.

412. Proposition. Ainsi, aurait-il été souhaitable dans une perspective d'harmonisation et d'unité du régime des *clauses de règlement des différends*, de codifier ce principe, au sein même du Titre V *relatif à la résolution amiable des différends* du Code de procédure civile en ajoutant, par exemple, un alinéa second à l'article 1528 : « *Dès lors que les parties ont pris l'initiative d'avoir recours à une tentative obligatoire de résolution amiable du différend préalable à la saisine du juge du fond, par une clause de conciliation, de médiation, ou de procédure participative, cette stipulation est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. Lorsqu'elle est nulle, la clause de résolution amiable des différends est réputée non écrite* ». Ces clauses ont en effet des conséquences au regard de la procédure contentieuse dans la mesure où la mise en oeuvre du processus de résolution amiable du différend suspend la prescription au visa de l'article 2238 du Code civil.

413. La reconnaissance générale de l'autonomie des clauses de règlement des différends par la réforme de droit des contrats. Néanmoins, l'autonomie des *clauses de résolution amiable des différends* a été consacrée par le législateur dans le cadre de la réforme du droit des contrats, du fait de la nature contractuelle de ces stipulations. L'article 1230 du Code civil, tel qu'issu de cette réforme, dispose en effet, en toute fin des dispositions relatives à la résolution du contrat⁷⁰⁸, que « *la résolution [du contrat] n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence* ».

Cette disposition atteste d'une unité de régime contractuel de la catégorie visée des « *clauses relatives au règlement des différends* », laquelle comprend la *clause compromissoire*, la *clause attributive de juridiction*, les *clauses de résolution amiable des différends* – dont la clause de conciliation, la clause de médiation et la clause de procédure participative – mais également les clauses panachées de méd-arb et d'arb-méd.

⁷⁰⁷ Par ailleurs, si à l'inverse c'est la clause compromissoire qui s'avère pathologique, le contrat qui la porte ne doit pas subir de contagion, de sorte que l'article 1447 alinéa 2 du même Code prévoit de réputer non écrite la clause compromissoire, ce qui laisse présumer que le contrat auquel elle se rapporte demeure normalement efficace.

⁷⁰⁸ Opérée par l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc. ayant donné lieu à la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, JO 21 avr. 2018, n° 0093 entrant en vigueur au 1^{er} oct. 2018.

414. En définitive, le régime contractuel de la *clause compromissoire* a largement influencé le régime d'autres clauses de règlement des différends : *clause attributive de juridiction* et *clauses de résolution amiable des différends*. Il apparaît donc judicieux de considérer l'influence du régime contractuel de la *clause compromissoire* sur celui des *clauses de résolution amiable des différends* et d'envisager l'éventuel rayonnement de la *clause de conciliation/médiation/de procédure participative* par référence à la transmission et à l'extension du champ d'application de la *clause compromissoire*.

§2. L'extension du champ d'application de la *clause de résolution amiable des différends*

415. Le rempart de l'effet relatif du contrat porteur de la clause. L'alinéa premier de l'article 1199 du Code civil, tel qu'issu de la réforme de droit des contrats, au titre des effets du contrat à l'égard des tiers, dispose que « *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties* ». Les *clauses de règlement des différends*, quelles qu'elles soient – *clause compromissoire*, *clause de conciliation*, *clause de médiation*, *clause de procédure participative* ou de *négociation directe entre les parties de la solution au différend* et autres combinaisons possibles – parce qu'elles consistent en des stipulations du contrat qui les porte sont donc imprégnées de cet effet relatif à l'égard des tiers. De sorte que, comme le prévoit le second alinéa du texte « *les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat* », et donc de ses stipulations particulières, « *ni se voir contraints de l'exécuter* », ni même donc d'exécuter une clause particulière du contrat, sous réserve cependant de certaines limites.

416. Position du problème. Certains domaines tels que le droit des affaires, le droit commercial connaissent bon nombre de tiers – cautions, sous-traitants, codébiteurs solidaires – dont le positionnement dans la mise en œuvre et le déroulement d'une procédure de résolution amiable doit être recherché⁷⁰⁹. Des interrogations restent en effet en suspens concernant d'une part, l'application de la *clause de résolution amiable des différends* à des tiers au contrat qui la porte **(A)**, et d'autre part, sa possible circulation **(B)**. À l'instar de l'analyse du principe d'autonomie applicable aux *clauses de règlement des différends*, il est possible de rechercher des réponses au regard du régime contractuel de la *clause compromissoire*.

⁷⁰⁹ Colloque, *La Médiation dans les activités économiques*, 16 et 17 oct. 2014, Université Toulouse Capitole.

A. L'extension du champ d'application des clauses de résolution amiable des différends

417. L'extension du champ d'application de la *clause compromissoire*. La jurisprudence a, très tôt, consacré une extension du champ d'application de la *clause compromissoire* fondée sur la volonté tacite du prétendu tiers⁷¹⁰. Dans l'affaire *Cotunav*, la cour d'appel de Paris a ainsi jugé opportun d'étendre l'application de la clause aux parties dont « la situation contractuelle et les activités font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage, dont elles connaissaient l'existence et la portée, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait »⁷¹¹. La Cour de cassation approuve les juges parisiens et juge qu'« en retenant ainsi que la *Cotunav*, en exécutant l'accord en connaissance de cause, avait en réalité ratifié celui-ci, y compris la clause d'arbitrage, la cour d'appel, par ce seul motif, a légalement justifié sa décision »⁷¹². C'est parce que le prétendu tiers a accepté les termes du contrat qu'il est tenu par la *clause compromissoire*. À l'inverse, s'il n'y a pas consenti, il demeure étranger à la procédure arbitrale, comme a pu le juger plus récemment la Cour de cassation dans l'arrêt « *Papillon* »⁷¹³. Le fondement de l'extension de l'application de la clause compromissoire aux tiers au contrat est donc volontaire, préservant ainsi l'effet relatif des conventions posé aujourd'hui à l'article 1199 du Code civil⁷¹⁴.

La doctrine s'est interrogée sur le point de savoir s'il est bien raisonnable de fonder l'extension de la *clause compromissoire* sur la seule volonté, réelle ou supposée du tiers alors que la jurisprudence est marquée par un fort mouvement d'objectivisation de la volonté⁷¹⁵. Ainsi, selon la formule consacrée par l'arrêt « *Korsnas* »⁷¹⁶, la cour d'appel de Paris a jugé que « la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter »⁷¹⁷. Les juges d'appel retiennent que le tiers demandeur à l'annulation de la sentence « ne peut valablement soutenir avoir ignoré la convention d'arbitrage ». Dès lors, à travers ces jurisprudences *Korsnas* et

⁷¹⁰ CA Paris, 21 oct. 1983, « *Dow Chemica* », *Rev. arb.* 1984, p. 98.

⁷¹¹ CA Paris 21 oct. 1989, « *Cotunav* », *Rev. arb.* 1990, p. 675

⁷¹² Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, n° 90-11.485, *Bull. civ. I*, n° 205.

⁷¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n° 09-17.346, jugeant que la cour d'appel « avait pu » refuser l'extension de la clause au motif que « l'intention de la République arabe de Syrie d'être engagée par la convention d'arbitrage n'était pas démontrée ».

⁷¹⁴ Voy. l'anc. Art. 1165 CCiv.

⁷¹⁵ L. Thibierge, « Arbitrage et volonté », *Dr. et patr.*, juin 2012, p. 36 s.

⁷¹⁶ CA Paris, 1^{ère} ch. urg., 30 nov. 1988, « *Soc. Korsnas Marma c. Soc. Durant-Auzias* », *Rev. arb.* 1989, p. 191.

⁷¹⁷ CA Paris, 15^{ème} ch., 19 oct. 2007, n° 06/20561, « *René X c/SAS Merrill Lynch Pierce, Fenner & Smith* ».

Cotunav, il semble qu'il ne soit plus question d'acceptation de la clause par le tiers, mais simplement de la connaissance qu'il en a, laquelle est très largement présumée⁷¹⁸. Au regard de ces jurisprudences de la cour d'appel de Paris, la volonté paraît ainsi très secondaire. La Cour de cassation va, elle, encore plus loin, et affirme dans l'arrêt « *ABS* »⁷¹⁹ que « l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter ». La Haute juridiction ne fait référence à aucun élément subjectif, que ce soit la connaissance de la *clause compromissoire* ou la volonté. Seule importe, de manière objective, l'implication directe du tiers. De sorte qu'il semble qu'il y ait un « recul d'importance de la volonté des parties »⁷²⁰. Dès lors, est-il possible d'admettre que « l'effet obligatoire de la clause ne repose pas sur un consentement implicite ; il repose sur une situation objective, le fait d'avoir été impliqué »⁷²¹.

Reste, comme le soulève le professeur Louis Thibierge, à savoir en quoi consiste cette implication directe du tiers. Ainsi « est directement impliqué celui qui s'est « matériellement » immiscé dans la formation ou l'exécution du contrat ou dans l'opération économique prévue par le contrat »⁷²². Et les façons de le faire varient. Dans l'arrêt « *Charphil* », l'implication du tiers est déduite du fait qu'il avait servi d'intermédiaire entre les parties, et était « constamment en liaison avec elles »⁷²³. Dans l'arrêt « *Jaguar* », le tiers était intervenu comme « relais »⁷²⁴ d'une des parties sur le territoire français. Dans l'arrêt « *Fred et Pétilon* », il était « l'interlocuteur habituel de la société grecque et était étroitement mêlé aux affaires en cause »⁷²⁵. En toute hypothèse, le tiers avait pris, volontairement, un rôle dans l'exécution du

⁷¹⁸ CA Paris, 17 déc. 1997, « *SA Fred & Pétilon c/SA Laboratoire du Docteur Payot* », *RJDA* 1998, n° 539 : En l'espèce, l'abondance de la correspondance entre les parties et le fait que l'une soit l'interlocuteur habituel de la seconde « *permet de penser qu'elle avait eu connaissance de la clause* ». Ce raisonnement rappelle celui mené par la jurisprudence en matière de porte-fort laquelle déduit la ratification de la connaissance par le tiers du contrat et du fait qu'il ait adopté un comportement conforme à l'exécution de la promesse : *Voy. Cass. soc.*, 24 févr. 2004, n° 01-47.108.

⁷¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, « *ABS* », n° 04-20.842, *Bull. civ.* I, n° 129 ; *D.* 2007, p. 2077, note S. Bollée ; *JCP G* 2007, I, 168, p. 19, obs. Ch. Seraglini.

⁷²⁰ J.-B. Racine, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2005, p. 305.

⁷²¹ P. Mayer, « La « circulation » des conventions d'arbitrage », *JDI* 2005, p. 251 ; L. Thibierge, « Arbitrage et volonté », *Dr. et patr.*, n° 215, p. 36 : « en d'autres termes, ce n'est pas la volonté – critère subjectif – qui justifie l'extension de la clause compromissoire mais l'implication directe du tiers – critère objectif. Toutefois, l'implication du tiers devant être volontaire, la volonté n'est pas totalement occultée ».

⁷²² L. Thibierge, « Arbitrage et volonté », *op. cit.*

⁷²³ CA Paris, 15 mai 1990, n° 90/001030, *Soc. Charphil c. Soc. Topkapi et Sonetex* : Le pourvoi contre cette décision a été rejeté par la première chambre civile de la Cour de cassation le 3 mars 1992, *JDI* 1993, p. 140, obs. B. Audit.

⁷²⁴ CA Paris, 7 déc. 1994, *Soc. V 2000, Soc. Project XJ 220 Ltd. c/ Renault Jean-François*, *Rev. arb.* 1997, p. 537, obs. E. Gaillard.

⁷²⁵ CA Paris, 17 déc. 1997, « *SA Fred et Pétilo* », préc.

contrat principal⁷²⁶. Il est alors peu surprenant qu'il soit attiré à la procédure, de la même manière qu'en droit des sociétés, l'immixtion confère à son auteur la qualité de partie au contrat⁷²⁷. Comme l'écrit cet auteur, « au regard de cette jurisprudence, et par la technique de l'extension, la clause compromissoire connaît un rayonnement inédit avec des risques de dérives car le fondement de cette extension – la volonté – est souvent hypothétique et l'implication directe parfois difficile à cerner. Par ailleurs, les effets de l'extension sont importants puisqu'ils aboutissent à imposer l'arbitrage à qui n'y a ni songé, ni consenti, ce qui peut sembler excessif ».

418. Position du problème en matière de *clause de résolution amiable des différends*.

La question se pose de savoir si le champ d'application des *clauses de résolution amiable des différends* – clause de conciliation, clause de médiation ou encore clause de procédure participative – peut connaître pareille extension.

Nous pourrions très bien imaginer qu'un tiers qui se serait matériellement immiscé dans la formation ou l'exécution du contrat, ou encore dans l'opération économique prévue par le contrat – que ce soit en tant qu'intermédiaire, comme relais, comme interlocuteur étroitement mêlé aux affaires en cause, et en définitive dans toutes les hypothèses où il aurait pris, volontairement, un rôle dans l'exécution du contrat principal portant la *clause de résolution amiable du différend* – puisse être attiré à la tentative de résolution amiable par le biais d'une conciliation ou d'une médiation. Le rôle du conciliateur, du médiateur ou des avocats assistant les parties au différend dans le cadre d'une procédure participative paraît là encore essentiel. Les tiers missionnés à la résolution amiable doivent en effet rechercher, dès lors que le processus de résolution amiable du différend est activé et concrètement dès leur désignation⁷²⁸, l'existence de tiers « fantômes » au conflit et d'appeler les parties à l'informer précisément sur les incidences et implications possibles du conflit⁷²⁹. D'autant qu'il convient de ne pas perdre

⁷²⁶ Lamy Droit du contrat, Fasc. n° 305-49 : « Le comportement litigieux doit se traduire par une intervention active dans un contrat auquel son auteur n'était pas initialement partie ».

⁷²⁷ L'art. 1872-1 al. 3 CCiv. étend ainsi la solidarité à « l'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard ». La jurisprudence considère qu'une société mère qui s'est immiscée dans les affaires de sa filiale ne peut se prévaloir de la qualité de tiers au contrat conclu par cette dernière : nota. CJUE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08, « Azko Nobel NV ».

⁷²⁸ Cette recherche de tiers « fantômes » au différend peut être idéalement menée par l'institution ayant en charge la désignation du conciliateur ou du médiateur, à l'instar des Centres de médiation ou organisations professionnelles organisant les recours à la résolution amiable des différends.

⁷²⁹ Car en effet, le fait qu'un tiers puisse être appelé à tout moment à participer à la conciliation ou à la médiation suppose que celui-ci y soit préparé afin qu'en intégrant le processus, il ne mette pas en échec ou ne remette en cause les différents points d'avancement et concessions réciproques que les parties peuvent avoir consentis au fil du déroulement du processus de résolution amiable. Le conciliateur comme le médiateur ou les avocats assistant les parties au conflit doivent donc être particulièrement vigilants, dès le déclenchement de la tentative de

de vue qu'en cas d'échec du processus de résolution amiable, non seulement les parties, mais également les tiers s'engageront dans la procédure contentieuse devant le juge et qu'en cas de succès et de conclusion d'un accord amiable, l'opposabilité de cet accord aux tiers se posera.

419. L'admission de l'extension du champ d'application de la *clause de résolution amiable des différends aux tiers*. La *clause de résolution amiable des différends* par conciliation, médiation, procédure participative ne consiste qu'à permettre la mise en œuvre d'une « tentative » de résolution amiable du différend. Dès lors, les parties et le ou les tiers qui y seraient attirés demeurent libres devant le conciliateur ou le médiateur, au moment où celui-ci recueille leur consentement pour la mise en œuvre effective du processus, de manifester leur refus de tenter la recherche d'une solution amiable. Et il en est de même lors du déroulement du processus, les parties ou l'une d'elles pouvant à tout moment y renoncer. Les effets procéduraux de la *clause de résolution amiable des différends* sont en effet moindres que ceux de la *clause compromissoire* aboutissant à exclure l'intervention du juge étatique pour voir trancher le litige par un juge privé, l'arbitre⁷³⁰.

En conséquence, l'extension de la clause de conciliation/médiation préalable et obligatoire à des tiers non signataires du contrat porteur de la clause pourrait être admise de manière plus souple encore qu'en matière de clause compromissoire.

420. Illustration. À cet égard, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de chambre mixte de la Cour de cassation en date du 12 décembre 2014, il est intéressant de relever que la *clause de conciliation/médiation* était stipulée dans un contrat d'architecte qui liait la société promoteur Proximmo à la société d'architecte⁷³¹. La société Proximmo avait alors engagé la responsabilité contractuelle de ses architectes (la SCP d'architecture et d'urbanisme Arnal-Lafon-Cayrou) mais également, celle de la société d'étude de béton (la société OCD 34) devant le juge du fond.

Dès lors, il est permis de se demander s'il n'aurait pas été possible d'étendre l'application de la *clause de conciliation préalable et obligatoire* contenue dans le contrat d'architecte à la société d'étude de béton, tiers au contrat d'architecte mais liée à la société

résolution amiable, sur l'existence de tiers « fantômes » au conflit et les attirer le plus tôt – si nécessaire au regard de leur implication – à participer à la procédure amiable de résolution des différends

⁷³⁰ D'aucuns verront dans ces clauses de règlement des différends, des accords permettant de « désertter » les juridictions étatiques. Néanmoins, à la différence de la clause compromissoire où cette désertion est définitive, elle n'est que temporaire en matière de clause de résolution amiable des différends laissant libre le droit d'accès au juge étatique.

⁷³¹ Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19684, *Bull. ch. mixte* 2014, n° 3, *préc.*

Proximmo par un contrat de sous-traitance. Comme le fait observer le professeur Jacques Mestre, la chambre mixte a connu « d'une hypothèse où la clause de conciliation était présente dans l'un des deux contrats passés par le demandeur. Or peu a importé : vis-à-vis du cocontractant défendeur, le respect de la clause initiale s'imposait, sans que la voie judiciaire immédiate permise par l'autre contrat ait eu en quelque sorte à emporter la décision »⁷³². Pareille extension, permettant d'impliquer l'ensemble des intervenants à la résolution amiable du différend, paraît indispensable afin d'éviter que par suite, des tiers – qui n'auraient pas participé à la résolution amiable du différend et à l'accord obtenu – exercent des voies de recours postérieures à la conclusion de l'accord amiable marqué par le sceau de la confidentialité. Il est en quelque sorte indispensable de cerner – avant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable notamment au stade de la première entrevue devant le tiers missionné – le conflit et ses acteurs, c'est-à-dire les parties ayant non seulement participé à la naissance du différend, mais plus globalement à l'exécution de l'opération. En l'espèce, dans le cadre de travaux, des sociétés sous-traitantes intervenaient, de sorte que des tiers ayant participé à l'opération globale évoluaient dans l'environnement d'un différend s'étant durci entre la société promoteur et ses architectes. Il aurait été peut-être souhaitable, en l'espèce, d'appeler la société d'étude des sols – qui n'avait pas été assignée par la société Proximmo – à participer à la tentative de résolution amiable.

Afin de procéder à une conciliation ou une médiation qui permettent une résolution amiable durable du différend, l'application de la clause devrait donc pouvoir être étendue à l'ensemble des acteurs du conflit, d'autant qu'elle n'a pour objet procédural que de déclencher une tentative de résolution amiable du différend, le recours au juge, en cas d'échec, étant maintenu.

B. La circulation de la *clause de résolution amiable des différends*

421. Le rayonnement de la *clause compromissoire* s'opère également par voie de transmission. Il s'agit à nouveau d'opposer l'existence de la clause à un tiers qui n'y a pas consenti. Toutefois, la technique diffère puisque la *clause compromissoire* est transmise avec le droit substantiel à l'ayant droit. Cette transmission a pu avoir lieu à l'occasion d'une cession de droit commun⁷³³, d'une cession « Dailly »⁷³⁴, d'une subrogation⁷³⁵, d'une substitution dans le

⁷³² J. Mestre et A-S. Mestre, *RLDA* juin 2015, chron. p. 104, *op. cit.*

⁷³³ CA Paris, 28 juin 1988, *JDI* 1988, p. 1021 concernant une cession de contrat – Cass. civ. 2^{ème}, 20 déc. 2001, n° 00-10.806, *Bull. civ.* II, n° 198 concernant une cession de créance.

bénéfice d'une promesse de vente⁷³⁶, ou encore dans le cadre de chaînes de contrats translatifs de propriété⁷³⁷.

Sur le terrain doctrinal, l'analyse volontariste consiste à faire reposer la théorie de la transmission sur la volonté des parties. C'est dire que le tiers, nouveau titulaire des droits à la suite d'un décès, d'une fusion, d'une subrogation ou autres, doit consentir – au moins implicitement – à la *clause compromissoire* contenue dans le contrat transféré⁷³⁸. Par ailleurs, il convient que le cédé ait accepté la transmission de la *clause compromissoire*, laquelle peut être présumée, excepté si le rapport principal est marqué par l'*intuitu personae*⁷³⁹. Cette doctrine, selon le professeur Louis Thibierge est critiquable dans la mesure où, respectueuse certes de la volonté, elle vise à exiger un consentement « spécial » à la clause et, qui plus est, du cessionnaire et du cédé⁷⁴⁰.

La jurisprudence, pour sa part, ne présente pas de ferveur à l'égard de cette analyse volontariste. Ainsi, dans un chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la *clause d'arbitrage* se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause⁷⁴¹.

D'autres auteurs retiennent une conception objective de la transmission et s'appuient sur le caractère accessoire de la *clause compromissoire* par rapport au rapport fondamental⁷⁴². La *clause compromissoire* se transmet alors en tant qu'« accessoire » du contrat qui la porte, de sorte que l'accessoire suivant le principal, la circulation de la clause est automatique, déconnectée de la volonté des parties⁷⁴³. À cet égard et récemment, concernant l'opposabilité de la *clause compromissoire*, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que « le liquidateur ayant usé de la faculté de poursuivre l'exécution des contrats avec tous les droits et

⁷³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, n° 96-20.202, « Banque Worm », *Bull. civ. I*, n° 1.

⁷³⁵ Cass. com. 3 mars 1992, n° 89-21.273, *Bull. civ. IV*, n° 232.

⁷³⁶ CA Lyon, 15 mai 1997, *Rev. arb.* 1997, p. 402.

⁷³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, n° 04-20.842, « ABS », *préc.*

⁷³⁸ Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage international*, *préc.* N° 709 s.

⁷³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2002, n° 00-12.144, « Cimat », *Bull. civ. I*, n° 146 ; *Gaz. Pal.* 2003, n° 51, p. 28, note M.-L. Niboyet ; *JCP E* 2003, n° 15, p. 656, note J. Raynard ; *Rev. arb.* 2003, p. 397, obs. D. Cohen ; *Rev. crit. DIP* 2002, p. 758, obs. N. Coipel-Cordonnier.

⁷⁴⁰ L. Thibierge, « Arbitrage et volonté », *op. cit.*

⁷⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, n° 98-20.776, « Peavey Company c/ Organisme général des fourrages et a », *Bull. civ. I*, n° 22 ; *Contrats, conc., consom.* 2001, comm. n° 1135, note L. Leveneur ; *D.* 2001, p. 1134, obs. Ph. Delebecque ; *Dr. & patr.* 2001, n° 95, p. 120, obs. P. Mousseron ; *Gaz. Pal.* 2003, jur. p. 128, obs. M.-L. Niboyet ; *JCP E* 2001, p. 1228, note D. Mainguy et J.-B. Seube ; *Rev. arb.* 2001, p. 765, note D. Cohen ; *Rev. crit. DIP* 2001, p. 522, note F. Jault-Seséke ; *RTD Com.* 2001, p. 413, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin.

⁷⁴² Sur l'hypothèse, plus rare, de la transmission d'un compromis d'arbitrage, P. Mayer, « La circulation » des conventions d'arbitrage », *préc.* : « Le droit litigieux a été cédé avec son accessoire, le droit d'action, tel que configuré par le compromis ».

⁷⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 2010, n° 09-68.731, « Soc. Blonde génétique », *Bull. civ. I*, n° 183 ; *D.* 2010, p. 2933, obs. Th. Clay – Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 2010, n° 09-12.442, « Soc. Refcomp SPA », *Bull. Civ. I*, n° 240 ; *D.* 2010, p. 2933, obs. Th. Clay.

obligations qui s'y rattachaient, ce qui impliquait l'observation de la clause compromissoire qui y était stipulée, la cour d'appel a pu retenir que les demandes du liquidateur devant le juge consulaire étaient irrecevables faute d'avoir respecté la procédure d'arbitrage »⁷⁴⁴. Toutefois, la doctrine ne s'entend pas toujours autour de l'idée que la *clause compromissoire* soit un accessoire du contrat principal⁷⁴⁵. D'aucuns jugent ainsi contradictoire que la convention d'arbitrage soit tour à tour jugée « totalement autonome par rapport au contrat qui la contient, et viscéralement accessoire à celui-ci lorsqu'il est transmis à des tiers »⁷⁴⁶. Le professeur Louis Thibierge envisage toutes les explications. Selon l'auteur, il est vrai que l'application distributive de la dépendance et de l'indépendance a de quoi dérouter, même si elle n'est pas inédite⁷⁴⁷ et de s'interroger sur le point de savoir comment justifier l'injustifiable à savoir que la clause, le prétendu accessoire, soit cédée alors que le principal n'a pu l'être⁷⁴⁸. De surcroît, l'idée même de transfert s'avère fréquemment inadaptée. Elle ne se conçoit que lorsque l'intégralité du contrat est cédée, mais convient mal aux hypothèses de cession de créance ou de subrogation. Lorsque seule la créance circule, mais que le contrat demeure, *quid* de la *clause compromissoire* ? A-t-elle quitté le contrat pour suivre la créance ou au contraire, est-elle demeurée entre les parties originelles, ce qui interdit au cessionnaire de l'invoquer ? En réalité, la *clause compromissoire* n'a pas circulé et continue de lier les parties originelles. Si l'on admet toutefois qu'elle oblige également le cessionnaire, ce ne peut être au nom d'une hypothétique transmission. Toujours selon l'auteur, l'explication la plus rationnelle revient à dire que la *clause compromissoire* demeure attachée au droit de créance parce qu'elle lui est intrinsèque⁷⁴⁹, parce qu'elle l'a « configuré »⁷⁵⁰. Ce n'est qu'à la condition que l'on parvienne à justifier qu'elle lie à la fois le cédant et le cessionnaire à l'égard du cédé. Mais cette explication selon lui s'accommode assez mal à son tour de l'idée de séparabilité de la *clause compromissoire*. En effet, si le contrat et la clause sont séparables, alors comment expliquer que le contrat soit

⁷⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} avr. 2015, n° 14-14.552, *Procédures* juin 2015, comm. L. Weiler, « Opposabilité de la clause compromissoire au liquidateur », n° 6.

⁷⁴⁵ V. Heuzé, « Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? », *D.* 2011, p. 2880 : l'auteur ne voit pas dans la théorie de l'accessoire une explication, mais un « *bégaiement de l'esprit* » – Contra, S. Bollée, « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », *Rev. arb.* 2005, p. 917.

⁷⁴⁶ Th. Clay, « Qui arrêtera la circulation de la clause compromissoire ? », *D.* 2003, p. 2471.

⁷⁴⁷ D. Mazeaud, *La notion de Clause pénale*, th., LGDJ 1992, spéc. n° 4, p. 12 : l'auteur évoque un double mouvement d' « *autonomie* » et d' « *allégeance* » de la clause par rapport au contrat qui la renferme. Il est piquant de relever que le parallèle avec la clause compromissoire se poursuit, l'auteur évoquant ensuite « le déclin du rôle de la volonté des parties dans la création de la clause ».

⁷⁴⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2002, n° 00-12.144, « *Cimat* », *préc.*

⁷⁴⁹ N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection du for en droit international privé*, thèse, préface M. Fallon, avant-propos P. Mayer, LGDG, 1999, n° 7 : « Sans prétendre que (leur rapport à un rapport de droit dit « principal ») fasse partie de la « nature » des conventions d'arbitrage et d'élection du for, il importe de le mentionner parmi leurs « dimensions essentielles » ».

⁷⁵⁰ *Ibid.* n° 7.

indélébilement marqué du sceau de la clause ?

Au regard de toutes ces explications et quelles qu'elles soient, l'auteur estime que l'« on quitte le terrain de la substitution pour celui de l'adjonction, il ne s'agit pas de transmission mais d'un « mécanisme multiplicateur du lien d'obligation »⁷⁵¹. En tout état de cause, l'explication objective de la transmission de la *clause compromissoire* s'inscrit dans un mouvement plus général. Tout entier tourné vers l'efficacité de l'arbitrage, il tend à le rendre plus automatique, faisant éclater ça et là les dernières poches de résistance de l'analyse volontariste. Force est de constater que si l'arbitrage est censé demeurer « normalement » conventionnel, pour reprendre l'adverbe de Motulsky, la place de la volonté recule de jour en jour. Ici, on la tient pour indifférente. Là, on la complète, on l'interprète, on la tire et on l'étire. Et l'arbitrage passe... Le recours à l'arbitrage serait justifié, non par la volonté, réelle ou reconstituée, mais par le contexte »⁷⁵².

422. Pareille technique de transmission semble naturellement applicable à la clause de résolution amiable du différend. Dès 2004, et au lendemain de la solution dégagée par l'arrêt de sa chambre mixte de 2003, la Cour de cassation est allée plus loin en statuant sur l'opposabilité de la clause. Elle considère ainsi que la *clause de conciliation obligatoire et préalable* prévue dans un contrat d'architecte est opposable à l'acquéreur subrogé dans les droits du maître de l'ouvrage à l'encontre de l'architecte, en dépit du fait que cet acquéreur n'en ait pas eu personnellement connaissance⁷⁵³. Plus récemment, la troisième chambre civile par un arrêt du 28 avril 2011 a jugé dans le cadre d'une subrogation, qu'« ayant constaté que les appelants (acquéreurs et occupants de l'immeuble) agissaient par subrogation sur le fondement contractuel à l'encontre de l'architecte, la cour d'appel a exactement retenu que la clause de conciliation préalable figurant au contrat d'architecte leur était opposable, en dépit du fait qu'ils n'en auraient pas eu personnellement connaissance, et en a déduit à bon droit que leur action engagée, avant tout saisine du conseil de l'ordre des architectes, était irrecevable »⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ F.-X. Train, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, LGDJ, 2003, n° 360.

⁷⁵² L. Thibierge, « Arbitrage et volonté », *op. cit.*

⁷⁵³ Cass. civ. 3^{ème}, 4 novembre 2004, n° 03-13.002, *Bull. civ. I*, n° 23 : « qu'ayant relevé qu'un contrat d'architecte, qui ne prévoyait aucune dérogation au cahier des clauses générales disposant qu'en cas de litige portant sur l'exécution de ce contrat les parties convenaient de saisir pour avis le conseil de l'ordre des architectes, avant toute procédure judiciaire, ne pouvait être ignoré de M. B... qui l'avait signé et que cette clause d'un contrat conclu entre un architecte et un commerçant était valable, la cour d'appel avait pu, après avoir constaté que M. B... n'avait pas saisi pour avis le conseil régional des architectes, préalablement l'engagement de la procédure judiciaire, le déclarer irrecevable en son action contre Mme V.... et son assureur ».

⁷⁵⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 28 avr. 2011, n° 10-30.721, *JCP E* n° 20, somm. p. 1387.

Ainsi, au regard des solutions admises en matière de *clause compromissoire* applicables, sans exception, aux *clauses de résolution amiables des différends* – clause de conciliation, clause de médiation et clause de procédure participative dont nous avons envisagé l’existence – nous constatons qu’un régime contractuel unitaire aux *clauses de règlement des différends* se parachève. Un régime contractuel unitaire que ce soit en ce qui concerne leur autonomie par rapport aux contrats qui les portent ou au regard de l’extension de leur champ d’application et circulation.

423. Conclusion de la section I relative au jeu des clauses de résolution amiable des différends. Les *clauses de résolution amiable des différends* – clause de médiation, clause de conciliation, et nous songeons également à la *clause de procédure participative* – consistent en une anticipation contractuelle du déclenchement d’une tentative de résolution amiable curative de différends contractuels, nés des contrats qui les portent. Dès lors que les cocontractants et rédacteurs d’actes stipulent des caractères obligatoire et préalable à la mise en œuvre du processus de résolution amiable choisi, celui-ci emporte l’obligation de désigner et rencontrer le tiers missionné visé. Elles agissent alors comme des leviers permettant le déclenchement de la tentative de résolution amiable accompagnée du professionnel. Il s’agit, en d’autres termes, de prévoir le déclenchement d’une tentative de paix au jour de la naissance du différend contractuel, dans le prolongement de l’esprit de bonne foi contractuelle, avant d’engager une guerre devant les tribunaux. Une sorte de court-circuit⁷⁵⁵ du rouage contentieux prévu au contrat, un mécanisme contractuel à retardement, un véritable levier au déclenchement de la tentative de résolution amiable restant en quelque sorte en sommeil jusqu’à ce qu’un différend naisse.

La jurisprudence a développé en plus d’une décennie un véritable régime, tant contractuel que procédural, relatif aux *clauses de résolution amiable des différends*, marqué par des arrêts de principe rendus par la chambre mixte de la Cour de cassation. Une jurisprudence très attachée à la rédaction soignée de ces stipulations emportant une sorte de force exécutoire au déclenchement du processus qu’elles contiennent. Ainsi, pour ne pas demeurer une simple formule incantatoire, la *clause de résolution amiable des différends* – clause de conciliation, de médiation, ou de *procédure participative* – doit être soigneusement rédigée. Ce n’est que dans la mesure où les caractères obligatoire et préalable à la saisine du juge étatique sont prévus au déclenchement de la tentative de résolution amiable par le processus choisi, que

⁷⁵⁵ J. Mestre et A-S. Mestre, ss. Cass. Com., 9 oct. 2012, n° 11-24-231, *RLDA* 2014, p. 92.

la clause constitue une fin de non-recevoir pour le juge saisi par une partie peu diligente.

Dès lors que le processus – de conciliation, de médiation ou de procédure participative – est conçu(e) comme une tentative obligatoire de résolution amiable des différends préalable à la saisine du juge du fond du litige, les parties s’engagent par des obligations réciproques.

En premier lieu, une obligation de faire s’impose aux cocontractants devenant parties au différend au jour de sa survenance. Il s’agit de l’obligation de déclencher la tentative de résolution amiable par le processus choisi impliquant, plus précisément, l’obligation de désigner et de rencontrer le tiers missionné par la clause pour la mise en œuvre de la tentative. Cette obligatoire génère l’obligation, pour les parties, de recevoir du tiers missionné une information sur l’objet et le déroulement de la procédure de résolution amiable appelée à être mise en œuvre.

En second lieu, en prévoyant un caractère procédural préalable à la saisine du juge, les cocontractants s’engagent, toujours au jour de la survenance du différend, à une obligation de ne pas faire : celle de ne pas saisir le juge compétent du fond du litige jusqu’à la fin de la tentative de résolution amiable, laquelle est renforcée par l’impossibilité de régulariser la clause de résolution amiable des différends en cours d’instance. Il s’agit en effet pour les parties, au jour de la survenance du litige, de déclencher le processus prévu à la clause, de court-circuiter, neutraliser – temporairement au regard du droit d’accès au juge⁷⁵⁶ – leur droit d’action respectif, afin de laisser une chance à une tentative de résolution amiable du différend fondée sur leurs volontés. Ainsi, la jurisprudence, dans le prolongement de la politique du législateur, a entendu donner une pleine efficacité procédurale à la clause de résolution amiable *extrajudiciaire* des différends dont le contenu obligationnel a été soigneusement déterminé par les cocontractants et, en pratique par les rédacteurs d’acte, conseils des parties. La jurisprudence favorise ainsi, le recours à la tentative de résolution amiable *extrajudiciaire* conventionnellement aménagée, en sécurisant d’un point de vue procédural le déclenchement obligatoire et préalable à la saisine du juge du fond, par la suspension de la prescription.

L’article 2238 du Code civil, rappelé dans un encadré au Livre cinquième du Code de procédure civile instituant, pour rappel, le droit commun procédural de la résolution amiable des différends *extrajudiciaire* dispose en effet – à son alinéa premier – que « *la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d’un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d’accord écrit, à compter du jour de la*

⁷⁵⁶ Voy. H. Croze, C. Morel et O. Fratin, *Procédure civile, Manuel pédagogique et pratique*, LexisNexis-Litec, 4^{ème} éd., 2008, p. 227, n° 650 : le fait d’insérer une clause de conciliation préalable et obligatoire ne contrevient pas – ou seulement de manière temporaire – au droit fondamental d’ester en justice consacré par les articles 16 de la déclaration des droits de l’Homme et du citoyen et 6, §1^{er} de la Convention européenne des droits de l’Homme.

première réunion de médiation ou de conciliation ». La loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010⁷⁵⁷ ajoute que « *la prescription est également suspendue à compter de la conclusion de la convention de procédure participative* ».

Les seules limites aux caractères prévus par la véritable *clause de résolution amiable des différends* tiennent en définitive à l'ordre public – notamment par la prohibition de ces stipulations dans certains domaines impliquant au contrat un partie faible – mais également, à la nécessité de garantir l'accès au juge de l'urgence et de l'exécution afin de garantir la sécurité de la tentative de résolution amiable du différend appelée à être mise en œuvre par le processus choisi par les parties.

Enfin, une véritable unité de régime contractuel a pu être constaté dans le cadre de l'extension du champ d'application et de la circulation des *clauses de résolution amiable des différends*, de manière large, puisqu'il s'applique en réalité à la catégorie plus vaste des *clauses de règlement des différends*.

À toutes fins utiles, il convient de préciser que les cocontractants, au jour de la survenance du différend, et quelle que soit les caractères attribués au déclenchement de la tentative de résolution amiable appelée à être mise en œuvre par le processus choisi, peuvent librement y renoncer d'un commun accord. Il paraît toutefois indispensable, à ce stade de sanctionner les parties qui ne procéderait pas à la désignation du tiers missionné et ne recevraient pas une information sur la résolution amiable des différends.

Section II – Les invitations à la résolution amiable adressées aux parties par le législateur et le juge

424. Des conciliations et médiations dites obligatoires au plan procédural. L'article 1100 du Code civil, tel qu'issu de la réforme de droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, au titre *des sources d'obligations*, dispose à son alinéa premier que « *les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi* ». À travers l'examen du droit commun procédural et des droits spéciaux de la résolution amiable des différends, nous avons constaté que le législateur impose parfois aux parties le recours à la conciliation ou la médiation, soit en imposant des conciliations ou médiations dites « obligatoires » devant le juge, soit devant des commissions *extrajudiciaires* instituées à cet effet. Ces invitations renforcent le rôle du juge dans la mise en œuvre de la tentative de

⁷⁵⁷ Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, JO 23 déc. 2010, n° 0297, p. 22552.

résolution amiable des différends et donc dans la conclusion de l'accord amiable.

425. Position du problème sur le plan contractuel. La question se pose de savoir si les conciliations et médiations « obligatoires » consistent en une obligation pour les litigants à conclure un accord amiable à l'issue de ces processus ou si ces convocations procédurales génèrent seulement pour les parties, l'obligation de rencontrer le tiers missionné à la résolution amiable du différend. Compte tenu de la liberté contractuelle de laquelle découle la liberté de ne pas conclure l'accord amiable se traduisant, d'un point de vue procédural par le caractère volontaire des processus ou procédures de résolution amiable des différends, il ne s'agit que d'une invitation à tenter de négocier une solution au différend et de conclure l'accord amiable.

Nous proposons donc de dresser un état des lieux de ces interventions intervenant dans le cadre du droit commun procédural (**Sous-Section I**) et des droits spéciaux (**Sous-Section II**) de la résolution amiable des différends.

Sous-Section I – L'invitation adressée dans le cadre du droit commun procédural de la résolution amiable

426. L'émergence d'une obligation légale et générale. Peu importe, qu'il s'agisse de prévoir le déclenchement de la tentative de résolution amiable dans le cadre *judiciaire* (§1) ou *extrajudiciaire* (§2), le législateur tend, de manière générale, à imposer le recours à la résolution amiable des différends par différents processus.

§1. En matière de résolution amiable *judiciaire* des différends

427. Évolution. La conciliation est, par principe, laissée à la discrétion du juge dans son office (A). Néanmoins, nous constatons que le législateur accorde un pouvoir légal au juge, d'enjoindre aux litigants, c'est-à-dire de leur imposer l'obligation de rencontrer un tiers missionné à la résolution amiable des différends, en particulier dans le cadre de la médiation (B).

A. Le principe de libre initiative du juge et des parties dans le cadre de la conciliation *judiciaire*

428. L'absence d'obligation légale et générale à la tentative de résolution amiable

par conciliation judiciaire. Le principe directeur du procès édicté à l'article 21 du Code de procédure civile selon lequel « *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* » ne fait pas obligation – au juge saisi d'un litige – de concilier systématiquement les parties. Néanmoins, ce principe révèle l'existence de plusieurs missions du juge. Si sa mission première est de trancher le litige, il dispose du pouvoir de tenter de rapprocher les parties – de les concilier devant lui – afin qu'elles parviennent à un accord amiable. Cette faculté de concilier les parties est donc laissée à la discrétion du juge.

Par ailleurs, et toujours en matière de conciliation *judiciaire*, l'article 128 du Code de procédure civile en disposant que « *les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance* », laisse place à la libre initiative soit des parties, soit du juge, et ce, quel que soit le stade de la procédure, excepté bien sûr, lorsque le jugement est rendu, celui-ci étant alors empreint de l'autorité de chose jugée. Dans le cadre de la conciliation à l'initiative du juge, l'instance étant engagée, le sentier d'une guerre contentieuse est déjà emprunté. Toutefois, parfaitement avisé de la teneur du litige, le juge compétent est à même d'apprécier l'opportunité d'un rapprochement des parties afin de favoriser entre ses mains la résolution amiable du différend, en particulier lorsque celui-ci dépasse un cadre strictement juridique.

B. L'émergence du pouvoir d'injonction du juge dans le cadre de la médiation judiciaire

429. La désignation judiciaire du médiateur soumis à l'accord des parties. Le texte d'introduction à la médiation *judiciaire* est plus directif que l'article 128 du Code de procédure civile relatif à la conciliation *judiciaire*. L'article 131-1 du Code de procédure civile dispose en effet, que « *le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* » et ajoute, dans un second alinéa que « *ce pouvoir appartient également au juge des référés, en cours d'instance* ». Les dispositions de ce texte n'imposent pas une obligation pour les parties de rencontrer un médiateur. Le juge – quel qu'il soit, amené à se prononcer sur le fond du litige ou dans des circonstances urgentes – doit d'abord recueillir l'accord des parties, afin de pouvoir ensuite désigner une tierce personne. En conséquence, rien n'oblige les parties à rencontrer le médiateur. Sans le consentement des parties pour rencontrer un médiateur, le juge qui propose la médiation ne peut désigner, c'est-à-dire missionner le médiateur.

430. Le pouvoir d'injonction du juge. Étrangement, cet article 131-1 du Code de procédure civile relatif à la médiation *judiciaire* ne reprend, qu'en partie, les dispositions générales de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 composant le socle de règles applicable à l'ensemble de la résolution amiables des différends, *judiciaire* et *extrajudiciaire*, fondement du droit au recours à la résolution amiable des différends. En effet, s'il évoque de manière moins précise les termes de l'article 22 de la loi de 1995 prévoyant que « *le juge peut désigner, avec l'accord des parties, un médiateur judiciaire pour procéder à une médiation, en tout état de la procédure, y compris en référé* » et que « *cet accord est recueilli dans les conditions prévues par décret en Conseil d'état* », reste qu'il n'est pas ajouté, comme le prévoit l'article 22-1 de la loi de 1995, que « [...] le juge peut, s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un médiateur qu'il désigne [...] ». L'article 22-1 de la loi de 1995 est, à cet égard, intéressant puisque le législateur, à l'alinéa premier du texte, vise les tentatives obligatoires, spéciales et préalables de conciliation qu'il a pris le soin d'instituer, et évite ainsi la concurrence de processus de résolution amiable des différends.

431. En définitive, dans le cadre du droit commun procédural de la résolution amiable *judiciaire*, les juges – qu'il s'agisse du juge compétent du litige ou du juge de l'urgence – sont des acteurs clés de l'orientation du traitement du différend. Il dispose en effet d'une autorité légitime leur permettant de favoriser le déclenchement de la tentative de résolution amiable du différend. En pratique, il est en effet difficile pour les parties de s'opposer à une proposition du juge incitant à cette tentative. À même d'en apprécier l'opportunité au regard du dossier qui lui est soumis par les parties et leurs conseils, le juge apparaît ainsi comme l'un des principaux prescripteurs du recours à la résolution amiable des différends. Néanmoins, il est essentiel de relever que le pouvoir attribué, par le législateur au juge, d'enjoindre aux litigants de rencontrer le médiateur qu'il désigne, ne se traduit pas par l'obligation pour les parties de mettre en œuvre la médiation *judiciaire*. Il s'agit moins d'une « médiation obligatoire » que d'une obligation pour les parties de rencontrer le tiers missionné : *l'obligation de recevoir du médiateur une information sur l'objet et le déroulement de la médiation*, et plus largement sur la résolution amiable du différend. Il s'agit de favoriser une réunion des parties autour d'un tiers neutre, impartial et indépendant, afin de favoriser, à la différence du traitement mené devant le juge et sauf conciliation, un traitement amiable du différend c'est-à-dire fondé sur un consentement éclairé. Un consentement éclairé qui ne peut s'exprimer que dans la mesure où les parties sont

informées par le tiers missionné prêt à s'impliquer à leurs côtés dans la résolution de leur différend.

§2. En matière de résolution amiable *extrajudiciaire* des différends

432. Position du problème. Dans le cadre *extrajudiciaire*, en l'absence de la présence du juge, le principe de libre initiative des parties au recours à la résolution amiable des différends s'affirme (A). Confronté à un recours systématique au juge étatique, le législateur développe néanmoins des leviers afin d'ouvrir un espace procédural à la résolution amiable des différends (B).

A. Le principe de la libre initiative des parties

433. L'absence d'invitation dans le cadre du droit commun procédural de la résolution amiable *extrajudiciaire*. L'article 1528 du Code de procédure civile insiste particulièrement sur l'initiative des parties dans le déclenchement de la mise en œuvre de la résolution amiable des différends. Le texte dispose en effet que « *les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats* ». Néanmoins, l'intitulé du Livre cinquième du Code procédure civile, lequel titre de manière très générale *la résolution amiable des différends*, ne vise dans son contenu que la médiation et la conciliation dites « *conventionnelles* » – en réalité *extrajudiciaires* – et la procédure participative. Le législateur, au travers des dispositions de ce Livre cinquième ne prévoit aucune convocation des parties devant un conciliateur ou un médiateur, laquelle se traduirait par une *obligation légale pour les parties au différend de rencontrer un tiers missionné à la résolution amiable de leur différend*.

B. L'incitation légale et l'émergence d'une obligation à la tentative de résolution amiable *extrajudiciaire* des différends

434. Évolution. L'incitation générale à la résolution amiable *extrajudiciaire* apparaît en réalité dans le cadre des modifications apportées à la loi n° 95-125 du 8 février 1995 (1) et se traduit par l'obligation d'attester de l'échec d'une tentative de résolution amiable du différend (2).

1) L'incitation générale à la résolution amiable *extrajudiciaire* des différends

435. Dans le cadre du droit commun procédural de la résolution amiable des différends. Malgré l'absence de dispositions au sein du livre cinquième du Code de procédure civile, un texte est venu favoriser de manière générale, l'obligation d'information sur la résolution amiable des différends de nature à permettre le déclenchement d'une procédure de médiation, de conciliation, voir d'une procédure participative avant toute saisine du juge compétent du litige. Le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 *relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends*⁷⁵⁸ est venu réorganiser le titre sixième du Code de procédure civile au sein des dispositions relatives à l'ensemble des juridictions et donc dans le cadre *judiciaire*. Dorénavant ce titre est intitulé *la conciliation et la médiation* auxquelles dont deux chapitres y sont consacrés respectivement, sans autre qualificatif.

Le relais avec la résolution amiable *extrajudiciaire* des différends est établi avec l'insertion d'un nouvel article 127 chapeautant ces deux chapitres consacrés à *la conciliation et la médiation*. Le texte dispose ainsi que « *s'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation* »⁷⁵⁹. La place occupée par ce texte est importante dans la mesure où il introduit la conciliation et la médiation – que le législateur refuse de qualifier de *judiciaires* – ainsi que la loi n° 95-125 du 8 février 1995 présente *in fine* de ce titre, laquelle constitue le socle de règles servant de référence à l'ensemble des conciliations et médiations *judiciaires* et *extrajudiciaires*.

Le législateur a ainsi entendu renforcer le recours à la résolution amiable des différends dans la phase *extrajudiciaire* précédant la saisine du juge compétent du litige. Dès lors, à la lecture de cet article 127 du Code de procédure civile, la question se pose de savoir si le législateur a entendu faire peser sur les parties une obligation de tenter la résolution amiable de

⁷⁵⁸ Décr. n° 2015-282 du 11 mars 2015, *JO* 14 mars 2015, n° 0062, p. 4851 : ce décret est également venu préciser, en matière de communication électronique, les modalités de consentement du destinataire à l'utilisation de ce procédé pour la réception des différents actes de procédure.

⁷⁵⁹ L'art. 56 CPC, tel que modifié par le décr. n° 2015-282 du 11 mars 2015, dispose dorénavant *in fine* que « *sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* » ; et l'art. 58 du même Code modifié par ce décret apporte la même précision pour « *[...] la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance* » laquelle doit faire également état des « *diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* ».

leur différend avant de saisir le juge compétent du litige, dans la sphère *extrajudiciaire*. En l'admettant, la question de la sanction de cette obligation légale se pose en cas de non-exécution.

- 2) L'émergence d'une obligation légale d'attester de l'échec d'une tentative de résolution amiable *extrajudiciaire* du différend

436. Signification. Le législateur en imposant aux parties – et en réalité aux avocats chargés de les représenter et de les accompagner dans la procédure contentieuse – une justification des *diligentes amiables entreprises* au moment où le juge compétent est saisi du litige, crée une obligation pour les parties au litige. Il s'agit de l'obligation pour les parties d'attester au moment de la saisine du juge de l'échec d'une tentative de résolution amiable préalable *extrajudiciaire*. Peu importe que cette tentative soit intervenue directement entre les parties par une négociation directe non procéduralisée ou par l'intermédiaire d'un tiers conciliateur ou médiateur, voire par le déclenchement d'une procédure participative. Le sens large de l'expression de « *diligences amiables entreprises* » choisie par le législateur semble ainsi se justifier par la diversité des recours possibles à la résolution amiable des différends. Le texte demeure ainsi très opaque quant aux « *démarches entreprises en vue de parvenir en une résolution amiable* », lesquelles pourraient parfaitement consister en une négociation directe et informelle de la solution du différend entre les parties.

Le terme de « *démarches* » semble aller plus loin qu'une simple obligation pour les parties de recevoir une information sur la résolution amiable de leur différend, notamment par leur conseil. Le terme choisi induit une véritable obligation de déclencher – dans la phase *extrajudiciaire*, avant de saisir le juge – une tentative de résoudre amiablement le différend. En outre, le texte prévoit qu'à défaut de justification de ces démarches amiables, le juge sera toujours à temps de proposer un processus de résolution amiable aux parties sur le fondement du droit commun ou des droits spéciaux de la résolution amiable, cette fois-ci, *judiciaire*.

En définitive, l'article 127 du Code de procédure civile crée un lien entre la résolution amiable *judiciaire* et la résolution amiable *extrajudiciaire* dont les processus sont encadrés par le Livre cinquième du même Code. Pour se faire, le législateur crée une obligation légale à la charge des parties à un différend et en réalité de leurs avocats conseils les représentant dans la procédure contentieuse : l'obligation d'indiquer, dans l'acte de saisine de la juridiction –

l'assignation⁷⁶⁰, la requête ou la déclaration⁷⁶¹ – les démarches de résolution amiable préalablement effectuées.

437. Critique. La formulation de l'article 127 du Code de procédure civile peut toutefois être critiquée à plusieurs égards.

Nous constatons, en premier lieu, que le législateur hésite à réellement formuler à la charge des parties une *obligation de rencontrer un tiers missionné à la résolution amiable – médiateur ou conciliateur – ou de tenter une résolution amiable par négociation directe assistées d'avocats conseils, avant toute saisine du juge compétent*. Cette obligation est, en quelque sorte, camouflée derrière l'obligation d'indiquer, dans les actes introductifs de procédure, les démarches *extrajudiciaires*⁷⁶² entreprises, laquelle pèse en réalité sur les avocats conseils des parties avant la saisine du juge compétent du litige. Le législateur renforce, en ce sens le rôle des avocats conseils. Cette obligation implique, en théorie, que les avocats sont tenus – sous couvert de leur obligation professionnelle d'information et de conseil – d'informer leurs clients sur l'existence de processus leur permettant de tenter de résoudre amiablement leur différend, d'orienter en amont de l'action judiciaire, dans la phase *extrajudiciaire* le traitement du différend et de favoriser le déclenchement de la résolution amiable du différend. D'autant, que les avocats, bénéficient, à titre d'exemple, d'un monopole dans l'accompagnement et l'assistance des parties dans le cadre de la procédure participative, laquelle consiste, en une négociation directe de la solution du différend entre les parties, sans intervention d'un tiers extérieur⁷⁶³. En définitive, cette obligation de justifier les démarches amiables entreprises au moment de la saisine du juge découlerait de l'obligation de conseil de l'avocat. Dès lors, la question se pose de savoir comment sanctionner les avocats ne justifiant pas de pareilles démarches amiables *extrajudiciaires*.

⁷⁶⁰ Le décret remplace le dernier alinéa de l'article 56 du code de procédure civile est remplacé par les deux alinéas ainsi rédigés : « *Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige. Elle vaut conclusions.* »

⁷⁶¹ De même, modification est faite au dernier alinéa de l'article 58 du même code est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés : « *Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige. Elle est datée et signée.* »

⁷⁶² Nous le précisons car la sphère *extrajudiciaire* peut trouver place alors que le juge est saisi du litige.

⁷⁶³ L'art. 2064 C. civ. dispose notamment que « *toute personne, assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition, [...]* ». En écho, l'art. 1544 CPC prévoit que « *les parties, assistées de leurs avocats, recherchent conjointement, dans les conditions fixées par convention, un accord mettant un terme au différend qui les oppose* » et, à la suite l'art. 1545 prévoit notamment que la convention de procédure participative doit mentionner les noms, prénoms et adresses – non seulement des parties – mais également de leurs avocats.

Cette interrogation nous amène donc, en second lieu, à revenir sur la tournure de cet article qui peut laisser dubitatif. En effet, les premiers termes du texte – « *s'il n'est pas justifié [...]* » – laissent présager une sanction. Néanmoins, à la lecture complète de cette disposition, nous nous rendons compte que le législateur n'a prévu aucune sanction en cas de défaut de justification des démarches amiables *extrajudiciaires* entreprises, avant donc la saisine du juge compétent. Plutôt qu'une sanction, le législateur prévoit le passage du relais de la résolution amiable d'un professionnel du droit à un autre, de l'avocat au juge compétent du litige. Le traitement amiable du différend peut ainsi glisser de la sphère *extrajudiciaire* vers la sphère *judiciaire*. Mais là encore, le législateur se contente de prévoir qu'à défaut de la justification des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut – simplement « *proposer* » – aux parties une tentative de résolution amiable par médiation, médiation, et nous devrions également ajouter par procédure participative ou droit collaboratif⁷⁶⁴. En conséquence, bien que faisant planer une sanction en cas de défaut de justification des démarches entreprises, le législateur s'est abstenu de la préciser, faisant valoir qu'en cas d'échec le juge saisi est en mesure de pallier le défaut des démarches amiables en proposant aux parties la mise en œuvre d'une procédure de tentative de résolution amiable de leur différend.

438. Quelle(s) sanction(s) auraient pu être envisagée(s) ? Faut-il sanctionner le comportement des avocats lorsqu'ils ne rapportent pas de justification des démarches amiables ayant été entreprises avant d'œuvrer à la saisine du juge compétent du litige ? Il paraît d'emblée difficile de sanctionner, sur le fondement d'une responsabilité contractuelle, les avocats conseils des parties qui n'exécuteraient pas leur obligation de justification des démarches amiables entreprises dans les actes de saisine du juge compétent en assimilant cette inexécution à celle de leur obligation de conseil. En effet, la jurisprudence juge que la mission d'assistance en justice de l'avocat emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie⁷⁶⁵. Pareille inexécution laisserait présager une sanction sur le fondement de l'article 1231-1 du Code civil tel qu'issu de la réforme du droit des contrats⁷⁶⁶. La partie qui perdrait au contentieux et souhaiterait agir à l'encontre de son avocat ne lui ayant pas conseillé de résoudre à l'amiable son différend

⁷⁶⁴ En effet, depuis la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, la procédure participative peut être mise en œuvre alors que le juge est saisi du litige. La phase dite conventionnelle de la procédure participative, laquelle prend pour objectif la conclusion d'un accord amiable, sert, en cas d'échec, la mise en état du litige.

⁷⁶⁵ Cass. civ. 1^{er} mai 1996, n° 94-14.022, *Bull. civ. I*, 1996, n° 191 – Et, par ex., sur l'existence d'une information préalable, dans cette espèce relative aux conditions de fixation de sa rémunération : Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 2000, n° 97-14.713, *Bull. civ. I*, n° 214 ; *D.* 2002, somm. 854, obs. B. Blanchard ; *JCP* 2000, II, 10417, note R. Martin ; *RTDciv.* 2000, p. 828, obs. J. Mestre et B. Fages .

⁷⁶⁶ Disposition non modifiée par le loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.*

devrait démontrer l'existence d'un préjudice tenant à la perte de chance de voir régler à l'amiable le différend. Or, les procédures de résolution amiable ayant un caractère purement volontaire, il paraîtrait impossible de ramener la preuve de ce préjudice. D'autant, qu'en pratique et malgré le développement de la formation à la résolution amiable des différends au sein des barreaux, des écoles d'avocats et des universités développant des diplômes universitaires spécialisées, les avocats ont tendance à s'entendre pour acter par simple échange de courrier des démarches amiables extrajudiciaires qui n'ont pas été réellement mises en œuvre, afin de saisir directement le juge et d'activer la résolution contentieuse du différend.

Une sanction procédurale – calquée sur celle des clauses de résolution amiables des différends – aurait pu consister à sanctionner l'inexécution de l'obligation légale de justification des démarches amiables *extrajudiciaires* entreprises avant la saisine du juge compétent par une fin de non-recevoir, sur le fondement de l'article 122 du Code de procédure civile dont la liste n'est pas exhaustive, tirée non pas d'une obligation conventionnelle mais du défaut de tentative de résolution amiable *extrajudiciaire* préalable à la saisine du juge compétent du litige. En admettant pareille sanction, encore faudrait-il que le juge exerce un contrôle sur les démarches amiables entreprises et admette de manière stricte les justificatifs. Ces justificatifs pourraient consister en des actes des tiers missionnés attestant de l'échec de la conciliation ou de la médiation ou encore en un acte contresigné des avocats attestant de l'échec de la phase conventionnelle de la procédure participative : des constats d'échec de la tentative de résolution amiable du différend déclinés selon les cas par constat d'échec, de conciliation, de médiation ou de procédure participative. Ce contrôle strict éviterait la pratique du contournement d'une réelle mise en œuvre de la démarche amiable et faisant resurgir le recours systématique au juge.

A minima, et dans la lignée de ce que le législateur a prévu dans le cadre de cet article 127 du Code de procédure civile dans l'hypothèse du défaut de justification lors de l'introduction de l'instance des démarches amiables entreprises avant la saisine du juge, nous aurions pu imaginer que le législateur aille plus avant, en accordant au juge ainsi saisi, le pouvoir non pas seulement de « proposer » mais d'« enjoindre », c'est-à-dire d'obliger les parties à rencontrer un tiers missionné à la résolution amiable, médiateur ou conciliateur : une obligation pour les parties de recevoir d'un tiers missionné à la résolution amiable du différend une information sur le processus pouvant être mise en œuvre.

439. Conclusion de la Sous-Section I. Nous constatons donc progressivement, sur le plan du droit commun procédural de la résolution amiable *judiciaire* ou *extrajudiciaire* des

différends, l'émergence d'une obligation légale au déclenchement de la tentative de résolution amiable. Néanmoins, nous avons pris soin de rappeler que les processus de résolution amiable sont volontaires. Il s'agit donc pour le législateur de prévoir une obligation à la charge des parties de rencontrer un tiers missionné à la résolution amiable du différend afin d'être informées sur le traitement amiable de leur différend qu'elles peuvent entreprendre. Pour se faire, il impose au moment de la saisine du juge compétent d'attester des diligences amiables entreprises, dans la phase *extrajudiciaire* précédant sa saisine et confère, dans certains cas au juge, le pouvoir d'enjoindre, c'est-à-dire d'obliger les parties à rencontrer un médiateur sans avoir à recueillir leur accord. Par cette convocation devant un tiers missionné, il s'agit de permettre aux parties de recevoir une information sur le processus de résolution amiable. Ce n'est que lorsque les parties donnent leur accord devant le médiateur que le processus de résolution amiable peut être mis en œuvre. En effet, l'obligation de recevoir une information sur la résolution amiable du différend par un tiers missionné à cet effet n'est pas exclusive de la conclusion d'une convention entre ce tiers et les parties pour la mise en œuvre effective de la tentative de résolution amiable du différend.

Sous-Section II – Les convocations dans le cadre des droits spéciaux de la résolution amiable des différends

440. Symétrie. La volonté du législateur de favoriser le déclenchement de la résolution amiable des différends s'exprime également dans le développement des droits *spéciaux* de la résolution amiable, que celle-ci intervienne – à l'instar de ce que nous avons observé en ce qui concerne le droit commun de la résolution amiable des différends – dans les cadres *judiciaire* (§1) ou *extrajudiciaire* (§2).

§1. En matière de droits spéciaux de résolution amiable *judiciaire* des différends

441. Famille et travail. Dans ces domaines, bien que fortement marqués par un ordre public de protection, le législateur a clairement imposé le recours à certains processus de résolution amiable. Il s'agit ici de constater précisément l'existence de convocations légales à la tentative de résolution amiable des différends par procédure spécifique en matière familiale (A), et en droit du travail (B).

A. La convocation à la résolution amiable *judiciaire* en matière familiale

442. Distinction. Le législateur a expressément prévu, non seulement une audience obligatoire de conciliation préalable à l'instance en matière de divorces contentieux – consistant en une obligation légale de tentative de conciliation imposée au juge et parties comme préalable à l'instance en divorce **(1)** – mais également la possibilité pour le juge aux affaires familiales d'enjoindre, c'est-à-dire de faire obligation aux parties de rencontrer un médiateur familial **(2)**.

1) La conciliation dite « obligatoire » devant le juge aux affaires familiales

443. L'obligation légale de conciliation par le juge aux affaires familiales. Le principe directeur posé à l'article 21 est également décliné à l'article 1071 alinéa premier du Code de procédure civile. Celui-ci dispose que « *le juge aux affaires familiales a pour mission de tenter de concilier les parties* », consacrant ainsi la conciliation *judiciaire* menée directement par le juge aux affaires familiales. Nous rappelons qu'au visa des articles 252 alinéa second et 252-3 alinéa premier du Code civil, cette invitation à la conciliation porte tant sur le principe du divorce que sur les conséquences qui en découlent. Il ne s'agit donc pas d'une simple initiative de proposition de conciliation laissée à la discrétion du juge. Le législateur impose à ce dernier, au visa de l'article 252 alinéa premier du Code civil, de mener obligatoirement une conciliation des époux avant l'instance judiciaire en divorce. Elle peut toutefois être renouvelée à l'initiative du juge en cours d'instance et devient alors une mesure laissée à la discrétion du juge en cours de procédure de divorce, une simple faculté de proposer aux parties le déclenchement d'une conciliation⁷⁶⁷.

Par ailleurs, le droit commun procédural de la résolution amiable, au visa de l'article 22-1 de la loi de 1995, évoque les tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi. Le texte dispose ainsi à son alinéa premier qu'« *un médiateur ne peut être désigné par le juge pour procéder aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi en matière de divorce et de séparation de corps* ». En d'autres termes, la tentative de conciliation obligatoire en matière familiale, ne peut être menée que par le juge en personne. Il demeure impossible pour lui de déléguer sa mission à un tiers. Le rôle du juge est ainsi essentiel pour favoriser le déclenchement de la résolution amiable des différends.

⁷⁶⁷ Voy. l'art. 252 al. 2 CCiv et l'art. 1071 al. 2 disposant que le juge « *saisi d'un litige, [...] peut proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur familial pour y procéder* »

Néanmoins, cette conciliation dite « obligatoire » se confronte au caractère volontaire des processus de résolution amiable des différends, c'est-à-dire à la liberté contractuelle imprégnant la formation de l'accord amiable. Si le juge aux affaires familiales a l'obligation de procéder à une audience de conciliation pour laquelle les parties sont convoquées, ces dernières n'ont néanmoins pas l'obligation de se concilier, de parvenir à la conclusion d'un accord amiable. Elles demeurent libres de ne pas contracter.

- 2) La reconnaissance légale du pouvoir judiciaire d'enjoindre les parties à la résolution amiable des différends.

444. Dans le cadre des mesures provisoires en matière de divorce contentieux. Dans le cadre « *de la procédure applicable aux autres cas de divorce* »⁷⁶⁸ que le divorce par consentement mutuel, le législateur a prévu un certain nombre de mesure provisoires. L'article 254 du Code civil dispose ainsi, depuis la réforme du divorce intervenue en 2004⁷⁶⁹, que « *lors de l'audience prévue à l'article 252 [l'audience de conciliation préalable à l'instance en divorce], le juge prescrit, en considération des accords éventuels des époux, les mesures nécessaires pour assurer leur existence et celle des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée* ». Cette disposition est particulièrement intéressante dans la mesure où elle précise l'objectif de ces mesures. Celles-ci visent à assurer l'existence des accords éventuellement intervenus entre les époux au cours de la phase de conciliation obligatoire intervenue devant le juge aux affaires familiales préalablement à l'instance en divorce.

L'article 255 du Code civil précise ensuite les mesures pouvant être « *prescrites* »⁷⁷⁰ par le juge. La première de ces mesures est la médiation. Ainsi, « *le juge [prescripteur] peut notamment : 1°) proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder ; 2°) Enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation ; [...]* »⁷⁷¹.

⁷⁶⁸ Voy. les art. 251 et s. CCiv.

⁷⁶⁹ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, *préc.*

⁷⁷⁰ L'évocation de la « prescription » n'est pas sans rappeler une terminologie médicale laissant penser que la médiation puisse être un remède au litige, l'expression d'une justice douce.

⁷⁷¹ Le juge aux affaires familiales peut encore : « 3°) *Statuer sur les modalités de la résidence séparée des époux ; 4°) Attribuer à l'un d'eux la jouissance du logement et du mobilier du ménage ou partager entre eux cette jouissance, en précisant son caractère gratuit ou non et, le cas échéant, en constatant l'accord des époux sur le montant d'une indemnité d'occupation ; 5°) Ordonner la remise des vêtements et objets personnels ; 6°) Fixer la pension alimentaire et la provision pour frais d'instance que l'un des époux devra verser à son conjoint, désigner*

Le législateur prévoit ainsi deux modalités au déclenchement de la médiation *judiciaire* en matière de divorce. Soit une simple proposition de médiation – une invitation – que le juge formule aux époux, à charge pour lui de recueillir leur commun accord pour pouvoir ensuite désigner un médiateur familial. Soit il enjoint les parties, c'est-à-dire qu'il les oblige, à rencontrer un médiateur familial lequel à l'obligation d'informer les parties sur le processus de médiation. Dans ce dernier cas, le législateur reconnaît au juge la possibilité d'imposer une *obligation aux parties de rencontrer le médiateur lequel est tenu d'une obligation d'information sur la résolution amiable des différends*. Il s'agit d'une convocation obligatoire devant le tiers missionné à la résolution amiable et non d'une obligation de tenter obligatoirement la résolution amiable du différend.

445. En matière d'autorité parentale. L'article 21 du Code de procédure civile également décliné à l'article 373-2-10 alinéa premier du Code civil dispose, en dehors des règles applicables au divorce, qu'« *en cas de désaccord [sur l'autorité parentale], le juge s'efforce de concilier les parties* ». Le principe d'une conciliation directement menée par le juge et laissée à la discrétion de ce dernier est donc posé.

Mais au-delà, et comme en matière de divorce, le législateur prévoit deux modalités de prescription de la médiation par le juge. La médiation apparaît alors comme une forme de délégation de sa mission de conciliation à un tiers. Ainsi, l'alinéa second du texte dispose qu'« *à l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder* ». Cet alinéa fait donc écho au 1° de l'article 255 du Code civil relatif aux mesures provisoires en matière de divorce. Toujours en résonnance, cette fois-ci au 2° de l'article 255 du Code civil, le législateur prévoit à l'alinéa troisième de l'article 373-2-10⁷⁷², non plus une simple proposition de médiation formulée par le juge aux parties, mais une obligation que celui-ci peut mettre à la charge des parties. En effet, le texte prévoit *in fine* qu'« [le juge] *peut leur enjoindre, sauf si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure* ». Ainsi, tout comme en matière de

celui ou ceux des époux qui devront assurer le règlement provisoire de tout ou partie des dettes ; 7°) Accorder à l'un des époux des provisions à valoir sur ses droits dans la liquidation du régime matrimonial si la situation le rend nécessaire ; 8°) Statuer sur l'attribution de la jouissance ou de la gestion des biens communs ou indivis autres que ceux visés au 4°, sous réserve des droits de chacun des époux dans la liquidation du régime matrimonial ; 9°) Désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux ; 10°) Désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager ».

⁷⁷² Tel que réformé par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc.

mesures provisoires prises dans le cadre des divorces contentieux, le législateur reconnaît au juge, la possibilité d'imposer aux parties l'obligation de rencontrer un médiateur et donc l'obligation de recevoir une information sur la démarche amiable qui peut être entreprise avec l'aide de ce tiers afin d'aménager l'exercice de l'autorité parentale.

446. La généralisation de la convocation devant le médiateur. La réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle renforce l'émergence de l'obligation légale de convocation des parties devant le médiateur en matière d'autorité parentale. En effet, l'article 7 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 prévoit « *à titre expérimental* » et pour une durée de trois ans « *dans les tribunaux de grande instance* » une dérogation à l'article 373-2-13 du Code civil. Au visa de cet article du Code civil, les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, ainsi que les stipulations contenues dans la convention homologuée peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande du ou des parents ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers parent ou non. Dans ce cadre, les réformateurs ont prévu que « *la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation familiale* ». Et les réformateurs sont allés plus loin encore en prévoyant en cas de non-respect de cette exigence une sanction. Il est en effet précisé que si le ou les parents n'ont pas, avant sa saisine procéder à une tentative de médiation familiale, le juge peut opposer l'irrecevabilité de la demande des parents en matière d'autorité. Une irrecevabilité qu'il peut, au surplus, relever d'office.

447. En conclusion, nous constatons que le législateur tend à reconnaître au juge aux affaires familiales un pouvoir de faire peser sur les parties au différend, l'obligation de rencontrer un médiateur. Une convocation devant le tiers missionné qu'il a renforcée en prévoyant, à l'article 1071 du Code de procédure civile, que « *la décision enjoignant aux parties de rencontrer un médiateur familial en application des articles 255 et 373-2-10 du Code civil n'est pas susceptible de recours* ». Néanmoins, il ne s'agit en aucun cas d'obliger les parties à conclure un accord amiable, mais simplement de les obliger à rencontrer un tiers afin qu'il les informe sur la démarche amiable. Un tiers en mesure de les assister dès lors qu'elles consentent à la mise en œuvre de la procédure de médiation. Ces convocations demeurent une invitation à la résolution amiable des différends.

B. La convocation à la conciliation en matière prud'homale

448. Une obligation légale de conciliation pour le juge prud'homal. En droit du travail – comme pour tout juge par application du principe directeur du procès prévu à l'article 21 du Code de procédure civile⁷⁷³ – la mission de la juridiction prud'homale est de rechercher la conciliation des parties. Le législateur est allé plus loin en soumettant – sauf dérogations – d'une part, au visa de l'article L.1411-1 du Code du travail, la procédure au fond à une première phase imposée, obligatoire, de conciliation devant le bureau de conciliation et d'orientation, et, d'autre part, en permettant une conciliation postérieure, tant devant le ou les conseillers rapporteurs, que devant le bureau de jugement.

449. L'absence d'une reconnaissance légale du pouvoir judiciaire d'enjoindre aux parties de rencontrer un tiers missionné à la résolution amiable des différends. Nous avons en effet constaté que le Code du travail ne comporte pas de dispositions spécifiques – ni législatives, ni réglementaires – relatives à la médiation *judiciaire* susceptible d'être proposée ou imposée aux parties par le juge dans le cadre des conflits individuels du travail. Cela étant, au titre du droit commun procédural de la résolution amiable des différends, si le législateur au visa de l'article 22-1 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, exclut la possibilité pour le juge aux affaires familiales de désigner un médiateur afin de procéder à la tentative de conciliation obligatoire en matière de divorce et séparation de corps, pareille possibilité est admise au second alinéa du texte « *dans les autres cas de tentative préalable de conciliation prescrite par la loi* ». En conséquence, est-il possible, au regard de ce texte que le juge prud'homal, puisse « *s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un médiateur qu'il désigne* ». En pratique, la tentative de conciliation obligatoire en matière prud'homale est mise en œuvre par le bureau de conciliation et d'orientation du Conseil des prud'hommes. Seuls les juges, en cours d'instance, convaincus de l'intérêt de la résolution amiable des différends peuvent, de leur propre initiative obliger les parties à rencontrer un tiers missionné afin d'être informées sur le processus de médiation. Une information de nature à favoriser le déclenchement d'une négociation amiable de la solution aux différends des parties, dans la mesure où celles-ci consentent, devant le tiers missionné, à la mise en œuvre de la médiation.

§2. En matière de droits spéciaux de la résolution amiable *extrajudiciaire*

⁷⁷³ Au regard du principe posé à l'art. 21 CPC s'appliquant à toutes les juridictions.

450. Illustrations. Il ressort du constat de la multiplication des conciliations ou médiations *extrajudiciaires* spéciales – que de manière très spécifique, en droit du travail **(A)** et en matière de baux **(B)** – le législateur, avant même d’envisager la résolution amiable au stade de la saisine du juge compétent, est allé plus loin en imposant aux parties à un différend l’obligation de saisir des institutions de résolution amiable des différends.

A. La saisine obligatoire et *extrajudiciaire* d’institutions aux fins de résolution amiable des différends en droit du travail

451. Des invitations à la tentative de résolution amiable préalables à une procédure judiciaire. Des tentatives de conciliation ou médiation visant la recherche de solutions consensuelles à un conflit individuel du travail, sont imposées par des dispositions réglementaires comme préalables à une procédure judiciaire, en dehors de toute présence ou initiative du juge. Elles peuvent donc être qualifiées de tentatives de conciliation ou médiation *extrajudiciaires*. Elles concernent – nous l’avons constaté et pour l’heure – deux catégories de salariés : les notaires **(1)** et les marins **(2)** – et se déroulent devant un professionnel prédéterminé relevant du secteur d’activité concerné.

- 1) L’obligation légale imposée à l’employeur et au notaire salarié

452. La saisine obligatoire du président de la chambre des notaires préalablement à la saisine du conseil des prud’hommes. Nous avons relevé qu’il a été prévu dans le cadre du décret n° 93-82 du 15 janvier 1993 *relatif aux notaires salariés*⁷⁷⁴, au sein de son chapitre IV relatifs aux « *litiges nés à l’occasion de l’exécution d’un contrat de travail* », pour ce qui concerne le notaire salarié, que le président de la chambre des notaires « *est saisi en qualité de médiateur de tout litige né à l’occasion de l’exécution du contrat de travail* »⁷⁷⁵. Cette saisine s’opère dans la sphère *extrajudiciaire*, et constitue un véritable préalable à la saisine du juge prud’homale. C’est dire que ce n’est qu’en cas d’échec de la tentative de résolution amiable que les parties peuvent saisir le juge compétent du litige. Il s’agit en d’autres termes d’une invitation à résoudre à l’amiable le différend né à l’occasion de l’exécution du contrat de travail du notaire.

⁷⁷⁴ Décr. n° 93-82, 15 janv. 1993 *relatif aux notaires salariés, préc.*

⁷⁷⁵ Voy. les art. 14 à 16 du Décr. n° 93-82, 15 janv. 1993, *préc.*

453. La saisine obligatoire d'une commission de résolution amiable *extrajudiciaire* spéciale. Nous avons également constaté que le décret prévoit également une procédure de saisine obligatoire pour « *avis d'une commission instituée par le Garde des Sceaux, ministre de la Justice, dans le ressort d'une ou plusieurs cours d'appel* » en cas de « *licenciement envisagé par le titulaire de l'office* »⁷⁷⁶ et donc, dans ce dernier cas, préalablement à tout éventuel licenciement. Nous rappelons que la jurisprudence a entendu soumettre au processus de médiation uniquement les litiges susceptibles de se rattacher à « l'exécution », strictement entendue du contrat de travail, et donc à l'exclusion de la résiliation de celui-ci et spécialement par voie de licenciement. Quoiqu'il en soit, le législateur a imposé l'obligation légale pour l'employeur et le notaire salarié de saisir, selon, le président de la chambre des notaires ou la commission spécialement instituée et, en conséquence l'obligation légale de rencontrer ces tiers institués à la résolution amiable des différends. Cette obligation donne pleine effectivité à l'invitation de tenter de conclure un accord amiable.

2) L'obligation légale imposée à l'employeur et au marin

454. L'obligation légale de saisine d'une autorité compétente de l'état aux fins de tentative de conciliation. Pour rappel, l'article L. 5542-48 alinéa premier du Code des transports, tel que modifié par la loi n° 2016-816 du 20 juin 2016 *pour l'économie bleue*⁷⁷⁷ dispose que « *tout différend qui peut s'élever à l'occasion de la formation, de l'exécution ou de la rupture d'un contrat de travail entre l'employeur et le marin est porté devant le juge judiciaire* », et ajoute, « *sauf en ce qui concerne le capitaine, cette instance est précédée d'une tentative de conciliation devant l'autorité compétente de l'État* ». Bien que particulièrement flou, ce texte prévoit légalement une tentative obligatoire de conciliation préalable à l'instance judiciaire pour tout différend s'élevant à l'occasion de la formation, de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail du marin. Cette obligation légale consiste à imposer à l'employeur et au marin de rencontrer l'autorité compétente instituée afin de permettre le déclenchement de la tentative de résolution amiable dans le cadre de la rupture du contrat du marin. Tant que cette résolution amiable n'a pas été tentée devant le tiers compétent, le juge des prud'hommes peut déclarer toute demande aux fins de jugement irrecevable. Ce n'est qu'en cas d'échec de la conciliation que le juge judiciaire sera à même de trancher le litige.

⁷⁷⁶ Voy. les art.19 à 20 du Décr. n° 93-82, 15 janv. 1993, *préc.*

⁷⁷⁷ Loi n° 2016-816 du 20 juin 2016 *pour l'économie bleue, préc..*

B. La saisine obligatoire et *extrajudiciaire* d'institutions aux fins de résolution amiable des différends en matière de baux

455. L'obligation légale de saisine de la Commission départementale de conciliation en matière de baux d'habitation. La saisine de ces Commissions par le bailleur ou le(s) locataire(s) et dans certains cas par une association représentative de locataires est obligatoire, en matière de baux d'habitation, pour les litiges relatifs à la fixation des loyers survenus dans le cadre du bail originaire, d'un renouvellement ou d'une révision de loyer⁷⁷⁸, mais également pour les litiges s'élevant à l'occasion de la fixation des loyers relatifs à des baux portant sur certaines catégories d'habitation⁷⁷⁹. Bailleur et locataire(s) ont donc l'obligation de saisir la Commission ayant en charge la mise en oeuvre de la résolution amiable du différend par conciliation. Néanmoins, nous avons constaté qu'en matière de baux commerciaux, l'absence d'obligation légale de saisine de la Commission départementale de conciliation. C'est dire que dans ces cas, une invitation est imposée aux parties afin que la Commission spécialement puisse pourvoir au déclenchement de la tentative de résolution amiables des différends. Afin de permettre ce déclenchement, l'obligation d'information sur la résolution amiable pèse alors sur l'institution de résolution amiable.

456. Conclusion de la Sous-Section II. Dans des domaines particuliers du droit et de manière ponctuelle, le législateur fait obligation aux parties au différend de rencontrer un tiers missionné à la résolution amiable des différends, notamment par le biais d'audiences en présence du juge ou de saisines d'institutions prévues à cet effet.

Le développement de conciliations dans le cadre *judiciaire* devant certains juges – juge aux affaires familiales ou juge des prud'hommes – a pu laisser penser que la conciliation est obligatoire dans certains domaines. Or, le législateur n'a entendu d'un point de vue procédural, qu'organiser des audiences obligatoires de conciliation, c'est-à-dire une convocation obligatoire des parties devant le juge afin que celui-ci tente de rapprocher les parties et d'accomplir la mission qui lui est dévolue, au titre de l'article 21 du Code de procédure civile. Il ne s'agit aucunement d'obliger les parties à mettre en oeuvre la procédure de résolution amiable et à conclure un accord. En ce sens, il s'agit d'invitations renforcées à recevoir une information sur l'objet et le déroulement de la résolution amiable. En pratique, il s'avère que ces convocations ou audiences obligatoires devant le juge ne remportent pas de franc succès.

⁷⁷⁸ Voy. les art. 17, 17-1, 17-2 et 18 de la loi n° 89-462 du 6 juill. 1989, *préc.*

⁷⁷⁹ Voy. les art. 20 de la loi n° 89-462 du 6 juill. 1989, *préc.*

En réalité, le magistrat doit être formé à la résolution amiable des différends et pouvoir bénéficier du temps nécessaire pour la mise en œuvre de la tentative de la résolution amiable entre les parties amenées à discuter et négocier la solution de leur différend. En revanche, lorsque le juge use de son pouvoir légalement reconnu d'enjoindre, c'est-à-dire d'obliger les parties à rencontrer un médiateur, et qu'il peut ainsi déléguer sa mission de conciliation à un tiers missionné, les chances d'aboutir à une résolution amiable augmentent.

Dans le cadre *extrajudiciaire*, le législateur a également organisé le recours obligatoire à certaines commissions, comme en matière de baux, ou institutions professionnelles, telles que le président de la chambre des notaires, qui œuvrent, en quelque sorte, comme des juridictions de l'amiable, si tant est que, ne tranchant pas le litige, elles favorisent le rapprochement des parties et, en conséquence la formation et la conclusion d'accords amiables.

Dans tous les cas, ces invitations qui se renforcent par des obligations légales ne consistent qu'à imposer aux parties au différend une rencontre avec le tiers missionné : l'obligation légale pour les parties de rencontrer le juge dans son office de conciliateur lors d'une audience spéciale ou, dans le cadre extrajudiciaire, l'obligation pour les parties de saisir préalablement au juge compétent du litige, des commissions ou institutions de la résolution amiable des différends. Conciliation ou médiation « obligatoire » ne signifie pas qu'il est fait obligation aux parties, dès lors que le tiers à la résolution amiable du différend est saisi, de consentir à la conclusion d'un accord amiable, ni même de consentir à la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend, c'est-à-dire à la négociation de la solution du différend et à la formation de l'accord amiable. Il ne s'agit que d'invitations, permettant de renforcer les chances de déclenchement de la tentative de résolution amiable du différend.

457. Conclusion de la section II relative aux invitations à la résolution amiable adressées aux parties par le législateur et le juge. Il ressort de l'examen du droit commun et des droits spéciaux de la résolution amiable *judiciaire* et *extrajudiciaire* des différends, que par principe, le législateur laisse l'initiative du déclenchement de la tentative de résolution amiable – dans le prolongement du caractère volontaire des processus – aux parties au différend et au juge. Le rôle de ce dernier est essentiel afin de prendre le relais de la politique législative de développement de la résolution amiable des différends.

Nous comprenons toutefois que l'exercice de cette liberté des parties dans le déclenchement de la tentative de résolution amiable s'oppose aux contraintes pratiques des situations générées par les conflits. En effet, au moment de la survenance du différend, l'opposition des volontés est la plus vive, de sorte qu'il paraît difficile que les litigants

s'entendent afin de déclencher volontairement une tentative de résolution amiable des différends, conciliation, médiation ou autre forme de négociation plus directe de la solution du différend. En revanche, le rôle du juge saisi du litige des parties s'avère déterminant afin de permettre le déclenchement d'une procédure de résolution amiable du différend laquelle peut permettre une tentative de conclusion d'un accord amiable entre les parties dans le cadre *judiciaire*, avant qu'il ne soit contraint de leur imposer une solution. Ainsi, de manière tout à fait pertinente, poursuivant une politique de développement des processus de résolution amiable des différends, le législateur tend à mettre en place des leviers permettant le déclenchement des procédures de résolution amiable. D'un point de vue procédural, il s'agit d'invitations prenant la forme de convocations des parties au différend, soit devant le juge aux fins de conciliation, soit devant un tiers (médiateur ou conciliateur) ou une commission (de médiation ou de conciliation) missionnés plus officiellement institués, afin de rendre possible le déclenchement effectif de la tentative de résolution amiable. Celui-ci n'est possible que par l'exécution de l'obligation d'information relative à la résolution amiable des différends mise à la charge du tiers missionné à l'égard des parties. Une information portant sur l'objet et le déroulement du processus de résolution amiable choisi. Cette obligation légale à la médiation, à la conciliation, ou plus largement à la résolution amiable est donc toute relative, puisqu'il ne s'agit pas d'obliger les parties à négocier la solution du différend ou les conséquences d'un événement et à conclure l'accord amiable.

Dans le cadre *judiciaire*, cette obligation légale prend la forme d'une audience obligatoire de conciliation préalable à l'instance contentieuse, comme l'illustrent l'inclusion des processus de résolution amiable des différends dans les domaines du droit de la famille et du droit du travail. Le législateur reconnaît en outre un pouvoir au juge, celui d'enjoindre – c'est-à-dire d'obliger les parties – à rencontrer un tiers missionné à la résolution amiable des différends afin d'être informées par ce dernier en cours d'instance. Le juge n'a alors pas à recueillir l'accord des parties pour que celles-ci s'entendent pour rencontrer le tiers missionné. Elles recevront obligatoirement une information sur l'objet et le déroulement de la résolution amiable sans être toutefois obligées de mettre en œuvre le processus ou de conclure l'accord amiable. Il conviendra donc de s'interroger précisément sur cette obligation d'information à la charge du tiers missionné.

Dans le cadre *extrajudiciaire*, le législateur impose le recours à des institutions de résolution amiables des différends – Commissions de conciliation ou de médiation – avant même la saisine du juge compétent, et ce dans des domaines pourtant marqués par un ordre public de protection prégnant. Par ailleurs, le législateur incite de plus en plus les parties – qui

de fait ne peuvent se voir imposer par le juge une obligation de rencontrer le tiers missionné afin d'être informées sur l'objet et le déroulement du processus de résolution amiable – à faire preuve d'une démarche amiable. C'est précisément l'objet de l'article 127 du Code de procédure civile prévoyant que les parties doivent justifier auprès du juge des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur différend préalablement à sa saisine et qu'à défaut le juge peut proposer une conciliation ou une médiation. Cependant, cette disposition ne prévoit aucune sanction relative au défaut de justification des diligences entreprises. L'idée d'une sanction a pu être avancée avec la proposition de modification de l'article 4 de la loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXIème siècle dans le cadre du Projet de loi de programmation 2019-2022 et de réforme de la justice adopté en première lecture par le Sénat le 23 octobre 2018, lequel a rejeté cette proposition⁷⁸⁰. Il était ainsi prévu, dans le cas d'une demande faite au juge tendant au paiement d'une somme n'excédant pas un certain montant ou relative à conflit de voisinage, une obligation – sanctionnée par l'irrecevabilité pouvant être prononcée d'office par le juge – de tenter préalablement une procédure de résolution amiable des différends : une conciliation menée par un conciliateur de justice, une tentative de médiation ou de procédure participative⁷⁸¹. Le rapport du 3 octobre 2018 présente les problèmes soulevés par cette proposition, supprimée en première lecture du Sénat⁷⁸². Cette proposition étend le champ de l'obligation de tentative de règlement amiable des litiges préalable à la saisine du juge, en diversifiant les recours aux procédures de résolution amiable alors que l'actuel article 4 de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle vise seulement la conciliation par un conciliateur de justice tout en prévoyant une dispense lorsque les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige. Les rapporteurs précisent que le champ d'application du dispositif prévu par cette proposition est imprécis et surtout, relèvent une absence d'évaluation de la capacité des conciliateurs de justice à absorber une telle extension.

Afin d'illustrer encore notre propos relatif à l'affirmation d'une obligation légale de recevoir une information sur la résolution amiable des différends imposée aux parties au différend, il convient de relever que dans le domaine du droit de la consommation, la Cour de justice de l'Union européenne s'est récemment prononcée sur les processus de résolution

⁷⁸⁰ Voy. texte du projet de loi de programmation 2019-2022, art. 2.

⁷⁸¹ Cette proposition, pour rappel, prévoyait des exceptions tenant : à ce qu'un accord amiable soit déjà trouvé entre les parties et que le cas où la saisine du juge ne tend qu'à en demander l'homologation ; à ce que l'exercice d'un recours préalable est imposé de l'auteur de la décision ; à ce qu'un motif légitime interdise le recours à l'un des modes de résolution amiable des différends.

⁷⁸² Rapport n° 11 (2018-2019) de Messieurs François-Naël Buffet et Yves Détraigne, fait au nom de la Commission des lois déposé le 3 oct. 2018 ; www.senat.fr.

amiable dits « obligatoires ». La Cour de justice ne s'oppose pas à ce que le droit national d'un État membre prévoit une procédure de médiation, dite obligatoire et préalable à tout recours juridictionnel, pour les litiges impliquant consommateurs et professionnels⁷⁸³. Cette prise de position favorable à la médiation dite « obligatoire » et préalable à la saisine du juge se justifie par le fait que ce n'est pas la médiation, c'est-à-dire la mise en œuvre de la procédure de résolution amiable du différend qui est rendue obligatoire. Toutes les procédures de résolution amiable des différends légalement instituées – médiation, conciliation, procédure participative – aboutissant en cas de succès à la conclusion d'un accord amiable, chaque procédure est soumise au principe de liberté contractuelle. En conséquence, on ne peut contraindre les parties à conclure un accord amiable. Le respect de la liberté contractuelle de laquelle découle la liberté de ne pas conclure le contrat exclut la médiation ou la conciliation obligatoires au sens de l'obligation de conclure l'accord amiable venant cristalliser la solution du différend des

⁷⁸³ CJUE, 14 juin 2017, *Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli*, n° C-75/16 : Deux ressortissants italiens ont saisi le tribunal de Vérone, en Italie, contre une injonction de payer adressée par leur banque. La juridiction italienne a relevé qu'en application du droit italien, un tel recours n'est pas recevable sans une procédure de médiation extrajudiciaire préalable, même si les requérants agissent en tant que consommateurs, impliquant l'assistance d'un avocat et interdisant à ces derniers de se retirer de la médiation sans un juste motif. Par question préjudicielle, les juges italiens ont demandé à la Cour de justice de l'Union européenne d'interpréter la directive du 21 mai 2013 sur les litiges des consommateurs. Par décision du 14 juin 2017, la Cour répond qu'une réglementation rendant obligatoire le recours à procédure de règlement extrajudiciaire préalablement à la saisine d'un organe juridictionnel, telle que la médiation, n'est pas incompatible avec la directive précitée. Par ailleurs, le caractère obligatoire ou facultatif de la procédure de médiation importe moins que la préservation que la préservation du droit d'accès au juge. Le droit d'accès au juge est en effet un droit fondamental fondé sur l'article 47 par la Charte des droits fondamentaux et protégé en tant que principe général du droit de l'Union par l'article 6§1 de la CEDH et expressément rappelé par la directive. La Cour de justice va ainsi se prononcer sur la compatibilité de la législation italienne au regard du droit de l'Union. La Cour examine, tout d'abord, la portée des obligations figurant dans la directive n° 2013/11/UE du 21 mai 2013. Le texte, pour rappel indique que le recours à une procédure de règlement extrajudiciaire des litiges est possible si trois conditions cumulatives sont réunies. Il convient, en premier lieu, que la procédure soit introduite par un consommateur contre un professionnel au sujet des obligations découlant d'un contrat de vente ou de service. En second lieu, la procédure de résolution amiable *extrajudiciaire* des différends doit répondre aux exigences d'impartialité, d'indépendance, de transparence et être efficace, rapide et équitable. Enfin, la procédure doit être confiée à une entité durablement établie. Cependant ces conditions ne sont pas suffisantes, dès lors que la procédure n'est plus facultative, mais obligatoire. En effet, dans l'hypothèse où la procédure est obligatoire, avant tout recours juridictionnel, d'autres garanties doivent être apportées pour sauvegarder les intérêts du justiciable au regard du droit d'accès à la justice. Ces conditions sont nombreuses puisque la Cour de justice en identifie au moins six que le juge national devra vérifier. Ainsi l'exigence d'une procédure de médiation comme condition de recevabilité d'un recours juridictionnel peut s'avérer compatible avec le principe de protection juridictionnelle effective, « lorsque cette procédure n'aboutit pas à une décision contraignante pour les parties, n'entraîne pas de retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel, suspend la prescription des droits concernés et ne génère pas de frais, ou des frais peu importants, pour les parties ». De plus, la voie électronique ne doit pas constituer l'unique moyen d'accès à la procédure de conciliation. Enfin, il doit être possible de demander et d'obtenir des mesures provisoires dans les cas exceptionnels où l'urgence de la situation l'impose. Dès lors, la Cour de justice de l'union européenne encadre strictement l'instauration d'une procédure de médiation qui conditionne la recevabilité du recours juridictionnel. Nous pouvons affirmer que ce caractère obligatoire du processus de médiation est tout à fait relatif, puisqu'il ne s'agit en réalité que d'une obligation de saisir et rencontrer le médiateur compétent afin que les parties soient informées du processus de résolution amiable, sans être obligées de mettre effectivement le processus en œuvre. En cas, d'échec du processus de médiation, au stade même de la simple saisine et information par le médiateur, les parties doivent être en mesure de pouvoir avoir recours au juge compétent.

parties. La liberté contractuelle guide la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable des différends, quels que soient la procédure choisie et le domaine dans lequel le recours est déclenché. Dès lors que le législateur national prévoit une obligation à la résolution amiable des différends, par exemple une obligation à la médiation ou une obligation à la conciliation s'imposant aux parties, il s'agit de faire peser à la charge des parties l'obligation de rencontrer un tiers missionné à la résolution amiable de leur différend. Cette obligation génère réciproquement une obligation à la charge du tiers missionné : l'obligation d'informer les parties sur la tentative de résolution amiable du différend. Il ne s'agit en définitive que d'organiser et de renforcer l'invitation à la tentative de résolution amiable afin de favoriser un déclenchement effectif des processus.

Cette immixtion du législateur favorise le recours aux processus et, en conséquence, le déclenchement des tentatives de résolution amiable. Cette politique participe d'une anticipation dans la survenance de différend et d'une régulation des différends par l'orientation et le choix adapté de leur traitement. Dans cette même dynamique d'anticipation dans le cadre *extrajudiciaire*, en dehors des cas où le législateur a prévu des obligations légales d'information par saisine d'un tiers ayant mission de déclencher efficacement la tentative de résolution amiable, le relais peut être pris, nous l'avons constaté, par les parties qui, au sein du contrat qui les lie, peuvent prévoir la survenance de différends découlant de leur relation contractuelle et orienter leur traitement amiable.

* *

*

458. Conclusion du Chapitre I relatif au poids de la volonté des parties dans le déclenchement de la résolution amiable. Le déclenchement des processus de résolution amiable des différends permettant la négociation de la solution du différend et la formation de l'accord amiable est et peut être facilité. Les rôles du législateur, mais également du juge, sont déterminants.

Ce déclenchement est effectivement facilité par le législateur qui, de par sa politique favorable au développement de la résolution amiable des différends, anticipe le recours systématique au juge en instaurant à différents niveaux, une obligation légale mise à la charge des parties de rencontrer un tiers missionné à la résolution amiable. Cette obligation peut également peser, dans le cadre *judiciaire*, sur le juge qui voit alors sa mission naturelle de conciliation – prévue à l'article 21 du Code de procédure civile – renforcée par l'obligation de

tenter de concilier les parties avant de rendre tout jugement sur le fond du litige. Le législateur attribue également au juge, de manière ponctuelle, le pouvoir d'obliger les parties à rencontrer un tiers missionné à la mise en œuvre du processus de résolution amiable des différends. De fait, le rôle du juge devient déterminant afin de favoriser un temps pour une tentative de résolution amiable des différends nécessitant une information éclairée sur l'objet et le déroulement des processus et procédure. Mais d'un point de vue très pratique, cela implique d'organiser une orientation du traitement des dossiers. Le rôle du juge de la mise en état apparaît en ce sens essentiel. De même, qu'il sera sans doute nécessaire à court terme, que des espaces soient spécialement dédiés à la rencontre avec le conciliateur ou le médiateur au sein même des tribunaux et qu'une liste des avocats compétents en matière de procédure participative soit établie. Cela faciliterait la généralisation de la mise en œuvre de l'obligation pour les parties à un différend de rencontrer un tiers missionné à la résolution amiable des différends – conciliateur, médiateur, avocats collaboratifs – et que ces derniers puissent, dans un espace dédié et pour des dossiers sélectionnés présentant un intérêt à ce que les parties trouvent un accord amiable exécuter leur obligation professionnelle d'information sur l'objet et le déroulement de la procédure de résolution amiable choisie. Nous avons constaté à cet égard que pareille organisation existe dans d'autres pays du monde, à l'instar de ce que nous avons pu observer au Québec.

Par ailleurs, le droit commun procédural de la résolution amiable *judiciaire* et *extrajudiciaire* des différends sécurise le recours aux processus et procédures de résolution amiable. De sorte que, les parties, et plus particulièrement les rédacteurs d'actes, informés des avantages de la résolution amiable des différends soucieux du maintien de la relation contractuelle, anticipent la survenance des différends contractuels en prévoyant l'obligation conventionnelle de désigner le tiers missionné avant toute saisine du juge étatique.

Bien qu'un raccourci soit, nous le comprenons, opéré en parlant de « conciliation obligatoire » ou de « médiation obligatoire », les obligations conventionnelles et légales à la résolution amiable des différends se traduisent, de manière unitaire par l'obligation de rencontrer, saisir ou désigner le tiers missionné à la résolution amiable des différends, qu'il s'agisse du juge, d'une commission *extrajudiciaire*, d'une centre de médiation ou de toute personne désignée à cette fin dans le cadre de une *clause de résolution amiable des différends* insérée dans un contrat. Cette rencontre doit permettre au tiers missionné d'exécuter son obligation d'information sur l'objet et le déroulement de la procédure de résolution amiable. Qu'elles aient une source conventionnelle ou légale, ces obligations ne consistent aucunement à parvenir à la conclusion d'un accord amiable : elles demeurent des invitations. L'ambiguïté est

donc levée. D'un point de vue procédural, elles génèrent une convocation des parties devant le tiers missionné : le juge dans le cadre de certaines conciliations rendue obligatoire⁷⁸⁴, le conciliateur ou le médiateur, mais également les avocats dans le cadre de la procédure participative.

En conséquence, ces invitations conventionnelles et légales consistent en de véritables leviers au déclenchement de la tentative de résolution amiable des différends, dans le cadre d'une anticipation de leur survenance. Peu importe que cette tentative de résolution amiable soit envisagée par la mise en œuvre d'un processus de conciliation, de médiation, de procédure participative, qu'elle intervienne alors que le juge est saisi du litige, de manière *judiciaire* ou *extrajudiciaire*, en dehors de toute saisine du juge.

Il existe en conséquence une véritable unité d'objet des obligations conventionnelles et légales au déclenchement de la résolution amiable des différends, quel que soit le processus ou la procédure choisi(e). De manière générale, ces obligations permettent d'orienter le traitement des différends et favorise le droit au recours à la résolution amiable qui s'affirme progressivement comme un pendant du droit d'accès au juge, au demeurant garanti par la Convention européenne des droits de l'Homme. Plus précisément, leur objet porte une information sur le droit au recours à la résolution amiable de leur différend ou à l'aménagement amiable des conséquences liées à la survenance d'un événement. Une information à la charge des tiers missionnés, conciliateur, médiateur ou avocats, mais également à la charge du juge. Il paraît ainsi indispensable que la mauvaise exécution de la clause de résolution amiable du différend, au même titre que son inexécution, soient sanctionnées avec fermeté par la fin de non recevoir s'imposant au juge du fond du litige dans le prolongement de l'arrêt Saint-Valentin, fondateur du régime contractuel et procédural des *clauses de résolution amiable des différends*.

⁷⁸⁴ C'est donc l'audience, c'est-à-dire la convocation devant le juge qui est obligatoire, et non la mise en œuvre du processus de conciliation en lui-même.

Chapitre II – Le régime contractuel de la mise en œuvre de la résolution amiable des différends

459. Quelles sont les étapes contractuelles de la mise en œuvre procéduralisée de la résolution des différends permettant la formation d'un accord amiable ? Outre l'existence des leviers consistant en des obligations légales ou conventionnelles de rencontrer un tiers missionné et permettant son déclenchement, la mise en œuvre de la résolution amiable procéduralisée des différends implique plusieurs étapes contractuelles. La résolution amiable des différends suppose deux approches.

D'un point de vue procédural, la résolution amiable consiste en la mise en œuvre de divers processus ou procédures tendant au même objectif procédural : la résolution du différend. La résolution amiable est donc à la fois un objectif et les moyens d'y parvenir.

Si l'on se départit d'une approche procédurale de ces processus et procédures, et que nous adoptons une approche contractuelle, ceux-ci sous-tendent plusieurs étapes contractuelles. La résolution du différend est qualifiée d'« amiable » en raison du fait que le processus ou la procédure choisi(e) aboutit, dans sa phase finale, à la résolution du différend par l'*instrumentum* du contrat : l'accord amiable. Dès lors, ces processus et procédures permettent la mise en œuvre d'une tentative de négociation d'une solution au différend et de formation de l'accord amiable résolutif de ce différend. En d'autres termes, la formation de l'accord amiable est procéduralisée. Nous l'avons constaté dans nombre de domaines où le législateur se montre favorable à cette procéduralisation, en prévoyant des « recours » à des processus ou procédures permettant la formation d'accord amiable.

En examinant les obligations conventionnelles et légales spécifiques au déclenchement de la résolution amiable des différends par le processus choisi, il apparaît que ces obligations « de conciliation » ou « de médiation », de manière unitaire, consistent en une obligation de rencontrer le tiers missionné, et non en l'obligation de mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend. Ces obligations conventionnelles ou légales permettent uniquement d'anticiper la survenance du différend et d'en orienter le traitement à l'instar de l'ensemble des *clauses de règlement des différends*.

En réalité, peu importe que le déclenchement de la mise en œuvre de la résolution amiable soit favorisé ou non par des obligations légales ou conventionnelles. L'ensemble des processus et procédures de résolution amiable des différends nécessitent pour le déclenchement

de leur mise en œuvre non seulement le consentement des parties, mais également l'engagement du tiers missionné, conciliateur, médiateur ou avocats dans le cadre de la procédure participative. Ainsi est-il possible de parler de *processus ou procédures volontaires de résolution amiable des différends*.

460. Des processus ou procédures volontaires. Tout *mode alternatif de règlement des différends* (MARD) – conciliation, médiation, procédure participative, et arbitrage⁷⁸⁵ – nécessite pour sa mise en œuvre le consentement des parties. Ainsi, si d'aucuns parlent de *modes amiables de résolution des différends*⁷⁸⁶, il est réalité plus juste de les désigner comme des *processus ou procédures volontaires de résolution des différends*. L'ensemble des MARD faisant appel à un tiers, dont la mission certes varie, implique ainsi la conclusion d'une convention entre le tiers missionné et les parties.

En matière arbitrale, en l'absence de disposition légale relative à la relation contractuelle entre les parties et le tribunal arbitral – et ce malgré la réforme du droit de l'arbitrage intervenue par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011⁷⁸⁷ – la jurisprudence et la doctrine attestent de l'existence du « contrat d'arbitre » ou « acte de mission » définit comme « la convention par laquelle les parties désignent un arbitre et par laquelle celui-ci accepte la mission juridictionnelle qui lui est confiée »⁷⁸⁸. Une convention qui engage, en conséquence, à la fois les parties au différend et l'arbitre⁷⁸⁹.

Les processus et procédures de résolution amiable différend – conciliation, médiation et la procédure participative – se distinguent de l'arbitrage par leur objectif procédural contractualisé. S'ils partagent, d'un point de vue procédural, le même objectif – la résolution du différend – les *processus et procédures volontaires de résolution amiable des différends* s'en distinguent par une résolution contractualisée du différend. Ils ont néanmoins avec l'arbitrage, en ce qui concerne leur déclenchement, un point commun. Celui d'être volontaires. Ils sont en effet fondés, pour le déclenchement de leur mise en œuvre au jour de la survenance du

⁷⁸⁵ Et ce, même si ce dernier aboutit à une solution tranchée par l'arbitre et cristallisée par jugement privé, une sentence arbitrale, et non une solution conventionnelle consacrée par un accord amiable.

⁷⁸⁶ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, 2017-2018, *op. cit.* : ce guide ne vise toutefois pas l'arbitrage. Or l'arbitrage apparaît comme un mode, ou plus sérieusement, une procédure volontaire de résolution contentieuse privée du différend, alors que conciliation, médiation et procédure participative sont des processus et procédures volontaires de résolution amiable des différends.

⁷⁸⁷ Décr. n° 2011-48 du 13 janv. 2011 *portant réforme de l'arbitrage, préc.*

⁷⁸⁸ Th. Clay, *Le nouveau droit de l'arbitrage*, éd. Lextenso, 2011, spéc. p. 89.

⁷⁸⁹ Th. Clay, *L'arbitre*, th., Dalloz, 2001 : d'une part, la mission de l'arbitre est celle d'un juge, mais d'autre part, elle ne peut découler que d'un contrat, voire d'un ensemble de contrats. L'auteur développe le régime du « contrat d'arbitre ». La notion n'est pas couramment reçue, car, pour désigner les liens qui unissent l'arbitre aux parties, on a souvent préféré parler de contrat d'investiture ou de contrat d'arbitrage.

différend, sur une manifestation de volonté commune des parties de s'engager dans la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend. Dès lors, les *procédures volontaires de résolution amiable des différends* supposent dans leur ensemble, pour le déclenchement de leur mise en œuvre, la conclusion d'une convention liant les parties au différend et le tiers missionné – conciliateur, médiateur, avocats dans le cadre de la procédure participative – s'engageant à les accompagner et les assister, à des degrés divers, selon le processus choisi.

Il convient ainsi d'examiner l'unité de régime contractuel du déclenchement de la résolution amiable des différends (**Section I**). Une unité de régime contractuel, qui sous couvert d'une diversité de *processus et procédures de résolution amiable des différends* – conciliation, médiation, procédure participative ou encore droit collaboratif – s'étend à la mise en œuvre, c'est-à-dire au déroulement de ces processus ou procédures. Celui-ci consiste d'un point de vue contractuel, en la négociation du différend et la rencontre d'offre et d'acceptation de solution au différend consacrant la conclusion de l'accord amiable (**Section II**).

Section I – L'unité de régime contractuel du *déclenchement* de la résolution amiable des différends

461. Des conventions encadrant la mise en œuvre de la résolution amiable des différends. À l'instar de l'arbitrage, l'ensemble des *processus ou procédures de résolution amiable des différends* nécessitent, pour le déclenchement de leur mise en œuvre, la conclusion d'une convention entre les parties au différend et le tiers missionné, conciliateur, médiateur ou avocats dans le cadre de la procédure participative ou du droit collaboratif. Conciliation et médiation – *judiciaires* ou *extrajudiciaires* – mais également procédure participative tendent à une résolution, non pas contentieuse, mais « amiable », c'est-à-dire à la consécration d'une solution au différend par un accord des parties : l'accord amiable. Nous pouvons ainsi affirmer que ces procédures consistent, d'un point de vue contractuel, en des *procédures de formation de l'accord amiable*, c'est-à-dire de négociation de la solution au différend et d'une rencontre des volontés permettant la conclusion du contrat résolutif du différend. Il est dès lors possible de qualifier les conventions encadrant la mise en œuvre de la résolution amiable des différends, de *conventions préparatoires à l'accord amiable*.

L'existence de cette catégorie de conventions doit être relevée comme permettant de manière unitaire d'organiser la mise en œuvre des processus ou procédure de résolution amiable (**Sous-Section I**). Si ces conventions doivent être soigneusement distinguées de l'accord amiable – objectif des processus ou procédures de résolution amiable des différends –

elles permettent, au titre de leurs conditions de validité, la réunion de certaines conditions nécessaires à l'accord amiable et donc favorables à sa conclusion (**Sous-Section II**).

Sous-Section I – Une catégorie de conventions préparatoires à l'accord amiable

462. Une convention référente : la convention de procédure participative. Le législateur a reconnu l'existence d'une convention permettant la mise en œuvre d'un processus de résolution amiable des différends : la convention permettant le déclenchement et organisant la mise en œuvre de la procédure participative (§1). Il est néanmoins resté silencieux en ce qui concerne les conventions venant encadrer la mise en œuvre des processus de conciliation et de médiation (§2).

§1. La consécration légale de la convention de procédure participative

463. Un contrat spécial. Le législateur, à l'issue de l'adoption de la loi n° 201-1609 du 22 décembre 2010⁷⁹⁰, dite loi « *Béteille* » a codifié le régime de la convention de procédure participative aux articles 2062 et suivants du Code civil. Ces dispositions font suite aux dispositions relatives au régime « *des transactions* »⁷⁹¹ – prévu aux articles 2044 à 2052⁷⁹² – et de celles relatives à « *la convention d'arbitrage* »⁷⁹³, des articles 2059 à 2061 du Code.

464. Une définition légale. L'alinéa premier de l'article 2062 du Code civil – tel que modifié par la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle⁷⁹⁴ – définit la convention de procédure participative comme « *une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige*⁷⁹⁵. Cette convention vise donc, à encadrer la mise en

⁷⁹⁰ Loi n° 201-1609 du 22 déc. 2010 *relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées aux experts judiciaires, préc.*

⁷⁹¹ Titre quizième du Livre troisième du Code civil relatif aux *différentes manières dont on acquiert la propriété.*

⁷⁹² Voy. les anc. art. 2044 à 2058 C. civ., les art. 2053 à 2058 ayant été abrogés par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc.*

⁷⁹³ Anciennement dénommée « *compromis* » faisant l'objet du titre seizième du Livre troisième du Code civil.

⁷⁹⁴ L'art. 2062 a ainsi été modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc.*

⁷⁹⁵ L'ancienne formulation définissait la convention de procédure participative comme « *une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige* ». Une définition ouvrant le titre dix-septième consacré à *la convention de procédure participative* au sein du Titre troisième du Code civil et telle que modifiée par loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc.*

œuvre de la résolution amiable du différend par la procédure spécifique – dite « participative » – en faisant peser des obligations à la charge des parties au différend.

Cette définition peut néanmoins être critiquée car elle ne fait pas suffisamment apparaître l'engagement contractuel des avocats assistant les parties dans la résolution de leur différend. Il faut ainsi prendre lecture de l'article 2064 du Code civil, qui précise que « *toute personne, assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition, sous réserve des dispositions de l'article 2064* ». L'article 1544 du Code de procédure civile éclaire encore le propos, en prévoyant d'un point de vue procédural que « *les parties, assistées de leurs avocats œuvrent conjointement, dans les conditions fixées par la convention, à un accord mettant un terme au différend qui les oppose ou à la mise en état du litige* ».

465. Proposition. Ainsi aurions-nous souhaité que, dans le cadre des modifications apportées par la réforme de modernisation de justice du XXI^{ème} siècle, le législateur précise, à l'alinéa premier de l'article 2062 du Code civil, que la convention de procédure participative consiste en « *une convention par laquelle les parties à un différend assistées de leurs avocats respectifs s'engagent à œuvrer conjointement, de bonne foi et en toute confidentialité, à une tentative de résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige* ». La convention de procédure participative engage non seulement les parties au différend, mais également les avocats, lesquels bénéficient d'un monopole dans l'assistance des parties et garantissent le déroulement de la tentative de résolution amiable du différend par procédure participative⁷⁹⁶.

466. Le critère de distinction entre l'accord amiable et la convention de procédure participative : l'absence de solution au différend. La convention de procédure participative doit être soigneusement distinguée de l'accord amiable « *mettant un terme au différend* »⁷⁹⁷. Sauf à retenir une conception très large de l'accord amiable consistant à considérer tout contrat, toute rencontre de volonté des parties, comme un acte juridique empreint de paix et, en conséquence, à voir dans toute convention, y compris de procédure participative un accord

⁷⁹⁶ Un monopole de l'assistance a été conféré aux avocats par l'art. 4 al. 3 de la loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971, *préc.*, en ces termes : « *nul ne peut, s'il n'est avocat, assister une partie dans une procédure participative prévue par le Code civil* ». Comme il s'agit d'une assistance et non d'une postulation, tout avocat quel que soit son Barreau d'appartenance, peut assister une partie dans le cadre d'une procédure participative, puisqu'il n'existe pas de territorialité de l'assistance.

⁷⁹⁷ Voy. l'art. 1544 CPC, *préc.*

amiable, le véritable accord amiable est celui qui fixe, cristallise la solution du différend construite et acceptée par les parties. L'accord amiable, dans sa conception stricte, est la convention qui permet un rétablissement de la paix parce qu'il consacre la solution au différend retenue par les parties et présuppose, en principe, l'existence de celui-ci.

Pour sa part, la convention de procédure participative ne contient aucunement la solution du différend. Le but de cette convention étant d'encadrer et d'organiser, d'un point de vue procédural, la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend par l'assistance des avocats. D'un point de vue contractuel, son contenu doit fixer d'une part les obligations des parties qui « *s'engagent à œuvre conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige* », et d'autre part, les obligations des avocats bénéficiant de ce monopole d'assistance. Or, d'autres conventions partagent ce même but d'encadrement et d'organisation de la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend.

§2. La nécessaire reconnaissance des conventions de conciliation ou de médiation

467. Position du problème. Alors que la convention de procédure participative se trouve soumise à un régime spécialement prévu au Code civil, en sus de l'application du droit commun des contrats, les conventions de conciliation et de médiation sont – quant à elles – ignorées du législateur, et ce, de manière tout à fait étonnante dans le cadre de la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle⁷⁹⁸. En outre, elles font l'objet de très peu de développements doctrinaux⁷⁹⁹ et d'aucune jurisprudence. Cela tient principalement à deux raisons.

La première tient au fait qu'elles présentent souvent un caractère oral. La présence d'un tiers – conciliateur ou médiateur – compétent, diligent, neutre, impartial et indépendant semble en effet permettre cette souplesse de formalisme. Il paraît toutefois indispensable de procéder à leur identification et de favoriser leur reconnaissance, dans la mesure où elles prennent pour objet, d'un point de vue contractuel, la formation de l'accord amiable et influencent considérablement son contenu.

La seconde est relative à l'exécution de ces conventions lesquelles font rarement l'objet de difficultés. En effet, les processus de résolution amiable dont la mise en œuvre est organisée

⁷⁹⁸ Opérée, par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, préc.

⁷⁹⁹ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 212, n° 221.41.

par ces conventions peuvent librement et sans motif, être interrompus par les parties ou le tiers missionné. L'échec de la tentative de résolution amiable du différend aboutissant à la saisine du juge compétent. Néanmoins, certaines causes d'inexécution pourront soulever, nous le verrons des interrogations.

468. La recherche de définition de la convention de conciliation et de la convention de médiation. Nous avons constaté que les définitions des processus de conciliation et de médiation, bien que faisant l'objet de dispositions spécifiques tant dans le cadre *judiciaire* qu'*extrajudiciaire*, sont confondus. L'approche procédurale n'étant d'aucun secours, il convient d'examiner, ce qui d'un point de vue contractuel, distingue la conciliation de la médiation. Celles-ci se distinguent au regard de la force de proposition du tiers missionné impliquant une formation variable de l'accord amiable.

Ainsi, la convention de conciliation pourrait être définie comme *la convention par laquelle les parties à un différend sous l'autorité et avec l'assistance du conciliateur désigné, compétent, neutre, impartial, indépendant, et bénéficiant d'une force de proposition de solution s'engagent à œuvrer conjointement, de bonne foi et en toute confidentialité, à une tentative de résolution amiable de leur différend*. La convention de médiation, quant à elle, pourrait être conçue comme *la convention par laquelle les parties à un différend sous l'autorité et l'assistance du médiateur désigné, compétent, neutre, impartial et indépendant, sans force de proposition de solution s'engagent à œuvrer conjointement, de bonne foi et en toute confidentialité, à une tentative de résolution amiable de leur différend*⁸⁰⁰.

Toutefois, cette distinction semble toutefois en pratique artificielle. Le conciliateur peut en effet être amené à ne pas émettre d'offre de solution et agir comme un médiateur, assistant en quelque sorte l'accouchement de la solution des parties. Réciproquement, un médiateur, peut parfois, en cas de blocage, émettre un « avis » sur la solution⁸⁰¹. Gardons ainsi à l'esprit que la liberté contractuelle garantit une certaine souplesse dans l'émergence des solutions du différend.

469. Conclusion de la Sous-Section I. *Les conventions de procédure participative, de conciliation et de médiation ont un but commun : celui d'organiser et d'encadrer le*

⁸⁰⁰ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 212, n° 221.42 : Pour ces auteurs, le « contrat de médiation » a la valeur juridique d'une prestation de services privés.

⁸⁰¹ P. ex. tel que nous le pratiquons dans les premières heures de la consécration de la médiation des litiges de la consommation.

déroulement de la tentative de résolution amiable du différend par le processus choisi. D'un point de vue contractuel, elles permettent d'encadrer la négociation de solution au différend et d'organiser la formation ainsi que la conclusion de l'accord amiable. Afin de garantir l'efficacité procédurale de ce qui ne demeure qu'une simple tentative, ces conventions liant les parties mais également le tiers missionné, font peser, au titre de leur contenu, des obligations à la charge de chacun des acteurs de la résolution amiable du différend.

La convention de conciliation ou de médiation, à l'instar de la convention de procédure se distingue de l'accord amiable issu de chacun des processus. Ces conventions de manière unitaire, encadre la négociation de la solution du différend. Leur exécution permet la formation de l'accord amiable amené à fixer la solution trouvée et consentie par les parties au différend. Le critère de distinction entre les conventions organisant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable – convention de conciliation, de médiation ou de procédure participative – et l'accord amiable tient ainsi à l'absence de solution au différend. Les premières sont, au surplus, concluent entre les parties au différend et le tiers missionné, alors que le second n'engage que les parties au différend.

Ne prenant pas pour objet la solution du différend, les conventions de procédure participative, de conciliation ou de médiation, visent à organiser la négociation de la solution par les parties accompagnées du tiers missionnée, la formation et la conclusion de l'accord amiable au terme du processus. Par leur contenu, elle organise la formation de l'accord amiable. Il est donc possible d'affirmer que ces conventions qui, d'un point de vue procédural, organisent le processus permettant la tentative de résolution amiable du différend consistent, d'un point de vue contractuel, en des *contrats préparatoires à l'accord amiable résolutif du différend*⁸⁰². Le but de ces conventions étant unitaire, il convient de se pencher sur le régime contractuel de cette catégorie de conventions.

Sous-Section II – La formation des conventions préparatoires à l'accord amiable

470. Position des problèmes. La première question qui se pose est de savoir comment intervient la conclusion des conventions de procédure participative et les conventions de conciliation ou de médiation : donnent-elles lieu à des négociations relatives à l'organisation de la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend ou bien consistent-t-elles en des sortes de contrats d'adhésion aux principes de la résolution amiable des différends ? Afin

⁸⁰² J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 2^{ème} éd., 1999, p. 67 s., n° 102.

de répondre à cette question, il convient d'observer le régime spécialement prévu par le législateur pour la convention de procédure participative (§1), afin de rechercher un formalisme aux conventions de conciliation et de médiation (§2).

§1. La formation de la convention de procédure participative

471. L'exigence légale d'un écrit et l'absence d'exigence relative à la formation de la convention. Les dispositions insérées au Code civil relatives à la convention de procédure participative font clairement apparaître l'exigence de l'écrit (A), mais demeurent tout à fait silencieuses en ce qui concerne la formation, c'est-à-dire les négociations et la conclusion de cette convention (B).

A. L'exigence légale d'une convention écrite

472. La sanction de la nullité. À la différence de la convention de conciliation ou de médiation, pour lesquelles il n'est prévu aucun régime et donc formalisme, le législateur impose, à peine de nullité, que la convention de procédure participative soit écrite⁸⁰³. Les dispositions de l'article 2063 du Code civil précisent ainsi que « *la convention de procédure participative est, à peine de nullité, contenue dans un écrit qui précise : 1° Son terme ; 2° L'objet du différend ; 3° Les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend ou à la mise en état du litige et les modalités de leur échange ; 4° Le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État* ». Cette disposition, et en particulier ces points 2° et 3°, induit que la conclusion de la convention de procédure participative peut donner lieu à des pourparlers.

B. Une convention négociée ?

473. Les étapes de formation de la convention de procédure participative. Malgré l'absence de précision relative à la formation à la formation de la convention de procédure participative, celle-ci suppose en pratique plusieurs étapes inspirées du droit collaboratif que

⁸⁰³ Voy. l'art. 2063 al. 1^{er} : « *La convention de procédure participative est, à peine de nullité, contenue dans un écrit [...]* ».

décrivent la doctrine et les praticiens⁸⁰⁴. Il paraît donc intéressant d'évoquer les différentes étapes de la négociation de la convention de procédure participative afin de faire ressortir qu'il s'agit d'un contrat de gré à gré.

En pratique donc et en premier temps, l'avocat organise une réunion individuelle avec son client au cours de laquelle, au regard de l'exposé du différend, le conseil apprécie l'opportunité d'un recours à la résolution amiable du différend⁸⁰⁵. Il informe en conséquence son client sur l'objet et le déroulement de la résolution amiable des différends par procédure participative. Une étape, somme toute très ordinaire, excepté que celle-ci donne généralement lieu au déclenchement d'une procédure contentieuse, excepté dans le cadre du droit des affaires où la négociation est naturellement privilégiée au regard des nécessités du maintien des relations d'affaires.

En second temps, l'avocat prend contact avec le confrère représentant la partie adverse. Dans ce cadre, il convient que les deux parties aient alors adhéré à l'idée d'avoir recours à la procédure participative. Cela suppose d'une part, que les avocats soient formés à la résolution amiable des différends et, en particulier à la procédure participative ; d'autre part, que les parties au différend apprécient l'intérêt du recours à la résolution amiable, sans toutefois et à aucun moment renoncer au recours au juge compétent du litige. Les avocats, avant même la conclusion de la convention de procédure participative sont ainsi tenus de collaborer.

En troisième temps, chaque client et son conseil se réunit individuellement, en vue de la première réunion plénière regroupant tous les participants. Au cours de cette réunion individuelle, chacun des avocats évalue avec son client le niveau actuel du conflit, aide son client à la compréhension des principes guidant le processus de droit collaboratif et aborde les informations à échanger avec l'autre partie suivant un principe de transparence.

En quatrième temps, les conseils des parties au différend se coordonnent afin d'organiser la première réunion plénière, réunissant l'ensemble des participants et précisent si nécessaire le calendrier des réunions à venir.

C'est enfin au cours de la première réunion plénière, suivant l'accueil des participants et la présentation détaillée de la procédure participative, que la convention de procédure participative rédigée par écrit peut être signée par l'ensemble des parties à la procédure amiable, avocats et parties. Dès lors, la négociation de la solution du différend entre les parties peut débiter.

⁸⁰⁴ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïß, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 684 s., n° 46.11 s.

⁸⁰⁵ Depuis la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle, les parties peuvent avoir recours à la procédure participative alors que le juge a été saisi du litige.

La convention de procédure participative est donc en pratique un contrat faisant l'objet de négociations pour sa formation, en particulier au regard de la détermination de l'objet du différend et des pièces échangées en transparence tout en étant soumises au principe de confidentialité.

§2. La formation des conventions de conciliation et de médiation

474. Le silence du législateur. À la différence de la convention de procédure participative, les conventions de conciliation et de médiation ne font pas l'objet, au sein du Code civil, de régimes spéciaux **(A)**. Leur existence étant ignorée d'une grande partie de la doctrine, elles sont pourtant essentielles en pratique. Dès lors, la question se pose de savoir si ces conventions peuvent consister en des sortes de contrats d'adhésion passés sous silence parce que proposés par le tiers missionné à la résolution amiable **(B)**.

A. L'absence de formalisme

475. Le principe du consensualisme. Comme le font observer certains auteurs, en l'absence de dispositions légales, « l'accord pour recourir à la médiation résulte d'un échange de consentements sans formalisme particulier »⁸⁰⁶. Le formalisme des conventions de conciliation et de médiation varie en fonction du moment de l'intervention du processus et se trouve d'autant plus allégé lorsqu'il s'agit d'une conciliation directement menée par le juge. En effet, le juge s'est déjà vu soumettre le litige et l'ensemble des acteurs de la procédure contentieuse sont déjà tenus par les principes directeurs du procès.

Les conventions de conciliation et de médiation sont néanmoins importantes afin de fixer un cadre à la tentative de résolution amiable du différend dont la mise en œuvre permettra la négociation du différend et la rencontre des volontés des parties pour la conclusion de l'accord amiable consacrant la solution des parties au différend. Il s'agit des cas où le juge ne procède pas lui-même à la conciliation. Ces conventions ont vocation à organiser la mise en œuvre soit des conciliations de types *judiciaires* déléguées ou « *conventionnelles* », ou encore des médiations *judiciaires* ou « *conventionnelles* ».

B. Des formes de contrats d'adhésion ?

⁸⁰⁶ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 212, n° 221.41.

476. La qualification de contrats d'adhésion. La distinction entre les contrats de gré à gré et d'adhésion était, jusqu'à la réforme du droit des contrats, doctrinale⁸⁰⁷. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, elle a été consacrée par les réformateurs dans le Code civil et modifiée par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018⁸⁰⁸. L'article 1110 dispose dorénavant, à son premier alinéa que « *le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties* » et, au second alinéa, que « *le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ». D'emblée, l'accord amiable venant cristalliser une solution négociée au différend apparaît par excellence comme un contrat de gré à gré, puisque la négociation de ses stipulations tend à faire l'objet de processus amiables. En revanche, la question se pose de savoir si les conventions de conciliation et de médiation qui ne sont soumises à aucun régime spécial, à la différence de la convention de procédure participative, consistent en des contrats d'adhésion.

Nous ne pouvons ici que nous référer à la pratique. Ainsi, lorsque le tiers conciliateur ou médiateur est désigné, il dispose de la possibilité de contacter les parties avant toute assemblée plénière réunissant les parties, afin d'apprécier le degré de conflit, et de préparer les parties, et en particulier leurs avocats amenés à participer au processus. Le tiers missionné peut ainsi être amené à rencontrer physiquement les parties⁸⁰⁹, ou à communiquer avec elles téléphoniquement⁸¹⁰ ou électroniquement⁸¹¹. Lorsque les parties au différend rencontrent le conciliateur ou le médiateur désigné⁸¹², il revient au tiers missionné, le plus souvent oralement d'informer les parties sur le processus choisi – conciliation, médiation – et de présenter les différentes règles et principes régissant le déroulement du processus et générant des obligations

⁸⁰⁷ Pour certains, il s'agirait de l'innovation majeure de la réforme du droit des contrats : Voy. Th. Revet, « Une philosophie générale ? », in « Réforme du droit des contrats : quelles innovations ? », *RDC*, avril 2016/ Hors-série, p. 5 ; Ég. F. Chénéde, « Les classifications des contrats », *Dr. et patr.*, mai 2016, n° 258, dossier, p. 48 et « Le contrat d'adhésion de l'article 110 du Code civil », *JCP G*, 2016, p. 776.

⁸⁰⁸ Loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JO* du 21 avr. 2018, n° 0093 : la version de cet article avant l'entrée en vigueur de la loi au 1^{er} oct. 2018 disposait que « *le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties* » et que « *le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

⁸⁰⁹ P. ex. dans le cadre de la médiation inter-entreprises nécessitant la rencontre des partenaires économiques.

⁸¹⁰ P. ex. dans le cadre de la pratique de la médiation des litiges de la consommation.

⁸¹¹ P. ex. dans le cadre du règlement en ligne des litiges de la consommation.

⁸¹² Le tiers conciliateur ou médiateur peut être désigné par la loi, dans un domaine spécifique, p. ex. la Commission de conciliation en matière de baux ou les Commissions de conciliation et d'indemnisation des victimes en matière d'accidents médicaux. Il peut être désigné par le juge dans le cadre du droit commun procédural de la résolution amiable judiciaire ou encore être choisi par les parties, soit au moment de la survenance du différend, soit par le biais d'une clause de conciliation ou de médiation obligatoire et préalable à la résolution amiable des différends.

à la charge de chacun. Celui-ci est donc tenu d'exécuter son obligation d'information sur l'objet de la résolution amiable du différend et de présenter les conditions générales pour le déroulement du processus. De fait, les parties au différend ne sont pas amenées à négocier les conditions générales du déroulement du processus. Nous pourrions donc être tentés de voir dans les conventions de conciliation et de médiation des sortes de contrats d'adhésion, dont les conditions sont soumises par le tiers missionné – conciliateur ou médiateur – au consentement libre des parties au différend. En effet, au stade de la première rencontre avec le conciliateur ou le médiateur, les parties au différend peuvent renoncer⁸¹³, l'une ou l'autre et sans justification, à mettre en œuvre la tentative de résolution amiable du différend par le processus choisi. Une grande part de réussite tient, nous le comprenons, à cette première réunion réunissant les parties ou, lorsque le conciliateur procède, hors présentiel des parties, par communication téléphonique, à la mise en œuvre de ces compétences au regard de son obligation d'information et de présentation de travail collaboratif.

477. L'exclusion de la qualification de contrat d'adhésion : la négociation de la répartition des frais, de l'objet du litige et des éléments soumis à la confidentialité. Plusieurs arguments permettent d'exclure l'application de la qualification de contrat d'adhésion aux conventions de conciliation, de médiation et de procédure participative liant le tiers missionné – conciliateur ou médiateur – aux parties au différend.

En premier lieu, si le différend fait l'objet de négociations dans le cadre de l'exécution de ces conventions, il doit être au moins déterminé au moment du déclenchement de la mise en œuvre de la conciliation ou de la médiation⁸¹⁴. Il s'agit ainsi de déterminer sur quelle matière litigieuse vont porter les négociations.

En second lieu, les éléments communiqués par les parties au différend – quel que soit le processus – peuvent également faire l'objet de négociations dans le cadre de la formation de la convention permettant le déclenchement de la mise en œuvre du processus de conciliation ou de médiation. C'est, à cet égard, au regard des articles 2063 du Code civil et 1545 du Code de procédure civile, l'un des objets principaux du contenu de la convention de procédure participative. Le principe de confidentialité inhérent aux processus de résolution amiable des différends peut être en outre aménagé.

⁸¹³ Et ce, même si la désignation du tiers a été imposée par la présence d'une clause de conciliation ou de médiation obligatoire préalablement à la saisine du juge du fond compétent du litige.

⁸¹⁴ En d'autres termes, la détermination précise du différend fait l'objet des négociations de l'accord amiable.

Enfin, dans le cadre du droit commun procédural de la médiation *judiciaire*⁸¹⁵, le législateur a notamment prévu l'application du principe de liberté contractuelle en ce qui concerne la répartition entre les parties au différend des frais liés à la rémunération des tiers missionnés. Les parties peuvent ainsi négocier la répartition de ces frais, exception faite de l'application d'un principe de gratuité. Nous constatons par analogie que la répartition des frais de la tentative de résolution amiable peut également être aménagée au contenu de la convention de procédure participative.

Ainsi, que ce soit dans le cadre de la convention de procédure participative, de la convention de conciliation ou encore de la convention de médiation, un certain nombre d'éléments peuvent être soumis à la libre négociation des parties et du tiers missionné, en particulier en ce qui concerne la répartition des frais de la résolution amiable et les pièces échangées soumises à la confidentialité. Bien que les parties soient amenées à adhérer aux principes directeurs de la résolution amiable des différends imposés par le tiers missionné, ces conventions demeurent des contrats de gré à gré.

Sous-Section III - La validité des conventions préparatoires à l'accord amiable

478. Position du problème. Dans la mesure où l'exécution des conventions de conciliation, de médiation et de procédure participative tend à permettre la conclusion de l'accord amiable, il convient de s'interroger sur les conditions de validité communes à l'accord amiable et, en particulier, aux conditions relatives à leur contenu permettant de les distinguer de ce dernier.

479. L'application du droit commun des contrats. Les conventions de conciliation, de médiation, mais également de procédure participative en application de l'article 1105 sont soumises au droit commun des contrats. De fait, elles doivent remplir les conditions de validité posées à l'article 1138 du Code civil. Ce dernier – tel qu'issu de la réforme du droit des contrats⁸¹⁶ – dispose que « *sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° le consentement des parties, 2° leur capacité de contracter, 3° un contenu licite et certain* ». Il convient donc d'examiner chacune de ces conditions applicables à cette catégorie de contrats préparatoires à l'accord amiable.

⁸¹⁵ Voy. l'art. 22-2 de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995, *préc.* et l'art. 131-14 CPC.

⁸¹⁶ Opérée par l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *préc.* ayant donné lieu à la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *JO* 21 avr. 2018, n° 0093 entrant en vigueur au 1^{er} oct. 2018.

480. L'application du droit spécial de la convention de procédure participative. Au surplus de l'application du droit commun des contrats, applicable à tout contrat, le législateur a prévu un régime spécifique en faisant de la convention de procédure participative un contrat spécial soumis aux dispositions des articles 2062 à 2068 du Code civil. Outre l'exigence d'un écrit, à peine de nullité, le législateur exige un contenu spécifique à la convention de procédure participative. Ce régime est de nature à inspirer des solutions applicables aux conventions de conciliation et de médiation. Si les conventions de conciliation, de médiation et de procédure participative ont un contenu spécifique qui se distingue de celui de l'accord amiable, par l'absence de solution au différend (§1), reste que les processus qu'elles renferment permettent la négociation du différend et la formation de l'accord amiable, de sorte que certaines de ces conditions sont communes à l'accord amiable (§2).

§1. Un contenu spécifique

481. Le modèle de la convention de procédure participative. Le législateur a prévu un contenu spécifique à la convention de procédure participative, au travers des articles 2063 et 1545 du Code de procédure civile. Certaines mentions doivent figurer, nous l'avons constaté, dans la convention de procédure participative écrite, sous peine de nullité. La convention est, au visa de l'article 1546 du Code de procédure civile, au demeurant modifiable. Ce contenu spécialement réglementé ne manque pas d'inspirer le contenu des conventions de conciliation et de médiation.

L'ensemble de ces conventions sont soumises au droit commun des contrats qui impose, à l'article 1128 du Code civil, tel qu'issu de la réforme du droit des contrats, sous peine de nullité, un contenu licite et certain. Plus précisément, l'article 1162 du Code civil dispose que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non des parties* ». Dès lors les parties au différend ne peuvent conclure une convention permettant une mise en œuvre de négociations et de conclusion d'un accord amiable que dans la mesure où elles ont la libre disponibilité de leurs droits. Outre cette exigence fondamentale, les convention de conciliation, de médiation et de procédure participative bien qu'instituant d'un point de vue procédural le recours à des processus ou procédure variables ont un contenu commun. Elles soulèvent en tout premier lieu, et préalablement à leur conclusion, la question de la rémunération du tiers missionné dont les modalités peuvent figurer à leur contenu (A). Ce dernier doit également faire état du délai

imparti pour la mise en œuvre à la tentative de résolution amiable lequel a pu être légalement encadré **(B)**. bien plus sujet à des négociations, l'objet du différend **(C)**, quel que soit le processus ou la procédure de résolution amiable du différend doit être délimité. Au surplus, ces conventions contractualisent un certain nombre de principes directeurs de la justice contractuelle essentiels au déroulement de la résolution amiable du différend **(D)**.

A. Les frais de la résolution amiable des différends

482. Position du problème. Le nerf de la guerre. La résolution amiable des différends impliquant dans tous les cas le recours à un tiers compétent – conciliateur, médiateur, ou avocats assistants dans le cadre de la procédure participative ou représentant leur client dans la mise en œuvre de la conciliation ou de la médiation – engendre, excepté application d'un principe de gratuité, un coût. La question des frais de la résolution amiable devant être supportés par les parties est donc importante dans la mesure où cette dimension financière s'ajoute bien souvent à celle du différend. Dès lors, la répartition des coûts liés à la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend doit être organisée. Le législateur a tenu – en dehors des dispositions communes de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 fondant le droit au recours à la résolution amiable des différends sur lesquelles il est demeuré silencieux – à apporter des solutions, afin que cette question ne devienne épineuse au moment de la survenance du différend. Ainsi est-il intervenu d'une part, dans le cadre du droit commun procédural *judiciaire* **(1)** et *extrajudiciaire* **(2)** de la résolution amiable et d'autre part, au titre de la consécration de droits spéciaux de la résolution amiable des différends **(3)**.

1) Dans le cadre du droit commun procédural de la résolution amiable *judiciaire*

483. En matière de médiation *judiciaire*. Les dispositions de l'article 22-2 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 s'avèrent particulièrement prolifiques. Le législateur a prévu plusieurs principes, émanations du principe de liberté contractuelle posé à l'article 1102 du Code civil, tel qu'issu de la réforme du droit des contrats, et du principe d'équité dont on retrouve l'essence à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

En premier lieu, le législateur est venu consacrer un principe de libre répartition des frais par les parties au différend. En effet, l'alinéa premier du texte prévoit que « *lorsque les frais sont à la charge des parties, celles-ci déterminent librement entre elles leurs répartition* ». Les parties peuvent ainsi négocier la répartition des frais liés à la rémunération du médiateur.

En second lieu, fondé sur un principe d'équité, l'alinéa second du texte pallie une situation de blocage, en prévoyant que si les parties au différend ne s'accordent pas sur la répartition, « *ces frais sont répartis à parts égales, à moins que le juge n'estime qu'une telle répartition est inéquitable au regard de la situation économique des parties* ».

En troisième lieu, le législateur, au soutien d'un droit au recours effectif à la résolution amiable des différends, prévoit la possibilité de l'octroi de l'aide juridictionnelle. Dès lors que l'une des parties se voit accorder l'aide juridictionnelle, le principe d'équité s'applique et la part des frais incombant à la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle est prise en charge par l'État, sous réserve des dispositions de l'article 50 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 *relative à l'aide juridique*⁸¹⁷.

Enfin, le législateur reconnaît au juge le pouvoir de fixer la provision sur la rémunération du médiateur et désigne, la ou les parties, qui consigneront la provision dans le délai qu'il détermine. Le législateur a entendu faire de la consignation de la provision une condition de mise en œuvre de la médiation *judiciaire*, puisque le défaut de consignation par la ou les parties, dans le délai et les modalités impartis, entraîne la caducité de la désignation du médiateur, l'instance étant alors poursuivie⁸¹⁸.

484. En matière de conciliation *judiciaire*. Lorsqu'elle est menée directement par le juge tenu par le principe directeur du procès édicté à l'article 21 du Code de procédure civile⁸¹⁹, la conciliation *judiciaire* ne génère pas de coût supplémentaire. Le juge ne perçoit pas de rémunération complémentaire, ni d'« honoraires de résultat » par principe prohibés⁸²⁰, la conciliation entrant dans sa mission.

Par ailleurs, les dispositions relatives à la conciliation *judiciaire* déléguée à un conciliateur de justice sont silencieuses en ce qui concerne les frais liés à la rémunération du tiers missionné. Il convient néanmoins de se tourner vers les dispositions du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 *relatif aux conciliateurs de justice*⁸²¹, lequel dispose à son article 1^{er} alinéa

⁸¹⁷ Loi n° 91-647 du 10 juill. 1991 *relative à l'aide juridique*, JO 13 juill. 1991, n° 0162, p. 9170.

⁸¹⁸ Le législateur, au visa de l'art. 131-6 CPC relatif à la médiation *judiciaire*, se contente de reprendre cette condition de consignation de la provision dans le délai imparti nécessaire à la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend.

⁸¹⁹ Principe selon lequel il entre dans la mission du juge de concilier les et largement décliné dans les droits spéciaux de la résolution amiable des différends par conciliation du juge.

⁸²⁰ Colloque « *Les enjeux de la médiation commerciale : points de vue des avocats, entreprises, magistrats et médiateurs* » organisé par le CMAP et le Barreau de Paris, 7 nov. 2013, Auditorium de la Maison du Barreau de Paris.

⁸²¹ Décr. n° 78-381 du 20 mars 1978 *relatif aux conciliateurs de justice*, JO du 23 mars 1978, p. 1265.

second que « *les fonctions de conciliateur de justice sont exercées à titre bénévole* »⁸²².

Il existe ainsi une disparité de traitement entre les médiateurs amenés à œuvrer à la tentative de résolution amiable dans le cadre *judiciaire*, lesquels sont rémunérés, et les conciliateurs de justice qui officient à titre bénévole.

2) Dans le cadre du droit commun procédural de la résolution amiable *extrajudiciaire*

485. Les dispositions générales. En tout premier lieu, il convient de relever que les dispositions générales relatives à la conciliation et la médiation dites « *conventionnelles* » n'apportent aucune précision relative au frais de rémunération du médiateur ou du conciliateur et à leur répartition entre les parties⁸²³.

486. En matière médiation « conventionnelle ». En second lieu, les dispositions qui suivent – relatives à la médiation « *conventionnelle* » – demeurent silencieuses sur la répartition des frais liés à la rémunération du médiateur et à la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable des parties. Or, cette médiation étant légalement qualifiée de « *conventionnelle* », nous pouvons faire application du principe de la liberté contractuelle qui implique, comme c'est le cas en matière de médiation *judiciaire*, que lorsque les frais de la médiation sont à la charge des parties, celles-ci déterminent librement, entre elles, leur répartition.

Quid de la situation de blocage ? Il est permis de faire application du principe d'équité selon lequel les frais sont répartis à parts égales entre les parties. Néanmoins, la médiation « *conventionnelle* » intervient en dehors la présence du juge. Celui-ci dans le cadre de la médiation *judiciaire*, peut se faire l'arbitre de la répartition des frais de la résolution amiable du différend au regard de la situation économique des parties. En conséquence, il revient naturellement au médiateur « *conventionnel* » de contrôler l'application du principe d'équité en matière de médiation conventionnelle. Toutefois, les questions de l'octroi de l'aide juridictionnelle et de la consignation de la provision se pose également. D'autant que ces questions se confrontent aux dispositions relatives à la conciliation « *conventionnelle* ».

487. En matière de conciliation « conventionnelle ». L'article 1536 du Code de procédure civile prévoit que « *le conciliateur de justice institué par le décret n° 78-381 du 20*

⁸²² Néanmoins, l'al. 2nd du texte prévoit l'allocation d'une indemnité forfaitaire destinée à couvrir les menues dépenses de secrétariat, de téléphone, de documentation et d'affranchissement que les conciliateurs de justice exposent dans l'exercice de leurs fonctions.

⁸²³ Voy. les art. 1530 et 1531 CPC.

mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice peut être saisi sans forme par toute personne physique ou morale ». Sans autre précision, il apparaît que la conciliation « conventionnelle » est soumise au principe de gratuité induit par l'article premier du décret, disposant que, nous le rappelons, « *les fonctions de conciliateur de justice sont exercées à titre bénévole* ».

488. En matière de procédure participative. Les dispositions du Code civil relatives à la convention de procédure participative ne font aucunement référence aux frais liés à la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend. Est-ce en raison de l'absence d'un tiers missionné neutre, impartial, impartial et indépendant, extérieur aux parties et de la dilution de ces frais dans la rémunération des avocats au titre des honoraires de représentation de leur client ?

Toutefois, l'article 1545 du Code de procédure civile relatif aux dispositions générales concernant la convention de procédure participative, modifié par le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017⁸²⁴ précise dorénavant que « *la convention fixe également la répartition des frais entre les parties sous réserve des dispositions de l'article 123-2 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 lorsque l'une des parties bénéficie de l'aide juridictionnelle* » et qu' « *à défaut de précision dans la convention, les frais de la procédure participative sont partagé par moitié* ». Le législateur n'a pas entendu faire de la mention des frais liés à la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend, une mention obligatoire, dont le défaut, au visa de l'article 2063 du Code civil, serait sanctionné par la nullité de la convention de procédure participative. Nous retrouvons néanmoins l'expression du principe de liberté contractuelle et du principe d'équité.

3) Dans le cadre des droits *spéciaux* de la résolution amiable *judiciaire* et *extrajudiciaire*

489. En matière de droits spéciaux de la résolution amiable *judiciaire*. Certains droits spéciaux de la résolution amiable *judiciaire* prévoient une conciliation directe par le juge. En conséquence, cette conciliation n'engendre pas de frais pour les parties et se calque sur le modèle de la conciliation de droit commun *judiciaire* directement menée par le juge⁸²⁵. Nous en trouvons l'illustration dans le cadre de la convocation obligatoire des parties devant le

⁸²⁴ Décr. n° 2017-892 du 6 mai 2017 *portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile*, JO 10 mai 2017, n° 0109, pris en application de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle*, préc.

⁸²⁵ P. rappel voy. les art. 128 à 129-1 CPC.

bureau de conciliation et d'orientation en matière prud'homale ou devant le juge aux affaires familiales en matière de divorce.

Cependant, d'autres droits spéciaux de la résolution amiable *judiciaire* organisent la rémunération du tiers missionné. Ainsi, le Livre VI de la partie réglementaire du code de commerce relatif aux difficultés des entreprises organise, dans le cadre de leur prévention et de la conciliation⁸²⁶, la rémunération du conciliateur⁸²⁷. Tout d'abord, l'article R. 611-23 du Code du commerce dispose, à son alinéa second, que l'ordonnance du président du tribunal désignant le conciliateur définit l'objet de sa mission et fixe les conditions de sa rémunération, ainsi que la durée de la procédure. Ensuite, l'article R. 611-47-1 prévoit qu'il revient, au conciliateur, de faire des propositions sur les conditions de sa rémunération. Enfin, le président du tribunal ne peut désigner un conciliateur dont la désignation ne lui a pas été proposée par le débiteur qu'après avoir obtenu l'accord de celui-ci sur les conditions de sa rémunération⁸²⁸. Ces textes ne font pas apparaître l'application du principe en de liberté contractuelle qui permettrait au débiteur et à ses créanciers de fixer la répartition de la rémunération du conciliateur, ou, à défaut, le principe d'équité qui impliquerait une répartition à parts égales de la rémunération du tiers missionné entre le débiteur et ses créanciers. La mise en œuvre de la conciliation est donc conditionnée à un accord du chef d'entreprise débiteur sur la rémunération du conciliateur, à qui revient également l'initiative de la demande de conciliation⁸²⁹.

490. En matière de droits spéciaux de la résolution amiable *extrajudiciaire*. Les droits spéciaux prévoyant le recours à une Commission de conciliation dans le cadre *extrajudiciaire* ne précisent pas, au sein de leurs dispositions, les règles de répartition des frais. Néanmoins, certains droits spéciaux de la résolution amiable *extrajudiciaire* des différends, organisent la rémunération du tiers missionné.

Applicable dans un grand nombre de domaines – assurance, bancaire, énergie – le droit commun de la médiation des litiges de la consommation prévoit ainsi un principe de gratuité de la médiation pour le consommateur. Le principe de mise à la charge du professionnel des frais de rémunération du médiateur apparaît comme l'une des conditions permettant de garantir au

⁸²⁶ Titre Ier du Livre VI du Code de commerce.

⁸²⁷ Voy. les art. R. 611-47 à R. 611-52 composant la section V du titre Ier du Livre VI de la partie réglementaire du Code de commerce consacrée à la rémunération du mandataire ad-hoc, du conciliateur, du mandataire à l'exécution de l'accord et de l'expert.

⁸²⁸ Ces dispositions sont également applicables au mandataire ad-hoc.

⁸²⁹ L'art. R. 611-48 CCom. exige en outre un accord écrit du débiteur préalable à la désignation du tiers missionné. En effet, le texte prévoit en ces termes que : « *l'accord du débiteur sur les conditions de rémunération du mandataire ad hoc, du conciliateur ou de l'expert est consigné par écrit préalablement à leur désignation. Il est annexé à l'ordonnance de désignation* ».

consommateur le recours effectif à un dispositif de médiation⁸³⁰. Ainsi, l'article R. 612-1 du Code de la consommation prévoit dans un 2° que la médiation des litiges de la consommation est gratuite pour le consommateur, à l'exception d'une part, des frais de représentation pour chacune des parties par avocat ou personne de leur choix et, d'autre part, des frais d'expertise pour lesquels sont appliqués le principe d'équité impliquant une répartition à parts égales. Le principe de gratuité doit ainsi être relativisé.

Une autre illustration se trouve également en droit de la santé, pour lequel s'applique un principe de gratuité applicable au recours à la Commission de conciliation et d'indemnisation pour les victimes d'accidents médicaux pouvant être saisie dans le délai de 10 ans à compter de la consolidation du dommage. L'article L. 1142-6 du Code de la santé publique prévoit à cet égard, que les frais de fonctionnement de ces Commissions sont assurés par l'Office nationale d'indemnisation des victimes et donc, par l'État, qui apporte son soutien technique et administratif, en mettant notamment le personnel nécessaire à disposition⁸³¹. Néanmoins, la question des frais de rémunération peut se poser dans le cas où la Commission, au visa de l'article L. 1142-5 alinéa quatrième du Code de la santé publique délègue tout ou partie de ses compétences à un ou plusieurs médiateurs extérieurs. Le législateur précise, à cet égard, que ceux-ci disposent alors des mêmes prérogatives et sont soumis aux mêmes obligations que les membres de la Commission, de sorte que le principe de gratuité de l'accès à la résolution amiable pour les victimes d'accidents médicaux s'impose encore.

Un tel principe de gratuité peut également être envisagé pour la médiation *extrajudiciaire* en matière de harcèlement moral ou encore en ce qui concerne la saisine des Commissions en matière de baux. Dans d'autres cas, la question des frais de rémunération du tiers missionné se pose comme, par exemple, en ce qui concerne l'intervention du président de la chambre des notaires aux fins de conciliation de l'employeur et du notaire salarié. Il semble néanmoins, que le principe de gratuité s'applique au représentant d'un ordre professionnel, en dehors du champ d'application de la médiation des litiges de la consommation⁸³².

491. En conclusion, et au regard de l'ensemble des dispositions examinées, plusieurs observations doivent être avancées. Au soutien de l'émergence d'un droit au recours effectif à la résolution amiable des différends, nous observons, que dans certains domaines, la saisine du

⁸³⁰ Voy. l'art. L. 612-1 C. consomm. et l'anc. art. L. 152-1 C. consomm.

⁸³¹ Voy. l'art. L. 1142-22 C. S. pub. : l'ONIAM est un établissement public à caractère administratif de l'Etat, placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé.

⁸³² Rappelons qu'il a été institué un Médiateur des avocats pour les litiges de la consommation entre les avocats et leurs clients, ces derniers bénéficiant du principe de gratuité.

tiers missionné est soumis au principe de gratuité et se justifie lorsqu'une partie faible est amenée à agir à l'amiable. Il peut s'agir, du consommateur, de la victime d'un accident médical ou de la victime de harcèlement moral au travail.

Toutefois le principe de gratuité applicable en matière de droit commun procédural de la résolution amiable *judiciaire* des différends, menée par un conciliateur de justice, mais également en droit commun procédural de la résolution amiable *extrajudiciaire* des différends par conciliation « conventionnelle », se confronte au droit commun procédural de la résolution amiable par médiations *judiciaire* et *extrajudiciaire*, pour lequel la rémunération du médiateur répond à certains principes. Si le principe de liberté contractuelle dicte que les parties s'accordent sur la répartition des frais liés à la rémunération du médiateur, à défaut d'entente, le principe d'équité prend le relais et implique une répartition à parts égales entre les parties au différend. Cette répartition des frais doit également être envisagée dans le cadre de la conclusion d'une convention de procédure participative, laquelle prend en compte l'octroi de l'aide juridictionnelle⁸³³.

Quoiqu'il soit, d'un point de vue procédural, cette disparité dans la rémunération des tiers missionnés est de nature à créer une concurrence entre les conciliateurs de justice et les médiateurs œuvrant dans le cadre *judiciaire* et *extrajudiciaire*, d'autant que les médiateurs sont amenés à être inscrits sur des listes auprès des cours d'appel⁸³⁴, tout comme les conciliateurs de justice depuis le décret n° 78-381 du 20 mars 1978⁸³⁵. En pratique, cette disparité des frais relatifs à la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable des différends implique une régulation du traitement des différends. Les litiges d'un faible montant, excepté en ce qui concerne les litiges de la consommation, sont ainsi amenés à être réglés par la conciliation *judiciaire* ou la conciliation « conventionnelle ». Dès lors que le différend présente un enjeu plus élevé, notamment en présence d'avocats, les recours à la procédure participative, à la médiation « conventionnelle » ou *judiciaire* lorsque celle-ci n'est pas imposé par le juge, paraissent opportuns. Cette question des frais liés à la mise en œuvre de la médiation explique, sans aucun doute, que celle-ci connaisse un développement restreint dans le domaine du droit du travail.

Enfin, nous constatons que lorsque la répartition n'est pas soumise au principe de

⁸³³ Il est d'ailleurs permis de s'interroger sur le point de savoir si, à l'avenir, l'aide juridictionnelle, pourrait être octroyée dans le cadre des médiations *judiciaire* et *extrajudiciaire*, lorsque celles-ci génèrent un coût.

⁸³⁴ Voy. l'art. 22-1 A de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995, *préc.*, inséré par décr. n° 2017-1457 du 9 oct. 2017 *relatif à la liste des médiateur auprès de la cour d'appel*, JO n° 0238 du 11 oct. 2017, pris en application de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle*, *préc.* : nous pensons, qu'au regard de la politique législative de développement de la résolution amiable des différends, il conviendra de réformer, voire de fusionner les missions de conciliateur de justice et de médiateur.

⁸³⁵ Décr. n° 78-381 du 20 mars 1978 *relatif aux conciliateurs de justice*, *préc.*

gratuité ou que les frais ne sont à la charge que d'une partie, le législateur entend faire de cette répartition des frais et du dépôt de provision, une condition préalable à la saisine du tiers missionné. En particulier dans le cadre de la médiation *judiciaire* ou de la conciliation en droit des entreprises en difficultés. Cette question de la répartition des frais doit également être discutée en amont et être fixée dans la convention de procédure participative. Elle se pose également dans le cadre de la rédaction des clauses de résolution amiable des différends favorisant une tentative obligatoire de résolution *extrajudiciaire* du différend. Présentes dans le contrat qui lie les parties et anticipant la survenance de différends contractuels, la répartition des frais peut être précisée⁸³⁶. Dans ce cas, et afin d'éviter toute difficultés, il semble judicieux que la clause renvoie à la saisine d'une Commission ou d'un Centre de médiation, qui, au visa notamment de l'article 1533 du Code de procédure civile, prendra en charge la désignation du médiateur, personne physique, compétent, neutre, impartial et indépendant, et s'assurera de la répartition des frais au regard des principes de liberté contractuelle et d'équité ainsi que du dépôt de provision. En effet, la répartition des frais doit s'accompagner de la consignation de la provision par les parties. Cette consignation est de nature à matérialiser l'engagement des parties dans la tentative de résolution amiable du différend et de concrétiser leurs volontés de tenter de résoudre à l'amiable leur différend, l'argent devenant le nerf de la paix.

B. Le délai imposé aux parties et au tiers missionné

492. Regard porté sur les dispositions générales fondant le droit d'accès à la résolution amiable des différends. Les dispositions générales de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ne précisent aucun délai à la mise en œuvre de la « médiation », entendue au sens large. Ces dispositions constituant le socle du droit au recours à la résolution amiable des différends, il convient de se tourner vers les dispositions propres à chacun des recours institués dans le cadre du droit commun procédural *judiciaire* (1) et *extrajudiciaire* (2) de résolution amiable, mais également dans le cadre des droits spéciaux de la résolution amiable des différends (3).

1) En matière de résolution amiable *judiciaire* des différends

493. Le délai de la médiation *judiciaire*. En matière de médiation *judiciaire*, l'article

⁸³⁶ P. ex. en matière de médiation des litiges de la consommation, les frais sont à la charge du professionnel, qui au soutien d'une information transparente garantit le droit au recours effectif du consommateur à la résolution amiable *extrajudiciaire*.

22-3 de la loi de 1995 précise vaguement qu'il revient au juge de fixer la durée de la mission de médiation, sans qu'elle puisse excéder un délai fixé par décret en Conseil d'État. À cet égard, l'article 131-3 du Code de procédure civile précise que « *la durée initiale ne peut excéder trois mois* » et que « *cette mission peut être renouvelée une fois, pour même durée, à la demande du médiateur* ». En conséquence, la durée maximale de la médiation *judiciaire* ne peut excéder six mois.

Par ailleurs, et en raison de l'absence de précision légale, la décision du juge qui désigne le médiateur doit fixer le point de départ de la mission afin d'éviter toute difficulté de computation. En principe, la durée fixée court à compter du jour de la première réunion des parties, afin d'exclure le temps des formalités de mise en place (à l'instar du versement des provisions par chacune des parties, qui à notre sens doit être effectué au greffe de la juridiction, ou encore de la fixation d'une première réunion de médiation, et de la convocation des parties)⁸³⁷. Compte tenu du fait que la médiation *judiciaire* intervient après la saisine du juge, la demande en justice et la saisine du magistrat interrompent nécessairement la prescription extinctive, telle que prévue à l'article 2241 du Code civil, et ce, jusqu'à la fin de l'instance au regard de l'article 2243 du Code civil. La fin de l'instance résultant d'un jugement⁸³⁸.

Il est au surplus important de préciser que la cour d'appel peut également désigner un médiateur⁸³⁹. Cette désignation se confronte alors au respect de nombreux délais prévus à peine de caducité de la déclaration d'appel⁸⁴⁰ ou d'irrecevabilité des conclusions de l'intimé⁸⁴¹ lesquels ont été impactés par le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 *relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile*⁸⁴². Afin de permettre la désignation d'un médiateur *judiciaire* sans obliger les parties à poursuivre l'instance, ce décret prévoit que la décision d'ordonner une médiation interrompt les délais impartis pour conclure et former un appel incident prévus aux articles 905-2 et 908 à 911 du Code de procédure civile. L'interruption de ces délais produit ainsi ses effets jusqu'à l'expiration de la mission du médiateur. Par ailleurs, nous relevons que la Cour de cassation a récemment jugé que

⁸³⁷ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 211.42, p. 153.

⁸³⁸ *Ibid.* n° 211.45, p. 154.

⁸³⁹ Ch. Tournu et St. Gal (dir.), *Figures de la médiation et lien social*, L'Harmattan, 2007 et B. Brenneur, *Stress et souffrance au travail, un juge témoin*, L'Harmattan, 2010 : Les exemples en matière sociale sont notables.

⁸⁴⁰ Voy. l'art. 908 CPC.

⁸⁴¹ Voy. l'art. 909 CPC.

⁸⁴² Décr. n° 2017-891 du 6 mai 2017 *relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile*, JO du 10 mai 2017, n° 0109.

l'acceptation d'une médiation proposée par la juridiction, après l'expiration du délai de péremption, ne vaut pas renonciation à se prévaloir du bénéfice de la péremption d'instance⁸⁴³.

494. Le délai de la conciliation judiciaire. En matière de conciliation *judiciaire*, les dispositions générales spécifiques à la conciliation *judiciaire*⁸⁴⁴ ne précisent aucun délai. Il est certain que la conciliation menée directement par le juge est moins chronophage que celle qui peut être déléguée à un conciliateur de justice, ou lorsque qu'il propose ou enjoint aux parties de rencontrer un médiateur. Cela fait donc sens que le délai de la conciliation *judiciaire* déléguée soit aligné sur celui de la médiation *judiciaire*. C'est précisément, en ce sens que le décret n° 2016-514 du 26 avril 2016, d'application de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle est venu modifier l'article 129-2 du Code de procédure civile. Cette disposition précise dorénavant que « *lorsque le juge, en vertu d'une disposition particulière, délègue sa mission de conciliation, il désigne un conciliateur de justice à cet effet, fixe la durée de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée* ». Ainsi, « *la durée initiale de la mission ne peut excéder trois mois et cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du conciliateur* »⁸⁴⁵. La durée maximale de la conciliation *judiciaire* déléguée à un conciliateur de justice ne peut donc excéder six mois.

2) En matière de résolution amiable *extrajudiciaire* des différends

495. En matière de conciliation et de médiation conventionnelles. Les dispositions spécifiques à chacun des processus ne prévoient aucun délai pour leur mise en œuvre et les dispositions générales de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ne précisent pas plus le délai requis pour leur mise en œuvre. Seules les dispositions spécifiques relatives à la conciliation et à la médiation *judiciaires*, impose une durée maximale de six mois. Dès lors, il semble permis de conclure que le délai pour la mise en œuvre d'une conciliation ou d'une médiation *extrajudiciaire* peut être fixé librement par les parties.

Néanmoins, en pratique, il reviendra au médiateur ou au conciliateur de justice œuvrant à la médiation conventionnelle pour l'un, à la conciliation conventionnelle pour l'autre, de fixer un délai raisonnable pour ce qui, d'un point de vue contractuel, consiste à une durée ouverte

⁸⁴³ Cass. soc., 30 mai 2018, n° 16-22.356, FS-P+B, *D.* Actualité, 26 juin 2018, note A. Danet, faisant suite à l'avis rendu par Cass. Civ. 2^{ème}, 25 janv. 2018, FS-D, n° 16-22.356.

⁸⁴⁴ P. rappel, voy. les art. 128 à 129-1 CPC.

⁸⁴⁵ La version ultérieure de l'art. 129-2 CPC prévoyait une durée initiale de deux mois pour la conciliation déléguée à un conciliateur de justice.

favorable à la négociation et à la formation de l'accord amiable⁸⁴⁶. Cette liberté s'exprime également dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure participative, puisque l'article 2063 du Code civil impose, à peine de nullité, la mention du terme de la tentative de résolution amiable du différend dans la convention de procédure participative. Le texte ne précise toutefois pas de délai. Or, depuis la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, une convention de procédure participative peut être conclue en cours d'instance⁸⁴⁷, et même en cause d'appel⁸⁴⁸. Dans tous les cas, il ne s'agit pas d'étendre la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend au-delà d'un délai raisonnable et il est permis d'appliquer les solutions dégagées en matière de médiation *judiciaire*. En ce sens, il nous paraît ainsi utile d'aligner la durée de la procédure participative sur celle des conciliation et médiation *judiciaires*, soit une durée maximale convenue de six mois courant à compter de la conclusion de la convention de procédure participative entre l'ensemble des parties et leurs avocats⁸⁴⁹. Ainsi, d'un point de vue contractuel, la durée pour une tentative de conclusion de l'accord amiable peut être fixé à trois mois, renouvelable une fois, soit une durée maximale de six mois à compter de la première réunion entre le tiers missionné et les parties au différend.

⁸⁴⁶ Voy. le Règlement de Médiation du CMAP accessible sur le site : www.cmap.fr.

⁸⁴⁷ Voy. l'art. 1546-1 CPC : le juge informé par les parties de la conclusion d'une convention de procédure participative ordonne alors le retrait du rôle de l'affaire.

⁸⁴⁸ Voy. art. 1546-2 CPC : pour les conséquences relatives à la conclusion d'une convention de procédure participative, le texte prévoit que « *devant la cour d'appel, l'information donnée au juge de la conclusion d'une convention de procédure participative entre toutes les parties à l'instance d'appel interrompt les délais impartis pour conclure et former appel incident aux articles 905-2 et 908 à 910* », étant ajouté que « *l'interruption de ces délais produit ses effets jusqu'à l'information donnée au juge de l'extinction de la procédure participative* ».

⁸⁴⁹ Notons qu'en pratique, la médiation dite « *conventionnelle* » peut être mise en œuvre en toute confidentialité par les parties alors même que le juge est saisi du litige. La conciliation dite « *conventionnelle* » suppose pour sa part d'avoir recours à un conciliateur de justice, lequel est soumis, pour rappel dans le cadre de la conciliation *judiciaire*, au délai maximum de trois mois renouvelable une fois. Dans ces deux cas de figure, le médiateur « *conventionnel* » et le conciliateur « *de justice* » ne sont pas tenus d'informer le juge. Or, il nous semble qu'il aurait été utile, dans le cadre de la réforme de la justice du XXI^{ème} siècle et afin de favoriser la mise en état des litiges, de prévoir l'information du juge et les conséquences procédurales que cela engendre. En d'autres termes, de prévoir l'information du juge sur la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend – comme elle est prévue dès lors qu'une convention de procédure participative est conclue entre les parties et leurs avocats – lorsqu'est mise en œuvre une conciliation ou une médiation conventionnelle, en cours d'instance ou en cause d'appel afin de favoriser, lorsqu'elles échouent même partiellement, la mise en état du litige. Une information du juge qui pourrait peser sur le médiateur ou le conciliateur qui entraînerait le retrait du rôle de l'affaire, ou en appel, l'interruption des délais pour conclure et former appel incident. Cette information porterait certes atteinte au principe de confidentialité, mais seulement sur l'existence d'une tentative *extrajudiciaire* de résolution amiable du différend. Cette entorse n'affecterait aucunement la confidentialité de la mise en œuvre de la conciliation ou de la médiation « *conventionnelles* » en elle-même, ni l'accord amiable qui pourrait être conclu. Dans cette hypothèse d'avenir que nous envisageons, conciliation et médiation dite « *conventionnelles* » pourrait se voir appliquer les dispositions prévues dans le cadre de la procédure participative en ce qui concerne les dispositions relatives à la mise en état du litige et la procédure aux fins de jugement. La limite tiendrait à ce que les parties soit assistées de leurs avocats.

- 3) En matière de droits *spéciaux* de la résolution amiable *judiciaire* ou *extrajudiciaire* des différends

496. En matière de droit *spéciaux* de la résolution amiable *judiciaire* des différends.

Une illustration peut être avancée au titre de la conciliation en matière de prévention des entreprises en difficultés. L'article L. 611-6 du Code de commerce prévoit que la procédure de conciliation est ouverte par le président du tribunal qui désigne un conciliateur. Le chef d'entreprise débiteur ayant l'initiative de la demande de conciliation peut néanmoins proposer le nom d'un conciliateur, pour une période n'excédant pas quatre mois. Par décision motivée, ce délai peut être prorogé à la demande du conciliateur, sans que la durée maximale de la procédure de conciliation ne puisse excéder cinq mois.

497. En matière de droit *spéciaux* de la résolution amiable *extrajudiciaire* des différends. Nous avons constaté que les recours à la conciliation et à la médiation *judiciaires* et *extrajudiciaires* sont développés dans de nombreux domaines. Les processus sont définis par renvoi à l'article 21 de loi n° 95-125 du 8 juillet 1995, texte fondateur de l'émergence d'un droit d'accès à la résolution amiable pendant du droit d'accès au recours au juge avec lequel, il doit se « concilier ».

Nous en trouvons une illustration significative dans le cadre de la médiation *extrajudiciaire* des litiges de la consommation définie par renvoi à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 juillet 1995⁸⁵⁰. Si l'on se réfère aux dispositions réglementaires de l'article R. 612-5 du Code la consommation⁸⁵¹, il est ainsi prévu que « *l'issue de la médiation intervient, au plus tard, dans un délai de quatre-vingt-dix jours [3 mois] à compter de la date de la notification mentionnée à l'article R. 612-2* » étant précisé que « *le médiateur peut prolonger ce délai, à tout moment, en cas de litige complexe* »⁸⁵² et qu'« *il en avise immédiatement les parties* ». Cette disposition induit que le délai de la médiation spéciale *extrajudiciaire* des litiges de la consommation pourrait s'aligner sur le délai légal de la médiation et de la conciliation *judiciaires*, soit trois mois, renouvelable une fois, pour une durée maximale de six mois.

Une seconde illustration peut encore être avancée en ce qui concerne la saisine des Commissions de conciliation et d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en droit de la santé. L'article L. 1142-7 du Code de la Santé publique précise que la saisine de la

⁸⁵⁰ Voy. l'art. L. 611-1 5° C. Consumm. et l'anc. art. L. 151-1 f) C. consomm.

⁸⁵¹ Voy. l'anc. art. R. 152-5 C. consomm.

⁸⁵² Nous pouvons parfaitement imaginer cette hypothèse dans le cas d'une médiation de groupe de la consommation au visa des art. L. 623-22 et L. 623-23 C. consomm.

commission suspend les délais de prescription et de recours contentieux jusqu'au terme de la procédure. À cet égard, l'article L 1142-8 alinéa second dispose que l'avis de la Commission régionale est émis dans un délai de six mois à compter de la saisine.

Enfin, le domaine des conflits collectifs semble déroger au délai de trois mois renouvelable une fois, porté à six mois maximum, légalement admis de manière unitaire dans le cadre de la mise en œuvre des processus et procédures de résolution amiable des différends. Le médiation des conflits collectifs du travail dispose en effet du délai d'un mois pour rendre une recommandation sur la solution au conflit collectif. Les parties disposent ensuite du délai de huit jours pour accepter ou refuser la recommandation. En cas d'échec de la médiation, un délai de 48 heures court à nouveau à compter de la constatation du désaccord avant que le médiateur ne communique au ministre chargé du travail le texte de sa recommandation motivée et signée. Le délai en matière de résolution amiable des conflits collectifs est ainsi largement réduit, de moitié, afin d'éviter tout blocage de l'activité économique. Le délai de mise en œuvre de la médiation est donc d'environ un mois et demi.

498. En définitive, nous le constatons, une certaine unité transparaît de ces dispositions relatives à la durée de mise en œuvre de l'ensemble des processus et procédures de résolution amiables des différends – conciliation, médiation, procédures participatives – laquelle se traduit par la mise en œuvre de la formation et de conclusion de l'accord amiable. La formation de ce contrat implique les étapes de négociations du différend et de rencontre d'offre et d'acceptation sur la ou les solutions afférentes. Ces étapes qui se trouvent procéduralisées par la mise en œuvre de la conciliation, de la médiation ou de la procédure participative sont soumises à un contrainte de délai raisonnable de nature à rassurer les parties au différend quant à leur droit d'accès au juge. L'exercice de ce droit au juge est par ailleurs garanti, au visa de l'article 2238 du Code civil, par la suspension temporaire de la prescription – de six mois maximum – « *à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation* », le texte précisant encore que « *la prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative* ». C'est donc à compter de la première réunion entre le tiers missionné et les parties au différend, durant laquelle la convention de médiation ou de conciliation est conclue entre tous les acteurs à la résolution amiable du différend, que le délai de trois mois renouvelable une fois commence à courir.

Un délai pour une tentative – d'un point de vue contractuel – de formation et de

conclusion de l'accord amiable qui paraît tout fait raisonnable au regard de la procédure contentieuse devant le juge du fond⁸⁵³. Ce délai raisonnable faisant écho à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme relatif au droit à un procès équitable qui dispose à son paragraphe premier que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ces droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». Dans le cadre de l'émergence d'un droit au recours effectif à la résolution amiable des différends, celui-ci pourrait donc impliquer que les parties à un différend aient, dans le cadre *judiciaire* ou *extrajudiciaire*, dans la limite du respect de l'ordre public et d'une commune volonté, le droit à ce que leur cause soit entendue équitablement, en toute confidentialité et dans un délai raisonnable, impliquant un recours effectif, soit à un tiers compétent, neutre, impartial et indépendant, soit à l'assistance de leurs avocats respectifs afin de tenter, de bonne foi, une résolution amiable de leurs différends permettant la conclusion d'un accord amiable résolutif du différend.

À toutes fins utiles, il nous paraît important de relever que la première chambre civile de la Cour de cassation est venue se prononcer sur l'application de l'article 2238 du Code civil relatif à la suspension des délais de prescription à compter du jour où, après la survenance d'un litige les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. Disposition prévoyant également la suspension de la prescription à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative. La Haute juridiction est ainsi venue exclure, par un arrêt en date du 13 mai 2014, l'application de la suspension de la prescription à de simples pourparlers⁸⁵⁴. En d'autres termes, la suspension de la prescription ne peut être activée dès lors que les pourparlers de l'accord amiable, n'ont pas été procéduralisés par la mise en œuvre d'un recours à la résolution amiable ou fait l'objet d'une convention de conciliation, de médiation ou de procédure participative.

C. L'objet du différend

499. La limite toute relative tenant au respect de l'ordre public. L'article 1162 du

⁸⁵³ Médiation et conciliation pouvant, au demeurant être mises en œuvre, tout comme la procédure participative alors même que le juge est saisi du litige, que ce soit le juge du fond ou le juge des référés.

⁸⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2014, n° 13-13.406, *Bull. civ.* I, 2014, n° 83; *D.* 2014, p. 2037, note E. Fischer-Achoura; *ibid.* p. 1715, note I. Darret-Courgeon; *ibid.* 2015, p. 287, obs. N. Fricero; *JCP G*, 2014, n° 998, note M. Billiau.

Code civil – tel qu’issu de la réforme du droit des contrats – dispose, au titre du contenu du contrat, que « *le contrat ne peut déroger à l’ordre public, ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». Les stipulations et le but commun des conventions de conciliation, de médiation et de procédure participative ne doivent pas être contraires – en conséquence et en écho aux articles 6 et 1102 alinéa second du Code civil⁸⁵⁵ – à l’ordre public. À cet égard, nous avons constaté que dans de nombreux domaines, pourtant fortement marqués par l’ordre public, et notamment par un ordre public de protection de la partie faible, le législateur a spécialement aménagé le recours à la résolution amiable des différends. Cette limite paraît donc relative. Le respect de l’ordre public imprègne l’ensemble de la résolution amiable des différends fondée – du déclenchement de sa mise en œuvre à l’avènement de la conclusion de l’accord amiable – sur la technique contractuelle et doit, en conséquence, être garanti. Il est par conséquent impossible de tenter de négocier un accord amiable qui viserait à contourner l’application des règles de droit en dévoyant la mission du juge étatique. Nous comprenons que le contrôle du respect de l’ordre public puisse être assuré par une police du comportement exercé par le tiers missionné, conciliateur, médiateur et avocats assistant dans le cadre de la procédure participative ou du droit collaboratif. Un accord amiable contraire à l’ordre public pourrait sans difficulté être anéanti par une nullité prononcée par le juge.

490. La notion de différend au stade de la conclusion des conventions encadrant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable. Le législateur, aux termes de l’article 2063 du Code civil relatif au contenu de la convention de procédure participative, exige, à peine de nullité du contrat, que soit mentionné dans l’écrit, l’objet du différend. Celui-ci, à ce stade ne fait pas encore l’objet de négociations. Il s’agit donc, en pratique, pour les avocats assistant les parties de cibler principalement le litige qui oppose les parties, c’est-à-dire le différend réduit à sa dimension juridique. En matière de conciliation et de médiation, le conciliateur et le médiateur sont confrontés à la même détermination de l’objet du différend lorsqu’ils prennent connaissance des éléments du dossier.

Cette détermination de l’objet du différend par les tiers missionnés possède deux vertus. Il s’agit, en premier lieu, de cibler le litige et la compatibilité de son traitement amiable à l’ordre public. En second lieu, cette détermination de la dimension juridique du différend – le

⁸⁵⁵ P. rappel, l’art. 6 CCiv. dispose qu’« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs* » et l’al. 2nd de l’art. 1102 du même Code – issu de la réforme du droit des contrats – que « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l’ordre public* ».

litige – permet d’asseoir une base à la négociation raisonnée au cours de laquelle d’autres dimensions du conflit pourront être pris en compte. Le différend fait partie intégrante du *negocium*, et est donc extrêmement variable d’un domaine à un autre du droit – difficultés en droit des entreprises en difficultés, conséquences de la rupture d’un mariage, conséquences de la rupture d’un contrat de travail, harcèlement moral au travail, accident médical ou encore validité, interprétation, inexécution et rupture contractuelles – mais également, au cas par cas.

491. Un contenu servant un but commun. Les conventions de procédure participative, de conciliation et de médiation ont, nous l’avons constaté, pour but commun d’organiser la mise en œuvre des processus ou procédure qu’elle renferment. L’ensemble des processus – conciliation, médiation, procédure participative droit collaboratif – permettent la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend, c’est-à-dire la négociation du différend et la rencontre d’offre et d’acceptation sur la solution retenue au différend permettant la formation et la conclusion de l’accord amiable. Ces conventions renferment ainsi des processus de formation de l’accord amiable et consistent donc en des conventions préparatoires à l’accord amiable.

Afin de servir ce but commun, de formation et de conclusion de l’accord amiable renfermant la solution du différend, les parties à la convention – parties au différend et tiers missionnés – doivent consentir à un certain nombre d’obligations, pour certaines réciproques. Lorsque la convention est écrite, comme l’impose le législateur pour la convention de procédure participative, les obligations prennent la forme de stipulations. Ces obligations demeurent souvent orales lorsque la convention est conclue entre le tiers missionné et les parties au différend dans le cadre de la convention de conciliation ou de médiation.

D. Des principes directeurs contractualisés

492. Des principes directeurs contractualisés. Les processus de conciliation, de médiation et la procédure participative étant traditionnellement abordées sous l’angle procédural, la doctrine vise les « principes directeurs de la justice contractuelle »⁸⁵⁶, faisant échos aux principes directeurs du procès⁸⁵⁷. Ces principes attestent de l’unité de régime de la résolution amiable des différends et fondent l’existence d’un *droit au recours effectif à la résolution amiable des différends*.

⁸⁵⁶ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 222, n° 52 s.

⁸⁵⁷ Notamment au regard des principes de loyauté procédurale et du principe de célérité.

Néanmoins, il convient de se placer sur le terrain contractuel afin de constater que ces principes sont, en définitive, contractualisés. Ils se traduisent dans le cadre de la conclusion des conventions de conciliation, de médiation et de procédure participative par des obligations à la charge des parties consentantes. Certaines de ces obligations érigées en principes directeurs sont à la charge des tiers missionnés – conciliateur, médiateur, avocats – **(1)**, d'autres pèsent, de manière réciproque ou non, sur les parties au différend **(2)**.

1) Les obligations à la charge des tiers missionnés

493. La distinction entre déontologie et éthique. Le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu définit l'éthique comme l'« ensemble de principes et valeurs guidant des comportements sociaux et professionnels, et inspirant des règles déontologiques (codes de bonne conduite, de déontologie ou de bonnes pratiques) ou juridiques (loi dites bioéthiques) » et la déontologie comme l'« ensemble des devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle libérale et le plus souvent définis par un ordre professionnel »⁸⁵⁸. Exceptés les avocats, tiers missionnés bénéficiant d'un monopole dans l'assistance à la procédure participative, pour lesquels il existe un ordre professionnel, les conciliateurs et médiateurs qui n'effectuent qu'une mission n'ont pas d'ordre professionnel établi. Néanmoins tous répondent à des Codes de déontologie, au titre desquels le Code national de déontologie du médiateur⁸⁵⁹. À la différence de l'éthique professionnelle, qui définit ce qu'un individu particulier estime comme moralement correct dans sa profession, la déontologie professionnelle est un code de conduite faisant peser sur les professionnels des devoirs et obligations. Dans le cadre de la résolution amiable des différends, les devoirs et obligations déontologiques des tiers missionnés sont des principes contractualisés dans l'engagement les liant aux parties au différend.

494. Principes directeurs de la résolution amiable des différends et positionnement des tiers missionnés. Les principes directeurs de la résolution amiable des différends s'imposent aux tiers missionnés, conciliateur, médiateur ou avocats assistant les parties dans la procédure participative. Ceux-ci, en fonction du processus choisi, ont un positionnement variable dans le déroulement de la tentative de résolution amiable du différend. Cela implique, d'un point de vue contractuel, qu'en s'engageant dans la conclusion des conventions de mise en œuvre des processus et procédures de résolution amiable des différends, certaines obligations

⁸⁵⁸ Le Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc., V° « Éthique » et « Déontologie ».

⁸⁵⁹ Accessible sur le site de l'Association nationale des Médiateurs (ANM) : www.anm-mediation.com.

soient communes à l'ensemble des tiers missionnés **(a)**, d'autres spécifiques au conciliateur et médiateur **(b)** et d'autres encore aux avocats assistants les parties dans la procédure participative **(c)**.

a) Les obligations communes à l'ensemble des tiers missionnés

495. Information, compétence et confidentialité. Dès lors qu'ils sont désignés ou ont en charge de mener à bien la tentative de résolution amiable du différend, les tiers missionnés – conciliateur, médiateur, avocats – assistant les parties dans la résolution amiable du différend qui les oppose, sont tout d'abord tenus par une obligation d'information sur l'objet et le déroulement du processus concerné **(I)**. L'obligation d'information peut être rattachée à l'obligation de compétence qui s'impose naturellement, bien que celle-ci soit plus large **(II)**. Au-delà, l'ensemble des tiers missionnés sont soumis au principe directeur spécifique à la résolution amiable des différends : le principe de confidentialité **(III)**.

I. L'obligation d'information

496. Une obligation légale. Certains droits spéciaux de la résolution amiable des différends, font ressortir cette obligation d'information pesant sur les tiers missionnés à la résolution amiable des différends, en particulier lorsque le juge enjoint les parties de rencontrer un tiers missionné. Ainsi, l'article 373-2-11 3° du Code civil dans le cadre des difficultés relatives à l'autorité parentale, mais également l'article 255 2° du Code civil en ce qui concerne les mesures provisoires pouvant être prises en matière de divorce contentieux, prévoient que le juge peut obliger les parties à rencontrer un médiateur « *qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure* ».

Cette obligation légale d'information – corollaire de l'obligation de rencontrer le tiers missionné contenue dans les clauses de résolution amiable des différends ou prévue par le législateur – s'étend à l'ensemble des processus et procédure de résolution amiable des différends.

497. L'information sur l'objet de la procédure de résolution amiable du différend. Dès lors que le conciliateur ou le médiateur est désigné, ou que les avocats envisagent la mise en œuvre d'une procédure participative, l'ensemble de ces tiers doivent informer sur le processus choisi lors de la première rencontre ou de la prise de contact avec les parties au

différend.

L'objet de ces processus, quel qu'il soit, est *d'organiser et d'encadrer la tentative de résolution amiable du différend*. Les tiers missionnés doivent donc préciser aux parties le caractère volontaire de la démarche amiable et, que dans tous les cas, il ne s'agit que d'une tentative. Cela implique d'informer les parties sur le fait qu'elles ne sont aucunement obligées de conclure un accord amiable, qu'elles conservent leur droit d'accès au juge et peuvent mettre un terme au processus à tout moment. Elles sont ainsi libres de ne pas mettre en œuvre le processus choisi et, en conséquence, libres de ne pas conclure la convention de procédure participative ou de consentir aux principes et règles de mise en œuvre de la conciliation ou de la médiation. Il s'agit pour les tiers missionnés de définir clairement, en toute transparence, le processus de conciliation, de médiation ou la procédure participative.

498. L'information sur l'objectif du processus ou de la procédure de résolution amiable du différend. L'information sur l'objectif des processus ou procédures de résolution amiable des différends ne doit pas être négligée. S'il est évident pour tous que l'objectif est de résoudre le différend, ce n'est là que d'un point de vue procédural. Que ce soit en ayant recours au juge, à l'arbitre ou au tiers missionné à la résolution amiable du différend, l'objectif est, dans tous les cas de résoudre le différend.

Le tiers missionné à la résolution amiable du différend est tenu d'informer les parties au différend sur la finalité du processus choisi. Le but commun souhaité des processus et procédures de résolution amiable du différend étant la conclusion d'un accord amiable satisfaisant pour l'ensemble des parties au différend, il s'agit pour le tiers missionné de dispenser une information sur la nature contractuelle de l'accord des parties, qui consentiront à la solution au différend qu'elles auront trouvée, assistées dans leur démarche. Cela implique également une information sur les effets de l'accord amiable, au regard de la force obligatoire et/ou d'une possible qualification transactionnelle, et/ou d'une possible homologation par le juge. Le tiers rappelle que le processus choisi permettant la négociation du différend et la recherche d'une solution entre les parties ne les oblige aucunement à cet objectif de conclusion d'un accord amiable. En outre, si le tiers missionné est partie aux conventions de procédure participative, de conciliation ou de médiation, il n'est point partie à l'accord amiable consacrant la réussite de la tentative de résolution amiable du différend.

499. L'information sur le déroulement du processus ou de la procédure de résolution amiable du différend. Concernant le déroulement, l'information porte sur

l'ensemble des principes directeurs de la résolution amiable. À travers cette information, le tiers missionné assoit une autorité, ayant en charge une police du comportement, et se fait le garant de la sécurité juridique du déroulement jusqu'au terme de la tentative de résolution amiable du différend par le processus choisi. Cette obligation d'information sur le déroulement de la tentative de résolution amiable du différend n'implique pas l'obligation pour les tiers de faire état des techniques de rétablissement de la communication, de gestion du conflit qu'il est amené à mettre en œuvre. Il s'agit de présenter et d'expliquer les principes directeurs de la résolution amiable et les obligations réciproques qui en découlent.

Par ailleurs et si ce n'est pas déjà le cas, le tiers missionné à la résolution amiable informe les parties sur la possibilité de se faire assister par leurs avocats respectifs – par souci d'égalité des armes et d'équité – lesquels peuvent les assister et les accompagner, en particulier dans la rédaction l'accord amiable finalisant la résolution amiable du différend.

500. L'information au service du principe de transparence et du droit d'accès à la résolution amiable des différends. La transposition en droit interne de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 *relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation*⁸⁶⁰ opérée par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015⁸⁶¹ est venue renforcer l'obligation d'information du médiateur, mais également celle du professionnel. Le législateur a entendu rendre effectif l'accès du consommateur à la résolution amiable des différends.

Ainsi, un chapitre, faisant l'objet des articles L. 614-1 à L. 614-5 du Code de la consommation, est consacré aux « *obligations de communication du médiateur de la consommation* »⁸⁶². Outre l'accès à la médiation par voie postale, le médiateur a l'obligation de mettre en place un site internet consacré à la médiation et « *fournissant un accès direct aux informations relatives au processus de médiation* »⁸⁶³. Par ailleurs, le site internet du médiateur fournit un lien électronique vers la plateforme européenne de résolution en ligne des litiges de

⁸⁶⁰ Dir. 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 *relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC)*, préc.

⁸⁶¹ Ord. n° 2015-1033 du 20 août 2015 *relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation*, préc., ayant donné lieu au décr. d'application n° 2015-1382 du 30 oct. 2015 *relatif à la médiation des litiges de la consommation*, préc.

⁸⁶² Voy. l'anc. art. L. 154-1 et L. 154-2 C. consom. : ainsi, la recodification du Code de la consommation a procédé à un découpage afin de rendre plus lisible les obligations de communication du médiateur de la consommation.

⁸⁶³ Voy. l'art. L. 614-1 C. Consomm. : le consommateur doit pouvoir déposer en ligne une demande de médiation accompagnée des documents justificatifs. Les informations peuvent être mises à disposition sur un autre support durable.

la consommation⁸⁶⁴. Par ailleurs, le médiateur de la consommation est inscrit sur la liste des médiateurs notifiée à la Commission européenne et est tenu d'établir chaque année un rapport sur son activité⁸⁶⁵. Outre l'obligation d'information au public, le médiateur de la consommation est également tenu de communiquer à la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation, l'ensemble des informations relatives à ses compétences, son organisation et son activité.

Compte tenu de l'ensemble de ces exigences qui présentent une certaine lourdeur pour les médiateurs personne physique, les médiateurs de la consommation inscrit sur la liste auprès de la Commissions d'évaluation et de contrôle de la médiation et Commission européenne sont principalement des médiateurs institutionnels et/ou sectoriels chapeautant des services de médiation ou bien des personnes morales, telles que des Centres de médiation. De fait, les médiateurs se regroupent au sein de structures gérant tant leur désignation que la communication des informations auprès des différentes commissions.

Concernant le professionnel, celui-ci est également tenu à une obligation d'information et d'assistance du consommateur. Ainsi, l'article L. 616-1 du Code de la consommation dispose que tout professionnel communique au consommateur, les coordonnées du ou des médiateurs compétents dont il relève. Une information qui doit être réitérée au consommateur, dès lors qu'un litige n'a pas pu être réglé dans le cadre d'une réclamation préalable directement introduite auprès de ses services⁸⁶⁶. L'obligation préalable d'information se développe donc en amont de la conclusion des conventions organisant la mise en œuvre de la résolution amiable des différends et induit que les médiateurs, non seulement des litiges de la consommation, organisent la diffusion de leur information et de leurs activités.

501. La question de la sanction du défaut d'information préalable et ses incidences.

L'article liminaire du Code de la consommation définit le professionnel comme « *toute personne physique ou morale, publique ou prouvée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* ». La question se pose de savoir si le

⁸⁶⁴ Plateforme prévue par le règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 *relatif au règlement en ligne des litiges de consommation*, modifiant le règlement (CEE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC) : cette médiation en ligne ne peut convenir qu'à des litiges de montant faible. Elle exclut toute rencontre avec les parties et limite les techniques de communication du médiateur.

⁸⁶⁵ Voy. l'art. L. 613-1 C. consomm. et l'anc. art. L. 153-1 C. consomm.

⁸⁶⁶ L'art. L. 616-2 C. consomm. ajoute une obligation d'information sur le règlement en ligne des litiges de la consommation et l'art. L. 616-3 prévoit également l'obligation d'assistance et les informations nécessaires dans le cas de litiges transfrontaliers.

médiateur de la consommation, et plus largement les médiateurs, sont des professionnels. En effet, le législateur a prévu, dans le cadre du « *règlement des litiges* »⁸⁶⁷, un titre consacré aux « *sanctions* »⁸⁶⁸ visant dans un chapitre unique, la médiation. Ainsi, l'article L. 641-1 du Code de la consommation dispose que « *tout manquement aux obligations d'information mentionnées aux articles L. 616-1 et L. 616-2 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale dans les conditions prévues au chapitre II du titre II du Livre V* ». Pour l'heure, cette disposition vise le professionnel, partie au différend, qui manque à son obligation d'information relative à l'accès à la résolution amiable des différends *extrajudiciaire* auprès des consommateurs.

Toutefois, nous pouvons légitimement nous interroger sur le point de savoir si cette sanction ne pourrait pas être étendue au médiateur, œuvrant comme professionnel de la résolution amiable des différends, au titre du contrat de prestation de service qui le lie aux parties au différend. Nous pourrions être tentés d'imaginer l'application de cette sanction à un professionnel libéral missionné à la médiation⁸⁶⁹ ne communiquant pas auprès des clients amenés à le saisir et plus largement au public⁸⁷⁰. Cette question reste en suspens.

Au titre de la médiation de la consommation, la sanction du défaut d'informations devant être transmises auprès de la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation⁸⁷¹ est prévue dans le cadre des dispositions de l'article L. 615-2 du Code de la consommation et consiste en une sanction disciplinaire. Ainsi, et en premier lieu, si le médiateur ne satisfait pas aux exigences de compétences et d'informations imposées, la Commission peut refuser toute inscription sur la liste des médiateurs de la consommation⁸⁷². En second lieu, le texte prévoit sur « *s'il est déjà inscrit et qu'il ne répond pas plus à ces conditions ou ne respecte pas les obligations lui incombant, la commission peut décider du retrait de l'intéressé de cette liste* »⁸⁷³, instituant une sanction de radiation. En outre, l'article L. 615-3 du Code la consommation prévoit que si la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation peut se saisir d'office, elle peut également être saisie par la ministre chargé de l'économie, par le

⁸⁶⁷ Livre VI de la partie législative du Code de la consommation.

⁸⁶⁸ Titre IV du Livre VI du Code de la Consommation.

⁸⁶⁹ P. ex. un avocat missionné en tant que médiateur pour le traitement d'un différend.

⁸⁷⁰ Voy. l'art. L. 614-4 C. consomm. et compl. par l'art. L. 614-1 C. consomm.

⁸⁷¹ P. rappel, art. L. 614-1 à L. 614-5 et R. 614-1 à R. 614-4 C. consomm. pour les obligations de communication du médiateur de la consommation.

⁸⁷² Dès les premiers mois suivant sa nomination, la sélection opérée par la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation examinant, au visa de l'art. R. 615-5 C. consomm, les candidatures des personnes souhaitant être inscrites sur la liste des médiateurs de la consommation au vue des informations communiquées s'avère stricte.

⁸⁷³ Voy. l'art. L. 615-2 al. 2nd ; au surplus, l'art. L. 615-2 *in fine* prévoit que le refus d'inscription ou le retrait de la liste est motivée et notifiée à l'intéressé.

ministre chargé de la consommation, par l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, par les associations de défense des consommateurs agréées et par les organisations professionnelles de toute pratique de médiation, ou de toute condition d’exercice de l’activité de médiateur considérée comme contraire aux dispositions instituées au titre de la médiation de la consommation. Il ressort de ces dispositions que le contrôle de la compétence des médiateurs s’affirme fortement.

II. *L’obligation de compétence*

502. Position du problème. Rien ne fait obstacle à ce que les parties, en particulier dans le cadre d’une *clause de résolution amiable des différends* stipulée dans leur contrat, prévoient la désignation d’une proche personne, d’une connaissance qui se chargera au jour de la survenance du différend de tenter de les concilier. Néanmoins, la désignation d’un tiers missionné à la résolution amiable des différends, en particulier au jour de la survenance du différend, peut poser des difficultés de nature à renforcer le conflit des parties. C’est un risque que les rédacteurs d’acte ne doivent pas négliger.

503. Le phénomène d’institutionnalisation de conciliation et de la médiation. Nous constatons de manière générale que la résolution amiable des différends par conciliation ou médiation s’institutionnalise.

En premier lieu, dans le cadre *judiciaire*, les juges amenés à désigner des tiers missionnés – conciliateur⁸⁷⁴ ou médiateur⁸⁷⁵ – disposent de listes constituées au sein des cours d’appel. À la fin des années 1970, le décret n° 78-381 du 20 mars 1978⁸⁷⁶ instituant les conciliateurs de justice, précisait déjà que « *peuvent être nommées conciliateurs de justice, les personnes justifiant d’une expérience en matière juridique d’au moins trois ans, que leur compétence et leur activité qualifient particulièrement pour l’exercice de ces fonctions* »⁸⁷⁷. Récemment, le décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 *relatif à la liste des médiateurs de la*

⁸⁷⁴ Décr. n° 78-381 du 20 mars 1978 *relatif aux conciliateurs de justice, préc.*

⁸⁷⁵ L’art. 8 de la loi n°2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle* est venu ajouter un nouvel art. 22-1 A à la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995 précisant qu’« *il est établi, pour l’information des juges, une liste de médiateurs dressée par chaque cour d’appel, dans les conditions fixées par un décret en conseil d’État pris dans le délai de six mois à compter de la promulgation de la loi n° 2016-1546 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle* ». Près d’un an après la promulgation de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle, le décr. n° 2017-1457 *relatif à la liste des médiateurs de la Cour d’appel* a été adopté le 9 oct. 2017, *JO* n° 0238 du 11 oct. 2017. Cette liste comprend une rubrique spéciale pour les médiateurs familiaux lesquels doivent être titulaire du diplôme de médiateur familial.

⁸⁷⁶ Décr. n° 78-381 du 20 mars 1978 *relatif aux conciliateurs de justice, préc.*

⁸⁷⁷ Voy. l’art. 2 al. 2nd du décr. n° 78-381 du 20 mars 1978, *préc.*

cour d'appel, promulgué dans le cadre de l'adoption de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle organise l'établissement d'une liste de médiateur pour l'information des juges. Une information également prévue à l'égard du public, cette liste étant « mise à la disposition du public par tous moyens, notamment dans les locaux appropriés des cours d'appel, des tribunaux de grande instance et d'instance, des conseils de prud'hommes et des tribunaux de commerce »⁸⁷⁸. Au regard de l'obligation de compétence, l'article second du décret précise les conditions d'éligibilité des personnes physiques et morales pouvant figurer sur cette liste de médiateurs, au titre desquelles outre l'absence de condamnations, d'incapacité et de déchéance et d'actes contraires à la probité et aux bonnes mœurs, la justification d'« une formation ou d'une expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation »⁸⁷⁹.

Dans le cadre *extrajudiciaire*, l'article 1530 définissant les conciliation et médiation « conventionnelles » par référence à l'article 21 la loi n° 95-125 du 8 février 1995, reprend l'exigence de compétence posée à l'article 21-2 du texte. Cette exigence s'impose ainsi au médiateur et au conciliateur, que celui-ci intervienne dans le cadre *judiciaire* ou *extrajudiciaire*. Plus précisément, l'article 1532 du Code de procédure civile dispose que le médiateur, en ce qui concerne la médiation dite « conventionnelle », peut être une personne physique ou une personne morale. Dans ce dernier cas, la personne morale, par exemple un Centre de médiation, désigne avec l'accord des parties, la personne physique chargée d'accomplir la mission de médiation. Dans tous les cas, l'article 1533 2° du même Code précise que le médiateur doit « posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ou justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ». Garantissant ce principe de compétence, il convient de ne pas négliger l'existence des Centres de médiation qui, en tant que personnes morales ont, non seulement en charge de désigner des médiateurs, au sens des articles 1532 et 1533 du Code de procédure civile, mais également la formation des

⁸⁷⁸ Voy. l'art. 1^{er} décr. n° 2017-1457 du 9 oct. 2017 *relatif à la liste des médiateurs de la Cour d'appel*, préc. ; Voy. ég. Ph. Bertrand, « La liste des médiateurs dans chaque cour d'appel : nouvelle exigence de la loi J21 », *Gaz. Pal.* 14 févr. 2017, p. 17.

⁸⁷⁹ Très récemment et suite à l'établissement des listes de médiateurs auprès des cours d'appel dans le prolongement du décret, la Cour de cassation a été saisie à plusieurs reprises de pourvois contestant des refus opposés par des cours d'appel d'inscription sur la liste des médiateurs : Cass. civ. 2^{ème}, 27 sept. 2018, (deux arrêts), n° 18-60.132, PB et n° 18-60.091, PB : Le candidat n'a pas à justifier d'un diplôme, la justification d'une formation ou d'une expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation étant seulement requise du décret, de même que le texte réglementaire, ne prévoit pas au titre des conditions d'éligibilité, la connaissance du contexte local ou le surcoût de la médiation du fait de l'éloignement géographique du médiateur – Et plus récemment encore, Cass. civ. 2^{ème}, 18 oct. 2018, n° 18-60.119, PB : la Cour de cassation se conforme au texte du décret, ainsi la Cour d'appel n'a pas à entendre le candidat lorsqu'elle oppose un refus à l'inscription sur la liste.

médiateurs⁸⁸⁰ et le règlement amiable des différends en leur sein. Certains ont pris attache auprès des Chambre de commerce et d'industrie⁸⁸¹, et tous se regroupent au sein de la Fédération nationale des Centres de médiation⁸⁸² et de l'Association nationale des médiateurs⁸⁸³.

Par ailleurs, nous avons pu constater l'existence, dans nombre de domaines, de Commissions instituées pour la résolution amiable des différends, par conciliation ou médiation. Ainsi est-ce le cas, à titre d'exemples, des Commissions de conciliation en matière de baux ou encore des Commissions de conciliation et d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux. Certains représentants de professions peuvent également être missionnés à la résolution amiable des différends, au titre de leur compétence sectorielle⁸⁸⁴. D'autres encore, désignés comme médiateurs sont institués, de manière permanente et sectorielle, ayant à leur charge un service de résolution amiable des différends⁸⁸⁵. Enfin, nous relevons que, dans le cadre de la médiation de la consommation, le législateur a encore renforcé l'obligation de compétence des médiateurs de la consommation en prévoyant le contrôle des listes de médiateurs et des activités par l'instauration d'une Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation⁸⁸⁶.

504. La question de la professionnalisation des médiateurs et conciliateurs. La question de la professionnalisation de la mission des médiateurs et des conciliateurs se présentent comme une question d'avenir. D'autant que la transposition en droit interne de la directive 2013/11/UE⁸⁸⁷ par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 *relative à la médiation des litiges de la consommation*⁸⁸⁸ a créé aux vises des articles L. 613-1 à L. 613-3 du

⁸⁸⁰ Ainsi p. ex. le Centre de médiation et d'arbitrage Paris propose des formations certifiantes à la médiation. Par ailleurs, les médiateurs agréés ont des obligations de formation continue permettant au cours de groupement de pouvoir débattre et approfondir leur pratique en constante évolution.

⁸⁸¹ P. ex. le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris : www.CMAP.fr.

⁸⁸² La fédération française des centres de médiations : voy. www.ffcmmediation.fr

⁸⁸³ Voy. www.anm-mediation.com

⁸⁸⁴ Ainsi est-ce le cas de la mission pouvant être dévolue au président de la Chambre des notaires.

⁸⁸⁵ Voy. Le Club des médiateurs www.clubdesmediateurs.fr : p. ex. le Médiateur de l'Autorité des marchés financiers, le Médiateur des ministères économiques et financiers, le Médiateur National de l'énergie, le Médiateur de l'eau, le Médiateur des entreprises, le Médiateur de l'assurance, le Médiateur de la SNCF mobilités ou encore, sans tous les cités, le Médiateur du tourisme et du voyage.

⁸⁸⁶ Voy. les art. L. 615-1 à L. 615-4 C. consomm. et les anc. art. L. 155-2 à L. 155-6 C. Consumm. : Cette Commission a été nommée par arrêté du 15 déc. 2015.

⁸⁸⁷ Dir. 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 *relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC), préc.*

⁸⁸⁸ Ord. n° 2015-1033 du 20 août 2015 *relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation, préc.*, ayant donné lieu au décr. d'application n° 2015-1382 du 30 oct. 2015 *relatif à la médiation des litiges de la consommation, préc.*

Code de la consommation⁸⁸⁹ un statut du médiateur de la consommation et multiplié les obligations d'information à la charge du médiateur.

Il est certain que les aspects tant procéduraux que contractuels de la résolution amiable des différends imposent une compétence du tiers missionné – conciliateur, médiateur, avocats – aussi bien qu'elle est requise de l'arbitre ou du juge. La compétence est une garantie de la sécurité juridique de la résolution amiable des différends. Elle soulève de fait la question des coûts de la procédure amiable et de la rémunération des tiers missionnés.

505. Le positionnement des avocats dans le cadre de la procédure participative.

Nous le rappelons, les avocats bénéficient, dans le cadre du déclenchement et de la mise en œuvre de la procédure participative, d'un monopole légal d'assistance aux visés des articles 2064 du Code civil et 1544 du Code de procédure civile. Le recours à la procédure participative pour la mise en œuvre d'une tentative de résolution amiable du différend, se prête particulièrement bien au nouveau cas de divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire* dénommé « *divorce par consentement mutuel par sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* » et est amené à se développer.

En pratique, le recours à la procédure participative implique qu'au moins un avocat des parties propose cette procédure de résolution amiable du différend à son client. Elle suppose ainsi que l'avocat soit formé à la procédure participative et au travail collaboratif. Le conseil de la partie adverse doit également être au fait et compétent en matière de résolution amiable des différends. Ainsi, si les avocats n'œuvrent pas comme des médiateurs ou des conciliateurs, il n'en demeure pas moins qu'ils doivent maîtriser tant le cadre juridique de la résolution amiable que les techniques de communication et de psychologie de la négociation raisonnée. En pratique, les avocats sont amenés à se départir du positionnement de confrontation qu'ils adoptent dans le cadre de la procédure contentieuse, afin d'œuvrer à un travail collaboratif. Ce souci de compétence explique le développement de la formation à la résolution amiable des différends au sein des universités par le biais de formations spécialisées⁸⁹⁰, mais également au sein des écoles de formations des élèves avocats et en formation continue au sein même des Barreaux.

⁸⁸⁹ Voy. l'anc. art. L. 153-1 à l. 153-3 C. consom.

⁸⁹⁰ P. ex le Diplôme d'études supérieures d'université (DESU) Méd@Aff, proposant une formation à la médiation et la négociation en droit des affaires, créée dès 2013 à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille Université, ainsi que la participation depuis l'année 2012 des étudiants de l'Institut de Droit des Affaires (IDA) au Concours International Francophone de Médiation du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP).

III. L'obligation de confidentialité

506. Un principe directeur spécifique aux processus et procédures volontaires de résolution des différends. La confidentialité apparaît comme « une garantie essentielle des modes alternatifs de règlement des conflits »⁸⁹¹. Sous réserve de la médiation pénale, qui demeure sous l'emprise d'un ordre public de direction⁸⁹², le législateur soumet l'ensemble des processus et procédures volontaires de résolution des différends à cette exigence, s'érigeant comme un principe spécifique à la résolution « alternative » des différends.

Tout d'abord, un regard doit être apporté sur l'arbitrage. L'article 1464 du Code de procédure civile dispose en effet, *in fine*, que « *sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité* ». La confidentialité s'impose aux parties, mais également à l'arbitre. Ensuite, et pour ce qui concerne notre étude, le principe de confidentialité imprègne l'ensemble du droit commun procédural et des droits spéciaux de la résolution amiable des différends, tant dans le cadre *judiciaire*, qu'*extrajudiciaire*.

507. La consécration du principe de confidentialité au titre du droit commun procédural de la résolution amiable *judiciaire* et *extrajudiciaire* des différends. Les processus de conciliation et de médiation sont menés par le tiers conciliateur ou médiateur. Or les missions de conciliateur ou de médiateur n'étant pas à des professions réglementées, ces derniers ne sont pas tenus au « secret professionnel » prévu à l'article 226-13 du Code pénal⁸⁹³, sauf à exercer en dehors de leur mission de conciliation ou de médiation, des professions réglementées (avocat, notaire, huissier). Le législateur a spécialement consacré le principe de confidentialité applicable à l'ensemble de la résolution amiable des différends.

Tout d'abord, le texte fondateur du droit commun procédural de la résolution amiable des différends – la loi n° 95-125 du 8 février 1995 – prévoit dans le cadre de ses dispositions générales, à l'article 21-3 alinéa premier, que « *sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité* ». Le principe de confidentialité ne s'impose donc pas comme un principe d'ordre public dans la mesure où il peut faire l'objet d'aménagements

⁸⁹¹ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 230, n° 55.

⁸⁹² Cass. soc. 2 déc. 2009, n° 07-45.698, *JCP* 2010, p. 295, note J.-P. Tricoit : les déclarations recueillies durant la médiation pénale peuvent être utilisées sans l'accord des parties dans le cadre d'une instance civile, notamment devant les juridictions du travail.

⁸⁹³ Lequel dispose que « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

dans le cadre de la conclusion des conventions organisant la tentative de résolution amiable. Le législateur a précisé la signification de ce principe à l'alinéa second du texte, lequel dispose que « *les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers, ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties* ».

Plus précisément, dans le cadre *judiciaire*, l'article 129-4 alinéa second du Code de procédure civile – en matière de conciliation déléguée dans le cadre *judiciaire* à un conciliateur de justice – précise que « *les constatations du conciliateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites, ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties ni, en tout état de cause, dans une autre instance* ». Par ailleurs, l'article 131-14 du Code de procédure civile relatif à la médiation *judiciaire*, reprend au mot près – le médiateur remplaçant le conciliateur – la formule de l'article 129-4 alinéa second du Code de procédure civile. La jurisprudence, pour sa part, a été amenée à se prononcer sur le principe de confidentialité dans le cadre de la médiation *judiciaire*. Ainsi les constatations de médiation ordonnées par une juridiction étant soumises au principe de confidentialité, le médiateur ne peut, sans l'accord exprès des parties, reproduire dans son rapport les déclarations faites par ces parties tout au long des opérations de médiation qui ont échouées. Le médiateur ne peut davantage donner son sentiment sur le fond de l'affaire, ni formuler des propositions de transaction sans violer les principes de confidentialité et de loyauté qui doivent présider au déroulement de la médiation et participe de sa nature même⁸⁹⁴.

Dans le cadre *extrajudiciaire*, l'article 1531 du Code de procédure civile – suivant la définition de la médiation et de la conciliation dite « *conventionnelles* » donnée à l'article 1530 et renvoyant à la loi n° 95-125 du 8 février 1995 – dispose que « *la médiation et la conciliation conventionnelles sont soumises au principe de confidentialité dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 susmentionnée* ».

Qu'en est-il de la procédure participative ? Si les textes ne font, en la matière, aucune référence au principe de confidentialité, il n'en demeure pas moins que les avocats assistant obligatoirement les parties dans la procédure participative sont tenus par le secret professionnel. Le principe de confidentialité s'exprime donc au travers de l'obligation au secret professionnel de l'avocat.

508. Le rappel du principe confidentialité dans les droits spéciaux de la résolution

⁸⁹⁴ CA Paris, 20 mars 2002, *Gaz. Pal.*, 6-8 avr. 2003, p. 27, obs. A. le Tarnec.

amiable des différends. Lorsqu'il n'est pas systématiquement opéré un renvoi à la loi n° 95-125 du 8 février 1995 – et donc, à l'application de l'article 21-3 alinéa premier de la loi visant le principe de confidentialité – le législateur intervenant dans des domaines marqués par un ordre public de protection, rappelle régulièrement ce principe directeur.

Sans reprendre l'ensemble des droits spéciaux de la résolution amiable des différends, nous citons, par exemple, l'article 612-3 du Code de la consommation lequel dispose que « *la médiation des litiges de la consommation est soumise à l'obligation de confidentialité prévue à l'article 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et de la procédure civile, pénale et administrative* »⁸⁹⁵. Une autre illustration est également éclairante en matière de conciliation obligatoire devant le bureau de conciliation et d'orientation en matière prud'homale. L'article L. 1454-1 alinéa second du Code du travail précise, en effet, que « *dans le cadre de cette mission, le bureau de conciliation et d'orientation peut entendre chacune des parties séparément et dans la confidentialité* ». Un dernier exemple, dans un domaine moins marqué par un ordre public de protection, l'article L. 611-15 du Code de commerce, dans le cadre de la conciliation en matière de prévention des entreprises en difficulté, donnant lieu à un « *accord amiable* », dispose que « *toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à mandat ad-hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité* ». Le conciliateur est ainsi soumis, au même titre que le médiateur, au principe de confidentialité.

Par ailleurs, une disposition nous paraît particulière intéressante concernant l'application du principe de confidentialité en matière de médiation, puisque qu'elle prévoit des sanctions en cas d'atteinte. Outre le recours aux Commissions de conciliation et d'indemnisation d'accidents médiaux⁸⁹⁶, nous avons en effet constaté que le législateur aux visas des articles L. 1143-6 et suivants du Code de la santé publique a également prévu le recours à la médiation dans le cadre de l'action de groupe en matière de réparation des préjudices individuels subis par des usagers du système de santé placés dans une situation similaire ou identique, représentés par une association agréée. Le second alinéa de l'article L. 1143-7 du même Code, reprend la même formulation de l'article L. 1142-6 *in fine*⁸⁹⁷ précisant ainsi que « *le médiateur et les membres de la commission sont tenus au secret professionnel concernant les documents et informations reçus et les discussions tenues dans le cadre des*

⁸⁹⁵ Voy. l'anc. art. L. 152-4 C. consom.

⁸⁹⁶ Voy. les art. L. 1142-4 à L.1142-8 C. S. pub.

⁸⁹⁷ Voy. l'art. L. 1142-6 al. 4 : « *Les membres des commissions et les personnes qui ont à connaître des documents et informations détenus par celles-ci sont tenus au secret professionnel, dans les conditions et sous les peines prévues aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal* ».

travaux de la commission, dans les conditions et prévues aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal ». L'article 226-13 du Code pénal dispose en effet, que « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

Nous pourrions en conséquence parfaitement imaginer que cette sanction se généralise au droit commun de la résolution amiable des différends.

509. L'obligation d'information au service du principe de confidentialité. Il ne s'agit aucunement, pour le tiers missionné, de simplement évoquer le principe de confidentialité. Du fait qu'il est tenu par une obligation d'information, le tiers missionné doit expliciter aux parties, en quoi le principe de confidentialité génère des obligations à l'ensemble des acteurs de la tentative de résolution amiable du différend.

Le concernant donc, le tiers missionné doit préciser aux parties que tous les documents et informations qu'il reçoit, ainsi que le contenu des discussions à venir sont soumis à la confidentialité, que ce soit dans l'espace de conciliation, de médiation ou dans le cadre des cabinets d'avocats, lors des réunions plénières. Sous couvert de cette confidentialité, le tiers missionné peut être amené à rencontrer les parties séparément lors de *caucus*, également appelés « apartés ». Ainsi, le tiers missionné précise encore la signification de ces réunions individuelles et leur confidentialité, afin de préparer au mieux les parties dans la négociation du différend. Les *caucus* sont, à ce titre, un espace de confidentialité dans l'espace de confidentialité de la médiation ou de la conciliation, au même titre que les réunions tenues entre un avocat et son client dans le cadre de la procédure participative sont confidentielles. Les tiers missionnés sont, de fait, tenus par les échanges individuels qu'ils peuvent avoir avec les parties, de sorte que seules ces dernières peuvent autoriser le tiers missionné, dans le cadre des réunions plénières, à divulguer des informations, voir des pistes de solutions. C'est là l'une des adaptations du principe de confidentialité par la volonté des parties.

Il s'agit également pour le tiers missionné – conciliation, médiateur ou avocats dans le cadre de la procédure participative – de préciser aux parties, qu'en cas d'échec de la tentative de résolution amiable du différend, aucun élément de l'avancée des négociations, ni documents ou informations ne sera fourni à aucun tiers, y compris le juge compétent du litige. Tout au plus, le tiers missionné peut-il constater l'échec de la tentative de résolution amiable du différend, au sens de l'article 127 du Code de procédure civile, aux fins d'information du juge

qui serait saisi du litige⁸⁹⁸. En cas de réussite de la tentative de résolution amiable aboutissant à la conclusion d'un accord amiable consacrant la volonté des parties consentant à la solution retenue du différend, le tiers missionné est également tenu par la confidentialité couvrant le contenu de l'accord amiable. Le principe de confidentialité s'étend en conséquence à l'accord amiable résolutif du différend.

510. Les limites du principe directeur de confidentialité. Dans le cadre du droit commun de la résolution amiable des différends applicable dans le cadre *judiciaire* et *extrajudiciaire*, le législateur a posé à l'article 21-3, figurant aux dispositions générales de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, deux exceptions au principe de confidentialité.

La première tient à l'existence de raisons d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne.

La seconde concerne la confidentialité couvrant en principe l'accord amiable issu du processus de résolution amiable, puisque celle-ci peut être levée « *lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution* ». Dès lors, nous comprenons qu'il soit prévu – dans le cadre de la médiation prenant place dans le droit commun de l'action de groupe et le droit spécial de l'action de groupe en droit de la consommation⁸⁹⁹, à l'article 76 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 – que l'accord amiable négocié au nom du groupe est, non seulement obligatoirement soumis à une homologation, mais également à des mesures de publicité. La question se pose également de savoir si le recours à l'homologation ne lève pas, sur l'accord amiable, et de manière générale, le voile de la confidentialité.

b) Les obligations spécifiques au conciliateur et au médiateur

511. Neutralité, impartialité, indépendance. La loi n° 95-125 du 8 février 1995, socle du droit commun procédural de la résolution amiable *judiciaire* et *extrajudiciaire* des différends, dispose à son article 21-2 que « *le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ». Une formulation reprise dans le cadre de la définition des médiation et conciliation dite « *conventionnelles* ». En effet, l'article 1530 du Code de procédure civile prévoit que ces processus, définis au regard de l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995,

⁸⁹⁸ C.- Ph. Barrière, « L'obligation du secret entre les juges d'instance et les conciliateurs de justice », *Gaz. Pal.* 21-22- août 2003, p. 2 s.

⁸⁹⁹ Voy. l'art. L. 623-23 al. 2nd C. consomm.

sont mis en œuvre avec l'aide d'un tiers – conciliateur ou médiateur – choisi par les parties « *qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ». Ce texte s'applique également au conciliateur. Lorsque le conciliateur ou le médiateur a été désigné et rencontre, ou s'entretient par téléphone avec les parties, celui-ci est tenu de les informer sur son positionnement dans la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable. Outre leur compétence et la diligence qui en découle, conciliateur ou médiateur doivent également exposer la signification des qualités de leur position : neutralité **(I)**, impartialité **(II)**, et indépendance **(III)**. L'obligation d'information implique, une fois de plus, d'explicitier aux parties, au moment de la conclusion des conventions de conciliation ou de médiation, souvent orales, la signification de ce positionnement.

I. L'obligation de neutralité

512. Signification. Cette obligation n'est pas imposée par le législateur, mais est néanmoins essentielle à la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend, se traduisant d'un point de vue contractuel par la négociation du différend et la recherche de sa solution. Elle est enseignée dans le cadre de la formation du médiateur. Elle implique pour le conciliateur ou le médiateur de se départir des éléments du dossier qui lui est soumis afin que les parties lui exposent leurs versions respectives du différend.

La neutralité se confronte directement au principe de compétence du conciliateur ou du médiateur. À la différence d'un avocat amené à analyser les aspects juridiques du dossier et à se positionner afin de défendre son client, le conciliateur ou le médiateur doit bien évidemment analyser les aspects juridiques du dossier, notamment au regard de la confrontation de la matière du différend à l'ordre public, mais est tenu de prendre suffisamment de recul pour permettre la mise en œuvre des techniques d'écoute active et de communication de nature à révéler tous les aspects du conflit. Il ne s'agit pas, pour le conciliateur ou le médiateur de réduire le différend à une analyse strictement juridique – un litige – mais de rester attentif à toutes les dimensions du conflit. La neutralité implique pour le conciliateur ou le médiateur de ne pas conseiller juridiquement les parties, tout en garantissant le cadre juridique de la tentative de résolution amiable du différend.

513. En pratique. Le conciliateur ou le médiateur, doit informer les parties de la possibilité d'être assistées par leurs avocats, notamment au regard l'objectif de rédaction d'un

accord amiable venant sceller la tentative de résolution amiable du différend⁹⁰⁰. Il informe également les parties sur le déroulement de la première étape de la négociation du différend et des besoins et intérêts consistant à ce que chacune ait un temps de parole afin d'exposer leur version du différend. Le tiers missionné doit convaincre les parties du fait qu'il est essentiel pour lui d'entendre ce qui s'est passé. Il est donc difficile pour les juristes qui se forment à la conciliation ou à la médiation de parvenir à se départir de l'analyse strictement juridique du dossier, au titre, par exemple, d'une inexécution contractuelle et de ses conséquences, afin de rester à l'écoute de l'élargissement du litige à des dimensions économiques, financières, ou psychologiques. Le succès de la tentative de la résolution amiable du différend tient à l'ouverture d'un temps de parole orchestré par le tiers missionné permettant à chacune des parties d'exposer l'ensemble des difficultés rencontrées.

II. L'obligation d'impartialité

514. Un principe issu de droit processuel. L'impartialité est un principe issu de droit processuel, qui s'applique à la résolution amiable des différends. Le conciliateur ou le médiateur doit, sous couvert de son obligation d'information, préciser aux parties qu'il ne se positionne ni en faveur de l'une, ni en faveur de l'autre, mais qu'il œuvre dans l'intérêt et les besoins de toutes les parties.

L'impartialité, favorisée par l'obligation de neutralité, est décrite par certains auteurs, comme « un principe de droit international en puissance »⁹⁰¹. Il a été consacré, au niveau européen, par la directive 2008/52/CE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 portant *sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*⁹⁰² transposée en droit interne par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011⁹⁰³ ayant notamment introduit l'article 21-2 à la loi n° 95-125 du 8 février 1995. Cette exigence apparaît ainsi dans le cadre du droit commun procédural de la résolution amiable *judiciaire* mais également *extrajudiciaire*, au visa de l'article 1530 du Code de procédure civile. Elle est encore rappelée

⁹⁰⁰ À cet égard, le conciliateur ou le médiateur veille en quelque sorte à l'égalité des armes, et à ce que chacune des parties soit assistée par son avocat afin d'éviter les déséquilibres dans la négociation de la conclusion de l'accord amiable.

⁹⁰¹ L. Cadieț, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 238 citant la Recommandation du Conseil de l'Europe sur la médiation civile, Principe 12.

⁹⁰² Art. 3 de la dir. 2008/52/CE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 portant *sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, préc.*, définissant le « médiateur » comme « tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État membre concerné et quelle que soit la façon dont il est nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener ».

⁹⁰³ Ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011 *de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc.*

dans le cadre des droits spéciaux de la résolution amiable des différends. Ainsi, et pour illustrer notre propos, le premier alinéa de l'article L. 613-1 du Code de la consommation, précise que « *le médiateur de la consommation accomplit sa mission avec diligence et compétence, en toute indépendance et impartialité, dans le cadre d'une procédure transparente, efficace et équitable* »⁹⁰⁴. De même, et pour ce qui concerne les Commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, l'alinéa second de l'article L. 1142-6 du Code de la Santé publique précise que « *la composition des commissions régionales et leurs règles de fonctionnement, propres à garantir leur indépendance et leur impartialité, ainsi que la procédure suivie devant ces commissions sont déterminées par décret en Conseil d'État* ». Les principes d'impartialité et d'indépendance sont ainsi liés.

Toutefois, il est possible de s'interroger sur la possibilité pour les parties d'aménager ce principe directeur. En effet, en pratique certains praticiens ont pu être confrontés, dans le cadre de leur désignation à l'hypothèse où ils ont été choisis par l'une des parties. Le positionnement peut être marqué par une certaine partialité, en particulier dans le cas où le tiers missionné est, à l'origine, l'avocat de l'une des parties. Dans ce cas, rien n'interdit à la partie adverse de consentir à cette désignation sur la base de la confiance. Toutefois, le tiers missionné doit alors ajuster son positionnement tout au long de la mise en oeuvre du processus de résolution amiable du différend afin de veiller à une équité entre les parties. Le principe d'impartialité s'impose pour la mise en oeuvre du processus.

III. L'obligation d'indépendance

515. La disparité des dispositions légales. L'article 21-2 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ne prévoit pas l'exigence d'indépendance du conciliateur ou du médiateur⁹⁰⁵. Néanmoins, l'article L. 131-5 5° du Code de procédure civile, au titre de la médiation *judiciaire*, dispose que la personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit notamment « *présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation* ». Dans le cadre de la médiation *extrajudiciaire*, nous attestons du fait que lorsque le médiateur est désigné par une personne morale, tel un centre de médiation, il a l'obligation,

⁹⁰⁴ Voy. l'anc. art. 151-1 C. consomm.

⁹⁰⁵ Voy. E. Girardot-Rouchette, « la mission du tiers dans les modes alternatifs de résolution des conflits, une mission aux contours incertains » in J.-B. Racine (dir.), *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, Lyon, l'Hermès, 2002, p. 33 s.

pour chaque désignation de faire état de son absence de conflit d'intérêts avec les parties au différend, aussi bien qu'il doit rappeler sa compétence au regard de l'objet du différend⁹⁰⁶.

516. Un principe renforcé dans le cadre de la médiation des litiges de la consommation. La question de l'atteinte à l'indépendance du médiateur ou du conciliateur a pu se poser dans le cadre de la création de services de médiation au sein même des entreprises, notamment en ce qui concerne la résolution des litiges avec des consommateurs, ou encore les conflits intra-entreprises entre employeurs et salariés. Nous pensons, par exemple, au Médiateur de la SNCF, au Médiateur du groupe ENGIE, ou encore au Médiateur des assurances.

À ce titre, nous relevons que le législateur a renforcé l'obligation d'indépendance dans le cadre de la médiation des litiges de la consommation, puisque qu'il soumet le médiateur à des exigences supplémentaires lorsqu'il est employé ou rémunéré exclusivement par le professionnel. L'article L. 613-2 du Code de la consommation⁹⁰⁷ impose une désignation transparente du médiateur de la consommation par un organe collégial mis en place par l'entreprise ou relevant d'une instance nationale consultative dans le domaine de la consommation ou propre à un secteur d'activité. Par ailleurs, le médiateur de la consommation, à l'issue de son mandat, a l'interdiction de travailler pendant au moins trois ans pour le professionnel qui l'a employé ou par la fédération à laquelle ce professionnel est affilié. Enfin, aucun lien hiérarchique ou fonctionnel entre le professionnel et le médiateur ne peut exister pendant l'exercice de sa mission de médiation. Le médiateur est ainsi clairement séparé des organes opérationnels du professionnel et dispose d'un budget distinct et suffisant pour l'exécution de ses missions.

c) Les obligations spécifiques aux avocats dans le cadre de la procédure participative

517. Assistance, indépendance, secret professionnel et collaboration. Le positionnement du conciliateur et du médiateur sont, d'un point de vue procédural, confondu. Leurs obligations diffèrent de celles des avocats, professionnellement proches de leur client respectif. Cela explique, sans aucun doute, que la convention de procédure participative fasse l'objet d'un régime spécial au sein du Code civil, afin de garantir un cadre sécuritaire à son exécution. Les avocats – qui ne peuvent être neutres, impartiaux, et indépendants – bénéficient

⁹⁰⁶ Il en va ainsi lorsque nous sommes désignés auprès du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris.

⁹⁰⁷ Voy. l'anc. art. L. 153-2 C. consom.

en matière de procédure participative d'un monopole d'assistance des parties au différend et d'une obligation d'indépendance professionnelle **(I)**. Si le principe de confidentialité n'est pas en lui-même cité par les textes, il n'en demeure pas moins que les avocats sont soumis au secret professionnel **(II)** et à une obligation tout à fait particulière de collaboration **(III)**.

I. Les obligations d'assistance et d'indépendance

518. Une assistance obligatoire et un monopole légal. La procédure participative suppose aux termes des articles 2064 du Code civil et 1544 du Code de procédure civile, que chaque partie bénéficie de l'assistance d'un avocat. Un monopole de l'assistance a en effet été conféré aux avocats par l'article 4 de la loi n° 71-1130 du 21 décembre 1971 en ces termes : « *Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister une partie dans une procédure participative prévue par le Code civil* »⁹⁰⁸. Certains auteurs font observer que s'agissant d'une assistance et non d'une postulation, tout avocat, quel que soit son Barreau d'appartenance, peut assister une partie dans le cadre d'un processus participatif, puisqu'il n'existe pas de territorialité de l'assistance⁹⁰⁹.

519. Une obligation d'indépendance applicable entre avocats. Les avocats étant rémunérés par leurs clients respectifs, ils ne sont nullement tenus d'une obligation d'indépendance à l'égard des parties. Comme le souligne la doctrine, « l'avocat doit conseiller et représenter son client dans la recherche d'une solution en se focalisant sur la négociation et une approche consensuelle, s'inscrivant lui aussi dans un cadre de transparence, de collaboration, et de confidentialité »⁹¹⁰. À la différence du conciliateur ou du médiateur, l'avocat doit représenter les intérêts de son client et le conseiller sur les points de droit pertinents. Il assiste son client dans l'analyse des choix possibles et des conséquences lorsque les intérêts sont opposés. En revanche, les avocats doivent déclarer agir en toute indépendance, l'un à l'égard de l'autre⁹¹¹.

II. L'obligation au secret professionnel

⁹⁰⁸ Loi n° 71-1130 du 21 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, JO 5 janv. 1972, p. 131.

⁹⁰⁹ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 512.33, p. 725.

⁹¹⁰ *Ibid.*, n° 431.23, p. 647 : à la différence du conciliateur ou du médiateur, il doit représenter les intérêts de son client et le conseiller sur les points de droit pertinents.

⁹¹¹ *Ibid.*.

520. L'expression du principe de confidentialité. La convention de procédure participative organise une tentative de résolution amiable du différend, ou, en matière de divorce par consentement mutuel *judiciaire* ou *extrajudiciaire*, organise les conséquences de la rupture des époux. Ce contrat est soumis à un régime spécial, parce qu'il exclut l'intervention d'un tiers neutre et impartial du processus amiable. Les avocats, de par leur fonction, d'assistance et de conseil, ne sont soumis, ni au principe de neutralité puisqu'ils conseillent juridiquement leurs clients, ni au principe d'indépendance puisque chaque avocat est rémunéré par son client. Ils ne sont pas plus soumis au principe d'impartialité, puisqu'ils représentent chacun leur client et ont, de fait, un parti pris. Nous avons constaté que les textes relatifs, dans le Code civil, à la convention de procédure participative, comme ceux relatifs, dans le Code de procédure civile, à la procédure participative, ne font aucune référence expresse au principe de confidentialité, contrairement à ce que nous avons observé en matière de conciliation et médiation *judiciaire* ou *extrajudiciaire*.

Reste que les avocats sont soumis non seulement et directement au principe de compétence du fait qu'il s'agit d'une profession réglementée et qu'ils doivent être formés à la résolution amiable des différends et au travail collaboratif⁹¹², mais également et indirectement au principe de confidentialité, au travers leur obligation au secret professionnel. L'absence de règles particulières ne signifie pas que la procédure participative soit publique et totalement transparente. Ainsi, les échanges entre l'avocat et son client sont réglés par les règles professionnelles et déontologiques⁹¹³. Dans le domaine du conseil, sont ainsi couverts par le secret professionnel, les consultations, les correspondances, les notes d'entretien et toutes les pièces du dossier⁹¹⁴.

III. L'obligation de collaboration

521. Une innovation dans le positionnement des avocats. L'article 2062 du Code civil précise en ce qui concerne la convention de procédure participative que les parties au différend et les avocats s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend. L'article 1544 du Code de procédure participative, quant à lui dans le cadre de la

⁹¹² Loi n° 71-1130 du 21 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, préc.

⁹¹³ Voy. l'art. 65 de la loi n° 71-1130 du 21 déc. 1971, préc. : « En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

⁹¹⁴ B. Van de Moortel, « Confidentialité et secret professionnel : pour en finir avec la confusion », *Gaz. Pal.* 6 mai 2003, p. 6 ; Ég., C. Ambroise-Castérot, *Droit pénal des affaires*, Gualino, coll. Master, 3^{ème} éd., 2012, n° 256 s.

mise en œuvre de la procédure participative précise que « *les parties, assistées de leurs avocats, recherchent conjointement, dans les conditions fixées par leur convention, un accord mettant un terme au différend qui les oppose* ».

« *Œuvrer conjointement* » signifie étymologiquement « travailler ensemble et en même temps ». Les avocats s'engagent, à coopérer tout en s'assurant, à l'instar du conciliateur ou du médiateur, du respect des obligations de chacun et donc des principes directeurs de la résolution amiable. Cette collaboration des avocats amène naturellement les parties qu'ils représentent à évoluer dans une dynamique de collaboration afin de tenter de résoudre leur différend. Les avocats sont ainsi garants du recours et de la mise en œuvre de la procédure participative, de sorte, que si l'obligation de rechercher conjointement une solution au différend s'impose aux parties, elle n'est garantie que par l'obligation corollaire d'assistance des avocats et par leur travail collaboratif.

Certains indices de ce travail collaboratif ressortent de certaines dispositions. Ainsi, par exemple, la convention de procédure participative doit préciser les modalités d'échange des pièces et lister les informations nécessaires à la résolution du différend. Ainsi, dans le cas où les parties au différend ne sont parvenues qu'à un accord partiel, le juge peut être saisi aux fins de jugement du différend persistant « *par une requête conjointe signée par les avocats et les ayant assistées au cours de la procédure participative [...]* ».

522. En pratique, prenant le contrepiéd de l'approche contentieuse, l'avocat doit apprendre à connaître l'autre partie et établir un rapport de confiance⁹¹⁵. Il offre ainsi sa coopération dans l'échange de toute information utile à la résolution du différend, aide et représente les intérêts et choix de son client tout en validant les intérêts et les choix de l'autre. Dans ses échanges avec son confrère, l'avocat collabore pour fixer les sujets de négociation⁹¹⁶. La recherche conjointe d'une solution au différend, et à terme d'un accord amiable, suppose que le processus soit équitable et ménage le respect d'une certaine égalité des armes⁹¹⁷. La procédure participative, inspirée du droit collaboratif anglo-saxon, nécessite que les avocats abandonnent leur position de défenseurs, du moins temporairement, pour la nécessité de la recherche d'une solution amiable au différend. Elle implique que chaque avocat soit formé au travail collaboratif et à la négociation raisonnée, et compétent en matière de résolution amiable

⁹¹⁵ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 431.23, p. 647.

⁹¹⁶ Notamment avec l'élaboration commune d'un ordre du jour des réunions et d'un calendrier.

⁹¹⁷ N. Fricero, H. Poivey-Leclercq et S. Sauphanor, *Procédure participative assistée par avocat*, Lamy Axe Droit, 2012, n° 72, p. 61.

des différends.

2) Les obligations à la charge des parties au différend

523. L'obligation d'information des tiers missionnés au service de la conclusion des conventions de mise en œuvre de la résolution amiable des différends. Tenus par une obligation d'information générale sur la résolution amiable du différend, les tiers missionnés doivent expliquer concrètement les obligations de chacun. L'obligation d'information permet l'expression du principe de transparence. Dans la mesure où les tiers missionnés s'engagent réciproquement avec les parties à une obligation de confidentialité **(a)**, les conventions de mise en œuvre des processus et donc des tentatives de résolution amiable du différend sont de nature à créer un climat de confiance, dans un contexte plutôt marqué par la défiance générée par le conflit. Certaines obligations sont en outre spécifiques aux parties, au titre desquelles, les obligations de bonne foi et de loyauté desquelles découlent une obligation de collaboration **(b)**. Enfin, et afin de faciliter la restauration du dialogue entre les parties et le bon déroulement de la tentative de résolution amiable du différend, le tiers missionné est tenu de faire consentir les parties à des obligations de « *bonne conduite* » **(c)**.

a) L'obligation de confidentialité

524. Dans le cadre des conciliations ou de la médiations judiciaires ou extrajudiciaires. L'article 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 impose le principe de confidentialité non seulement au médiateur, mais également aux parties. Ce texte apparaît dans les dispositions générales de la loi fondant le droit commun procédural de la conciliation et de la médiation *judiciaire* et *extrajudiciaire*. La confidentialité, nous l'avons constaté, porte – aux vises des articles 129-3 alinéa second et 1531 du Code de procédure civile – sur « *les constatations du conciliateur et les déclarations qu'il recueille* ». Nous rappelons que le législateur a prévu des exceptions ayant trait, d'une part, aux exigences d'ordre public, et, d'autres part, à la bonne exécution de l'accord amiable issu de la conciliation ou de la médiation.

525. Dans le cadre de la procédure participative. En ce qui concerne la procédure conventionnelle de la procédure participative, trois dispositions attirent notre attention.

Tout d'abord, l'article 2063 du Code civil, relatif au contenu de la convention de

procédure participative, prévoient les mentions obligatoires, à peine de nullité du contrat de mise en œuvre de la tentative de résolution amiable. Outre l'exigence de l'écrit, d'un terme et de l'objet du différend, les points 3° et 4° du texte précisent que doivent figurer à la convention de procédure participative « *les pièces et informations nécessaires à la résolution amiable du différend ou à la mise en état du litige et les modalités de leur échange* » et « *le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'État* ».

Ensuite, l'article 1545 alinéa second du Code de procédure civile également relatif au contenu de la convention de procédure participative⁹¹⁸, sans viser le principe de confidentialité, dispose que « *la communication des pièces et informations par les parties se fait par l'intermédiaire de leurs avocats selon les modalités prévues par la convention* » et que « *ceux-ci les portent à la connaissance des intéressés par tous moyens appropriés* », de sorte « *qu'un bordereau est établi lorsqu'une pièce est communiquée* ».

Au surplus, l'article 1546-3 ajoute que « *par actes contresignés par avocats précisés dans la convention de procédure participative, les parties peuvent notamment, 3°, convenir des modalités de communication de leurs écritures* ».

C'est ainsi sous couvert de l'obligation au secret professionnel de l'avocat participant à la procédure participative, que le principe de confidentialité s'innove, mais peut également faire l'objet d'aménagements selon la volonté commune des parties justifiés par le principe de transparence. Car si l'ensemble de ces processus et procédures sont soumis au principe de confidentialité, l'échange d'information nécessaire à la résolution amiable du différend doit être facilité, voir conventionnellement aménagé.

526. Des aménagements conventionnels au principe de confidentialité. Outre les exceptions légales au principe de confidentialité prévu à l'alinéa troisième de l'article 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, une autre limite tenant à la volonté des parties et, en conséquence à la liberté contractuelle, s'affirme. En effet, en reprenant les dispositions citées, que ce soit en matière de conciliation, de médiation⁹¹⁹ ou en matière de convention de procédure participative dont le contenu porte notamment sur les pièces échangées⁹²⁰, nous constatons que par convention, les parties peuvent aménager conventionnellement la

⁹¹⁸ Mod. par le décr. n° 2017-892 du 6 mai 2017 *portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile, préc.*, pris en application de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc.

⁹¹⁹ Voy. l'art. 21-3 de la loi du 8 févr. 1995 disposant à son premier alinéa que « sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité ».

⁹²⁰ Voy. l'art. 2063 3° CCiv. et l'art. 1545 al. 2nd CPC.

confidentialité des informations échangées. Ainsi, dans le cadre des conventions de conciliation, de médiation ou de procédure participative, les parties peuvent, à leur discrétion, encadrer la confidentialité par le biais de clause ou d'accord de confidentialité par lesquelles elles « déconfidentialisent » certains documents ou informations, tels que, par exemple, des documents financiers. Les pièces peuvent alors être communiquées sous forme de bordereau⁹²¹. Pouvant être soumis à la volonté des parties, le principe de confidentialité n'est donc pas un principe d'ordre public.

Il paraît ainsi indispensable de préciser la limite du principe de confidentialité tenant à la communication d'informations entre les parties au différend et à sa confrontation avec le principe de transparence **(I)**, ainsi que l'emprise du principe de confidentialité dans le cadre des échanges entre les parties et les tiers à la résolution amiable du différend **(II)**.

I. La confrontation des principes de confidentialité et de transparence dans le rapport entre les parties

527. La communication des éléments nécessaires à la résolution du différend. Dans le cadre de la convention de procédure participative, l'absence de la mention des « *pièces et informations nécessaires à la résolution du différend* » entraîne la nullité de la convention. Cette obligation, qui s'applique également dans le cadre de la convention de conciliation ou de médiation, même orales, doit ainsi bien être comprise des parties. Elle signifie que chaque partie s'engage à délimiter l'étendue des informations et des pièces qui feront l'objet d'une communication entre elles. Il s'agit des éléments dont le caractère « *nécessaire à la résolution du différend* » est apprécié par chacune des parties en fonction de ses intérêts et par l'ensemble des parties en fonction de l'objectif souhaité⁹²². Ainsi, en pratique, nous distinguons deux sortes d'éléments.

528. Les éléments connus des deux parties. Ceux-ci font nécessairement l'objet d'une production et d'une communication garantes d'une discussion authentique. Ils garantissent ainsi une loyauté minimale, une bonne foi dans la discussion, à laquelle les parties s'engagent.

À cet égard, dans le cadre de la procédure participative, les pièces « *nécessaires à la résolution du différend* » doivent être listées dans la convention ou un bordereau annexé.

⁹²¹ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïss, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 432.12, p. 649.

⁹²² N. Fricero, H. Poivey-Leclercq et S. Sauphanor, *Procédure participative assistée par avocat*, op. cit., n° 65, p. 57.

Comme le font observer certains auteurs proches de la pratique, « cela contraint à une transparence minimale, à un contradictoire « contractualisé » qui permet une mise en état consensuelle »⁹²³. Par ailleurs, l'indication des pièces dans la convention n'exclut pas la communication d'autres pièces complémentaires au cours de la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend : la liste initiale n'est pas limitative, et il n'existe pas d'équivalent à l'ordonnance de clôture en matière de procédure contentieuse. Toutefois, rien n'interdit aux parties ou aux tiers missionnés de fixer des délais successifs pour la communication des pièces.

529. L'emprise du principe de confidentialité : les éléments sensibles. Certains éléments risquent parfois de placer une partie dans une situation difficile. La stratégie de négociation du différend et des besoins et intérêts de chacune des parties impose une prudence certaine dans la communication de ces éléments. L'assistance des avocats dans le cadre de la procédure participative, mais également en matière de conciliation ou de médiation peut s'avérer indispensable dans des domaines sensibles. Ainsi est-ce le cas par exemple en droit des affaires, lorsque le différend touche les matières du droit de la propriété intellectuelle ou du droit de la distribution. La bonne foi et la loyauté n'impliquent pas d'être naïf. Nous en trouvons l'illustration dans le cadre de la protection du secret des affaires.

530. La limite à la communication d'éléments tenant au « *secret des affaires* ». Malgré une première proposition de loi portée à l'initiative du député Carayon, adoptée par l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012, pour finalement ne jamais être votée par le Sénat, visant, en droit des affaires, à sanctionner la violation du « *secret des affaires* »⁹²⁴, la transposition en droit français de la directive, fortement controversée, n° (UE) 2016/943 adoptée par le Parlement européen et le Conseil le 8 juin 2016⁹²⁵ relative à *la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secret d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicite* a donné lieu à l'adoption de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 *relative à la protection du secret des affaires*⁹²⁶.

Cette norme européenne soumet, au « *secret d'affaires* », des informations remplissant

⁹²³ *Ibid.*, n° 65, p. 58.

⁹²⁴ Expression utilisée par les rédacteurs de la proposition de loi *visant à sanctionner la violation du secret des affaires*, adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture le 23 janv. 2012.

⁹²⁵ Dir. n° (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 *sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secret d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicite* », *JOUE* du 15 juin 2016, L. 157/1.

⁹²⁶ Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 *relative à la protection du secret des affaires*, *JO* du 31 juillet 2018, n° 0174.

un certain nombre de conditions. Les informations visées par cette norme européenne doivent remplir trois conditions cumulatives tenant au secret, à la valeur commerciale et au contrôle. Ainsi et en premier lieu, les informations visées doivent présenter un caractère secret en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles. En second lieu, ces informations doivent également avoir une valeur commerciale parce que secrètes. Enfin et au surplus, elles doivent faire l'objet de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu de leurs circonstances, destinées à les garder secrètes⁹²⁷.

La loi de transposition n° 2018-670 du 30 juillet 2018 est venue compléter le Livre Ier du Code de commerce par un titre cinquième intitulé « *de la protection du secret des affaires* ». L'article L. 151-1 du Code reprend ces critères et dispose ainsi qu' « *est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants : 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective et potentielle, du fait de son caractère secret ; 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnable, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret* ». Par ailleurs, et en particulier, l'article 151-4 du même Code précise que « *l'obtention d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime* » et, peut résulter : soit « *d'un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont il peut être déduit, ou bien d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de ces éléments* » ; soit « *de tout comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale* ». Enfin, les articles L. 152-1 et L. 152-2 disposent que toute atteinte au secret des affaires engage la responsabilité civile de son auteur, l'action étant prescrite par cinq ans à compter des faits qui en sont la cause.

Dès lors, bien que soumise au principe de confidentialité, la survenance d'un différend entre les parties et la mise en œuvre d'une tentative de résolution amiable du différend – quel que soit le processus ou la procédure utilisé(e) – ne peut servir à la divulgation d'informations couvertes par le secret des affaires. Nous prenons dès lors la mesure du rôle des tiers

⁹²⁷ Voy. l'art. 2 de la dir. n° (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016, *préc.*, relatif aux définitions.

missionnés – conciliateur, médiateur, avocats assistants les parties – dans le contrôle de la communication des informations dans l’espace de confidentialité des processus ou procédures de résolution amiable des différends. Ceux-ci doivent être attentifs aux éléments pouvant porter atteinte à l’ordre public et justifiant qu’il soit mis un terme à la tentative de résolution amiable du différend. Au seuil de la conclusion des conventions de conciliation, de médiation et de procédure participative, les parties, doivent, quant à elles, être vigilantes en ce qui concerne la communication d’informations sensibles. *A contrario*, certaines informations peuvent faire l’objet de négociations et d’accords ou de clause de confidentialité et être « déconfidentialisées ».

Il existe ainsi certaines limites à la transparence de la communication d’éléments susceptibles de favoriser la résolution du différend. Certains auteurs ont envisagé, à l’époque de l’adoption du projet de loi soutenu par le député Carayon, les conséquences de l’adoption d’une législation protectrice du « secret des affaires », dans le cadre de la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend. Ainsi, « est-il certain que les entreprises ne fourniront pas les documents couverts par le secret : dès lors que les informations, dont la révélation risque de porter atteinte au potentiel scientifique et technique de l’entreprise, à ses positions stratégiques, ses intérêts commerciaux ou sa capacité concurrentielle, ont fait l’objet de mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel, le fait de les révéler sans autorisation de ladite entreprise sera puni d’une peine pénale »⁹²⁸.

Les parties à un différend ne sont pas nécessairement parties à une communication globale des informations qui les concernent, elles redeviennent, en quelque sorte des tiers, l’une à l’égard de l’autre, alors même qu’elles sont liées contractuellement.

Néanmoins, un devoir d’information en application de l’article 1112-1 du Code civil relatif au droit commun de la négociation, pèse sur les parties. Chacune des parties au différend qui connaît une information dont l’importance est déterminante pour le consentement de l’autre doit l’en informer. Ces informations doivent avoir un lien direct et nécessaire avec le contenu de l’accord amiable ou la qualité des parties.

II. L’emprise du principe de confidentialité dans les échanges entre les parties et les tiers

531. Le contrôle de la représentation de la personne morale partie au différend.

⁹²⁸ N. Fricero, H. Poivey-Leclercq et S. Sauphanor, *Procédure participative assistée par avocat*, op. cit., n° 65, p. 58 ; Voy. ég. A. Cousin, « Vers une protection accrue du secret des affaires », *Entretien*, D. 2012, p. 1808.

Les personnes morales – entreprises, sociétés – peuvent être invitées à la tentative de résolution amiable du différend par le contrat qui les lie en raison de l'application d'une clause instaurant une tentative obligatoire de résolution amiable *extrajudiciaire* du différend, judicieusement rédigée. Dans d'autres cas, par exemple en matière de médiation des litiges de la consommation, l'une des parties peut être une personne morale – le professionnel – et l'autre, une personne physique, le consommateur. Dans tous les cas, le tiers missionné vérifie la capacité juridique des parties.

L'intervention d'une personne morale, partie au différend dans le cadre de la tentative de résolution amiable implique que celle-ci soit représentée par une personne physique, son représentant légal, gérant de la société ou directeur général. Il n'est toutefois pas rare que le représentant légal de la personne morale délègue ses pouvoirs de représentation à une personne physique de la société, un directeur juridique, un directeur marketing ou un représentant du personnel, pour ne citer que ces exemples. Dès lors, dans le cadre de la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend, des échanges et communications sont amenés à avoir lieu au sein de l'entreprise. Ces échanges et communications – sauf accord de l'ensemble des parties au différend – sont couverts par le principe de confidentialité, de sorte que la personne ayant mandat pour représenter la société dans le cadre de la tentative de résolution amiable du différend ne doit communiquer qu'avec les personnes strictement intéressées par la résolution du différend au sein de l'entreprise, afin d'éviter toute compromission de la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend.

Le tiers missionné, en particulier le conciliateur ou le médiateur, doit ainsi veiller à ne faire circuler aucun document établi lors de la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend⁹²⁹. En pratique, il veille à conserver les documents couverts par la confidentialité et doit informer les parties sur la nécessité de ne pas étendre la communication des informations relatives à la résolution amiable du différend au sein de l'entreprise.

532. Les parties et le juge. La question de la communication des éléments échangés au cours de la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend se pose dans les cas où les parties ne parviennent qu'à un accord amiable partiel ou à aucun accord sur la solution de leur différend. Dès lors, le juge peut être saisi aux fins de jugement du différend persistant ou de l'entier différend.

En cas d'échec de la conciliation ou de la médiation, aucune disposition n'impose aux

⁹²⁹ P. ex. les procès-verbaux qu'il serait amené à établir au cours de la conciliation ou de la médiation et marquant les avancées à la fin d'une réunion.

parties de fournir les pièces communiquées lors de la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend. Néanmoins, si une partie saisit le juge compétent du litige, celle-ci doit pouvoir produire aux débats les éventuels documents, pièces et preuves échangées pendant la conciliation ou la médiation⁹³⁰. Les éléments concernés par cette communication sont les éléments nécessaires à la résolution du différend. Pour le reste, la confidentialité est opposable *erga omnes*, y compris au juge qui a délégué la mission de conciliation, à un conciliateur de justice⁹³¹.

Dans le cadre de la procédure participative, l'article 1560 du Code de procédure civile prévoit la saisine du juge compétent, par une requête conjointe signées par les avocats ayant assistées les parties aux cours de la procédure participative. Cette requête conjointe comprend à peine d'irrecevabilité, outre les points faisant l'objet d'un accord entre les parties, dont elles peuvent demander au juge l'homologation dans la même requête, les prétentions respectives des parties relativement aux points sur lesquels elles restent en litige. Les prétentions des parties sont accompagnées des moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée, avec l'indication pour chaque prétention des pièces invoquées. Au surplus, la requête est accompagnée, à peine d'irrecevabilité, de la convention de procédure participative, des pièces prévues à l'article 2063 du Code civil, c'est-à-dire des pièces et informations nécessaires à la résolution du différend, le cas échéant du rapport du technicien⁹³², ainsi que des pièces communiquées au cours de la procédure conventionnelle. Dès lors, la phase dite conventionnelle de la procédure participative qui échoue en tout ou partie, sert une mise en état consensuelle du litige.

Il est permis de s'interroger sur l'application de cette solution à la conciliation et la

⁹³⁰ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 121.73, p. 78-79 : comme le font observer ces auteurs, le respect du droit de la preuve ne peut être mis en échec par une éventuel confidentialité, et l'article 21-3 de la loi n° 95-125 ne vise pas ces éléments.

⁹³¹ C.-Ph. Barrière, « L'obligation du secret entre les juges d'instance et les conciliateurs de justice », *Gaz. Pal.* 21-22 août 2002, p. 2.

⁹³² Les art. 1547 à 1554 CPC, prévoient dans le cadre de la procédure participative, le recours à un « technicien » ; Voy. ég. G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, définissant le technicien comme la personne choisie et commise par le juge en raison de sa qualification pour l'éclairer, par des constatations, une consultation ou une expertise, sur une question de fait qui requiert les lumières d'un spécialiste et dont dépend la solution du litige. Or, l'art. 1547 CPC envisage le recours à un technicien, non pas sur initiative du juge, mais sur accord des parties. Dans la mesure où les conciliateurs et les médiateurs sont des techniciens de la résolution amiable des différends, figurant sur des listes, en particulier auprès des cours d'appel, la question se pose de savoir si les art. 1547 à 1554 CPC ne permettent pas une passerelle avec la conciliation ou la médiation *extrajudiciaire*. Toutefois, l'art. 1554 CPC précise que le technicien, à l'issue de ses opérations remet un « rapport écrit aux parties, lequel peut être produit en justice ». Le texte ne précise pas qu'il s'agit d'un « avis » ou d'une proposition de solution – Voy. ég. sur le rôle de tiers dans le processus de droit collaboratif et la distinction entre tiers en soutien, tiers expert et « tiers aide » en cas de crise : N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 423.09 à 423.31, p. 632 s.

médiation qui peuvent également permettre – bien que cette passerelle du traitement contentieux du différend ne soit pas prévue par les dispositions spécifiques au droit commun procédural de la conciliation et de la médiation *judiciaires* et *extrajudiciaires* – une mise en état du litige « consensuelle ». En admettant la mise en état du litige par conciliation ou médiation, seraient cependant exclues, sauf accord des parties, les constatations du médiateur ou du conciliateur recueillies au cours de la médiation ou de la conciliation. Celles-ci ne peuvent être divulguées au tiers⁹³³, ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale, par application de l'article 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995⁹³⁴. Reste que les éléments connus des deux parties pourraient être transmis au juge compétent de l'entier litige ou du litige persistant ou à l'arbitre. Dans le cadre de cette communication au juge, la question de la confidentialité de l'accord amiable partiellement résolutif du différend se pose.

b) Les obligations de bonne foi et de loyauté

533. La bonne foi : un principe directeur du droit des contrats. La bonne foi se définit au sens général comme « l'attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au Droit qui permet à l'intéressé d'échapper aux rigueurs de la loi »⁹³⁵. En ce sens, la bonne foi des parties au différend, dans la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable, traduirait leur volonté de se conformer aux principes contractualisés du droit d'accès effectif à la résolution amiable des différends leur permettant d'échapper aux rigueurs d'une solution imposée par un tiers, juge ou arbitre et d'œuvrer à la conclusion d'un accord amiable portant la solution du différend et faisant loi entre les cocontractants dans son exécution⁹³⁶.

Si le principe de bonne foi figure expressément dans la définition légale de la convention de procédure participative – les parties aux différends assistées de leurs avocats respectifs s'engageant « à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige »⁹³⁷ – il n'est pas évoqué par les dispositions du droit commun procédural de la conciliation et de la médiation *judiciaires* ou *extrajudiciaires*. Néanmoins, la tentative de résolution amiable procéduralisée par conciliation, médiation ou procédure participative, consiste d'un point de vue contractuel, à une contractualisation de la

⁹³³ P. ex. l'avis du conciliateur ou du médiateur.

⁹³⁴ Dont les dispositions générales s'appliquent aussi bien à la médiation, qu'à la conciliation *judiciaires* ou *extrajudiciaires*.

⁹³⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, Voy. Bonne foi.

⁹³⁶ En application de l'art. 1103 CCiv., tel qu'issu de la réforme du droit des contrats et reprenant l'al. 1^{er} de l'anc. art. 1134 CCiv. en ces termes : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

⁹³⁷ P. rappel, voy. l'art. 2062 CCiv.

formation de l'accord amiable résolutif du différend puisque fondée sur une convention de conciliation, de médiation ou de procédure participative.

Les réformateurs du droit des contrats ont entendu faire du principe de bonne foi, un principe directeur du droit des contrats, là où la règle n'était jusqu'alors qu'un effet du contrat. L'article 1104 du Code civil, tel qu'issu de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 étend l'obligation de bonne foi à la négociation et à la formation du contrat⁹³⁸. Il est ainsi édicté que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* », étant ajouté que « *cette disposition est d'ordre public* ». Le principe de bonne foi, à la différence du principe de confidentialité est donc un principe d'ordre public et ne peut souffrir d'aménagements dans la conclusion des conventions de procédure participative, de conciliation ou de médiation. En conséquence, celles-ci doivent être non seulement formées, mais également exécutées de bonne foi **(I)**. Cette exécution de bonne foi permet, la négociation et la formation de bonne foi de l'accord amiable résolutif du différend **(II)**. La bonne foi dans l'exécution, comme dans la formation du contrat, consiste pour chacune des parties à ne pas suspendre la confiance qu'elle a suscitée en contractant⁹³⁹.

I. L'obligation d'exécution de bonne foi des conventions encadrant la résolution amiable des différends

534. Le prolongement de la force obligatoire des conventions de conciliation, de médiation et de procédure participative. La bonne foi est le prolongement de la force obligatoire du contrat⁹⁴⁰ et donne à celui-ci sa pleine efficacité impliquant une police du comportement⁹⁴¹.

Dans le cadre de la conclusion des conventions encadrant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable par le processus ou la procédure choisi(e), les tiers missionnés – conciliateur, médiateur ou avocats dans le cadre de la procédure participative – ont en charge cette police du comportement des parties. Lorsque celles-ci ou l'une d'elles agit de mauvaise foi et que le comportement est de nature à compromettre l'efficacité de la résolution amiable du différend, cette police justifie que le tiers missionné puisse sanctionner ce comportement par une rupture de la tentative de la résolution amiable se traduisant par un échec du processus ou

⁹³⁸ Voy. anc. art. 1134 al. 3 CCiv. : ce que n'avait pas voulu faire les codificateurs du Code civil de 1804 qui cantonnaient cette obligation à la seule exécution du contrat.

⁹³⁹ Ph. Malaurie et Laurent Aynès, *Droit des obligations*, LGDJ, 9^{ème} éd., juill. 2017, n° 458 à 460, p. 254 s.

⁹⁴⁰ D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en droit privé des contrats*, PUAM, 2000.

⁹⁴¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit des obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 459, p. 255.

de la procédure de résolution amiable du différend. La question du traitement du litige étant sauf, puisque les parties conservent leur droit d'accès au juge compétent.

535. Les obligations incidentes de loyauté et de collaboration. L'obligation de bonne foi dans l'exécution des conventions encadrant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable interdit aux parties au différend d'adopter des comportements contradictoires. Elle est synonyme de cohérence dans le comportement⁹⁴². Ainsi, du principe de bonne foi contractuel découle le principe de loyauté procédurale⁹⁴³. À cet égard, la bonne foi se définit également comme le « comportement loyal que requiert notamment l'exécution d'une obligation », « une attitude d'intégrité et d'honnêteté », « un esprit de droiture qui vaut un bienfait à celui qu'il anime (bénéfice de la bonne foi) »⁹⁴⁴.

En matière de résolution amiable des différends, la bonne foi renforce le principe de transparence dans la communication des éléments nécessaires à la résolution du différend au sein de l'espace confidentiel de la résolution amiable du différend. Elle implique également un devoir de coopération ou de collaboration entre les parties, utile à la recherche de solution au différend et à la bonne exécution des conventions encadrant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable.

À cet égard, le rôle des avocats accompagnant les parties, lorsqu'ils y sont amenés, dans la conciliation ou la médiation doit être précisé. Celui-ci se manifeste à plusieurs égards⁹⁴⁵. Tout d'abord, les avocats sont amenés à être prescripteurs de la résolution amiable des différends parce qu'ils doivent répondre aux besoins de leurs clients. Ils peuvent à cet effet utilement rédiger et insérer des *clauses de résolution amiable des différends* efficaces. Ensuite, l'avocat apparaît indéniablement comme un partenaire actif dans la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend. S'il bénéficie d'un monopole d'assistance des parties dans le cadre de la procédure participative, il est également amené à assister son client dans la mise en œuvre d'une conciliation ou d'une médiation, de sorte qu'il doit veiller aux intérêts et besoins de ce dernier et le soutenir dans l'émergence d'une solution satisfaisante jusqu'à la rédaction de l'accord amiable et son exécution. Tout comme en matière de *clauses de résolution amiable des différends*, l'avocat est un conseil pertinent pour la rédaction de *l'accord amiable* éventuellement issu du processus choisi, conciliation, médiation ou procédure

⁹⁴² D. Houtcicff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle, préc.*

⁹⁴³ L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 1045.

⁹⁴⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Bonne foi », sens 2.

⁹⁴⁵ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïss, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op. cit.*, n° 512.35, p. 725, en matière de procédure participative.

participative.

II. *L'obligation de négociation et de formation de bonne foi de l'accord amiable*

536. Le principe de bonne foi renforcé en matière de résolution amiable des différends. Les processus de conciliation, de médiation et la procédure participative, fondés pour leur mise en œuvre sur des conventions ont pour but la négociation du différend et la formation de l'accord amiable. En conséquence, *l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions encadrant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend implique nécessairement l'obligation de négocier et de former de bonne foi l'accord amiable.* Les conventions de négociation du différend, sont en effet des conventions préparatoires de l'accord amiable résolutif du différend. Le devoir de bonne foi signifie alors que, dans la négociation et la conclusion de l'accord amiable, chacune des parties doit s'abstenir de tout comportement de nature à tromper l'autre sur ses véritables intentions ou l'objet du contrat et prendre des initiatives pour lui permettre d'apprécier exactement la situation afin de prendre une décision appropriée⁹⁴⁶. À cet égard, l'article 1112 du Code civil alinéa premier précise que si « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres* », « *ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de bonne foi* ».

En d'autres termes et en ce qui concerne la résolution amiable, les parties sont libres, dans la limite du respect de l'ordre public et de la libre disponibilité de leurs droits, d'avoir recours à des processus contractualisés – conciliation, médiation, procédure participative – afin de tenter de mener des négociations contractualisées ayant pour but la conclusion de l'accord amiable. Elles sont, en conséquence, quel que soit le processus ou la procédure choisi(e) – impérativement soumises au principe contractuel de la bonne foi. Ce principe ainsi codifié imprègne l'ensemble du droit commun procédural de la résolution amiable des différends, en raison de la nature contractuelle des processus et procédures. Dans le cadre de la résolution amiable des différends, le devoir de bonne foi signifie, dans la négociation du différend et la rencontre d'offre et d'acceptation relative à la solution y ayant trait, amenant à la conclusion de l'accord amiable, que chacune des parties doit s'abstenir de tout comportement de nature à tromper l'autre sur ses véritables intentions – autres que la résolution du différend – ou l'objet du contrat – la solution du différend. Chacune des parties s'engage donc à prendre des initiatives, notamment au regard de la communication transparente des pièces nécessaires à la

⁹⁴⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit des obligations*, op. cit., spéc. n° 460, p. 259.

résolution du différend, afin de permettre à l'autre d'apprécier exactement ses intérêts et de prendre une décision appropriée, c'est-à-dire d'accepter une solution correspondant à ses besoins dans un esprit de réciprocité⁹⁴⁷.

537. En conclusion, si le principe de bonne foi est expressément prévu au sein de la définition légale de la convention de procédure participative – contrat spécial – c'est sans doute en raison du fait que les avocats missionnés à la procédure participative bénéficiant d'un monopole d'assistance des parties au différend ne peuvent être impartiaux, neutres et indépendants et se voient soumis, tout autant que les parties, à ce devoir. En matière de conciliation et de médiation, la mission des tiers conciliateur ou médiateur, de par leur positionnement neutre, impartial et indépendant, implique nécessairement l'exercice d'une police au regard du comportement des parties. Le législateur n'a pas prévu de régimes spéciaux pour la convention de conciliation et la convention de médiation, à la différence de la convention de procédure participative. Pourtant les conventions de conciliation et de médiation existent bien en pratique. Souvent conclues oralement entre le tiers missionné et les parties, elles partagent le même contenu essentiel – l'organisation de la tentative de résolution amiable du différend par la procédure choisie – servant le but de la conclusion de l'accord amiable consacrant la solution au différend.

Convention de conciliation et convention de médiation, malgré l'absence de régimes qui leur seraient spécialement dévolus au Code civil n'en demeurent pas moins soumises, comme tout contrat au principe de bonne foi contractuelle. Un principe qui s'applique à deux titres. Tout d'abord, en raison de la nature contractuelle des conventions de médiation et de conciliation en conséquence soumises à l'application des dispositions d'ordre de l'article 1104 du Code civil lequel dispose que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Ensuite parce que les conventions de conciliation ou de médiation, tout comme la convention de procédure participative consistent dans leur exécution à permettre la formation de l'accord amiable, et qu'à ce titre, les négociations de la solution du différend sont soumises au visa de l'article 1112 du Code civil aux « *exigences de la bonne foi* ». En conséquence, les parties au différend ainsi que tout tiers missionné à la résolution amiable des différends sont soumis au principe de bonne foi guidant contractuellement les négociations de la solution du différend et la conclusion de l'accord amiable. *En matière de résolution amiable des différends, le principe de bonne foi contractuelle est renforcé par l'existence de conventions encadrant la*

⁹⁴⁷ Pour reprendre les termes des professeurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès.

tentative dont l'exécution de bonne foi favorise, de fait, une formation de bonne foi de l'accord amiable. C'est à ce titre que les taux de réussite des tentatives de résolution amiable des différends, quel que soit le domaine et le moment d'intervention, trouvent une explication.

c) Les obligations de bonne conduite

538. Le respect du temps de parole. Cette obligation est imposée lorsque le tiers missionné – conciliation, médiateur et avocats assistant les parties – reçoit les parties en réunion plénière. Dans le cadre de la mise en œuvre des processus de résolution amiable des différends – conciliation, médiation, procédure participative – le tiers missionné s'assure de donner un temps de parole, équivalent, par souci d'équité, aux parties au différend afin que celles-ci exposent leur version du différend et puissent ensuite, par la formulation des questions du tiers missionné, exposer leurs besoins et intérêts.

En pratique donc et au moment de la conclusion des conventions de conciliation, de médiation ou de procédure participative, le tiers missionné informe les parties sur leur obligation du respect du temps de parole. Celui-ci est ainsi garant du déroulement, de la mise en œuvre du processus choisi et doit faire prendre conscience aux parties qu'il est nécessaire pour lui de comprendre ce qui les oppose. Lorsque ces discussions interviennent par voie téléphonique, par exemple dans le cadre de la médiation des litiges de la consommation, le tiers doit assurer aux parties qu'il s'entretient avec chacune à tour de rôle et pour un temps équivalent. La préparation de la réunion plénière regroupant avocats et parties, dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure participative, implique également que les parties soient préparées par leurs avocats et que ces derniers veillent au temps de parole de chacun. Cette obligation à la charge des parties se combine avec l'obligation de neutralité du conciliateur ou du médiateur et implique, dans le but d'une pacification du conflit, quel que soit son degré, le respect des règles de courtoisie.

539. Le respect des règles de courtoisie. Quel que soit le degré du conflit, le tiers missionné – conciliateur, médiateur ou avocats dans le cadre de la procédure participative – informe les parties, au moment de la conclusion de la convention encadrant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend par le processus choisi, de leur obligation de respecter la bienséance et la courtoisie. Le tiers missionné, spécialement le conciliateur ou le médiateur, doit se départir de comportement pouvant affecter son impartialité. Les parties doivent consentir à ces règles essentielles à une bonne communication. À cet effet, au seuil du

déroulement des discussions relatives au différend et aux besoins et intérêts de chacune, le tiers missionné rappelle aux parties, sous couvert de son obligation d'information, qu'en cas de débordements – se traduisant d'un point de vue contractuel par l'inexécution de leurs obligations au respect et à la courtoisie – il peut mettre un terme au processus de résolution amiable, la tentative de résolution amiable du différend risquant d'être compromise.

Les obligations de bonne conduite ne doivent pas être négligées. Si elles ne sont évoquées ni par le législateur, bien que nous puissions y voir une émanation de l'obligation de bonne foi, ni par la doctrine juridique, sauf à aborder la doctrine comportementaliste relative à la communication non violente⁹⁴⁸, ces règles sont contractualisées dans le cadre de la pratique de la résolution amiable des différends. Elles doivent être explicitées par le tiers missionné pour être consenties par les parties, sous couvert de la sanction que leur inexécution entraîne, à savoir l'échec de la tentative de résolution amiable du différend et la saisine du juge compétent du litige.

540. En conclusion, et dans tous les cas, la compétence au regard de la technique procédurale et contractuelle de la résolution amiable des tiers missionnés – conciliateur, médiateur, avocats – est indispensable. De celle-ci découle une obligation d'information concrète à l'égard des parties et l'exercice d'une police du comportement dans la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend. Le tiers missionné a l'obligation d'attester de ces aptitudes et compétences auprès des parties afin d'établir un climat de confiance indispensable à la résolution du différend qui, légitimement, instaure un climat de défiance⁹⁴⁹. Il est en effet indispensable de reconquérir et de maintenir la confiance, afin d'engager les négociations du différend, la formation de l'accord amiable afin d'éviter l'échec de la tentative de résolution amiable du différend.

Les conciliateurs, médiateurs ou avocats conduisant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable procéduralisée du différend amènent ainsi les parties à adhérer à des

⁹⁴⁸ M.-B. Rosenberg, *Les mots sont des fenêtres (ou bien sont des murs) – Introduction à la communication non violente*, éd. La découverte, Paris 2005 ; Ég. W. Ury, *Comment négocier avec les gens difficiles : de l'affrontement à la coopération*, éd. Seuil, 1993 et J. Brett et S. Goldberg, *Gérer les conflits « autrement » : Méthode de négociation et de résolution des conflits*, éd. A2C Médias, 2008 : la plupart d'entre nous avons été éduqués dans un esprit de compétition, de jugement, d'exigence et de pensée de ce qui est « bon » ou « mauvais ». Au mieux, ces conditionnements peuvent conduire à une mauvaise compréhension des autres, au pire, ils provoquent colère et frustration, et peuvent conduire à la violence. Une communication de qualité entre soi et les autres est aujourd'hui une des compétences les plus précieuses.

⁹⁴⁹ A. Albarian, *De la perte de confiance légitime en droit contractuel : Essai d'une théorie*, Th. dactyl., Bibliothèque des thèses, Droit privé et sciences criminelles, 2012 : au niveau du processus de formation du contrat, la notion de perte légitime de confiance permet à un négociateur de mettre fin à des pourparlers même très avancés, sans engager sa responsabilité civile, en raison de la survenance d'une perte de confiance soit dans le projet de contrat en discussion, soit dans la personne même de son partenaire de négociation.

principes communs contractualisés dans une convention. Ces principes sont pour certains inspirés du procès équitable, pour d'autres du droit des contrats ou encore totalement spécifique aux processus volontaires de résolution des différends, à l'instar du principe de confidentialité. Cette convention a obligatoirement, sous peine de nullité, une forme écrite lorsqu'il s'agit d'une convention de procédure participative, alors que les conventions de conciliation et de médiation sont marquées par le principe du consensualisme échappant à tout formalisme légal. Dans tous les cas, cette catégorie de convention existe car une tentative de résolution amiable du différend par la négociation du différend et la rencontre d'une offre et d'une acceptation sur la solution ne peut valablement être mise œuvre sans un cadre contractuel préparant la conclusion de l'accord amiable. L'obligation d'information du tiers missionné est de nature à favoriser la transparence et à sécuriser la procédure de résolution amiable. Il est garant du respect de l'ordre public et exerce une police du comportement au regard de la bonne foi et de la loyauté des parties, attentif à la conclusion d'un accord amiable équilibré – en ce que la solution au différend satisfasse pleinement les besoins et intérêts de chacune des parties – et liant uniquement les parties au différend amenées à exprimer leur consentement libre et éclairé.

§2. Les conditions de validité communes à l'accord amiable

541. Capacité et consentement. La capacité de contracter et le consentement des parties, sont, au même titre que le contenu licite et certain, une condition de validité du contrat, au visa, nous le rappelons, de l'article 1128 du Code civil tel qu'issu de la réforme du droit des contrats⁹⁵⁰. Si le contenu des conventions de conciliation, de médiation et de procédure participative – lequel consiste en des obligations à la charge des parties au différend et des tiers missionnés – diffère du contenu de l'accord amiable contenant la solution du différend, ces conventions organisent la tentative de résolution amiable du différend et ont, en conséquence, pour but la formation et la conclusion de l'accord amiable. Les conventions organisant la tentative de formation et de conclusion de l'accord amiable partagent en conséquence certaines conditions de validité avec l'accord amiable : capacité et consentement des parties au différend sont exigés.

La question de la vérification par le tiers missionné de la capacité de contracter des parties au différend se pose avant même d'envisager la conclusion de la convention de mise en

⁹⁵⁰ Opérée par l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc. ayant donné lieu à la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, JO 21 avr. 2018, n° 0093 entrant en vigueur au 1^{er} oct. 2018.

œuvre de la tentative de résolution amiable du différend **(A)**. Une convention qui implique nécessairement un consentement des parties et prépare le consentement à l'accord amiable, objectif souhaité de la tentative de résolution amiable du différend **(B)**.

A. La capacité de contracter des parties au différend

542. Signification. Le principe de compétence permet de garantir la capacité du tiers missionné d'accompagner les parties dans la résolution amiable de leur différend. Le tiers missionné est en effet partie à la convention encadrant la résolution amiable du différend, sans avoir vocation à devenir partie à l'accord amiable finalement résolutif ou préventif du différend. La capacité des parties au différend est, quant à elle, requise tant pour la convention permettant d'organiser la mise en œuvre de la résolution amiable du différend, que pour l'accord amiable qui en constitue l'objectif et qui ne lie que les parties au différend, à l'exclusion du tiers missionné, conciliateur, médiateur ou avocats assistant à la procédure participative.

Dès lors, il revient au tiers missionné de contrôler la capacité de contracter de chacune des parties au différend **(1)**. Le défaut de capacité emporte en effet un risque important affectant la célérité de la justice et la recherche d'une solution au différend **(2)**.

1) Le contrôle de la capacité de contracter

543. Une vérification préalable s'imposant au tiers missionné. En pratique, et avant même d'exécuter son obligation d'information dans le cadre de la conclusion de la convention de mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend – convention de conciliation, convention de médiation ou convention de procédure participative – le tiers missionné doit s'assurer de la capacité de contracter des parties au différend. Il s'agit pour lui de vérifier la capacité juridique de conclure un accord amiable et de pouvoir mettre en œuvre un processus permettant sa formation.

Ce contrôle s'impose en particulier au conciliateur et au médiateur dès leur désignation, mais également aux avocats assistant respectivement leur client lorsqu'ils estiment que les conditions sont réunies pour la conclusion d'une convention de procédure participative⁹⁵¹. Un

⁹⁵¹ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïss, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 512.09, p. 720 : l'avocat doit prendre en compte les éléments favorables à la mise en œuvre de la procédure participative et éventuellement ne pas le proposer dans la mesure où

contrôle de la capacité qui intervient avant même de faire consentir les parties aux principes directeurs de la résolution amiable des différends et essentiel lorsque la conciliation, la médiation ou la procédure participative sont amenées à être mises en œuvre dans un cadre *extrajudiciaire*. La question du contrôle de la capacité des parties se pose en effet avec moins de force lorsque la mise en œuvre de la conciliation, de la médiation ou de la procédure participative⁹⁵² est envisagée dans le cadre *judiciaire*, puisque le juge étant saisi du litige, la capacité et l'intérêt à agir des parties sont effectifs. Toutefois, dans le cadre *extrajudiciaire*, notamment par exécution d'une *clause de résolution amiable des différends*, le recours à une institution ou organisme ayant en charge le déclenchement et la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable des différends permet de faciliter le contrôle de la capacité des parties au différend, avant même la désignation du tiers missionné agréé.

544. Capacité et contrôle de l'identité des parties. Le régime des conventions de conciliation et de médiation n'étant pas codifiées au Code civil, elles n'en demeurent pas moins soumises au droit commun du droit des contrats et, notamment aux conditions de validité énoncées à l'article 1128 du Code civil. Si l'on porte notre regard sur le régime spécial de la convention de procédure participative, l'article 1545 du Code de procédure civile complète les mentions prévues à l'article 2063 du Code civil notamment par la mention des noms, prénoms et adresse des parties, ainsi que des avocats. Ces précisions figurent également au contenu de l'accord amiable lorsque celui-ci est conclu au terme de la mise en œuvre d'un processus ou d'une procédure de résolution amiable des différends quel qu'il soit.

Afin d'éviter toute difficulté relative à la validité de la convention, et en conséquence à la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend dont l'objectif souhaité est la conclusion d'un accord amiable, les tiers missionnés – conciliateur, médiateur, avocats – doivent être vigilants quant à la vérification de l'identité civile et l'adresse des parties⁹⁵³. De fait, le contrôle de l'identité des parties, permet de vérifier la véracité de la signature, la

des obstacles se présentent. Plusieurs éléments favorables au déclenchement, c'est-à-dire à la conclusion d'une convention de procédure participative assurant la mise en œuvre de celle-ci, sont à prendre en compte. P. ex., lorsque les parties sont amenées à poursuivre leurs relations après la résolution du différend (voisins, associés, membre d'une même famille) ou lorsque le conflit s'éternise et que la procédure contentieuse risque d'être émaillée d'incidents, parce que les parties n'ont pu s'expliquer. La mise en œuvre d'une procédure participative peut encore être avantageuse lorsque la solution juridique serait inéquitable et engendrerait des conséquences démesurées pour l'une des parties, mais également lorsque des concessions réciproques garantissent d'une solution pérenne sont envisageables ou lorsque les parties ont intérêt à ce que leur différend et sa confidentialité restent confidentiels.

⁹⁵² Depuis la promulgation de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc.*

⁹⁵³ Dans ce contexte, il est impératif d'exiger une pièce d'identité pour les personnes physiques, un extrait Kbis pour les personnes morales ou un mandat de représentation de la personne morale.

capacité juridique et éventuellement les pouvoirs de représentation. En outre, la précision de l'adresse des parties permet ultérieurement, dans le cadre de l'exécution de l'accord amiable intervenu au terme de la tentative de résolution amiable du différend, de faciliter les actes éventuels d'exécution forcée.

2) Le risque lié à l'absence de capacité de contracter

545. Une tentative de résolution amiable avortée. Dans la mesure où les parties n'ont pas la capacité de contracter, la conclusion d'une convention de mise en œuvre du processus choisi afin de diligenter la tentative de résolution amiable du différend peut consister en une perte de temps, et nuire, par conséquent à la célérité de la justice. En l'absence de capacité d'une des parties, la tentative de résolution amiable est anéantie. Dans l'hypothèse où celle-ci serait menée à son terme et qu'un accord amiable serait conclu, celui-ci en l'absence de capacité de l'une des parties pourrait être sanctionné par une nullité prononcée par le juge, anéantissant la démarche amiable.

La condition de la capacité est une condition commune à la convention organisant la tentative de résolution amiable du différend et à l'accord amiable renfermant la solution du différend puisque d'un point de vue contractuel l'exécution des conventions de conciliation, de médiation ou de procédure participative permet la formation et la conclusion de l'accord amiable. De fait, le contrôle par le tiers missionné des capacités de contracter des parties au différend est indispensable et primordiale, dès sa désignation ou avant même celle-ci par l'organisme dont il dépend. En outre, en cas de difficulté portant sur la capacité de contracter de l'une des parties au différend, le contrôle exercé par le tiers missionné dès sa désignation peut révéler l'existence d'un tiers fantôme dont la participation à la tentative de résolution amiable du différend, quel que soit le processus, peut s'avérer indispensable.

546. En définitive, la vérification de la capacité de chacune des parties à s'engager dans la mise en œuvre de la tentative de la résolution amiable permet pour le tiers missionné de s'assurer de la capacité de contracter l'accord amiable. Mais au stade du déclenchement de la mise en œuvre de la procédure choisie – conciliation, médiation, procédure participative ou droit collaboratif – nous pouvons rapprocher cette capacité de la capacité d'agir en justice. Il s'agirait de la capacité d'agir à l'amiable qui recouvre à la fois la capacité de contracter et la capacité d'agir en justice, justifiant qu'en cas d'échec de la tentative de résolution amiable du différend, le juge puisse être saisi et que la capacité reste une condition de l'action en justice

pour que le litige soit tranché. En matière de droit judiciaire privé, la qualité se définit comme « l'habilitation, le titre juridique conférant spécialement à telle personne ou telle catégorie de personnes le droit de saisir un juge d'un certain type de prétention ou d'être entendu de lui dans la défense à un type de prétention déterminé »⁹⁵⁴. Elle apparaît comme une altération de la règle de principe selon laquelle l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention.

B. Le consentement des parties au différend

547. Un principe directeur de la résolution amiable des différends ? La doctrine processualiste présente le principe du consentement, dans le cadre des « principes directeurs de la justice contractuelle »⁹⁵⁵, comme un principe spécifique aux règlements amiables des différends, au même titre que le principe de confidentialité. Les auteurs constatent ainsi que si « le consentement n'est généralement pas présenté comme une garantie du règlement amiable des différends », cela tient au fait « qu'il semble aller de soi en raison de la nature contractuelle des modes alternatifs : il n'y a pas de contrat sans consentement »⁹⁵⁶. Dès lors, la doctrine recherche au travers des dispositions légales des indices du consentement des parties, en particulier lorsque la tentative de résolution amiable du différend intervient dans le cadre *judiciaire* **(1)**. Une manifestation du consentement des parties à la tentative de résolution amiable qui paraît tout à fait particulière lorsque les parties au différend sont déjà liées par un contrat originaire duquel découle le différend **(2)**.

1) Les manifestations du consentement au sein des dispositions légales

548. Le rôle de la doctrine. Les auteurs ont constaté « la référence récurrente à l'accord des parties, qu'il s'agisse du principe même du recours à ce mode de règlement amiable, de l'audition de tierces personnes ou la divulgation d'informations confidentielles »⁹⁵⁷, jusqu'à ce qu'un auteur propose, sur le fondement de l'existence de cette référence récurrente, de qualifier la conciliation et la médiation judiciaires de contrats de

⁹⁵⁴ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n° 84, p. 353.

⁹⁵⁵ *Ibid.*, *op. cit.*, n° 56, p. 232.

⁹⁵⁶ *Ibid.*

⁹⁵⁷ *Ibid.*

pourparlers judiciaires⁹⁵⁸. Il existe en effet, plusieurs manifestations du consentement des parties au différend que ce soit dans le cadre du droit commun procédural de la résolution amiable *judiciaire* **(a)** et *extrajudiciaire* **(b)** ou encore, en matière de droits spéciaux de la résolution amiable des différends **(c)**.

a) En matière de droit commun procédural de la résolution amiable *judiciaire*

549. Dans le cadre des dispositions du droit commun de la résolution amiable judiciaire des différends. L'article 22 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, au titre de la médiation *judiciaire* dispose que « *le juge peut désigner, avec l'accord des parties, un médiateur « judiciaire »*⁹⁵⁹ pour procéder à une médiation, en tout état de la procédure, y compris en référé » ajoutant que « *cet accord est recueilli dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État* ». L'article 131-1 du Code de procédure civile reprend cette formulation en reconnaissant au juge du fond du litige, mais également au juge des référés, en cours d'instance, le pouvoir « *après avoir recueilli l'accord des parties, de désigner une tierce personne [non désignée comme le médiateur] afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* ». Cette formulation n'est pas reprise dans le cadre de la conciliation *judiciaire*. Toutefois, l'article 129-4 du Code de procédure civile prévoit l'accord des parties au différend, non pas pour la désignation du conciliateur de justice, mais dans le cadre de la mise en œuvre de la conciliation déléguée pour le déplacement du conciliateur de justice sur les lieux afin d'entendre toute personne dont l'audition lui paraîtrait utile, et encore sous réserve de l'acceptation de celle-ci.

550. Dans le cadre de l'affirmation du principe de confidentialité applicable à la mise en œuvre du droit commun procédural de la conciliation et de la médiation judiciaires ou extrajudiciaires. L'accord des parties est également évoqué. L'article 21-3 dispose ainsi que « *sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité* »⁹⁶⁰. Le principe de confidentialité peut, nous l'avons constaté faire l'objet d'aménagements conventionnels.

⁹⁵⁸ J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, th., PUAM, 2003, préface. S. Guinchard, spéc. n° 117 s., p. 87-154

⁹⁵⁹ Qualificatif ajouté par les réformateurs de la justice du XXIème siècle ; Voy. ég. S. Amrani-Mekki, « Loi J21 : avancées et inquiétudes procédurales », *Gaz. Pal.* 31 janv. 2017, p. 46.

⁹⁶⁰ Le législateur a précisé encore que « *les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers, ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties* ».

b) En matière de droit commun procédural de la résolution amiable *extrajudiciaire*

551. En matière de médiation et conciliation dites « conventionnelles » ainsi qu'en matière de procédure participative. Dans le cadre de la médiation « conventionnelle », l'accord des parties est exigé, au visa de l'article 1532 alinéa second du Code de procédure civile, lorsque le médiateur est une personne morale et qu'il désigne une personne physique chargée d'accomplir la mission de médiation⁹⁶¹.

Au titre de la conciliation « conventionnelle » menée par un conciliateur de justice, la formulation de l'article 129-4 précité est reprise. Ainsi, « *le conciliateur de justice peut, avec l'accord des intéressés, se rendre sur les lieux et entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile, sous réserve de l'acceptation de celle-ci* ».

Enfin, en ce qui concerne la procédure participative, l'existence d'un régime spécialement prévu par le législateur à la convention de procédure participative attestent de la manifestation de volontés des parties s'engageant à mettre en œuvre la tentative de résolution amiable assistée par avocats.

c) En matière de droits *spéciaux* de la résolution amiable

552. En matière de droits spéciaux de la conciliation et de la médiation judiciaires ou extrajudiciaires. Les dispositions qui y sont relatives ne sont pas en reste de l'évocation de la manifestation de volontés des parties. À titre d'illustration, l'article L. 1152-6 du Code du travail en ce qui concerne le harcèlement moral au travail, précise à son alinéa second que « *le choix du médiateur fait l'objet d'un accord entre les parties* ». En droit de la famille, en matière de mesures provisoires dans le cadre des divorces contentieux⁹⁶² et en matière d'autorité parentale⁹⁶³, « *le juge peut proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder* ».

2) Les manifestations du consentement dans le cadre d'une relation contractuelle préexistente

⁹⁶¹ P. ex. cas déjà évoqué de la désignation du médiateur par un Centre de médiation.

⁹⁶² Voy. l'art. 255 1° CCiv.

⁹⁶³ Voy. l'art. 373-2-10 al. 2nd CCiv.

553. Rappel relatif aux clauses de résolution amiable des différends. Le consentement des parties peut, nous l'avons examiné, s'exprimer de manière anticiper dans le contrat qui les lie initialement. Cette clause de résolution amiable – par conciliation, médiation ou procédure participative – peut être prévue afin d'anticiper le traitement des différends pouvant naître de l'exécution, l'interprétation, la validité du contrat. Elle doit être correctement rédigée afin de permettre la saisine obligatoire du tiers missionné à la résolution amiable du différend visé par la clause, préalablement à la saisine du juge compétent. Par l'insertion d'une *clause de résolution amiable des différends préalable et obligatoire*, les cocontractants s'engagent à désigner le tiers missionné avant toute saisine du juge du fond.

Ce n'est que lorsque ce dernier rencontre les parties, que le consentement des parties au différend est à nouveau requis dans le cadre de la conclusion de la convention encadrant et permettant la mise en œuvre de la résolution amiable à l'égard de l'ensemble des intervenants. Un consentement qui, au stade de la conclusion de ces conventions porte sur l'objet du différend, la durée de la tentative, et les principes directeurs non négociables et le principe directeur de la confidentialité ainsi que le partage des frais dont les modalités peuvent être négociées. Ainsi dans le cadre des conventions de conciliation, de la médiation et de la procédure participative, l'objet du consentement des parties au différend porte sur les principes de la tentative de résolution amiable des différends contractualisés, alors que l'objet du consentement pour l'accord amiable porte sur la solution trouvée par les parties au différend.

554. En définitive, l'exercice par le tiers missionné d'un contrôle sur le comportement des parties au différend, dans le cadre de l'exécution des conventions de conciliation, de médiation ou de procédure participative, permet de purger de ces éventuels vices – dol, réticence dolosive, erreur ou encore violence – le consentement à l'accord amiable final renfermant la solution au différend.

555. Conclusion de la Section I relative à l'unité de régime contractuel du déclenchement de la résolution amiable des différends. Nous rejoignons que partiellement l'analyse de Madame Julie Joly-Hurard consistant à qualifier la conciliation et la médiation *judiciaires* de contrats de pourparlers judiciaires⁹⁶⁴. Les contrats de mise en œuvre des pourparlers du différend ainsi que des besoins et intérêts des parties existent bien et présente une unité de régime contractuel quant à leurs conditions de validité. Il s'agit des conventions de

⁹⁶⁴ J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, *op. cit.*, n° 117 s., p. 87 à 154.

conciliation ou de médiation, en pratique souvent orales car concluent en présence du tiers neutre, impartial, indépendant, et de la convention de procédure participative pour laquelle l'écrit est imposé et fondant la mise en œuvre d'une négociation plus directe entre les parties assistées de leurs avocats. Elles partagent un but commun dans leur exécution, celui de faire émerger une solution au différend et de permettre la conclusion de l'accord amiable. Ces conventions encadrant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend, à la différence des *clauses de résolution amiable des différends*, sont obligatoires ou s'imposent en pratique afin d'organiser et mettre efficacement en œuvre la tentative de résolution amiable du différend, que ce soit dans le cadre *judiciaire*, mais également *extrajudiciaire*⁹⁶⁵. Parce qu'elles permettent de recueillir le consentement des parties, et de contrôler leur capacité juridique, elles consistent au surplus, en des avant-contrats préparatoires à l'accord amiable amené à être conclu au terme de la tentative de résolution amiable du différend.

Par ailleurs, les parties au différend ne sont aucunement obligées de consentir aux conventions de conciliation, de médiation ou de procédure participative. Comme le fait observer la doctrine, les négociations commencent généralement par une invitation à entrer en pourparlers, acte unilatéral qui ressemble à une offre, mais s'en distingue par le degré de fermeté et de précision de la volonté de l'émetteur⁹⁶⁶. Ainsi l'invitation à entrer en pourparlers, à la différence de la sollicitation, constitue seulement une proposition d'engager une négociation⁹⁶⁷. En matière de résolution amiable des différends, cette invitation émane du tiers missionné, conciliateur, médiateur, avocats assistants. Il s'agit de l'invitation à mettre en œuvre une tentative de résolution amiable du différend, c'est-à-dire une négociation du différend, des besoins et intérêts des parties dont le but est de permettre la formation de l'accord amiable cristallisant la solution du différend. Une invitation nécessairement favorisée par l'obligation d'information imposée par le législateur, mais également et de manière ponctuelle, par l'insertion de *clauses de résolution amiable des différends* dans le contrat liant initialement les parties. L'obligation d'information qui s'impose à tous les tiers missionnés et que le législateur

⁹⁶⁵ Rappelons que la convention de procédure participative instituée par la loi n° 2010-1609 du 22 déc. 2010, dite loi Béteille, avait vocation initialement à être conclue en dehors de toute saisine du juge compétent du litige, avant que la loi n° 2016-1547 du 16 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle* et son décret d'application n° 2017-892 du 6 mai 2017, *préc.* permettent la conclusion d'une convention de procédure participative en cours d'instance. À cet égard, l'article 1546-1 du Code de procédure civile dispose que dans ce cas, « le juge ordonne le retrait du rôle lorsque les parties l'informent de la conclusion d'une convention de procédure participative ». Les parties au différend peuvent parfaitement avoir recours à la conciliation ou à la médiation « conventionnelle », c'est-à-dire *extrajudiciaire*, en cours d'instance, sans nécessairement être tenues d'en informer le juge, bien souvent par souci de confidentialité.

⁹⁶⁶ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 468, p. 267.

⁹⁶⁷ A. Cohérier, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, *th. Paris, 1939* ; B. Lasalle, « Les pourparlers », *RRJ*, 1994, p. 825.

développe de manière exponentielle⁹⁶⁸, permet de préparer les parties à la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable.

Ainsi, avant même que la tentative de résolution amiable ne soit effectivement mise en œuvre, la démarche amiable peut parfaitement échouer, faute de volonté de l'une ou l'autre des parties, ou de l'ensemble des parties au différend. Peu importe, à cet égard, que les parties aient stipulé dans le contrat qui les liait une *clause de tentative de résolution amiable obligatoire et préalable à la saisine du juge* ; que le législateur est imposé dans le domaine concerné par le différend, une obligation à la saisine d'un tiers missionné conciliateur ou médiateur ; ou encore que le juge ait délégué sa mission de conciliation à un conciliateur de justice ou enjoint les parties de rencontrer un médiateur.

Enfin, comme tenu du fait que tout recours à un processus de conciliation ou de médiation est fondé, pour sa mise en œuvre, sur une convention liant les parties au différend et le tiers missionné conciliateur ou médiateur, nous réfutons la qualification retenue par le législateur au titre Ier du Livre V du Code de procédure civile visant les conciliation et médiation « *conventionnelles* »⁹⁶⁹. En effet, nous démontrons que conciliation, médiation et procédure participative sont « *conventionnelles* » par nature, tant dans le déclenchement de leur mise en œuvre, qu'au regard de leur but visant la conclusion d'un accord – amiable – parce que résolusif ou préventif du différend. Il nous paraît plus pertinent de distinguer les conciliation et médiation *judiciaires* des conciliation et médiation *extrajudiciaires*. Conciliation, médiation et procédure participative, en tant que processus de résolution des différends peuvent par conséquent être définis comme des *procédures*⁹⁷⁰ *conventionnelles ou volontaires de résolution amiable judiciaire ou extrajudiciaire des différends*. Ces procédures nécessitent en effet la mobilisation de toute la technique contractuelle afin de servir un objectif procédural : celui du règlement définitif du différend... par un contrat : l'accord amiable.

Section II – L'unité de régime contractuel du déroulement de la résolution amiable des différends

556. L'insuffisance de la seule analyse procédurale. L'objectif des *processus et*

⁹⁶⁸ À l'instar de ce que nous avons observé dans le cadre de la transposition de la dir. n° 2013/11/UE du Parlement européenne et du Conseil du 21 mai 2013 *relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation, préc.*

⁹⁶⁹ Dont le droit commun procédural est codifié, pour rappel, au Livre cinquième du Code de procédure civile.

⁹⁷⁰ Le législateur a préféré parler de « procédure » participative, plutôt que de « processus » participatif, sans doute parce que faisant, plus que la conciliation et la médiation l'objet de règles procédurales prévoyant le relai du traitement contentieux du litige en cas d'échec de la tentative de résolution amiable du différend.

procédures volontaires de résolution amiable du différend est bien entendu, d'un point de vue procédural, de résoudre le différend. Un objectif de justice poursuivi en définitive par toute procédure contentieuse ou amiable. La particularité des *processus ou procédures volontaires de résolution amiable du différend* est de servir cet objectif commun de résolution du différend grâce à un *instrumentum* – le contrat – qui scelle la volonté des parties sur la solution qu'elles retiennent au différend. Nous avons constaté que ces processus ou procédures – conciliation, médiation, procédure participative intervenant dans le cadre *judiciaire* ou *extrajudiciaire*, font l'objet d'un droit commun procédural et de droits spéciaux qui se contentent d'organiser leur recours. Ces dispositions légales qui font certes apparaître qu'ils aboutissent de manière unitaire à un contrat, révèlent néanmoins une diversité de processus et procédures et sont totalement silencieuses en ce qui concerne, à proprement parler, leur déroulement, excepté à rappeler un certain nombre de principes directeurs faisant écho aux principes directeurs du procès. Toujours d'un point de vue procédural, ces processus ou procédure de résolution amiable des différends ont pour objet de mettre en œuvre une tentative de résolution amiable du différend de permettre la recherche d'une solution conventionnelle au différend.

557. Le recours à l'analyse contractuelle : la formation de l'accord amiable résolutif du différend. L'approche contractuelle doit venir au soutien de l'analyse seulement procédurale de la résolution amiable des différends, laquelle présente cette double nature. Du point de vue contractuel donc, l'objet commun des processus ou procédure de résolution amiable des différends – la tentative de résolution amiable du différend – consiste à permettre la négociation du différend ainsi que des besoins et intérêts des parties afin de permettre la formation et la conclusion d'un contrat : l'accord amiable. Un contrat particulier parce qu'il renferme la solution du différend. Le droit procédural ne permet pas d'affiner notre analyse et il convient de se tourner naturellement vers le droit des contrats afin de révéler le régime du déroulement de la résolution amiable des différends. Un relais de l'analyse contractuelle s'imposant d'autant plus que nous avons constaté que tout processus ou procédure de résolution amiable des différends est fondé sur une convention permettant d'organiser et d'encadrer la tentative, par des principes traduits en termes d'obligations et engagements auxquels les parties capables et le tiers missionné compétent consentent.

Ainsi, dès lors que les conventions spécifiques à chaque processus sont conclues entre les tiers missionnés, conciliateur, médiateur ou avocats assistants à la procédure participative et les parties aux différends, leur exécution tend à la réalisation de l'objectif procédural contractualisé, à savoir la conclusion de l'accord amiable venant figer la solution au différend.

L'exécution des conventions de mise en œuvre de la résolution amiable des différends – convention de médiation, convention de conciliation, convention de procédure participative – consiste ainsi à favoriser la conclusion de l'accord amiable (**Sous-Section I**). Ne s'agissant, dans tous les cas que d'une « tentative » de résolution amiable, l'inexécution des conventions encadrant la mise en œuvre de la résolution amiable doit également être envisagée (**Sous-Section II**).

Sous-Section I – L'exécution des conventions préparatoires à l'accord amiable

558. Les étapes de la formation du contrat en droit commun. La réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* ayant fait l'objet de la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018 consacre des innovations au titre desquelles la reconnaissance de la période de formation du contrat⁹⁷¹. Ainsi les réformateurs ont-ils spécialement prévu – au chapitre relatif à la *formation du contrat*⁹⁷², et ce, avant de se pencher sur la validité, la forme du contrat ainsi que les sanctions qui y ont trait⁹⁷³ – une section première consacrée à la *conclusion du contrat*⁹⁷⁴. Au sein de cette phase de conclusion du contrat sont distinguées d'une part, « les négociations », et d'autre part, « l'offre et l'acceptation »⁹⁷⁵. Ce découpage reprend la théorie juridique classique relative à la formation du contrat « dépouillée »⁹⁷⁶ distinguant d'une part la discussion et, d'autre part, l'engagement. La théorie juridique classique analyse en effet la formation du consentement en une offre, parfois dénommée pollicitation, suivie d'une acceptation ; la rencontre de l'offre et de l'acceptation constituant le consentement.

Néanmoins, comme le fait observer la doctrine, ces deux étapes ne sont pas les seules⁹⁷⁷. Il peut arriver que le contrat se forme par degrés – point par point – ce qu'on appelle

⁹⁷¹ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, préc. ayant donné lieu à la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *JO* 21 avr. 2018, n° 0093 entrant en vigueur au 1^{er} oct. 2018.

⁹⁷² Chapitre II du sous-titre premier « *le contrat* » du titre troisième relatif aux sources d'obligations du livre troisième du Code civil. Ce chapitre succède au chapitre premier relatif aux « *dispositions liminaires* » présentant la définition et les principes directeurs du droit des contrats.

⁹⁷³ Respectivement traitées aux sections II, III et IV du Chapitre II consacré à « *la formation du contrat* ».

⁹⁷⁴ Voy. les art. 1112 à 1127-4 CCiv.

⁹⁷⁵ Sont ensuite abordées dans le cadre des sous-section 3 et 4, d'une part, les dispositions relatives au pacte de préférence et à la promesse unilatérale, et, d'autre part, les dispositions propres au contrat conclu par voie électronique.

⁹⁷⁶ J. Schmidt, *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, 1982 ; Ph. Malaurie et Laurent Aynès, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 468, p. 267.

⁹⁷⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 465 s., p. 265 s.

la théorie de la *punctatio*, d'origine allemande⁹⁷⁸. Ainsi, comme le font observer les auteurs, pendant la négociation, avant l'éventuelle conclusion du contrat, des écrits successifs peuvent venir fixer les points sur lesquels les parties sont dès à présent d'accord⁹⁷⁹. Les écrits ont alors, selon la volonté de leurs auteurs, une portée variable : certains n'en ont aucune et il s'agit de ce qu'on appelle parfois « des documents de secrétariat »⁹⁸⁰ ; d'autres peuvent avoir des conséquences juridiques. Reste que les auteurs constatent la diversité des situations de fait caractérisant la formation du contrat. Ainsi, certains constatent que le droit contemporain a nuancé le schéma simple de l'analyse classique. La conclusion d'un contrat, surtout s'il est complexe, peut en effet prendre du temps : une invitation à entrer en pourparlers peut avoir été antérieure à l'offre, la négociation peut avoir été longue et se faire par étapes ; le contrat peut avoir été conclu par correspondance (ce que l'on appelle les contrats entre absents), ou précédé par un avant-contrat⁹⁸¹. À cet égard, la doctrine constate que « les négociations commencent généralement par une invitation à entrer en pourparlers, acte unilatéral qui ressemble à une offre, mais s'en distingue par le degré de fermeté et de précision de la volonté de l'émetteur. L'invitation à entrer en pourparlers, à la différence de la pollicitation, constitue seulement une proposition d'engager une négociation »⁹⁸².

559. Les étapes de formation de l'accord amiable. Dans le cadre de la résolution amiable des différends, cette phase de formation de l'accord amiable peut être procéduralisée. La mise en œuvre effective des *processus et procédures volontaires de résolution amiable des différends* se traduit toutefois, d'un point de vue contractuel, par l'exécution de conventions conclues entre les parties et les tiers missionnés encadrant la tentative de résolution amiable du différend – convention de conciliation, de médiation ou de procédure participative – permettant la formation et la conclusion de l'accord amiable résolutif du différend. Cette exécution s'organise par une première phase de négociations et discussions – les pourparlers du différend ainsi que des besoins et intérêts des parties – (§1), et se poursuit, sous le sceau de la liberté contractuelle et donc de manière volontaire, par la rencontre d'offre et d'acceptation des parties portant sur la solution du différend – l'engagement – permettant la conclusion de l'accord

⁹⁷⁸ J. Carbonnier, *Thémis*, PUF, 22^{ème} éd., 2000, n° 39 c. ; A. Rieg, « La punctatio, contribution à l'étude de la formation successive des contrats », in *Ét. Offertes à A. Jauffret*, PUAM, 1974, p. 593 s. ; J.-M. Mousseron, *La durée dans la formation du contrat*, *ibid.*, p. 509 s., spéc. 514.

⁹⁷⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 466, p. 266.

⁹⁸⁰ F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, préf. J. Ghestin, th. Paris I, LGDJ, 1994.

⁹⁸¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 467, p. 266.

⁹⁸² Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, th. Paris, 1939 et B. Lassalle, « Les pourparlers », *RRJ*, 1994, p. 825.

amiable (§2).

§1. Les négociations au service de la formation de l'accord amiable

560. Notion et objet des négociations. La négociation est une notion contractuelle restée longtemps ignorée du législateur et ayant fait débat jusqu'à la loi de promulgation n° 2018-287 du 20 avril 2018. La jurisprudence confrontée, de manière générale, à des litiges relatifs à la période « précontractuelle » a été amenée à dégager des règles guidant les négociations du contrat. La notion connaît aujourd'hui une reconnaissance légale. Il convient en conséquence d'examiner l'évolution de cette notion juridique au regard des principes qui ont pu être consacrés par les réformateurs du droit commun des contrats **(A)** et d'analyser l'objet particulier des négociations dans le cadre de la résolution amiable des différends auxquelles sont appliqués, en sus des principes qui lui sont propres, les principes du droit commun des contrats **(B)**.

A. La reconnaissance de la notion de négociation

561. Présentation. Au titre de « *la formation du contrat* »⁹⁸³, et plus précisément au regard de « *la conclusion du contrat* »⁹⁸⁴, les réformateurs du droit commun des contrats ont opéré une reconnaissance des « négociations précontractuelles » sans toutefois définir la notion. Il convient donc de rechercher une définition **(1)**, pour ensuite examiner en quoi à consister la reconnaissance légale de cette période précontractuelle **(2)**.

1) La recherche de définition

562. Les définitions doctrinales. La négociation ⁹⁸⁵, également dénommée indifféremment ⁹⁸⁶, pourparlers ⁹⁸⁷, négociation contractuelle ⁹⁸⁸, ou encore période

⁹⁸³ Chapitre II du sous-titre Ier « *Le contrat* » du Titre III « *Des sources d'obligations* » intégré étonnamment au Livre III du Code civil intitulé « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* ».

⁹⁸⁴ Section I du Chapitre II relatif à « *La formation du contrat* ».

⁹⁸⁵ Colloque consacré à la négociation dont les actes ont été publiés à la *RTDCom.* 1998, p. 447 s.

⁹⁸⁶ J.-M. Mousseron, M. Guibal, D. Mainguy, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001, spéc. n° 2 : « Ce temps précédant la formation de l'accord est occupé par divers échanges ayant pour objectif la conclusion de ce contrat et pour moyen un ensemble d'échanges multifformes que nous dénommerons « négociation » ou « pourparlers » ».

⁹⁸⁷ B. Lassale, « Les pourparlers », *op. cit.*, p. 825 s. ; B. Gros, « Pourparlers », *JCl. Contrats-Distribution*, Fasc. 20 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 468, p. 267.

⁹⁸⁸ J. Schmidt, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.*, 1974, p. 46 s. ; Du même auteur, « La période précontractuelle en droit français », *RIDC*, 1990, p. 545 s. ; L. Rozes, « Projets et accords de principes »,

précontractuelle⁹⁸⁹, a pu être définie comme « la période exploratoire durant laquelle les futurs contractants échangent leurs points de vue, formulent et discutent les propositions qu'ils se font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat, sans être pour autant assurés de le conclure »⁹⁹⁰. D'autres auteurs y voient « un ensemble d'échanges précédant la formation de l'accord, en vue d'identifier, puis de résoudre les problèmes que posera la relation économique envisagée et d'accorder, ensuite, les volontés des intéressés sur la discipline que constitue le contrat. C'est l'entonnoir dans lequel vont s'entrechoquer et se fondre les projets, les préoccupations des différents partenaires »⁹⁹¹.

Cette période précontractuelle est restée longtemps ignorée du droit⁹⁹². Néanmoins, certains auteurs, à l'instar de Jean-Marc Mousseron, ont exploré toute la richesse créative de cette période⁹⁹³. Les négociations contemporaines ont ainsi pu faire l'objet de diverses analyses⁹⁹⁴.

2) Une consécration légale

563. La reconnaissance légale de la phase des négociations « précontractuelles ». En opérant la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le législateur a procédé à une reconnaissance de la phase des négociations. Cette période précontractuelle existe, sauf à ce que la conclusion d'un contrat soit le fruit de la rencontre

RTD com. 1998, p. 501 s. ; J. Ghestin, *Traité de droit civil*, « La formation du contrat », n° 329 s., dont une section est consacrée par l'auteur à « la période contractuelle ».

⁹⁸⁹ L'expression est discutable en matière de résolution amiable des différends puisque des contrats organisent cette période. Néanmoins les auteurs utilisent parfois cette expression : voy. p. ex. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd. 2013.

⁹⁹⁰ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd. 2013 – Voy. Ég. B. Lasalle, « Les pourparlers », *op. cit.*, p. 825 s. ; B. Legros, Pourparlers, *JCl. Contrats-distribution*, fasc. 20 ; Ph. Maulaurie, L. Aynes, *Obligations*, t. 6, vol. 2, Contrats et quasi-contrats, 11^{ème} éd., Éditions Cujas, 2001/2002, n° 79.

⁹⁹¹ J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 12, p. 31.

⁹⁹² D. Mazeaud, « La genèse du contrat, un régime de liberté surveillé », *Revue Droit et Patrimoine*, juill. 1996, p. 44 s. : l'auteur a ainsi parlé de « *no man's land juridique* ».

⁹⁹³ *Ibid.*, n° 12 et s. : Notons que les éditions qui ont suivies n'ont plus fait apparaître les développements majeurs relatifs à la négociation contractuelle.

⁹⁹⁴ Ph. Malaurie et Laurent Aynès, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 468, p. 267 : comme le résume de manière pertinente ces auteurs, la sociologie américaine contemporaine explique les négociations préalables par la théorie des jeux, de sorte qu'il existerait dans la suite des propositions et contre-propositions des futurs contractants une sorte de jeu, ensemble subtil de manœuvres, conscients ou inconscientes, afin de gagner des assurances ou se prémunir contre des risques. Ces auteurs évoquent également la discussion du souk ou du bazar, telle qu'elle est pratiquée en Afrique du Nord ou dans le Moyen-Orient faisant apparaître « l'aspect ludique des échanges économiques ». Néanmoins, ils relèvent que « la psychologie française classique est plus simple ; elle analyse en trois étapes la genèse d'un acte volontaire, allant de la conception, à la décision, en passant par la délibération ».

« coup de foudre »⁹⁹⁵ d'une offre et d'une acceptation. Le pluriel utilisé par les réformateurs désignant « *les négociations* » est révélateur de la prise en compte de la multiplication d'échanges, de points de vue dans cette phase de gestation du contrat. Comme le précise le Rapport au Président de la République consécutif à l'ordonnance de réforme, le Code civil était jusqu'alors totalement muet sur la question des négociations précontractuelles, dont les règles ont été élaborées par la jurisprudence⁹⁹⁶. Dans le cadre de cette réforme, les codificateurs ont tenu à fixer les principes régissant la phase précontractuelle, en codifiant, au sein de l'article 1112 du Code civil, les solutions jurisprudentielles établies. En conséquence, les dispositions de ce texte posent un cadre assurant la sécurité juridique des négociations **(a)**. Les processus et procédures de résolution amiable des différends tendant à la conclusion d'un accord amiable, marquant un phénomène de procéduralisation de la phase de négociation de l'accord amiable fondée en réalité sur des conventions préparatoires, la question de l'application des principes consacrés en droit commun des contrats se pose dans le cadre de la résolution amiable des différends **(b)**.

a) Les principes directeurs de la négociation consacrés en droit commun des contrats

564. La primauté du principe de liberté des négociations précontractuelles. L'alinéa premier de l'article 1112 du Code civil dispose, d'une part, que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres* ». Ce n'est là que la déclinaison du principe de liberté contractuelle édictée à l'article 1102 alinéa premier du Code civil, lequel précise que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». Énoncé de la sorte, le principe de liberté imprégnant les négociations semble absolu.

565. La limite au principe de liberté contractuelle : le principe de bonne foi. Néanmoins, il est ajouté, toujours à l'alinéa premier de l'article 1112, qu'« *ils [l'initiative, le déroulement et la rupture des négociation précontractuelles] doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». Une précision qui renvoie au principe du droit des contrats édicté à l'article 1104 du Code civil selon lequel « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Le principe de bonne foi a ainsi été étendu, par les réformateurs et dans

⁹⁹⁵ Selon la formule de Jean-Marc Mousseron, *in La durée dans la formation des contrats*, Études offertes à A. Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 509.

⁹⁹⁶ Rapport au Président de la République *relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JO 11 févr. 2016, n° 0035.

la droite ligne de la jurisprudence, à la négociation et à la formation du contrat⁹⁹⁷. Ainsi la limite au principe de liberté de l'initiative, du déroulement et de la rupture de la négociation connaît qu'une seule limite : le manquement à la bonne foi.

b) L'application des principes en matière de résolution amiable des différends

566. L'application des principes contractuelles des négociations aux processus ou procédures de résolution amiable des différends. D'un point de vue contractuel, la mise en œuvre des processus et procédures de résolution amiable des différends consiste à permettre une formation – dans le temps – de l'accord amiable, par des négociations relatives au différend ainsi que des besoins et intérêts de parties, puis la rencontre d'offre et d'acceptation sur la solution du différend. En conséquence, conciliation, médiation et procédure participative, sont soumises aux principes de liberté et de bonne foi des négociations. Ainsi, les parties à un différend sont libres, dans la limite du respect de l'ordre public et de la bonne foi, d'initier et de mettre en œuvre le recours à des processus ou procédures de résolution amiable des différends afin de conclure un accord amiable cristallisant une solution à leur différend. Elles demeurent libres également de rompre, à tout moment, la tentative de résolution amiable. C'est pour cela, que les processus ou procédures de résolution amiable des différends – conciliation, médiation, procédure participative – ont pour objet commun d'organiser le déroulement de ce qui n'est qu'une « tentative » de résolution amiable du différend, dans la mesure où les parties sont libres d'y mettre un terme, à tout moment et sans motif, dans la limite du respect de la bonne foi. À cet égard, les dispositions relatives à la convention de procédure participative, instituée au Code civil par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010, dite loi « *Béteille* »⁹⁹⁸, et donc antérieures à la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-13 du 10 février 2016, soumettaient déjà la procédure participative, et donc la négociation du différend et la rencontre de volontés à l'accord amiable, au principe de bonne foi. Nous trouvons ici la marque d'une unité du régime contractuel de la résolution amiable du différend.

B. L'objet des négociations

567. Quel est l'objet des négociations en matière de résolution amiable ? En matière

⁹⁹⁷ L'anc. art. 1134 CCiv. n'évoquait, à son alinéa troisième, l'exigence de la bonne foi qu'au regard de l'exécution des conventions.

⁹⁹⁸ Loi n° 2010-1609 du 22 déc. 2010 *relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires*, JO 23 déc. 2010, n° 0297.

de résolution amiable des différends, peu important le processus choisi afin de parvenir à la conclusion d'un accord amiable, l'exécution des conventions de conciliation, de médiation et de procédure participative, débute par une première phase de négociations. Il ne s'agit pas, dans cette étape suivant la conclusion des conventions encadrant la résolution amiable du différend, de négocier immédiatement des solutions au différend. Les discussions, et nous retenons ici le terme significatif de « pourparlers », portent en premier lieu sur le *différend* (1), puis sur les *besoins et intérêts* des parties (2).

1) Les pourparlers du différend

568. La problématique liée à la notion de *différend*. Contrairement à la conclusion d'un contrat classique, la conclusion de l'accord amiable suppose la préexistence d'un événement singulier, générant une *opposition des volontés des parties*, le différend. Celui-ci peut d'ailleurs être anticipé dans le cadre du contrat liant les parties, pour les événements affectant la vie du contrat. De nombreux événements peuvent ainsi générer une opposition des volontés des parties. Dans le cas où les parties sont liées par un contrat⁹⁹⁹, l'événement peut consister en une inexécution, une mauvaise exécution, ou encore une rupture du contrat. La formation du contrat lui-même peut générer une opposition des volontés des cocontractants sur sa validité ou son interprétation. L'opposition des volontés peut encore, de manière tout à fait variable, porter sur la rupture du mariage entre les époux ou ses conséquences. Dans d'autres cas, les volontés des parties peuvent se confronter sur les conséquences liées au dommage causé, par exemple, par un accident de la circulation ou médical, ou encore un acte terroriste, une pollution aux hydrocarbures. L'opposition des volontés peut ainsi, aussi bien résulter d'un acte juridique, que d'un fait juridique.

Dans tous les cas, face à la réalisation de l'événement, les parties, par réflexe, prennent chacune instinctivement position. Dans la perspective d'une action en justice, les prises de positions se traduisent par une opposition des prétentions des parties : un *litige*. Le *litige*, dans sa dimension toute juridique, devient l'objet du traitement contentieux : le *procès*.

La résolution amiable vise à court-circuiter la prise de position instinctive et l'analyse exclusivement juridique qui en découle, afin de permettre en premier lieu, une négociation sur les faits relatifs à l'opposition des volontés des parties. Celle-ci est encouragée à être réglée

⁹⁹⁹ P. ex. un contrat de vente ou de distribution conclu entre deux entreprises, un contrat de prestation de service ou de vente de biens conclu entre le consommateur et le professionnel, un contrat de travail conclu entre le salarié et l'employeur ou encore un contrat de bail d'habitation ou commercial.

amicalement. Pour se faire, et nous l'avons constaté, le législateur a largement introduit dans tous les domaines du droit, les recours à des processus et processus de négociations fondés sur des conventions qui encadrent, notamment, la mise en œuvre de la négociation. Il s'agit de muter l'opposition de volontés des parties en une rencontre des volontés des parties, de nover en quelque sorte ce que nous désignons comme le *différend*, en une solution fondée sur une volonté commune des parties.

D'un point de vue théorique, la difficulté de la détermination de la notion de *différend* réside d'une part, dans la variété de matières nourrissant sa nature, et, d'autre part, sur la diversité de termes renvoyant à cette opposition de volontés des parties. Nous proposons donc, à partir de la notion de *litige*, connu des juristes d'avancer quelques définitions relatives à la matière contentieuse **(a)**, afin de procéder à une mise en ordre de nature à éclairer l'appréhension de la notion de *différend*, objet des négociations dans le cadre de la résolution amiable **(b)**.

a) Le choix des maux : *litige, différend, conflit* et autres déclinaisons

569. Une « polyphonie »¹⁰⁰⁰ de termes. De nombreux termes désignent la matière sujette à un traitement contentieux ou amiable : *litige, différend, conflit, prétention, contestation, difficulté, opposition d'intérêt, dispute*. La notion de *litige*, au cœur du droit processuel, sert de référent dans le cadre du contentieux **(I)** alors qu'en matière de résolution amiable, d'autres notions dépassant la dimension strictement juridique de l'opposition des volontés des parties lui sont préférées **(II)**.

I. *L'appréhension de l'opposition des volontés dans le cadre du contentieux*

570. Litige et procès. La racine latine du terme *litige* – *litis* (procès) et *agere* (conduire) – renvoie au procès et à la procédure. La notion de *litige* doit, en conséquence, être abordée en droit sous l'angle du procès. Au sens commun, *Le Grand Robert de la Langue française* définit le procès comme le « litige soumis par les parties à une juridiction ». Le *Littré* rejoint ce dernier sens en le définissant comme l'« instance devant un juge, sur un différend entre deux ou plusieurs parties (ainsi dite à cause de la marche, du développement qui suit une affaire devant un tribunal) ».

¹⁰⁰⁰ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n° 71, p. 310.

La doctrine juridique a également proposé quelques définitions du *litige*. Le professeur Antoine Jeammaud l'assimile à une « (...) opposition de prétentions juridiques soumise à une juridiction civile, pénale, administrative ou arbitrale, appelée à la trancher par une décision »¹⁰⁰¹. Le professeur Loïc Cadiet complète cette approche et affirme que « l'opposition de prétentions juridiques soumise à une juridiction civile, pénale, administrative ou arbitrale, appelée à la trancher par une décision peut être qualifiée de litige. La naissance et le déroulement du procès supposent la constitution, par un minimum de formalisation, d'une telle relation d'opposition de prétentions, ou au moins d'opposition sur la ou les demandes de la personne ou de l'organe qui a saisi la juridiction »¹⁰⁰². Circonscrite par l'objet des demandes et au cercle des parties, cette relation est « cristallisée » par le procès.

Du latin *procedere* signifiant « aller en avant, s'avancer », le *procès* est, quant à lui, défini juridiquement comme le « litige soumis à un tribunal » ou la « contestation pendante devant une juridiction »¹⁰⁰³. Le *procès* est en droit tantôt défini comme un litige réglé par une juridiction, tantôt comme le mode de règlement du litige. Le professeur Loïc Cadiet précise, à cet égard, que « le procès désigne non seulement le litige porté devant un juge, mais aussi la façon dont ce litige sera traité par la juridiction saisie, c'est-à-dire la soumission du litige au juge, autrement dit la procédure : en ce dernier sens, le procès constitue bien une solution du litige, au sens quasiment chimique du terme, une manière de résoudre le litige (à ce compte, le jugement est un précité) »¹⁰⁰⁴. Plus généralement, les juristes voient dans le procès, une procédure régie par des règles formelles. Les sociologues l'assimilent à une ressource, parmi d'autres techniques de contrôle social, utilisée par les professionnels du droit et dominée par des stratégies de pouvoir et d'anticipation¹⁰⁰⁵. La notion de procès ne peut ainsi être cloisonnée dans une seule conception doctrinale. Il s'agit de combiner les différentes approches permettant ainsi d'affirmer que « le procès, c'est tout à la fois, litige, procédure, technique de contrôle social et cérémonie du lien social »¹⁰⁰⁶.

Le *litige* apparaît ainsi comme l'objet du traitement judiciaire et il semble donc naturel de dire que résoudre le *litige* est la finalité de tout *procès*. Néanmoins, tout *litige* ne donne pas forcément lieu à *procès*. La mise en œuvre de la procédure et du rituel du *procès* suppose l'expression de volonté d'au moins une partie, le demandeur à l'action. Toutefois, l'existence

¹⁰⁰¹ A. Jeammaud, « Conflit, différend, litige, Droits », *Revue française de théorie juridique*, 2001, n° 34, (Mots de la Justice), p. 15 s.

¹⁰⁰² L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n° 75, p. 324.

¹⁰⁰³ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, préc.*, V° « Procès ».

¹⁰⁰⁴ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n° 75, p. 324 s.

¹⁰⁰⁵ E. Serverin, *Sociologie du droit*, Paris, éd. La Découverte, 2000 ; L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n° 70, spéc. p. 307.

¹⁰⁰⁶ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n° 70, p. 306 s.

même du *litige* a pu, dans certains cas, être contestée, en matière civile dans la procédure gracieuse¹⁰⁰⁷, en matière administrative dans le recours pour excès de pouvoir ou encore, en matière pénale, dans le cadre de l'action publique. La question de l'existence du litige se pose également en matière de responsabilité civile délictuelle, en particulier en ce qui concerne l'indemnisation liée au dommage résultant d'un accident, laquelle peut être réglée par la résolution amiable.

571. Litige et prétention. Le terme de *prétention* est également affecté des juristes processualistes. Du latin *praetendere*, la prétention se définit, au sens commun, comme « le fait de revendiquer quelque chose en vertu d'un droit que l'on affirme, d'un privilège que l'on réclame »¹⁰⁰⁸. Elle consiste donc en une expression de volonté unilatérale.

Le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu, au sens juridique, en propose la définition suivante : « une affirmation en justice tendant à réclamer quelque chose, soit de la part du demandeur (par demande principale ou additionnelle), soit de la part du défendeur (par demande reconventionnelle) et dont l'ensemble (prétentions respectives) détermine l'objet du litige (dans la mesure où chacun s'oppose à la prétention adverse) (Art. 4 CPC) »¹⁰⁰⁹. Certains auteurs ont ainsi préféré le critère de l'existence d'une *prétention*, à l'instar de Motulsky qui affirmait que le litige est une opposition de prétentions¹⁰¹⁰. Le professeur Marie-Claire Rivier définit à cet égard le *litige* comme « une opposition de prétentions, comportant du fait et du droit, apte à être entendue par un juge et à être tranchée par référence à une norme »¹⁰¹¹. En conséquence, si le *procès* a pour objet le *litige*, le *litige* prend lui pour objet les *prétentions* des parties¹⁰¹².

Néanmoins, au titre de la définition juridique de la « prétention », un sens admet que des prétentions puissent exister « dans des négociations contractuelles, des pourparlers » et sont alors synonymes des exigences des parties¹⁰¹³. La doctrine relative à la résolution amiable des

¹⁰⁰⁷ D. le Ninivin, *La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile*, Litec, 1983, n° 114 et 117.

¹⁰⁰⁸ *Encyclopédie universelle*, V° « Prétention ».

¹⁰⁰⁹ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, préc.*, V° « Prétention ».

¹⁰¹⁰ H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 215 s., repris in *Écrits, études et notes de procédure civile*, Paris, 1973, p. 85 s.

¹⁰¹¹ M.-Cl. Rivier, in *Dictionnaire de la justice*, L. Cadet (dir.), *Voy. Conflit/ Litige*.

¹⁰¹² L. Cadet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n° 75, spéc. p. 325 : la doctrine a néanmoins pu émettre des réserves. La prétention étant une déclaration de volonté, « le défendeur, qui ne fait que se contenter d'opposer des moyens de défense à la prétention dont son adversaire a saisi le juge, n'exprime aucune prétention particulière, sauf si nous considérons que tout moyen de défense sous-entend la prétention du défendeur à faire juger mal-fondée, irrecevable ou irrégulière la demande portée devant le juge, ce qui élargit considérablement la notion de prétention (Voy. art. 30 CPC) ».

¹⁰¹³ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, préc.*, V° « Prétention » sens 4.

différends désigne, au titre des prétentions des parties, les positions construites par chacune¹⁰¹⁴.

572. Litige et contestation. Au sens commun, la *contestation* est définie comme une « discussion sur un point contesté, une attitude de remise en cause des idées reçues dans un groupe social », ou encore comme une « *vive opposition* »¹⁰¹⁵.

Le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu propose un florilège de synonymes et de références caractérisant l'opacité de la notion de *contestation*. Du latin *contestatio*, le terme est dérivé du verbe latin *contestari* signifiant prendre à témoin dans un procès, s'affronter en justice en invoquant des témoignages. En des termes juridiques, la *contestation* est définie comme « ce sur quoi les intéressés sont en désaccord (art. 57 CPC), réalité qui, une fois portée devant un juge devient l'objet du procès, la matière de la juridiction contentieuse mais qui existant dès que le désaccord éclate (litige né) peut faire l'objet avant recours à justice, soit d'un mode amiable purement volontaire de solution (transaction, renonciation), soit d'un mode mi-juridictionnel, mi-conventionnel (recours à l'arbitrage par compromis), cette dernière issue étant plus ouverte en certaines matières dès avant la naissance d'une contestation éventuelle (clause compromissoire) [...] »¹⁰¹⁶. Les deux notions de *litige* et de *contestation* sont ainsi présentées comme des synonymes au plan judiciaire. Elles peuvent être néanmoins distinguées, dans la mesure où un *litige* peut exister indépendamment de toute *contestation*, par exemple lorsqu'un débiteur, sans nier le bien-fondé de la prétention de son créancier, refuse de s'exécuter¹⁰¹⁷.

Par ailleurs, si la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle est venue modifier la définition donnée au contrat de transaction à l'article 2044 du Code civil, pour y consacrer l'exigence jusqu'alors jurisprudentielle de « *concessions réciproques* », le terme de « *contestation* » n'a pas été modifié par celui de *litige* ou de *différend* : « *la transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître* ». Deux buts semblent ainsi être attribués au contrat de transaction : terminer les *contestations nées* et prévenir les *contestations à naître*. Il conviendra donc, dans le cadre de l'étude de l'accord amiable revêtant la qualification transactionnelle, de se référer aux évolutions de la doctrine et de la jurisprudence relative à la notion de

¹⁰¹⁴ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 411.11, p. 665.

¹⁰¹⁵ *Le Grand Robert de la langue française*, V° « Contestation ».

¹⁰¹⁶ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, préc., V° « Contestation ».

¹⁰¹⁷ D. le Ninivin, *La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile*, op. cit., n° 100 : « La résistance peut être active ou passive. La force d'inertie s'avère parfois très efficace et les procédés dilatoires susceptibles de décourager les créanciers les plus patients ».

contestation.

II. *L'appréhension de l'opposition des volontés dans le cadre de la résolution amiable*

573. Le conflit. Le *conflit* – du latin *conflictus*, dérivé de *confligere*, signifiant « heurter », « frapper ensemble » – désigne « le choc, la lutte, le combat, la contestation entre deux puissances qui se disputent un droit »¹⁰¹⁸.

Le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu attribue de nombreux sens juridiques au *conflit*. Le terme est tout d'abord défini comme une « opposition de vue ou d'intérêts, mésentente, situation critique de désaccord pouvant dégénérer en *litige* ou en *procès* ou en *affrontement* de fait (violence, voie de fait, etc.) ». Celui-ci peut être collectif et il s'agit alors d'un « *différend* qui, ayant pour objet un intérêt commun à l'ensemble des travailleurs, entre les parties dont l'une au moins est une collectivité de travailleurs, peut, à défaut de règlement pacifique, donner lieu à la grève ». Les processus de résolution amiable peuvent ainsi être utilisés afin de régler pacifiquement le *conflit collectif*. Le conflit peut encore être qualifié d'*économique*. Il s'agit alors d'un « *conflit collectif* qui, né d'une aspiration à modifier le Droit existant, ne peut être résolu qu'en équité ou en opportunité et dont la solution ouvre la voie à une règle nouvelle ». Évocation est donc faite à travers ces précisions au règlement pacifique, à l'équité et l'opportunité. Le *conflit* est également « parfois synonyme de *litige* » étant alors précisé que le *conflit* peut être *individuel*, dans le cas, par exemple, d'un « *litige* entre un salarié et son employeur sur la validité ou l'exécution du contrat de travail, qui est de la compétence du conseil des prud'hommes ».

Selon la doctrine, le *conflit* a un caractère plus général que le *litige* qui n'en est qu'une manifestation particulière¹⁰¹⁹. Le professeur Loïc Cadiet retient les intérêts des définitions du *litige* et du *conflit* et précise qu'« à la différence du *conflit*, le *litige* est donc juridiquement connoté, en ce qu'il se définit comme un *conflit* sur ce que requièrent, autorisent ou interdisent les règles de droit pertinentes, ce que seul peut juger un tiers impartial investi du pouvoir de dire le droit dans un acte d'autorité qui ne peut être contesté que devant un autre juge »¹⁰²⁰. Le professeur Marie-Claire Rivier, que nous citons également, définit pour sa part le *conflit* comme un « antagonisme, intégrant des éléments très divers parmi lesquels le droit n'est

¹⁰¹⁸ *Le Grand Robert*, V° « Conflit ».

¹⁰¹⁹ A. Jeammaud, A. Jeammaud, « Conflit, différend, litige, Droits », *op. cit.*, p. 15 s.

¹⁰²⁰ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n° 72, p. 312 s.

généralement pas absent, mais qui comporte des dimensions sociales, économiques, politiques, psychologiques, irréductibles à la seule dimension juridique »¹⁰²¹. Le *litige* ne serait en définitive que l'expression de la dimension juridique du *conflit* lequel consiste, en quelque sorte, en une matrice. Il peut d'ailleurs être des cas où le conflit ne revêt qu'une seule dimension, une dimension juridique, c'est dire que le *conflit* se réduit alors à un *litige* que seule l'intervention du juge, par application des règles de droit pourrait résoudre. « Pourrait » car les processus et procédure de résolution amiable peuvent être déclenchés dans la phase contentieuse judiciaire. Comme le souligne encore le professeur Marie-Claire Rivier, « si tout conflit ne conduit pas nécessairement à la formulation d'un litige, un litige est bien un conflit juridiquement constitué en ce que sa solution relève du droit »¹⁰²².

Si le *litige* apparaît comme une notion par nature juridique, le *conflit* semble être une notion plutôt a-juridique. Nous constatons en effet, qu'il est des *conflits* ne donnant pas lieu à un *litige*. Nous en trouvons l'illustration, par exemple, dans le *conflit* entre amis dans le cadre de la colocation d'un appartement. Par ailleurs, le règlement judiciaire d'un *litige* n'assure pas nécessairement la disparition du *conflit* lui ayant donné naissance. Ainsi un juge en charge de prononcer un divorce ne traite pas le conflit conjugal ayant engendré la demande de divorce. De même, le litige né de l'occupation des lieux suite à un conflit social relatif aux conditions de travail dans une entreprise porté devant le juge aux fins d'expulsion, sera tranché sans que le conflit qui oppose l'employeur à ses salariés ne soit pour autant réglé.

La doctrine s'accorde à dire que les notions de *conflit* et de *litige* sont pour partie identiques et pour partie différentes, même si le *litige* revêt une nature juridique consistant en la formulation de prétentions juridiquement relevantes. Le *litige* est un *conflit* que les parties ont choisi de porter dans l'arène judiciaire. Le *conflit* apparaît comme un phénomène inévitable de la vie en société dont la nature ou le degré d'intensité ne peuvent constituer des critères déterminants au choix du processus de règlement amiable¹⁰²³.

574. Le différend. Au sens commun, le *différend* se définit comme « un désaccord résultant d'une différence d'opinion, d'une opposition d'intérêts entre deux ou plusieurs personnes »¹⁰²⁴. Le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu en donne quant à lui – au sens général – la définition juridique suivante : il s'agit d'une « contestation entre deux ou plusieurs

¹⁰²¹ M.-Cl. Rivier, in L. Cadet, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, préc.*, V° « Conflit/ Litige ».

¹⁰²² *Ibid.*

¹⁰²³ *Ibid.*

¹⁰²⁴ *Le Grand Robert*, V° « Différend ».

personnes provenant d'une divergence d'avis ou d'intérêt »¹⁰²⁵, tout en renvoyant aux termes de *litige*, de *procès*, et de *querelle*.

Le professeur Antoine Jeammaud définit le *différend* « comme un désaccord juridique non encore porté, formalisé, devant une juridiction par un acte ouvrant une procédure contentieuse ou gracieuse », de sorte que « seul le litige se prête à un règlement par une décision juridictionnelle »¹⁰²⁶. Nous pouvons ainsi parler de conflit familial, de conflit entre voisins, de conflit international. Au regard de cette définition, le *différend* se présente comme une notion hybride se situant entre *conflit* et *litige*.

Concernant la sémantique utilisée au sein des dispositions relatives à la résolution amiable, deux remarques peuvent être avancées tenant à l'appropriation de la notion de *différend*. Tout d'abord, le législateur, dans le cadre de la transposition de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 *relative à certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*¹⁰²⁷, a introduit par le décret du 20 janvier 2012¹⁰²⁸ un Livre cinquième au Code de procédure civile consacré à « la résolution amiable des *différends* »¹⁰²⁹. Ensuite, en ce qui concerne le contrat de transaction, et pour des dispositions trouvant leur origine dans l'édition du Code civil, nous constatons que si l'article 2044 du Code civil, au titre de la définition de ce contrat spécial se réfère à la *contestation*, alors que les articles 2048 et 2049 visent, quant à eux, le *différend*.

575. L'opposition d'intérêts. L'opposition – du latin *oppositio* – se définit comme un « rapport de choses opposées qui ne peuvent coexister sans se nuire, de personnes que leurs opinions, leurs intérêts dressent l'une contre l'autre »¹⁰³⁰. Le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu définit juridiquement l'opposition d'intérêts comme « une contrariété d'intérêts que diverses personnes ont de la même opération (contrat, procès) [...] ».

Si une *opposition d'intérêts* peut être présumée de tout *litige*, il n'est pas évident qu'elle suffise à elle seule pour constituer un *litige*. La frontière entre une simple *opposition d'intérêts* et un véritable *litige* n'est donc pas évidente à tracer, si ce n'est que le *litige* en serait l'expression juridique, renfermée dans les *prétentions* des parties devant le juge ou l'arbitre.

¹⁰²⁵ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique, préc.*, V° « Différend ».

¹⁰²⁶ A. Jeammaud, in L. Cadiet. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, préc.*, V° « Conflit/Litige ».

¹⁰²⁷ JOUE du 25 mai 2008, L. 136/3, *préc.*

¹⁰²⁸ JO n° 0019 du 22 janv. 2012, *préc.*

¹⁰²⁹ Toutefois, le législateur dans le cadre de la transposition de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 *relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation* a introduit le processus de « médiation des *litiges de la consommation* » aux articles L.151-1 s. C.Consomm., devenus les art. L.611-1 s. C. consomm.

¹⁰³⁰ *Le Grand Robert*, V° « Conflit d'intérêt ».

Dans le cadre de la résolution amiable, l'existence du *différend* suppose de prendre en compte, au stade de la négociation de la solution appelée à être consacrée par l'accord amiable, non seulement les positions ou *prétentions* des parties, mais également les intérêts et besoins des parties, de les confronter afin de dépasser l'opposition.

576. Autres notions. Certaines notions ne trouvent pas de définition juridique. Il en est ainsi du *dissentiment* – du latin *dissentire* – signifiant « être en désaccord » et défini comme « la différence dans la manière de juger, de voir, qui crée des heurts »¹⁰³¹. Le terme est également synonyme de *désaccord* et de *conflit*. La notion de *dispute* est, quant à elle, définie comme « la discussion, la lutte d'opinions, sur un point de doctrine »¹⁰³² et laisse penser à l'expression anglo-saxonne d'*Alternative Dispute Resolution* (ADR). Enfin, dans le cadre de la conciliation en matière de droit des entreprises en difficultés, référence a été faite aux *difficultés*. En effet, « le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi, que le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprises »¹⁰³³. Des *difficultés* pouvant être juridiques, économiques ou financières, avérées ou prévisibles¹⁰³⁴. Celles-ci sont synonymes de points difficiles, d'obstacles à vaincre ou à surmonter.

b) Proposition de mise en ordre

577. Le système des matriochkas. Il ressort de ces distinctions que le *conflit* apparaît comme la matrice des notions de *différend* et *litige*. Le *conflit* peut générer des *différends* et *litiges* successifs¹⁰³⁵.

Le *conflit* est une notion polymorphe, complexe, tout à la fois contexte et cause, pouvant recouvrir des dimensions juridiques, psychologiques, économiques, financières, politiques. Nous retenons la définition du *conflit* proposée par le professeur Marie-Claire Rivier, laquelle présente la notion comme « un antagonisme, intégrant des éléments divers

¹⁰³¹ *Le Grand Robert*, V° « Dissentiment ».

¹⁰³² *Ibid.*, V° « Dispute ».

¹⁰³³ Voy. l'art. L. 611-7 CCom.

¹⁰³⁴ Voy. l'art. L. 611-4 CCom.

¹⁰³⁵ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n° 75, spéc. p. 325 : le Professeur Loïc Cadiet illustre parfaitement le propos : « un conflit social (né par exemple du refus d'une augmentation des salaires par la direction de l'entreprise) peut se composer d'éléments divers dont certains aspects peuvent donner naissance à un litige (par exemple la saisine d'un juge des référés pour obtenir l'expulsion de grévistes occupant une usine), mais dont l'issue sera trouvée en dehors de l'intervention judiciaire, par l'abandon de la revendication ou son acceptation dans le cadre d'une négociation collective ».

parmi lesquels le droit n'est généralement pas absent, mais qui comporte des dimensions sociales, économiques, politiques, psychologiques, irréductibles à la seule dimension juridique »¹⁰³⁶. La négociation « raisonnée » dans le cadre de l'exécution des conventions encadrant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable, permet de circonscrire le *conflit* des parties, qui par leur prise de positions respectives, a tendance à connaître un phénomène d'escalade¹⁰³⁷. Le tiers missionné – conciliateur, médiateur, avocats dans le cadre de la procédure participative – amène tout d'abord les parties à exposer leur version respective des faits par des techniques d'écoute active. Cette première étape dans les négociations permet au tiers missionné de cibler les différentes problématiques et de revoir le contexte de leur opposition de volontés. Il s'agit de purger le *conflit* de ses faux problèmes ou superflus et de le ramener à sa dimension réelle : le *différend*. Celui-ci, lorsqu'il est saisi dans le cadre judiciaire doit être attentif à prendre en compte les dimensions autres que juridique renfermées dans les prétentions des parties.

Le *différend* est circonscrit autour des problèmes qu'il soulève lesquels peuvent être, pour partie juridiques et révèlent alors un *litige* de nature à être porté devant le juge¹⁰³⁸, mais qui comprennent également des dimensions financières et économiques¹⁰³⁹, ou encore et bien souvent, psychologiques et émotionnelles¹⁰⁴⁰. En conséquence, la définition du *différend* consistant à dire qu'il s'agit d'un « *désaccord juridique non porté encore devant le juge* » ne nous paraît judicieuse, dans la mesure où la résolution amiable du *différend* peut être tentée par les parties, alors même que le juge est saisi du *litige*. Nous proposons de définir le *différend* comme une opposition de prétentions, de volontés ou/et d'intérêts et besoins comportant de éléments de fait et/ou de droit et des dimensions propres à son contexte (sociale, économique, financière, politique, psychologique, émotionnelle) pouvant faire l'objet de négociations en vue de la recherche commune de solutions et de la conclusion d'un accord amiable. Cette définition permet d'englober la dimension juridique du *différend*, le *litige* lequel se définit comme une opposition de prétentions, comportant des éléments de fait et de droit, dont le juge est amené à être saisi et qui est tranchée par référence à une norme.

Là où le règlement juridictionnel par le juge étatique ou par l'arbitre ne permet pas de considérer que le *litige*, la résolution amiable apporte une solution prenant en compte plus

¹⁰³⁶ M.-Cl. Rivier in L. Cadet, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., V° « Conflit/ Litige ».

¹⁰³⁷ W. Ury, « *Comment négocier avec les gens difficiles* », éd. Seuil, 2006, p. 17 s.

¹⁰³⁸ P. ex. une inexécution ou mauvaise exécution contractuelle.

¹⁰³⁹ Comme peuvent l'illustrer le risque de perte du client dont dépend le chiffre d'affaire d'une des entreprises partie au différend.

¹⁰⁴⁰ Lorsque p. ex. des insultes ont été proférées entre les parties dans le cadre du travail ou que des comportements vexatoires nécessitent des excuses.

largement des dimensions autres que juridique. L'intérêt du recours à des processus ou procédure de résolution amiable des différends, dans le cadre *judiciaire* ou *extrajudiciaire*, est de permettre d'ouvrir plus largement l'appréhension de la matière, objet de l'opposition des volontés des parties, à la réalité de ses dimensions de nature variée, permettant d'asseoir un traitement efficace et d'aboutir à une solution globale et voulue par les parties.

578. En conclusion, c'est en définitive la notion de *conflit* qui domine la matière de la résolution amiable, pour être dans le cadre des pourparlers et dès la saisine du tiers missionné, circonscrit à un *différend*. Les tiers missionnés à la résolution amiable des *différends* – conciliateur, médiateur, avocats et juge conciliateur – sont appelés à exercer une mission de bons offices afin d'aider les protagonistes d'un *différend* à trouver un terrain d'entente, et sont aptes à envisager le *conflit* dans toutes ses dimensions, y compris juridique, mais non exclusivement juridique¹⁰⁴¹. La réussite de leur mission tend à permettre aux parties de passer d'une opposition des volontés à une rencontre de volontés sur la solution au *différend*. Le tiers missionné se doit d'être attentif à la dimension juridique du *conflit*, ne serait-ce qu'au regard de la conformité à l'ordre public. À cet égard, le professeur Charles Jarrosson fait observer que « la connaissance de la matrice du litige est la condition nécessaire pour aboutir à une solution pacifique »¹⁰⁴².

Toutefois, nous serons amenés à examiner que la résolution amiable peut porter sur un aménagement des conséquences liés à un événement – divorce, rupture, autorité parentale, indemnisation liée à un accident – de sorte que l'existence, tout comme la prévisibilité du *différend* peut se poser.

2) Les pourparlers des intérêts et besoins des parties

579. La nécessité de considérer les vertus de la négociation « raisonnée ». Lorsque les différents problèmes exposés et communs aux parties ont été ciblés, et que le *différend* a été circonscrit, le tiers missionné amène, dans un second temps, les parties à explorer et à approfondir chacun des problèmes constituant la matière du *différend*. Il s'agit de permettre l'expression des préoccupations, des besoins et intérêts des parties. Cette étape des pourparlers

¹⁰⁴¹ M.-Cl. Rivier, in L. Cadiet. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, préc.*, Voy. Conflit/ Litige.

¹⁰⁴² Ch. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *op. cit.*, n° 6 : L'auteur précise que « le litige ne se présente pas dès l'origine en termes juridiques », « ses racines sont d'abord psychologiques (incompréhension) ou techniques (dysfonctionnement), là réside la véritable substance du litige, qui sera traduite ensuite en termes juridiques ».

est essentielle dans la mesure où elle permet également au tiers missionné d'exercer sa police du comportement et de déceler les intentions de ces dernières. Il demeure attentif à la bonne foi dans l'exécution de la tentative de résolution amiable du différend¹⁰⁴³. Il doit être à même de pouvoir réguler des comportements qui viseraient, non pas à contourner le recours au juge puisque celui-ci est toujours possible, mais à profiter du temps de la résolution amiable pour organiser, par exemple, une insolvabilité préjudiciable au traitement contentieux retardé.

La négociation dite « raisonnée » se démarque de la négociation classique sur positions qui paraît, au regard du traitement des différends, inefficace **(a)**. La reconnaissance légale des négociations implique l'établissement de règles garantissant une efficacité servant la formation du contrat et, dans le cadre de la résolution amiable des différends, la recherche d'une solution optimisée du différend **(b)**.

a) L'inefficacité de la négociation classique sur position

580. Présentation. « La négociation sur position est la manière la plus spontanée et intuitive de négocier »¹⁰⁴⁴. Nous en trouvons l'expression au quotidien : l'enfant qui négocie avec ses parents pour ne pas aller dormir, la programmation de vacances pour un couple, une augmentation de salaire. Pléthore d'exemples peut être avancée. Reste que le *modus operandi*, reste le même : chaque partie commence par définir sa position, c'est-à-dire, ce qu'elle veut obtenir, la solution unique à son problème. Dans le cadre de différends complexes, présentant plusieurs facettes, chacune des parties, par la suite, développe des arguments d'opportunité et juridiques afin de justifier cette position unique qu'elle envisage pour résoudre son problème qui est, selon son interprétation du comportement de l'autre partie, la source immédiate du *conflit*¹⁰⁴⁵. Cette manière d'aborder la négociation fonde les recours en justice. La détermination de la position peut être le fruit du travail entre l'avocat et son client en vue d'une action devant le juge ou l'arbitre. Il s'agit alors de présenter au juge une position et des revendications fondées en droit. Le litige est tranché et la solution imposée par le tiers absolu, juge ou arbitre, désignant un gagnant et un perdant.

581. Les éléments caractérisant la négociation classique. Plusieurs caractéristiques

¹⁰⁴³ À cet égard, le médiateur peut être amené à rencontrer séparément les parties, dans le cadre de *caucus*, lorsque le processus se déroule en présence des parties, soit à leur demande, soit à son initiative.

¹⁰⁴⁴ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op. cit.*, n° 441.11 s., p. 665.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*

propres à la négociation classique ont pu être dégagées par la doctrine processualiste, au titre desquelles : l'utilisation de tactiques conçues pour découvrir la position de l'autre partie au différend, la tentative d'induire l'autre en erreur sur sa propre situation ; mais aussi la formulation d'une demande initiale élevée, des communications limitées concernant les faits et préférences ainsi que l'absence de réciprocité dans les concessions ou des concessions minimales sous couvert de réciprocité ; encore, l'usage de la menace directe ou indirecte, l'utilisation de la controverse ou de l'accusation, le maintien de la position tout au long du processus de négociation ; et enfin, la croyance qu'il y aura une solution unique au différend, qu'il y aura un gagnant et un perdant ainsi que l'utilisation de critères subjectifs afin de justifier la prise de position.

D'un point de vue procédural, ce positionnement peut trouver des avantages dans le cadre du traitement contentieux dans lequel le souci de convaincre le tiers détenteur de l'autorité – le juge ou l'arbitre – dépasse la préoccupation d'une solution satisfaisante pour chacune des parties. Car d'un point de vue contractuel, ces caractéristiques sont de nature à engendrer un accord négocié peu efficace. Il nous paraît, en conséquence, utile de plaider pour une justice apaisée, efficace parce que restauratrice du lien social et purgée de ses vices.

582. La relative inefficacité de l'accord négocié sur positions. En dehors de la sphère *judiciaire*, la négociation classique peut aboutir à un compromis des parties, toutefois limité en ce qu'il exprimera des concessions minimales, souvent âprement et durement concédées¹⁰⁴⁶. En effet, la conclusion d'un accord entre les parties n'implique pas forcément de passer par la mise en œuvre d'une conciliation, d'une médiation ou d'une procédure participative. À cet égard, la jurisprudence en matière transactionnelle atteste de l'existence d'accords peu efficaces, au regard de l'existence de concessions dérisoires, ou de vices de consentement tels que la violence économique.

Comme le font observer certains auteurs, l'expérience prouve que ce type de négociation est inefficace et échoue le plus souvent, car la différence entre les positions des parties est trop importante pour pallier par des concessions, souvent mineures, bien que réciproques. En conséquence, « la solution est en réalité limitée et fragile ; d'une part au regard de l'accord effectivement obtenu et de son adéquation aux besoins et priorités des parties dans le temps ; d'autre part, et surtout, quand bien même la solution a été effectivement négociée, les dommages résultant de ce type de négociation dite « encore en force » sur la relation des parties

¹⁰⁴⁶ R. Fisher, W. Ury et B. Patton, *Comment réussir une négociation*, éd. Seuil, 2006, spéc. p. 21 s.

sont souvent irréparables et rendent l'avenir de l'exécution de l'accord négocié très difficile »¹⁰⁴⁷. Un juste équilibre entre force et douceur doit être trouvé justifiant l'assistance d'un tiers missionné compétent en matière de négociation raisonnée fondant une résolution amiable qualitative du différend.

b) L'efficacité de la négociation raisonnée

583. Définition et but de la négociation raisonnée. La négociation raisonnée a été définie comme « un processus de prise de décision interpersonnel par lequel deux ou plusieurs personnes arrivent à un accord intégratif qui exploite toutes les opportunités de gains mutuels, de façon mutuelle »¹⁰⁴⁸. Si elle a pu faire l'objet d'étude dans le cadre de la médiation, elle sous-tend en réalité tout processus ou procédure de résolution amiable des différends, conciliation et procédure participative comprises. Comme le précise la doctrine, « elle a donc pour objectif de dégager une solution juste et raisonnable, qui constitue un « accord sage », c'est-à-dire un accord où il n'y aura ni gagnant, ni perdant mais simplement une conciliation des intérêts des deux parties en présence, et un « accord durable », c'est-à-dire viable sur le long terme, qui respecte l'environnement de ceux qui devront en subir les conséquences et qui améliore ou en tout cas ne détériore pas la relation entre les parties »¹⁰⁴⁹. Et ce, sommes-nous tentés d'ajouter, même dans le cas où l'accord aménage la rupture de la relation des parties, que ce soit dans le cadre du divorce ou de relations commerciales établies. Cette conciliation des intérêts et besoins des parties concernées ressort de la notion d'« *engagements réciproques interdépendants* », dégagée par la jurisprudence au titre des concessions réciproques, condition essentielle de validité du contrat de transaction.

Il convient, à ce stade de notre analyse de mettre en avant les atouts de la négociation raisonnée laquelle implique plusieurs étapes (**I**) et règles (**II**) qu'il convient d'exposer.

I. Les étapes de la négociation raisonnée

584. L'exposé du différend et l'identification des problèmes qu'il soulève. La négociation raisonnée devant être mise en œuvre dans le cadre de l'exécution des conventions

¹⁰⁴⁷ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 441.11 s., p. 665.

¹⁰⁴⁸ C. Smets-Gary, *PMR Europe Formation*, 2008, p. 1.

¹⁰⁴⁹ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 441.11 s., p. 665., n° 441-21, p. 666.

de conciliation, de médiation ou de procédure participative, afin de parvenir à accord amiable efficace, parce que satisfaisant pour chacune des parties, implique de dépasser la négociation classique sur positions. La négociation raisonnée débute ainsi par une négociation classique, au travers l'exposé des versions en fait du différend de chacune des parties et, parfois également en droit. Cette première étape correspond, dans la représentation du cercle élaboré par le professeur Thomas Fiutak et représentant le processus de médiation, à la première phase dite du « Quoi ? » : l'exposé du différend par chacune des parties. Néanmoins, la négociation raisonnée ne se réduit pas à cette seule phase, sans quoi, elle ne consiste qu'en une négociation classique sur positions.

585. La recherche des intérêts et besoins des parties. Il s'agit donc, dans un second temps de circonscrire le *conflit* à un *différend*, c'est-à-dire de déterminer les problèmes, à charge pour le tiers missionné de les lister. Dans cette seconde phase des pourparlers, ce dernier, garant de la bonne exécution des conventions de mise en œuvre de la résolution amiable du différend, amène les parties, au regard de chacun des problèmes identifiés, à exprimer leurs intérêts et besoins respectifs qu'ils sous-tendent¹⁰⁵⁰ : une seconde phase désignée comme le « Pourquoi ? »¹⁰⁵¹ et que d'aucuns perçoivent comme une emphase des intérêts¹⁰⁵².

II. Les règles de la négociation raisonnée

586. Les piliers de la négociation raisonnée. Afin de s'extraire d'une négociation classique sur position, la doctrine avance plusieurs règles¹⁰⁵³.

Il s'agit tout d'abord de distinguer les personnes de leurs problèmes. Le tiers missionné – conciliateur, médiateur, avocats – doit favoriser le rétablissement du dialogue, soit directement entre les parties, soit par son intermédiaire par des techniques de reformulation. Les parties sont ainsi amenées à s'attaquer à l'objet du différend ensemble, par un travail collaboratif, plutôt que de s'attaquer l'une à l'autre.

Ensuite, dans le cadre de l'exécution des conventions de mise en œuvre de la résolution amiable du différend, le tiers missionné doit ramener la concentration des parties au différend

¹⁰⁵⁰ Th. Fiutak, « *The Fiutak mediation circle* » in Th. Fiutak, *Le médiateur dans l'arène : Réflexions sur l'art de la médiation*, éd. Eres, 2009.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*

¹⁰⁵² N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 441 s., p. 664 s..

¹⁰⁵³ *Ibid.*, n° 441.22, p. 666.

sur les intérêts en jeu et non sur les positions adoptées. Il ne s'agit alors par de nier ces dernières, mais de les dépasser en poussant l'examen des intérêts et besoins qu'elles sous-tendent¹⁰⁵⁴. Ce n'est qu'au travers de cette discipline d'une négociation raisonnée que les parties peuvent parvenir à un accord sur leur désaccord et à une reconnaissance mutuelle. Chacune des parties doit pouvoir comprendre les préoccupations de l'autre pour ensuite concevoir des solutions mutuellement avantageuses.

587. De l'opposition des prétentions à l'opposition des intérêts. L'étymologie du mot « intérêt » provient du latin *interest*, de *interresse*, « importer, être important ». Un intérêt peut se définir comme le désir, le besoin, les forces silencieuses qui motivent les personnes. Généralement, toute personne adopte des positions afin de protéger ses intérêts. Ce n'est que lorsqu'une personne regarde au-delà de la position de l'autre, et prend connaissance de ses intérêts, de sa motivation, qu'elle peut alors trouver des alternatives. Les tiers missionnés à la résolution amiable des différends sont tenus, en conséquence, non seulement d'identifier les problèmes à résoudre, suite à l'exposé par les parties de leur version respective du différend (le quoi), mais également de rechercher les intérêts et les besoins (le pourquoi) sous-jacents à chacun des problèmes soulevés par le différend. Le tiers missionné amène chacune des parties à exprimer ce qui est important pour lui, ses préférences, ses priorités, afin de récolter des informations sur ses intérêts et ses besoins. Certains auteurs relèvent que les intérêts les plus répandus sont la sécurité, l'aisance économique, le besoin d'appartenance, la volonté d'être reconnu et de contrôler sa propre vie¹⁰⁵⁵. L'expression de l'ensemble des intérêts et besoins des parties amène à un accord des parties sur le désaccord.

588. Les outils du tiers missionné. La résolution amiable des différends procéduralisée implique une obligation de compétence du tiers missionné. Celui-ci est lié aux parties dans le cadre de la mise en œuvre des processus et procédure par la conclusion et l'exécution des conventions qui organisent la tentative de résolution amiable du différend. Cette obligation contractuelle, implique que les tiers missionnés, et en conséquence les juristes, maîtrisent certaines techniques de psychologie et de communication. La technique contractuelle s'enrichie

¹⁰⁵⁴ P. ex. dans le cas où une partie indique qu'elle a besoin d'une exécution immédiate du contrat de fournitures de machines, le tiers missionné doit identifier les possibles intérêts sous-jacents : le besoin de tenir les délais de livraison pour un client important, le besoin d'être payée par ce client, le risque de perdre des contrats avec ce client ou encore le besoin de ne pas perdre la face vis-à-vis d'un client permettant la réalisation du chiffre d'affaire de l'entreprise.

¹⁰⁵⁵ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 441.11 s., p. 667.

donc afin de servir l'élaboration d'une solution voulue par les parties, reposant sur leur intérêts et besoins respectifs. En somme, cette justice contractuelle plus humaine responsabilise tant les parties dans leur approche du différend, que les professionnels amenés à œuvrer à la recherche de solution. Une responsabilisation trouvant son fondement dans le contrat assurant une « solution pérenne »¹⁰⁵⁶.

La doctrine présente les deux principales techniques devant être utilisées par le tiers missionné, qu'il s'agisse du médiateur, du conciliateur ou des avocats assistant les parties dans la mise en œuvre de la résolution amiable du différend¹⁰⁵⁷. Par ailleurs, les avocats peuvent adapter leur pratique en dehors de l'existence d'un différend, en appliquant les techniques de la négociation raisonnée, par exemple, aux discussions relatives à l'élaboration de contrats entre partenaires économiques.

La première technique est celle de l'« écoute active ». Ce concept, également dénommé « écoute bienveillante » a été développé à partir des travaux du psychologue américain Carl Rogers¹⁰⁵⁸. Initialement conçue pour l'accompagnement de l'expression des émotions, elle est opérationnelle dans des situations où le professionnel, le tiers missionné, le juriste écoute activement le client, la ou les parties. Elle consiste à mettre en mots les émotions et sentiments exprimés de manière tacite ou implicite par l'interlocuteur et trouve une formidable application en droit des affaires. Cette technique est la seule à disposition du tiers missionné à la résolution amiable du différend afin de lui permettre de comprendre et de circonscrire le différend, mais également d'identifier les intérêts et besoins sous-jacents aux positions des parties¹⁰⁵⁹.

La seconde technique est celle dite de la « reformulation ». Il s'agit d'une pratique de communication consistant à formuler des pensées de manière plus claire. Elle se distingue de l'empathie en ce qu'elle ne consiste pas à faire parler davantage l'interlocuteur, ni à le convaincre. Elle est davantage un comportement assertif que le tiers missionné adopte. À l'instar de la technique de l'écoute active, elle a été créée par le psychologue Carl Rogers à des

¹⁰⁵⁶ Ibid., n° 441.21, p. 666.

¹⁰⁵⁷ Ibid., n° 442 s., p. 669.

¹⁰⁵⁸ C. Rogers et G.-M. Kinget, *Psychothérapie et relations humaines*, vol. II, 4^{ème} éd., Montréal, Institut de recherches psychologiques et sociales, 1969.

¹⁰⁵⁹ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., spéc. n° 442.13, p. 670 : les avantages de l'écoute active sont nombreux. La partie se sent écoutée, le tiers missionné est rassuré qu'il a bien compris et l'autre partie est en mesure de comprendre. Dès lors, la partie locutrice se trouve alors rassurée que ses préoccupations soient comprises, une ambiance de respect, en droite file de l'obligation au respect est établie et les parties sont encouragées à s'exprimer. Cette expression des parties favorise des options créatives et l'émergence de solutions au différend. Le tiers missionné s'assure de la prise en compte de critères objectifs et légitimes, excluant la mauvaise foi.

fins thérapeutiques¹⁰⁶⁰. La reformulation est très utilisée dans des domaines où la compréhension mutuelle n'est pas acquise, en particulier, et pour ce qui nous intéresse dans le domaine de la gestion de conflits. L'objectif de cette technique, comme le relève la doctrine, est d'éviter un *quiproquo* générateur de faux accords et d'amener l'interlocuteur, la partie au différend, à exposer verbalement ses intentions¹⁰⁶¹. Elle engendre plusieurs effets dans la phase des pourparlers du différend et des intérêts et besoins des parties. Tout d'abord, elle permet à l'ensemble des acteurs de la résolution amiable – parties au différend et tiers missionnés – de s'assurer d'être compris. Ensuite, la reformulation par le tiers missionné permet d'éliminer les mauvaises connotations des déclarations négatives formulées par les parties, en extrayant la portion négative d'une déclaration et en la reformulant en termes positifs ou neutres. Il s'agit alors de reformuler de façon non négative ou agressive le besoin sous-jacent de la partie qui l'exprime et de permettre ainsi qu'il soit entendu par l'autre.

589. En conclusion et dans le prolongement de la consécration de la notion de négociation en matière contractuelle, par les réformateurs du droit des contrats¹⁰⁶², il paraît indispensable pour les juristes d'explorer les techniques de négociation raisonnée empreinte d'une certaine pluridisciplinarité. Nous ne pouvons exposer l'obligation de compétence des tiers missionnés – conciliateur, médiateur ou avocats – présente au contenu des conventions de mise en œuvre de la résolution amiable des différends et préparatoires à l'accord amiable, sans se référer à l'évolution de la notion. Il devient en effet nécessaire de passer, dans le cadre de la formation des contrats, et en particulier du contrat portant la solution du différend, d'une négociation sur positions à une négociation raisonnée. Celle-ci permet aux parties par la suite d'émettre des propositions de solutions se traduisant, d'un point de vue contractuel, par la rencontre d'offre et d'acceptation sur la solution du différend¹⁰⁶³.

§2. La rencontre des volontés relatives à la solution du différend

590. Une tentative de conclusion d'un accord amiable. Tenter de résoudre à l'amiable un différend revient à tenter de conclure un contrat renfermant la solution du différend né ou à

¹⁰⁶⁰ C. Rogers et G.-M. Kinget, *Psychothérapie et relations humaines*, op. cit.

¹⁰⁶¹ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., spéc. n° 442.21, p. 670.

¹⁰⁶² Ord. n° 2016-132 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc.

¹⁰⁶³ R. Fisher, W. Ury et B. Patton, *Comment réussir une négociation*, préc. ; Ég. W. Ury, *Comment négocier avec les gens difficiles*, préc.

naître. Les processus de résolution amiable des différends nés ou de prévention amiable des différends à naître, s'appuyant sur des conventions encadrant leur mise en œuvre, permettent, outre les pourparlers des différends, une rencontre des volontés sur la solution du différend. L'*instrumentum* porteur de la solution du différend étant un contrat, et en l'absence de précisions dans le cadre des dispositions procédurales, il convient de se tourner vers le droit commun des contrats afin de rechercher les règles applicables à la rencontre des volontés permettant la conclusion du contrat.

À ce titre, l'article 1113 du Code civil tel qu'issu de la réforme du droit commun des contrats et au titre de la formation du contrat¹⁰⁶⁴ – dispose dorénavant à son alinéa premier que « *le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager* ». En droit commun des contrats, la rencontre de l'offre et de l'acceptation constitue le consentement, l'engagement¹⁰⁶⁵. Appliqué à la résolution amiable des différends, cela signifie que la rencontre des volontés permettant la conclusion de l'accord amiable se manifeste par la rencontre d'une offre et d'une acceptation. En matière de résolution amiable des différends, l'offre et l'acceptation permettent de « nover » en quelque sorte l'opposition des volontés générée par le différend, en une rencontre des volontés des parties de s'engager, c'est-à-dire de mettre un terme au différend par la conclusion de l'accord amiable renfermant la solution qui lui est applicable.

591. La recherche d'une unité de régime contractuel dans la conclusion de l'accord amiable. L'ensemble des processus ou procédures de résolution amiable des différends *judiciaires* ou *extrajudiciaires*, quel que soit leur domaine de mise en œuvre et malgré leur apparente diversité, poursuivent le même objectif. Un objectif commun ayant une nature duale : procédurale parce ce qu'il consiste en la résolution du différend, mais également contractuelle, en ce que la solution du différend est amenée à être scellée par un contrat, l'accord amiable. Tout processus ou procédure de résolution amiable des différends – conciliation, médiation ou procédure participative – consistent donc en une tentative de formation et de conclusion d'un accord amiable lequel peut être curatif du différend né ou préventif du différend à naître. De manière unitaire, ces processus ou procédure sont fondés sur des conventions encadrant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend permettant la négociation du différend, des intérêts et besoins, ainsi que la rencontre des volontés des parties sur la solution

¹⁰⁶⁴ Voy. les art. 1112 et s. CCiv.

¹⁰⁶⁵ Ph. Malaurie et Laurent Aynès, *Droit des obligations*, op. cit., n° 468, p. 267 ; Ég. J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préf. J. Flour, th. Paris, LGDJ, 1970.

du différend générant la conclusion de l'accord amiable. Nous avons ainsi pu qualifier ces conventions de contrats préparatoires à la conclusion de l'accord amiable. Dès lors, la question se pose de savoir, ce qui justifie la diversité de processus et procédure de résolution amiable des différends.

592. L'existence de formations variables de l'accord amiable. D'un point de vue procédural, la procédure participative se distingue nettement de la conciliation et de la médiation, dans la mesure où elle consiste en une négociation directe – sans intervention d'un tiers neutre, indépendant et impartial – du différend, et raisonnée, puisque fondée sur les intérêts et besoins des parties. Néanmoins, nous pouvons considérer qu'en matière de procédure participative, les tiers missionnés sont présents à travers l'assistance des avocats qui orchestrent la conclusion de la convention de procédure participative, tout en demeurant chacun proche de leur client. La distinction entre conciliation et médiation, semble, quant à elle impossible à établir d'un point de vue procédural. Nous pouvons seulement constater que si la conciliation peut être menée par le juge, celui-ci ne peut mener de médiation.

Nous proposons donc d'adopter une approche, non plus procédurale mais contractuelle, afin d'examiner l'exécution des conventions de conciliation, de médiation ou de procédure participative et de rechercher si la rencontre d'une offre de solution **(A)** et de l'acceptation **(B)** des parties s'organise de manière différente selon qu'est mise en œuvre une conciliation, une médiation ou une négociation plus directe de la solution au différend par procédure participative.

A. L'offre de contracter l'accord amiable

593. Caractéristiques et valeur juridique. La question qui se pose est de savoir si les différents processus ou procédures de résolution amiable des différends génèrent dans leur mise en œuvre des caractéristiques variables de l'offre de conclure l'accord amiable **(1)**. La question est importante, car il s'agit de rechercher ensuite, une valeur juridique à l'offre de conclure l'accord amiable **(2)**.

- 1) Les différentes caractéristiques de l'offre de conclure l'accord amiable

594. La recherche de critères de distinction entre les différent(e)s processus ou procédures de résolution amiable des différends. Dans le cadre de la procédure participative,

les dispositions légales, que ce soit au regard du régime contractuel spécialement prévu au Code civil pour la convention de procédure participative ou au regard du droit procédural de la procédure participative, sont silencieuses en ce qui concerne les caractéristiques l'offre de conclure l'accord amiable participatif. Néanmoins, la résolution amiable du différend en matière de procédure participative étant l'œuvre conjointe des parties assistées de leurs avocats¹⁰⁶⁶, la tentative de conclusion de l'accord amiable donne lieu à des propositions de solution croisées jusqu'à la formulation conjointe d'une offre de contracter l'accord amiable résolutif ou préventif du différend. En conséquence, l'offre de contracter l'accord amiable participatif émane conjointement des parties assistées, chacune, de leurs avocats.

La distinction entre conciliation et médiation est, quant à elle, plus délicate. La question est récurrente : comment distingue-t-on médiation et conciliation ? D'un point de vue procédural, les notions sont confondues en une seule définition¹⁰⁶⁷, et rien ne permet d'opérer de distinction. Il convient donc d'examiner ces processus sous un angle contractuel. Une distinction entre conciliation et médiation semblerait pouvoir être opérée au regard de la force de proposition de solution du tiers missionné.

Si en matière de conciliation, le tiers missionné, par sa force de proposition se trouve en mesure de proposer une solution au différend **(a)**, il semble en être autrement en matière de procédure participative et de médiation, l'offre de contracter l'accord amiable émanant conjointement des parties **(b)**. Sans oublier que le législateur a créé un véritable droit spécial de l'offre de contracter l'accord amiable qualifié d'emblée de contrat de transaction en matière d'indemnisation des victimes **(c)**.

- a) La proposition de solution émanant du tiers missionné dans le cadre de la conciliation

595. Un pouvoir légalement reconnu à disposition du « conciliateur ». Plusieurs dispositions attestent de la force de proposition de solution du « conciliateur ». Si le droit commun procédural de la conciliation *judiciaire* et *extrajudiciaire* n'apporte aucune indication sur la proposition de solution au différend pouvant émaner du tiers missionné, certaines dispositions propres aux droits spéciaux de la résolution amiable *judiciaire* et *extrajudiciaire* attestent de ce pouvoir. Nous trouvons ainsi plusieurs illustrations, en matière de conciliation

¹⁰⁶⁶ Voy. la formulation de l'art. 2062 CCiv.

¹⁰⁶⁷ Voy. la définition donnée de la médiation par l'art. 21 de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995, *préc.*, mais également pour la confusion entre médiation et conciliation dites « conventionnelles », la définition proposée par l'art. 1530 CPC.

judiciaire en droit des entreprises en difficultés **(I)**, en matière de « médiation » des litiges de la consommation **(II)**, dans le cadre de la « médiation » du président de la chambre des notaires en matière de litiges nés du contrat de travail du notaire salarié **(III)** et enfin dans le cadre de la médiation des conflits collectifs du travail **(IV)**. L'utilisation du terme « médiation » ajoute à la confusion.

I. La proposition de solution du conciliateur en droit des entreprises en difficultés

596. Le principe d'un accord amiable construit par les parties confrontées aux difficultés. L'alinéa premier de l'article L. 611-7 du Code de commerce rappelle que la première mission du conciliateur, en droit des entreprises en difficultés, est de « *favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise* ». L'objectif de la conciliation et donc, nous l'avons constaté, la conclusion d'un « *accord amiable* ». Les parties à cet accord amiable sont le débiteur et ses principaux créanciers ou cocontractants habituels, à l'exclusion du conciliateur. En d'autres termes, l'accord amiable ne se forme pas par la rencontre d'une offre de solution émanant du conciliateur et de l'acceptation des parties, mais bien par la rencontre de l'offre de contracter l'accord amiable émanant des parties – débiteur, créanciers et cocontractants – et de l'acceptation de ces mêmes parties à l'offre de solution définitive aux difficultés qu'elles ont élaborée avec l'assistance du tiers missionné.

597. 'adaptation : le pouvoir de proposition de solution du conciliateur. L'article L. 611-7 du Code de commerce prévoit toutefois que le conciliateur « *peut également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi* ». Cela signifie que le conciliateur peut favoriser l'émergence d'une offre de contracter l'accord amiable de la part des parties, en proposant des pistes de solutions au regard du contexte des difficultés de l'entreprise. La question de la valeur juridique de ces propositions au regard de celle attachée à l'offre de conclure l'accord amiable se pose donc. Ces propositions de solution sont amenées à être prises en compte par les parties, mais ne consistent pas en une offre de contracter un accord amiable. Celles-ci peuvent être reprises par les parties au titre de la construction de la solution définitive et de l'offre de contracter l'accord amiable.

598. Une délégation de pouvoir à la négociation d'un contrat de cession de l'entreprise. La conciliation, comme la médiation, sous couvert de l'existence de difficulté ou d'un différend, peuvent servir la négociation et la conclusion, non pas d'un accord amiable consacrant la solution du différend trouvée par les parties, mais d'un nouveau contrat, voire peuvent permettre la renégociation du contrat liant originellement les parties. À cet égard, l'article L. 611-7 du Code de commerce, toujours dans le cadre de son alinéa premier relatif à la mission du conciliateur, prévoit que celui-ci « *peut-être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participant, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire* ». La conclusion du contrat de cession de l'entreprise se substitue alors à la conclusion de l'accord amiable, excepté dans le cadre d'une cession partielle. La cession de l'entreprise est en effet de nature à couvrir les difficultés du débiteur. De fait, l'objectif n'est plus la résolution par un contrat des difficultés rencontrées par le débiteur, celles-ci disparaissant dans le cadre de la cession de l'entreprise à un tiers, sauf à ce que cette cession donne lieu à la conclusion d'un accord amiable transactionnel, comme l'illustre la jurisprudence relative aux concessions réciproques indirectes consenties dans le cadre de la conciliation et la cession de parts sociales du dirigeant de la société reprise.

II. *L'avis du médiateur des litiges de la consommation*

599. Une proposition de solution en cas de blocage. L'article R. 612-3 du Code de la consommation, *in fine*, prévoit qu'« *à défaut d'accord amiable entre elles [les parties au différend], il propose une solution pour régler le litige* »¹⁰⁶⁸. Le médiateur des litiges de la consommation est ainsi, en premier lieu, amené à œuvrer comme un véritable médiateur, c'est-à-dire qu'il doit favoriser l'émergence de propositions de solution de la part des parties afin que celles-ci parviennent à émettre conjointement une offre de contracter l'accord amiable.

Ce n'est qu'en situation de blocage, que le médiateur des litiges de la consommation dispose de la possibilité d'émettre une proposition de solution au litige de la consommation opposant le consommateur et le professionnel. À cet égard, l'article R. 612-4 du Code de la consommation précise encore que « *le médiateur, en faisant connaître aux parties la solution qu'il propose, leur rappelle, par courrier simple ou par voie électronique : 1° qu'elles sont*

¹⁰⁶⁸ Anc. art. R. 152-3 C. consom.

libres d'accepter ou de refuser cette proposition de solution »¹⁰⁶⁹. Deux hypothèses peuvent alors se présenter : soit les parties au différend refusent la proposition de solution du tiers missionné, soit elles l'acceptent. La question de la valeur juridique de la proposition de solution du tiers missionné se pose donc au titre de la conclusion de l'accord amiable.

600. En pratique. La pratique de la médiation des litiges de la consommation n'est, à l'heure de cette étude, qu'à ses débuts. Nous pouvons simplement témoigner de notre pratique. Dans le cadre des dossiers traités en matière de litiges de la consommation, nous avons été amenés à œuvrer sans force de proposition. Les propositions de solution ont ainsi pu émaner de chacune des parties, de manière successive et croisée, afin d'aboutir à une offre de contracter l'accord amiable construite conjointement par les parties. La proposition de solution définitive émane ainsi des parties – professionnel et consommateur – et permet l'émanation conjointe d'une offre de contracter l'accord amiable, laquelle est ensuite acceptée conjointement par elles. La moitié des dossiers a donné lieu à des accords amiables transactionnels, et pour l'autre, à de simples constats d'accords amiables de médiation.

Le médiateur de la consommation bénéficie néanmoins au regard des dispositions légales examinées, de la possibilité d'émettre un « avis » que les parties, en situation de blocage quant à la rencontre de leurs volontés sur la solution du différend, peuvent donc accepter ou refuser. Cet avis présenté par le tiers missionné aux parties doit consister en une synthèse du point le plus avancé de la construction de la solution par les parties et être, au regard des besoins et intérêts respectifs des parties, équitable, de manière a, d'un point de vue contractuel, présenté les caractères d'une proposition de solution au différend confinant à une offre ferme et précise de conclure l'accord amiable. Cet avis communiqué aux parties et notamment au professionnel est, à notre sens, de nature à favoriser, à long terme, la gestion optimisée des litiges pour les entreprises devant systématiquement informer et mettre à disposition un recours effectif à la médiation des litiges de la consommation et opérer une régulation interne de la gestion des réclamations du consommateur.

III. L'avis du président de la chambre des notaires

601. Une proposition de solution dans le cadre de la « médiation » menée par le président de la chambre des notaires. Pour rappel, l'article 14 du décret n° 93-82 du 15

¹⁰⁶⁹ Anc. art. R. 152-4 C. consom.

février 1993 dispose que le président de la chambre des notaires dans le ressort de laquelle l'office dans lequel le salarié est saisi en qualité de médiateur de tout litige né à l'occasion de l'exécution du contrat de travail du notaire salarié¹⁰⁷⁰. L'article 16 du décret, prévoit ainsi que « *le président de la chambre des notaires ou suppléant, après avoir entendu les intéressés et recueilli toutes informations utiles, propose, si les parties n'ont pu se rapprocher, une solution au litige* ».

Ainsi, en premier temps, le président de la chambre des notaires doit amener, par le processus de médiation et la négociation raisonnée, les parties à se rapprocher, c'est-à-dire à émettre des propositions de solution croisées permettant d'aboutir à une offre conjointe de conclure l'accord amiable à laquelle elles sont libres de consentir ou non. À l'instar de ce que nous avons observé en matière de médiation des litiges de la consommation, également *extrajudiciaire*, ce n'est qu'en cas de blocage, lorsque les parties ne s'« accordent pas », que le président de la chambre des notaires œuvre comme un conciliateur et propose une solution au litige né de l'exécution du contrat de travail. En revanche, les dispositions du décret, à la différence des dispositions en matière de médiation des litiges de la consommation, sont moins précises.

Le texte prévoit cependant que si aucun accord amiable des parties n'intervient pas au terme de la médiation, ou si la tentative de résolution amiable ne donne lieu qu'à un accord partiel des parties, « *le président ou son suppléant dresse un procès-verbal mentionnant la solution qu'il propose et les points demeurant en litige* ». Il en donne en outre copie à chacune des parties. Dès lors, à l'instar de ce que nous avons observé en matière de médiation des litiges de la consommation, il s'agit de s'interroger, sur la valeur juridique de la proposition de solution émise par le président de la chambre des notaires.

Nous rappelons que la tentative de médiation est obligatoire, dans la mesure où l'article 16 du décret prévoit que « *le conseil des prud'hommes ne peut être saisi, à peine d'irrecevabilité, que si le demandeur justifie de la tentative de médiation préalable par une remise du procès-verbal* »¹⁰⁷¹. La remise du procès-verbal au juge prud'homal entraîne, en conséquence, une communication sur la solution amiable qui a pu être envisagée par le président de la chambre des notaires, en équité, au regard des informations communiquées par les parties. Cette solution serait donc de nature à influencer le juge et à orienter son jugement, la solution qui sera imposée aux parties.

¹⁰⁷⁰ Décr. n° 93-82 du 15 février 1993 portant application de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1995 relatif aux notaires salariés, préc. et modifié par le décr. n° 2017-895 du 6 mai 2017 pris en application de la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, préc.

¹⁰⁷¹ Cette disposition fait ainsi écho à l'art. 127 CPC.

IV. *La recommandation du médiateur des conflits collectifs du travail*

602. Confusion de la conciliation et de la médiation. L'article L. 2523-5 du Code du travail précise, pour rappel, qu'« *après avoir, lorsqu'il est nécessaire, essayé de concilier les parties, le médiateur leur soumet, sous forme de recommandation motivée, des propositions en vue du règlement des points en litige [...]* ». La formulation de ce texte laisse sous entendre que dans un premier temps, le médiateur essaie de rapprocher les parties afin qu'elles construisent elles-mêmes une offre conjointe de conclure l'accord amiable. Sous couvert d'essayer de « concilier » les parties, il agit comme un véritable médiateur. En revanche, il dispose ensuite d'une force de proposition. Il ne s'agit pas d'une « recommandation », terme synonyme d'« avis » que les parties ne sont pas obligées de suivre.

603. En conclusion, quelles que soient les dispositions des droits spéciaux prévoyant un pouvoir de proposition de solution à disposition du tiers missionné à la résolution amiable du différend, nous constatons que l'exercice de ce pouvoir semble n'être envisageable que dans la mesure où une tentative de rapprochement des parties n'a pu donner lieu à une offre ferme de contracter l'accord amiable émanant des parties elles-mêmes, construite à partir de propositions de solution successives et croisées. Afin d'éviter un total échec de la tentative de résolution amiable, le législateur aménage ainsi la possibilité pour le tiers missionné de formuler une proposition de solution au différend dont la valeur juridique doit être discutée.

Par ailleurs, nous constatons que les processus de conciliation et de médiation, tant sur le plan procédural que contractuel se confondent. Si en théorie, la conciliation pourrait être distinguée de la médiation en ce que le conciliateur dispose, à la différence du médiateur, d'un pouvoir de proposition de solution au différend opposant les parties, il s'avère que ce pouvoir a pu être attribué par le législateur au président de la chambre des notaires agissant comme médiateur, ainsi qu'au médiateur des litiges de la consommation. Dès lors, le critère de la force de proposition de solution à disposition du tiers missionné ne semble pouvoir permettre d'établir la distinction entre conciliation et médiation.

- b) L'offre de conclure l'accord amiable émanant conjointement des parties en matière de médiation et de procédure participative

604. Distinction. L'expression de l'offre de contracter l'accord amiable émanant des

parties est particulièrement marquée en matière de procédure participative, en l'absence d'un tiers indépendant et impartial, et est de principe en matière de médiation.

En outre, la formation de l'accord amiable peut être variable. Suite aux phases de négociations du différend, puis des intérêts et besoins des parties, une proposition de solution peut émaner d'une partie et convenir à l'autre instantanément qui, en conséquence, l'accepte. Hypothèse rare dans laquelle la conclusion de l'accord amiable intervient alors plus rapidement entre les parties et pour laquelle le tiers missionné doit être attentif **(I)**. Le plus souvent lorsque le différend soulève plusieurs points de discussions et présente une certaine complexité, la tentative de résolution amiable du différend donne lieu à plusieurs propositions successives et croisées de solution émanant de chacune des parties permettant la construction d'une offre de contracter l'accord amiable émanant de l'ensemble des parties au différend **(II)**.

I. L'offre de conclure l'accord amiable émanant d'une partie

605. La conclusion « coup de foudre » de l'accord amiable¹⁰⁷². Dans le cadre de l'exécution des conventions de conciliation, de médiation et de procédure participative, la phase de négociation raisonnée fondée sur l'examen de l'objet du différend ainsi que sur les besoins et intérêts qu'elle soutient peut, dans certains cas où le différend présente un moindre degré de complexité, aboutir à une conclusion rapide de l'accord amiable. Celle-ci intervient alors par la rencontre d'une proposition de solution émise par une partie, assimilable à une offre de contracter l'accord amiable – ferme et précise quant à la solution au différend proposée – et l'acceptation de l'autre. Toutefois, dans cette hypothèse, les tiers missionnés doivent être attentifs aux positions de force des parties, et veiller par l'exercice de leur police du comportement à ce que la partie qui accepte l'offre de conclure l'accord amiable ne soit pas, par exemple, en réalité contrainte économiquement.

Toutefois, dans la plupart des cas, la négociation raisonnée assistée par le tiers missionné à la résolution amiable, y compris dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure participative, favorise, suite aux pourparlers des différends et besoins et intérêts sous-jacents, une discussion entre les parties sur les différentes solutions envisageables au différend pour ne retenir, en définitive, que les solutions possibles à sa résolution. En réalité, le tiers missionné – conciliateur, médiateur ou avocats – veille à l'expression de propositions de solutions successives et croisées des parties et assiste les parties dans la formulation d'une offre de

¹⁰⁷² Pour reprendre l'expression de J.-M. Mousseron, « La durée dans la formation des contrats », *in* études offertes à A. Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 509.

conclure l'accord amiable ferme et précise quant à la solution définitive retenue conjointement par les parties au différend, afin d'éviter les pièges de la négociation classique et la conclusion d'un accord peu efficient.

II. *Les propositions successives et croisées de solution au différend*

606. Les propositions de solutions successives et croisées. Dans le cadre de la médiation et de la procédure participative, ce sont les parties elles-mêmes qui construisent leur accord amiable en recherchant chacune des solutions. L'offre de contracter l'accord amiable n'émane pas d'une seule partie mais bien de l'ensemble des parties au différend. À cet égard, l'article 2062 du Code civil précise, dans le cadre de l'exécution de la convention de procédure participative que les parties œuvrent « *conjointement* » à la résolution amiable de leur différend, c'est-à-dire, en d'autres termes contractuels, à la formation et la conclusion de l'accord amiable cristallisant la solution de leur différend. La solution définitive au différend se construit progressivement à l'initiative des parties avec l'assistance du tiers missionné, par des propositions de solution successives et croisées pour aboutir à une offre ferme et précise de contracter l'accord amiable.

En principe, le ou les tiers missionné(s) – médiateur ou avocats – exhorte(nt) les parties à construire elles-mêmes la solution à leur différend, c'est-à-dire à émettre chacune des propositions de solution au différend afin de les comparer lorsqu'elles se croisent et d'estimer si celles-ci correspondent pour chacune à leurs besoins et intérêts. L'expression conjointe des parties sur les solutions envisageables au différend garantit la recherche d'une solution définitive satisfaisante pour l'ensemble des parties et la formulation d'une offre de conclure l'accord amiable de la part de l'ensemble des parties.

607. En pratique, dans une phase consécutive à celle de la négociation du différend et des besoins et intérêts des parties, les parties sont amenées à formuler des propositions de solutions successives et croisées¹⁰⁷³. Dans la mesure où le médiateur a circonscrit, avec l'aide des parties, le différend et relevé les différents problèmes qu'il suscite, les parties formulent, au regard de chaque problème soulevé par le différend et de l'analyse de leurs besoins et intérêts, des propositions de solution. Comme l'observe la doctrine, la négociation raisonnée impose que

¹⁰⁷³ Voy. Th. Fiutak, « *The Fiutak mediation circle* » in Th. Fiutak, *Le médiateur dans l'arène : Réflexions sur l'art de la médiation*, op. cit. : phase correspondant à ce que le Professeur Thomas Fuitak désigne, dans le cercle représentant le processus de médiation comme étant l'étape du « Comment ? » ; Voy. ég. M. Bourry d'Antin, G. Pluyette, S. Bensimon, *Art et techniques de la médiation*, op. cit., n° 63 à 74, p. 42 à 50.

chaque réunion plénière entre les parties se déroule autour d'un travail relatif à la résolution de chacune des difficultés constitutives du différend. Celle-ci implique la définition de la question à résoudre, l'obtention et l'échange des informations nécessaires à la résolution du différend, l'identification des intérêts, la définition des principes, critères et objectifs, la détermination et l'évaluation des options, ainsi que l'aide des avocats aux parties afin de faire leurs propres choix, voir l'intervention d'un expert¹⁰⁷⁴. En matière de médiation, et plus généralement, en matière de négociation raisonnée qui, à notre sens, devrait soustendre toute tentative de résolution amiable des différends, la phase de formulation par les parties, de propositions de solution successives et croisées – appelée le « Comment ? » – se distingue de la phase ultime du processus consistant en la conclusion *stricto sensu* de l'accord amiable, nommée le « Comment finalement »¹⁰⁷⁵.

Le tiers missionné veille à ce que les propositions de solution n'émanent pas toujours de la même partie, dans un esprit de réciprocité. Cette approche permet l'émergence d'une solution se traduisant par des « concessions réciproques »¹⁰⁷⁶ dans le cadre de l'accord amiable transactionnel. Le ou les tiers missionnés – médiateur ou avocats – s'abstiennent donc de formuler des propositions de solution, dans le cadre de l'exécution de la convention de médiation ou de procédure participative qui le lie aux parties. Néanmoins, lors des entretiens individuels avec chacune des parties, ou dans le cadre du travail collaboratif entre avocats, les tiers missionnés peuvent discuter de l'opportunité des propositions de solution exprimées afin de guider les parties dans la recherche d'une solution équitable et de les faire cheminer vers la formulation d'une offre de contracter l'accord amiable. Les processus de médiation et de procédure participative sont, en conséquence plus chronophages que le processus de conciliation qui, au sens strict, conduit au terme de l'exposé du différend des parties et à un rapprochement plus rapide des parties, à une proposition de solution émise par le tiers, juge ou conciliateur de justice¹⁰⁷⁷.

Le processus de médiation et la procédure participative présentent une utilité en droit des affaires, en particulier dans le cadre *extrajudiciaire*, les acteurs économiques prenant un temps pour négocier leurs contrats, y compris en vue de résoudre des différends, motivés par la nécessité du maintien de la relation commerciale et la maîtrise de leurs prises de décisions. La

¹⁰⁷⁴ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 422.82, p. 630.

¹⁰⁷⁵ Voy. Th. Fiutak, « *The Fiutak mediation circle* » in Th. Fiutak, *Le médiateur dans l'arène : Réflexions sur l'art de la médiation*, op. cit.

¹⁰⁷⁶ Condition de validité du contrat de transaction insérée à la définition de l'art. 2044 CCiv. tel que modifié par la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

¹⁰⁷⁷ Pour ce dernier, aussi bien dans le cadre *judiciaire* qu'*extrajudiciaire*, selon le moment de mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend.

médiation et la procédure participative connaissent également un essor formidable en droit de la famille, dans le cadre *judiciaire*, mais également *extrajudiciaire*¹⁰⁷⁸ en particulier en ce qui concerne l'aménagement des conséquences du divorce¹⁰⁷⁹. Dans tous les cas, les propositions de solution successives croisées et l'offre de contracter l'accord amiable doivent être distinguées au regard de leur valeur juridique.

c) Le droit spécial de l'offre en matière d'indemnisation des victimes

608. Les caractéristiques particulières de l'offre d'indemnisation transactionnelle.

Nous avons pu constater que le législateur a institué des régimes d'indemnisation, issus de la combinaison des règles de la responsabilité délictuelle civile et du droit des assurances, favorisant dans leur ensemble la conclusion d'un *accord amiable indemnitaire* qualifié expressément, par le législateur, de *contrat de transaction*. Ce mouvement a été mis en place pour la première fois en matière d'accidents de la circulation par la loi Badinter du 5 juillet 1985¹⁰⁸⁰, et constitue le modèle des régimes d'indemnisation créés postérieurement comme ceux relatifs aux actes de terrorisme et aux accidents médicaux, instaurés respectivement par la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986¹⁰⁸¹ et de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002¹⁰⁸², ou celui relatif aux actes de pollution aux hydrocarbures¹⁰⁸³. En matière d'accidents de la circulation ou

¹⁰⁷⁸ Au regard du nouveau cas de divorce par consentement mutuel dit « *par acte sous signature privée contrzsigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* ».

¹⁰⁷⁹ Qui mieux que les époux et parents pour émettre des propositions de solution au regard de la garde de leur enfant, de l'exercice de l'autorité parentale ou de la pension alimentaire ? D'autant qu'en cas de blocage, celui-ci peut être régulé par le juge aux affaires familiales

¹⁰⁸⁰ JO du 23 nov. 1985, *préc.* ; D. 1985, p. 371, rect. p. 588. ; Voy. l'art. L. 211-15 et s C. assur.

¹⁰⁸¹ JO du 10 sept. 1986, p. 10956., *préc.* ; Voy. l'art. L. 422-2 C. assur.

¹⁰⁸² JO du 5 mars 2002, *préc.*

¹⁰⁸³ J.-P. Beurrier et M. N'Dendé, Fonds International d'Indemnisation pour les dommages dus à la pollution par Hydrocarbures (FIPOL), *JCl. Environnement et Développement durable*, Fasc. 4860, janv. 2007, réact. mars 2014 : Ce Fonds d'indemnisation a été instauré à la suite du naufrage du pétrolier libérien Torrey-Canyon sur les récifs des Seven Stones au large du cap Land's End, le 16 mars 1967. Cet événement de mer est à l'origine d'un bouleversement important des règles de droit en matière de réparation de préjudices écologiques consécutifs aux pollutions aux hydrocarbures. Dans le cadre des négociations de l'OMCI, deux conventions internationales majeures sont signées à Bruxelles, le 29 novembre 1969 : la Convention sur l'intervention en haute mer d'un État riverain menacé de pollution par hydrocarbures de cargaison à la suite d'un accident, qui va bouleverser la conception classique du droit international (Voy. J.-P. Beurrier, *Droits maritimes*, Dalloz, coll. Dalloz Action 2006, p. 923 s.) et la Convention internationale sur la responsabilité civile des propriétaires de navires pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures ("CLC", *International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage*). Il s'agissait, dans cette dernière convention, de prendre en compte les dommages subis par des personnes qui n'étaient pas parties au transport maritime et donc non couvertes par les règles du droit maritime classique.

Le FIPOL est une simple institution internationale (une organisation intergouvernementale) créée dans le cadre des conventions pétrolières (pour assurer une indemnisation complémentaire des victimes d'une pollution par hydrocarbures). Ce n'est donc en aucun cas un organisme juridictionnel comparable à un tribunal ou à une Cour internationale de justice ou d'arbitrage. Il s'agit d'un simple fonds d'indemnisation comparable à des institutions voisines existant dans les systèmes juridiques nationaux (le cas par exemple, en France, des Fonds d'indemnisation

encore en ce qui concerne l'indemnisation des victimes d'actes terroristes ou de pollution aux hydrocarbures – et la différence du domaine des accidents médicaux¹⁰⁸⁴ – il n'existe pas de commissions spécialement instituées à la conciliation et à l'indemnisation des victimes. Quoiqu'il en soit, l'offre transactionnelle telle que prévue pour les victimes d'accident de la circulation et d'accident médicaux présentent trois caractéristiques particulières. Tout d'abord, elle ne porte pas précisément sur un *différend* (**I**). Elle a ensuite un caractère obligatoire (**II**) et émane, non pas d'une des parties – victime ou professionnel de santé – mais de l'assureur du responsable ou du fonds d'indemnisation (**III**). Néanmoins, en matière d'accidents médicaux, une procédure de conciliation est également prévue laissant entrevoir, dans certains cas, la possibilité d'un accord amiable conclu entre la victime et le professionnel de santé, laquelle pourrait faire place à une formation de l'accord amiable par négociation raisonnée.

I. L'absence de différend

609. Une offre d'indemnisation transactionnelle. Le but de la conciliation et du règlement amiable en matière d'accidents médicaux, menées par des Commissions spécialement instituées, diffère du droit commun de la résolution amiable des différends. Il ne s'agit pas de permettre, à proprement parler, la résolution d'un *différend* et de fixer par un accord la responsabilité du professionnel de santé. L'objectif poursuivi est autre : il s'agit de faciliter une *indemnisation* rapide de la victime. L'objet de l'accord amiable ne porte pas sur, d'un point de vue procédural, une solution du différend exprimée et d'un point de vue contractuel des concessions réciproques, mais sur une *indemnisation* de la victime. L'accord amiable aménage la conséquence liée à la réalisation d'un dommage : la réparation des dommages par indemnisation de la victime.

des victimes d'actes terroristes, des victimes du sida transfusionnel, des victimes d'accidents de chasse, ou des victimes d'accidents de la circulation). En conséquence, le FIPOL ne rend ni des « jugements », ni « des arrêts », ni des « sentences », mais de simples décisions de nature privée et extrajudiciaire, fondées sur sa propre politique indemnitaire (laquelle est exclusivement guidée par les deux conventions CLC-FIPOL précitées, et par les orientations de ses institutions dirigeantes). Cependant, l'autorité découlant des décisions du FIPOL est loin d'être négligeable et a été récemment pleinement reconnue par la jurisprudence française. Selon, en effet, un arrêt très remarqué de la Cour d'appel de Rennes, le processus d'indemnisation amiable du FIPOL répond aux exigences des articles 2044 et 2052 du Code civil. Il en découle que lesdites décisions ont un caractère "transactionnel" et revêtent entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. En conséquence, elles ne peuvent, selon cette Cour, être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion : Voy. CA Rennes, 9 mai 2006, *Conféd. maritime et L. c/ FIPOL* ; DMF 2006, p. 1024. Le "Manuel des demandes d'indemnisation" élaboré et adopté par l'assemblée du FIPOL constitue l'une des traductions concrètes de la politique indemnitaire de cet organisme.

¹⁰⁸⁴ En matière d'accidents médicaux : Voy. au surplus les art. L. 1142-14, L. 1142-15, L. 1142-17, L. 3131-4, et L. 3111-9 C. s. pub. pour les préjudices directement imputables à une vaccination obligatoire et l'art. L. 3122-3 C. s. pub. pour les victimes contaminées.

Cet accord amené à être conclu entre les parties n'est donc pas un *accord amiable résolutif* d'un différend, mais un *accord amiable indemnitaire* consécutif d'un événement dommageable. En conséquence, la qualification de contrat de transaction appliquée d'office par le législateur à l'accord amiable indemnitaire semble discutable au regard de cette absence de différend, mais également au regard de la concession réciproque pesant sur la victime de l'accident. La question se pose en effet de savoir s'il est bien équitable que la victime d'un accident ait à concéder un quelconque droit aux fins de l'obtention plus rapide d'une indemnisation, laquelle doit être juste au regard des préjudices subis.

II. *Le caractère obligatoire de l'offre indemnitaire transactionnelle*

610. En matière d'accident de la circulation. Dans l'hypothèse d'un accident de la circulation ayant entraîné des dommages corporels, l'assureur du conducteur responsable a l'obligation de formuler une offre d'indemnisation transactionnelle à la victime¹⁰⁸⁵. Cette proposition, spontanée, doit être adressée à la victime principale, à son mandataire éventuel¹⁰⁸⁶ ou, si elle est décédée, à ses héritiers. En revanche, parce qu'il n'a pas nécessairement connaissance de l'existence de victimes par ricochet, l'assureur ne doit leur adresser une offre que dans l'hypothèse où elles ont réclamé une indemnisation.

Par ailleurs et concernant l'articulation de l'offre d'indemnisation transactionnelle avec l'action contentieuse en réparation, la jurisprudence juge que l'obligation de proposer une offre d'indemnisation à la victime s'impose à l'assureur même si la victime a déjà engagé une action en justice afin d'obtenir réparation¹⁰⁸⁷, alors que la victime reste libre d'exercer son action en réparation même si elle a déjà accepté une offre provisionnelle¹⁰⁸⁸.

611. En matière d'accidents médicaux. La commission de conciliation et d'indemnisation des victimes, saisie par la victime ou ses ayants droit, rend – au visa de l'article L. 1142-8 du Code de la Santé publique – un « avis » portant sur le droit à l'indemnisation de la victime dans un délai de six mois à compter de sa saisine. Ce droit à indemnisation est apprécié au regard de l'évaluation du dommage de la victime et en fonction

¹⁰⁸⁵ Voy. l'art. L. 211-9 C. assur. ; Ég. Y. Lambert Faivre, *Droit des assurances*, Dalloz, 11^{ème} éd. 2001, n° 844 et G. Viney et P. Jourdain, « Les effets de la responsabilité » (ss dir.) J. Ghestin, *Traité de droit civil*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2001, n° 269.

¹⁰⁸⁶ Cass. crim., 29 févr. 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 87.

¹⁰⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 1993, *Bull. civ.* I, 1993, n° 20.

¹⁰⁸⁸ CA Versailles, 20 avr. 1988, *JurisData* n° 1988-041989 ; CA Pau, 5 nov. 1986, *JurisData* n° 1986-046716 ; CA Aix, 13 oct. 1987, *JurisData* n° 1987-04651.

du taux de gravité fixés légalement. Au visa de l'article L. 1142-8 alinéa premier du Code de la Santé publique, l'avis de la commission porte donc sur les causes, les circonstances et l'étendue du dommage, ainsi que sur son appréciation de l'indemnisation éventuelle au titre des responsabilités encourues ou de la solidarité nationale. L'avis de la commission ne consiste ni en une proposition de solution, ni en une offre de contracter l'accord amiable indemnitaire et transactionnelle. Cet avis est en revanche de nature à orienter le traitement amiable des effets liés à l'accident. Deux cas de figures peuvent alors se présenter.

En premier lieu, en cas de rejet de l'indemnisation, la victime dispose d'une option de recours. Elle peut, soit demander à la Commission de statuer dans le cadre d'une procédure de conciliation, soit saisir le juge compétent. Les dispositions du Code de la santé publique ne précisent aucunement l'objet et le déroulement de la conciliation. Selon les informations de l'Office national d'indemnisation des victimes la victime (l'ONIAM)¹⁰⁸⁹, la victime peut saisir la commission d'une demande de conciliation, dans trois hypothèses : tout d'abord, dans le cas où elle n'est pas satisfaite des soins dispensés par le professionnel de santé, tant d'un point de vue technique que déontologique ; ensuite si elle est en désaccord avec le professionnel ou un établissement de santé¹⁰⁹⁰ ; et enfin, si elle a été victime d'un dommage d'un gravité inférieur au taux légal ouvrant droit à une indemnisation. Dès saisine de la Commission aux fins de conciliation, la victime et le professionnel de santé sont entendus, soit par la Commission, soit après accord des parties, par un médiateur indépendant. Dès lors une tentative de résolution amiable du différend processus de médiation *extrajudiciaire* peut être mise en œuvre. La tentative de résolution amiable par conciliation peut donc donner lieu à des propositions de solutions et à la rencontre d'une offre de conclure l'accord amiable et d'une acceptation. La conclusion d'un accord amiable résolutif du différend peut être envisagé entre la victime et le professionnel de santé. En conséquence, dans le cas où une indemnisation est fixée, la question de l'application de la qualification transactionnelle à l'accord amiable indemnitaire se pose.

En second lieu, la Commission, en application des taux légaux ouvrant au droit à indemnisation de la victime peut se prononcer en faveur de la réparation. Dans ce cas, si la responsabilité du professionnel de santé est reconnue par la Commission, l'assureur garantissant la responsabilité civile ou administrative du responsable de l'accident est tenu d'adresser à la victime ou à ses ayants droit, dans un délai de quatre mois suivant la réception de l'avis, une offre d'indemnisation transactionnelle visant à la réparation intégrale des

¹⁰⁸⁹ Site de référence : www.oniam.fr.

¹⁰⁹⁰ Y compris en matière de recherche biomédicale, de mise en œuvre d'un protocole médical ou d'un nouveau traitement, médicament.

préjudices subis dans la limite des plafonds de garantie des contrats d'assurance¹⁰⁹¹. L'offre a un caractère provisionnel si l'assureur n'a pas été informé de la consolidation de l'état de la victime¹⁰⁹². L'assureur est tenu en outre de rembourser les frais d'expertise avancés par la victime. Dans les cas où, d'une part d'un dommage résultant d'une infection nosocomiale emportant responsabilité de plein du professionnel de santé¹⁰⁹³ et d'autre part, lorsque, les préjudices ouvrent droit à réparation au titre de la solidarité nationale¹⁰⁹⁴, il revient au Fonds d'indemnisation des victimes (l'ONIAM), au visa de l'article L. 1142-17 du Code de la Santé publique, d'adresser l'offre d'indemnisation transactionnelle visant la réparation intégrale des préjudices subis la victime ou ses ayants droit, dans le délai de quatre mois suivant la réception de l'avis de la Commission¹⁰⁹⁵. L'offre peut également avoir un caractère provisionnel. L'offre définitive d'indemnisation doit être faite dans les deux mois de la consolidation de l'état de la victime¹⁰⁹⁶.

La Commission de conciliation qui est amenée à se prononcer sur la responsabilité du professionnel de santé et sur l'ouverture du droit à indemnisation des victimes, agit à certain égard comme une juridiction de l'amiable. Le mécanisme de l'indemnisation semble se trouver à mi-chemin entre arbitrage et conciliation. La Commission ne rend pas une décision fixant l'indemnisation – ce qui rapprocherait sa décision d'une sentence arbitrale – mais favorise, d'une part, la conclusion d'accord amiable résolutif du différend, voir indemnitaire, sur le fondement de la conciliation, et d'autre part, organise au titre de l'indemnisation la conclusion d'un accord amiable indemnitaire légalement qualifié de contrat de transaction. Dès lors, dans le cadre de la conciliation mise en œuvre par la Commission, ou déléguée par elle à un médiateur extérieur, la question de la qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable se pose dès lors que celui-ci fixe une indemnisation réparatrice du préjudice subi par la victime.

III. Une offre d'indemnisation à la charge des compagnies d'assurance ou du fonds d'indemnisation des victimes

612. L'absence de négociation dans le cadre du règlement amiable. Nous avons

¹⁰⁹¹ En application de l'al. 1^{er} de l'art. L. 1142-14 C. S. Pub.

¹⁰⁹² Dans ce cas, l'art. L. 1142-14 al. 5 C. S. pub. prévoit que « l'offre définitive doit être faite dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'assureur a été informé de cette consolidation ».

¹⁰⁹³ Voy. l'art. L. 1142-1 C. S. pub. : pour laquelle le professionnel de santé est responsable de plein droit, sauf à rapporter la preuve d'une cause étrangère.

¹⁰⁹⁴ Voy. l'art. L. 1142-1-1 C. S. pub.

¹⁰⁹⁵ Voy. l'art. 1142-17 al.1^{er} C. S. pub.

¹⁰⁹⁶ Voy. l'art. L. 1142-17 al. 4 C. S. pub.

constaté une orientation du traitement des conséquences de l'accident médical par processus de conciliation ou procédure de règlement amiable opéré par les Commissions de conciliation et d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en fonction des taux de gravité des dommages subis par la victime et fixés légalement.

L'offre d'indemnisation ne peut émaner que de l'assureur aux fins de conclusion d'un accord indemnitaire transactionnel. À cet égard, le législateur autorise l'assureur par les dispositions de l'article L. 124-2 du Code des assurances, à insérer des clauses de style, prévoyant que l'assuré ne peut pas librement transiger en dehors de la présence de l'assureur alors que celui-ci peut en prendre seul l'initiative.

La procédure de conciliation laisse entrevoir la possibilité d'une négociation raisonnée entre la victime et le professionnel de santé, notamment lorsque la mission est déléguée à un médiateur externe. En revanche, le règlement amiable en matière d'indemnité ne peut donner lieu qu'à une offre émanant, non pas de la victime et/ou du professionnel de santé, mais soit de l'assureur garantissant la responsabilité civile délictuelle du professionnel, soit du Fonds d'indemnisation des victimes au titre de la solidarité nationale. La procédure de règlement amiable devant la commission ne donne donc pas lieu à une négociation raisonnée entre les parties – victimes et professionnel de santé – en vue de l'émergence d'une offre indemnitaire conjointe. Afin de pallier cette absence de négociation entre les parties et l'enjeu concernant l'indemnisation d'une partie faible à l'accord, la victime, le relais de l'expertise doit permettre, en principe, une indemnisation juste.

613. En définitive, et excepté en ce qui concerne la conciliation, le but poursuivi par la procédure de règlement amiable n'est pas tant la résolution d'un différend ou la détermination de la responsabilité du professionnel de santé, mais de permettre une indemnisation rapide de la victime par le biais de la conclusion d'un accord amiable transactionnel non négocié. Il ne s'agit donc pas de résoudre un différend, mais de compenser financièrement les conséquences liées à un événement, l'accident. À l'instar de la qualification retenue en matière d'indemnisation amiable d'accidents de la circulation, d'actes terroristes ou encore de pollution par les hydrocarbures, l'accord amiable indemnitaire issu de la procédure de règlement amiable en matière d'accident médicaux est spécialement qualifié par le législateur de contrat de transaction. Cette procédure de « règlement amiable » aboutit donc à la conclusion d'un contrat de transaction. Ces originalités non négligeables de l'offre en matière de droit de l'indemnisation alimentent le débat relatif au bien-fondé de la qualification de transaction,

certain auteurs la contestant¹⁰⁹⁷.

2) La valeur juridique de l'offre de contracter l'accord amiable

614. Position des problèmes. Parce que le différend crée une opposition de volontés des parties, sa solution est, lorsqu'elle n'est pas imposée par un tiers juge ou arbitre, sujette à discussion. L'objet de l'accord amiable, qu'il soit ou non issu de la mise en œuvre d'un processus de résolution amiable des différends, est de fixer une solution réglant le différend né ou prévenant le différend à naître.

Nous avons constaté que l'offre de contracter l'accord amiable – en fonction du processus de résolution amiable choisi, de la procédure contractualisée utilisée afin de permettre la formation de l'accord amiable – peut se construire de manière tout à fait variable. Dans tous les cas, la question de la valeur juridique de l'offre de contracter l'accord amiable se pose. Cette question soulève plusieurs difficultés. Tout d'abord parce que l'ensemble des dispositions procédurales, que celles-ci aient trait au droit commun ou aux droits spéciaux de la résolution amiable des différends *judiciaire* ou *extrajudiciaire*, sont silencieuses en ce qui concerne l'offre de contracter l'accord amiable, excepté en matière d'indemnisation des victimes où il est fait référence à une offre transactionnelle et une acceptation. Il convient donc de se tourner vers le droit commun des contrats et les apports de la réforme du droit des contrats en matière de formation et de conclusion des contrats afin de rechercher les conditions de validité de l'offre de contracter **(a)**, pour ensuite vérifier l'application de ces règles à l'offre de contracter l'accord amiable **(b)**.

a) La valeur juridique de l'offre de contracter en droit commun des contrats

615. Les apports de la réforme du droit des contrats. Jusqu'à l'adoption de l'ordonnance n° 2010-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, ne figurait au Code civil aucune disposition relative au processus de conclusion du contrat, et plus particulièrement, en ce qui concerne la rencontre de l'offre et de l'acceptation¹⁰⁹⁸. Les réformateurs se sont donc attachés à édicter une définition de

¹⁰⁹⁷ Pour une approche générale de cette polémique : S. Porchy-Simon, « Transaction et droit de l'indemnisation » in *La transaction dans toutes ses dimensions*, ss. dir. B. Mallet-Bricout et C. Nourissat, Dalloz 2006 ; F. Julienne, *JCl. Civil Code*, « Art. 2044 à 2058 », Fasc. 20, « Transaction – Domaine », n° 46 s.

¹⁰⁹⁸ Voy. le Rapport au Président de la République *relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, préc.

l'offre contractuelle et ont consacré, dans un énoncé cohérent, les solutions jurisprudentielles consacrées au fil du temps.

616. La définition de l'offre en droit commun des contrats. Le nouvel article 1114 du Code civil – tel qu'issu de la réforme du droit des contrats – définit l'offre en ces termes : « *l'offre faite à une personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* ». Parfois également dénommée « pollicitation » – du latin *polliceor, eri* signifiant « proposer » – elle est la proposition qu'il suffira que le sollicité accepte pour le contrat soit conclu¹⁰⁹⁹. Par cette définition, les réformateurs ont consacré la solution jurisprudentielle constante selon laquelle l'offre doit être ferme et précise sous peine d'être requalifiée de simple invitation à entrer en pourparlers. Dire que l'offre de contracter doit être ferme signifie qu'elle doit exprimer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Dire que l'offre doit être précise signifie qu'elle doit contenir les éléments essentiels du contrat envisagé.

Cette définition de l'offre de contracter et ses caractères transposés en matière de résolution amiable des différends signifierait donc que l'offre de contracter l'accord amiable doit être précise – c'est-à-dire contenir la solution définitive au différend déterminé et ses conséquences – et au surplus, être ferme, au sens où la partie au différend qui émet l'offre, le pollicitant, exprime sa volonté d'être lié en cas d'acceptation. Toutefois, ces règles du droit commun des contrats nouvellement consacrées par les réformateurs semblent devoir souffrir de quelques adaptations en matière de résolution amiable des différends. Si le caractère précis de l'offre de contracter l'accord amiable implique de la distinguer des simples pourparlers des différends et notamment des propositions de solution au différend, son caractère de fermeté pose des difficultés au regard de la qualité de l'auteur de l'offre et ce pour plusieurs raisons. D'une part, parce que l'offre a vocation, dans le cadre de la résolution amiable des différends fondée sur la négociation raisonnée, à être construite conjointement par les parties, de sorte qu'il n'y a pas un pollicitant et un pollicité. Les parties au différend ont en effet vocation à être tout à la fois pollicitant et pollicité. D'autre part, en raison du fait qu'en cas de blocage, le tiers missionné à la résolution amiable du différend – conciliateur ou médiateur – peut émettre une proposition de solution du différend. La question se pose donc de savoir si ce dernier peut être auteur d'une offre de contracter l'accord amiable auquel il ne sera pas partie en cas de conclusion.

¹⁰⁹⁹ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 469, p. 269.

Il convient en conséquence d'examiner plus précisément la valeur juridique attachée à l'offre de contracter en matière de résolution amiable des différends.

b) La valeur juridique de l'offre de contracter l'accord amiable

617. La difficile définition de l'offre de contracter l'accord amiable. En raison de la formation variable de l'accord amiable dans le cadre de la mise en œuvre des processus de résolution amiable des différends, il est difficile de déterminer le moment de l'existence de l'offre de contracter l'accord amiable. Cela tient principalement au fait que l'offre de contracter l'accord amiable n'émane pas d'une partie, mais de l'ensemble des parties, excepté le cas assez rare où l'offre émane d'une seule partie, notamment en matière de droit spécial de l'indemnisation des victimes. En réalité, dès lors qu'est mise en œuvre une négociation raisonnée de la solution du différend sous-tendant tout processus de résolution amiable des différends – conciliation, médiation, procédure participative – celle-ci donne lieu à des propositions de solution successives et croisées de la part de l'ensemble des parties, de sorte que l'offre de contracter l'accord amiable est construite conjointement par les parties, aidées des tiers missionnés. Par ailleurs, nous avons constaté que dans le cadre de la conciliation ou de la médiation, le tiers missionné peut lui-même être amené à proposer aux parties une solution à leur différend.

En conséquence, la question de la valeur juridique de l'offre de contracter l'accord amiable se pose aussi bien lorsqu'en cas de blocage du consentement des parties ou dans le cadre de la conciliation, entendue au sens strict, le tiers émettant une proposition de solution au différend **(I)**, que lorsque celle-ci émane des parties **(II)** et de manière tout à fait particulière dans le cadre du droit à l'indemnisation des victimes **(III)**. Dans tous les cas, la question se pose de savoir si la proposition de solution au différend ou l'offre indemnitaire consiste en une offre de conclure l'accord amiable.

I. La proposition de solution émanant du tiers missionné

618. Position du problème. Il s'agit ici de rechercher la valeur juridique de la proposition de solution du conciliateur, laquelle peut émaner du médiateur en cas de blocage des parties dans la négociation de la solution à leur différend : vaut-elle offre de contracter l'accord amiable au sens du droit commun des contrats ? La question de la valeur juridique de cette proposition de solution se pose avec d'autant plus sensibilité que l'accord amiable est amené

à être conclu entre les parties au différend, excluant le tiers ayant apporté son assistance à la formation de l'accord amiable.

619. Distinction entre l'offre de contracter l'accord amiable et la proposition de solution du tiers missionné. Au sens strict, la conciliation est un processus de formation de l'accord amiable supposant une force de proposition du tiers missionné, le conciliateur. Nous avons constaté qu'il est admis, dans certains domaines – tels que la conciliation en droit des entreprises en difficultés, la médiation des litiges de la consommation, la médiation menée par le président de la chambre des notaires dans le cadre du litige né du contrat de travail du notaire salarié – que le tiers missionné au cours de la médiation peut œuvrer comme un conciliateur et émettre une proposition de solution. Dans ces cas, où les parties se sont engagées dans la négociation de la solution à leur différend mais ne parviennent pas à s'entendre et émettre une offre conjointe, ferme et précise de contracter l'accord amiable, le tiers missionné peut formuler – au regard des échanges intervenus et ce avant que le juge compétent, saisi ou non du litige, ne prenne le relais pour sa résolution – une proposition de solution au différend des parties. Il agit alors comme une sorte d'« accoucheur » de la solution du différend.

La distinction entre la proposition de solution au différend émanant du tiers missionné et l'offre de conclure l'accord amiable est délicate, d'autant que si on se réfère à la définition de droit commun de l'offre de contracter posée à l'article 1114 du Code civil la proposition de solution du tiers missionné est faite à des personnes déterminées – les parties au différend – et comprend la solution du différend, élément essentiel de l'accord amiable. Il ne s'agit donc pas d'une invitation aux négociations, mais d'une invitation à conclure un accord amiable.

620. Les éclairages relatifs à la proposition de solution du médiateur des conflits collectifs du droit du travail. Ce tiers missionné « *soumet, sous forme de recommandation motivée, des propositions en vue du règlement des points du litige* ». À la lecture de l'article L. 2523-5 du Code du travail, le médiateur tente s'il est nécessaire de concilier les parties. Ce qui sous-entend que s'il n'y parvient pas, il formule ses propositions de solution prenant la forme d'un « recommandation », équivalente à un avis. Il est précisé en ce domaine, que les propositions de solution doivent être motivées.

Le médiateur doit impérativement transmettre sa recommandation aux parties en conflit dans le mois suivant sa désignation. Dès que celles-ci en prennent connaissance, elles disposent d'un délai de 8 jours, lequel consiste en un délai de réflexion. Au terme de ce délai, le médiateur se charge de constater l'accord des parties ou le désaccord. L'article L. 2523-6 *in*

fine dispose que « *l'accord des parties sur la recommandation du médiateur lie celle qui ne l'ont pas rejetée* ». On peut donc légitimement s'interroger sur le point de savoir si la recommandation du médiateur consiste en une offre de contracter l'accord amiable dont l'acceptation des parties emporte conclusion ou bien, le médiateur guide simplement par sa recommandation les parties au différend, ainsi aidées dans la formulation d'une offre conjointe de contracter l'accord amiable. L'acceptation des parties, laquelle relève de la liberté contractuelle, notamment de contracter ou non, consiste à suivre cette recommandation. Le tiers missionné – médiateur – ne pouvant être partie à l'accord amiable final.

621. Les éclairages relatifs à la proposition de solution du médiateur des litiges de la consommation. Pour rappel, en matière de médiation des litiges de la consommation, l'alinéa second de l'article R. 612-3 du Code de la consommation, *in fine*, prévoit que le médiateur dispose de la faculté, à défaut d'accord amiable intervenue entre les parties, de leur proposer une solution pour régler le litige. En outre, l'article R. 612-4 du Code précise encore que le médiateur en faisant connaître aux parties la solution qu'il propose, leur rappelle notamment qu'elles sont libres d'accepter ou de refuser sa proposition de solution. Ce choix à disposition des parties n'est que l'expression du principe de liberté contractuelle édicté de manière générale à l'article 1102 du Code civil et spécialement dans le cadre des négociations à l'article 1112 du même Code. Dès lors, deux hypothèses peuvent se présenter.

Dans un premier cas de figure, les parties au différend peuvent refuser la proposition de solution du médiateur. Dans ce cas, le tiers missionné a pris le soin de rappeler dans la communication de sa proposition de solution « *2° que la participation à la médiation n'exclut pas la possibilité d'un recours devant une juridiction* »¹¹⁰⁰. Les parties ont effectivement, d'un point de vue procédural, la possibilité d'exercer leur droit à l'accès au juge, mais uniquement dans la mesure où elles n'acceptent pas la proposition de solution du médiateur et ne concluent pas un accord amiable transactionnel fermant les voies de recours relatives au litige¹¹⁰¹.

Dans un second cas de figure, les parties au différend peuvent accepter la proposition de solution du médiateur. À cet égard, une disposition de l'article R. 612-4 du Code de commerce permet d'encourager l'acceptation des parties. En effet, le texte prévoit dans un 3° que le médiateur, toujours dans le cadre de la communication de sa proposition de solution, précise « *que la solution peut être différente de la décision qui serait rendue par le juge* ». Cela revient

¹¹⁰⁰ Voy. l'art. R 612-4 C. consomm.

¹¹⁰¹ En particulier, si les parties parviennent à un accord amiable qualifié de transactionnel, l'article 2052 du Code civil relatif au contrat de transaction, dispose que « *la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ».

à faire prendre conscience aux parties du travail réalisé dans le cadre la médiation et d'inciter à une réflexion sur la solution qui pourrait être imposée par le juge et non construite par elles. On trouve ici, une consécration légale de la technique de la BATNA (*Better Alternative To a Negotiation Agreement*) ou MISORE (MEilleure SOLution de REchange) utilisée en médiation et consistant à suggérer une réflexion sur la solution que les parties pourraient se voir imposer, par le juge ou l'arbitre, à travers leur jugement ou sentence¹¹⁰².

Dès lors, la question de la valeur de la proposition de solution du tiers missionné se pose, d'autant que, l'article R. 6123-4 du Code ajoute, *in fine*, que « *le médiateur précise quels sont les effets juridiques de l'acceptation de la proposition de solution et fixe un délai d'acceptation ou de refus de celle-ci* »¹¹⁰³. Cette disposition laisse sous-entendre que la proposition de solution du médiateur de la consommation consiste en une offre de contracter l'accord amiable. Ceci reviendrait à admettre que l'auteur d'une offre de contracter, le tiers missionné pollicitant, puisse ne pas être partie au contrat en cas d'acceptation. Cependant, le tiers missionné à la résolution amiable – à la différence de son engagement dans la conclusion des conventions de conciliation, de médiation ou de procédure participative – n'est pas partie à l'accord amiable résolutif du différend. D'ailleurs en pratique, le tiers missionné doit informer les parties de ce qu'il ne sera pas partie à leur accord amiable. Tout au plus le conciliateur ou le médiateur peut-il attester de sa présence, ou les avocats en matière de procédure participative apposer leur contreseing à l'accord amiable engageant les parties au différend, afin d'attester que l'acte a été conclu sous son égide.

622. Conclusion relative à la proposition de solution émise par le tiers missionné à la résolution amiable du différend. D'un point de vue contractuel, la proposition de solution du médiateur des litiges de la consommation, aussi ferme et précise soit-elle, ne revêt aucune de valeur juridique et apparaît comme un simple « avis » ou « recommandation » sur la solution du différend émis au regard des prétentions, besoins et intérêts de chacune des parties. C'est en définitive l'acceptation conjointe des parties de cette proposition de solution qui permet la conclusion de l'accord amiable. Par cette acceptation, les parties au différend suivent l'avis ou la recommandation du tiers missionné qui les éclaire, de sorte qu'elles reprennent à leur compte cette proposition de solution.

Si cette proposition de solution du tiers missionné ne consiste qu'en un avis, sans réel force juridique, il n'en demeure pas moins qu'afin d'assurer l'efficacité de la tentative de

¹¹⁰² M. Bourry d'Antin, G. Pluyette, S. Bensimon, *Art et techniques de la médiation, op. cit.*, n° 722, p. 461.

¹¹⁰³ La fixation, par le médiateur, de ce délai est libre. En pratique, un délai de quinze jours nous paraît respectable.

résolution amiable du différend, cette proposition de solution doit revêtir les caractères de fermeté et de précision d'une offre contractuelle de droit commun afin de garantir, si les parties la reprennent à leur compte et l'acceptent, la conclusion d'un accord amiable effectif. En réalité, en formulant sa proposition de solution, le tiers missionné doit veiller à ce que celle-ci soit précise et ferme, au sens que la solution au différend doit apparaître comme la plus adaptée à la résolution du différend, pour pouvoir être acceptée des parties. Les parties au différend, s'en remettent alors à l'avis du tiers missionné. En acceptant la proposition de solution du tiers missionné, les parties reconnaissent dans cette proposition de solution émanant du tiers, une offre de solution ferme à leur différend et concluent l'accord amiable.

En conséquence, la dénomination « avis » ou « recommandation » appliquée en pratique à la proposition de solution du tiers missionné nous paraît parfaitement adaptée. L'« avis », la « recommandation » du tiers missionné demeure une proposition de solution n'ayant en elle-même aucune valeur juridique. Le tiers missionné peut l'émettre aussi bien en cas de blocage des parties dans l'avancement des négociations de la solution à leur différend, ou bien lorsqu'il perçoit une solution pouvant être envisagée par les parties. Celles-ci peuvent en effet avoir des difficultés à formuler une proposition de solution. Dans ce cas, le tiers missionné agit comme une sorte d'« accoucheur » de la solution au différend¹¹⁰⁴. Seule l'acceptation des parties à cette proposition de solution transforme cette proposition de solution en offre de solution ferme et définitive au différend de nature à engager les parties et elles-seules. À l'instar de l'offre de solution définitive construite conjointement par les parties, la proposition de solution émise par le tiers permet de présenter les avancées ultimes de la volonté des parties dans le cadre du processus favorisant la construction d'une solution amiable conjointe et pérenne. Dès lors, la proposition de solution émanant du tiers missionné, et ce, même si elle présente un caractère de fermeté et renferme l'élément essentiel à l'accord amiable résolutif du différend – la solution définitive – ne peut consister en une offre de contracter l'accord amiable dans la mesure où elle ne peut en aucun cas exprimer la volonté de celui dont elle émane, le tiers missionné, la volonté – au sens de l'article 1114 du Code civil – d'être lié en cas d'acceptation. Seules les parties qui suivent l'« avis » du tiers missionné et l'utilise comme référence à une offre de contracter l'accord amiable renfermant la solution au différend et leur intention d'y mettre un terme peuvent être engagées par leur acceptation.

II. L'offre de contracter l'accord amiable émanant des parties

¹¹⁰⁴ J.-M. Bret, *Le cadre juridique du processus de médiation*, préf. G. Planès, éd. Médias&Médiations, 2015, spéc. p. 21.

623. L'offre de contracter l'accord amiable émanant d'une des parties au différend et l'offre conjointe de contracter l'accord amiable. L'offre de contracter est conçu en droit commun des contrats comme un acte unilatéral, émanant du pollicitant. En matière de résolution amiable des différends, il convient de ne pas exclure l'hypothèse dans laquelle l'offre de contracter l'accord amiable est émise par l'une des parties au terme de la négociation de l'objet du différend, des besoins et intérêts des parties, dès lors qu'une reconnaissance mutuelle des parties intervient rapidement. Elle consiste alors en l'offre faite par l'une des parties au différend à l'autre comprenant la solution conçue comme définitive au différend précisément délimité et élément essentiel de l'accord amiable envisagé ainsi que ces conséquences. Elle exprime la volonté de la partie au différend pollicitant, d'être lié en cas d'acceptation de l'autre partie sollicitée. La conclusion de l'accord amiable intervient alors de manière assez spontanée par la rencontre d'une offre de contracter l'accord amiable émanant de l'une des parties au différend, laquelle est précise quant à la solution émise par l'une des parties et acceptée par l'autre.

Néanmoins, dans le cadre de la mise en œuvre de la tentative de conclusion de l'accord amiable, la discipline de la négociation raisonnée amène chacune des parties à émettre des propositions croisées de solution du différend. Dans ce cadre, il convient de s'interroger sur la valeur juridique des propositions de solution successives émises conjointement par les parties.

624. Distinction entre l'offre de contracter l'accord amiable et les pourparlers. Au regard de l'application du droit commun des contrats et au visa de l'article 1114 du Code civil, l'offre doit comporter les éléments essentiels du contrat et exprime, pour son auteur, la volonté d'être lié en cas d'acceptation. Cela implique que l'offre doit être ferme c'est-à-dire qu'elle ne réserve pas de possibilité de rétractation de la part de son auteur¹¹⁰⁵.

En matière de procédures de résolution amiable ayant vocation à aboutir à la conclusion d'un accord amiable – à un contrat consacrant la solution du différend – la question se pose de savoir sur quoi porte l'offre : l'offre portant une solution entendue par son auteur comme définitive constitue-t-elle une offre de contracter l'accord amiable ?

L'accord amiable consacre la solution au différend, celle-ci est donc un élément déterminant du contrat. Elle doit répondre à l'exigence d'extinction du différend. L'offre doit

¹¹⁰⁵ Voy. l'arrêt de principe : Cass. com., 6 mars 1990, n° 88-12.477, *Bull. civ.* IV, n° 74 ; *D.* 1991, somm, 317, obs. J.-L. Aubert ; *Defrénois*, 1991, art. 34987, n° 13 ; *JCP G*, 1990, II, 21583, note B. Gross, *RTD civ.* 1990, p. 463, obs. J. Mestre : « entre commerçant, une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ».

donc également comporter l'intention de son auteur de mettre fin au différend né ou de prévenir le différend à naître par la solution choisie. Il n'est toutefois pas nécessaire que l'offre de solution comporte les modalités d'exécution de l'accord amiable. L'offre de solution se distingue aisément des négociations portant sur l'objet du différend et sur les besoins et intérêts des parties. En revanche, elle est plus délicate dans le cadre de la phase de négociation raisonnée consistant pour les parties à émettre des propositions de solutions croisées.

À défaut donc de caractère ferme et de fixation des éléments essentiels de l'accord amiable, l'offre de solution se mue en une simple proposition de solution dénuée de toute valeur juridique et ne peut consister en une offre de conclure l'accord amiable. À cet égard, l'alinéa second de l'article 1113 du Code civil – tel qu'issu de la réforme du droit des contrats – dispose que la volonté de s'engager des parties « *peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur* ». Étant en outre expressément prévu que « *qu'à défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation* ». À défaut d'une offre de conclure un accord amiable portant une solution ferme et définitive au différend, les parties, dans la limite du délai imparti à la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable par le processus choisi – médiation, conciliation, procédure participative – peuvent poursuivre leur négociation afin de rechercher une solution répondant à leurs besoins et intérêts.

625. Distinction entre l'offre de contracter l'accord amiable et les propositions de solutions successives et croisées. L'exécution des conventions de conciliation, de médiation ou de procédure participative encadrant la tentative de résolution amiable du différend laquelle permet, d'un point de vue contractuel, la formation et la conclusion d'un accord amiable porteur de la solution du différend s'étale dans le temps, dans la limite du respect du délai imparti pour la mise en œuvre de la procédure choisie.

Dès lors qu'est mise en œuvre une négociation raisonnée, les parties sont amenées à émettre des propositions de solution successives et croisées. Il s'agit pour le tiers missionné de permettre aux parties d'exprimer toutes les solutions envisageables au différend. Chaque partie est ainsi amenée à être tantôt pollicitant, tantôt pollicité. Les propositions de solution successives et croisées caractérisent donc un travail collaboratif. Tant qu'une offre de solution conjointe aux parties, ferme et comportant les éléments essentiels de l'accord amiable n'est pas émise, les propositions de solution consistent en de simples invitations à poursuivre la négociation, en application de l'article 1113 du Code civil. À cet égard, la jurisprudence rappelle régulièrement que la formulation de propositions successives qui se croisent en cours

de négociations sont privées de toute valeur juridique¹¹⁰⁶. L'intérêt de la négociation raisonnée est de permettre l'émergence d'une offre de contracter l'accord amiable non plus conçue comme un acte unilatéral, à l'image de l'offre de contracter de droit commun des contrats, mais comme une offre conjointe de contracter l'accord amiable portant sur une solution définitive construite et acceptée conjointement par les parties. Cette construction de la solution par les parties dans le cadre de la négociation raisonnée, guidée par le tiers missionné, permet la conclusion d'un accord amiable pérenne.

626. En définitive, toute procédure de résolution amiable des différends doit tendre, par des propositions de solution successives et croisées à la formulation d'une offre de contracter l'accord amiable précise, ferme et au-delà encore satisfaisant au besoins et intérêts des parties. Il revient au tiers missionné de s'assurer que les parties parviennent à la formulation d'une offre de contracter l'accord amiable présentant les caractères de fermeté et de précision conforme au droit commun des contrats.

III. L'offre de contracter l'accord amiable indemnitaire transactionnel

627. Position du problème. L'offre d'indemnisation transactionnelle faisant l'objet d'un encadrement légal en matière de droits spéciaux à l'indemnisation des victimes d'accidents de circulation, d'actes de terrorisme, de pollution aux hydrocarbures et d'accidents médicaux, il convient de rechercher si le droit de l'offre d'indemnisation transactionnelle déroge au droit commun des contrats en matière d'offre contractuelle.

628. Le silence du droit spécial du contrat de transaction et le relais du droit commun des contrats. Le législateur soumet l'accord amiable indemnitaire en matière d'accident de la circulation, d'actes terroristes, de pollutions aux hydrocarbures et d'accidents médicaux à la qualification contractuelle transactionnelle. L'accord amiable indemnitaire est ainsi légalement soumis au régime du contrat spécial de transaction prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil. Ces dispositions se concentrent sur la définition du contrat spécial de

¹¹⁰⁶ Cass. com., 5 déc. 1989, n° 88-12.431, *Bull. civ.* IV, 1989, n° 304, p. 205, arrêt rendu pour partie au visa de l'anc. art. 1134 CCiv. : la chambre commerciale censure les juges d'appel parisiens ayant retenu l'acceptation d'une partie à l'offre émise par l'autre, en jugeant qu'« en se déterminant ainsi, après avoir relevé que la proposition de verser une indemnité avait été faite par la société Patz dans le cadre d'une offre de transaction dont le principe même avait été rejeté par la société Périère, la cour d'appel a violé le texte à violé le texte susvisé » – Plus réc. Cass. com. 28 avr. 1998, n° 95-17350, NP.

transaction¹¹⁰⁷, son contenu¹¹⁰⁸ et ses effets¹¹⁰⁹, mais demeurent toutefois silencieuses en ce qui concerne la formation du contrat, à savoir les négociations et la rencontre d'une offre et d'une acceptation permettant sa conclusion, excepté en ce qui concerne la capacité¹¹¹⁰. Or, et bien que le législateur ait prévu un régime particulier pour cet accord amiable indemnitaire, il n'en demeure pas moins soumis, comme tout contrat et au visa de l'article 1105 du Code civil, au droit commun des contrats¹¹¹¹.

629. Un droit spécial de l'indemnisation par principe protecteur de la victime. Face au silence du droit spécial du contrat de transaction, il convient, au surplus du relais assuré par le droit commun des contrats, de se tourner vers le droit spécial de l'indemnisation des victimes. Celui-ci impose des conditions à l'offre d'indemnisation transactionnelle adressée par l'assureur à la victime. En dehors de son caractère obligatoire, l'offre de contracter l'accord amiable indemnitaire transactionnel, en matière de droit de l'indemnisation, doit répondre, à des conditions de validité de forme (α) et de fond (β) particulières dont l'objectif est de protéger les intérêts des victimes.

α . Une condition de forme

630. Une communication de l'offre d'indemnisation transactionnelle limitée dans le temps. La présentation de l'offre d'indemnisation, faite à la victime par l'assureur ou le fonds d'indemnisation, est strictement encadrée dans le temps par le respect d'un délai. Celui-ci est de huit mois pour les accidents de la circulation et les actes de terrorisme, et de quatre mois suivant l'avis de la Commission régionale de conciliation d'indemnisation pour les accidents médicaux. Il s'agit en effet de permettre dans tous les cas une indemnisation rapide de la victime.

Ces délais légaux impératifs souffrent cependant de certaines dérogations lorsque, notamment, l'assureur doit émettre à une offre provisionnelle avant de fixer une offre définitive. Ainsi est-ce le cas lorsque la consolidation des blessures de la victime n'a pas été portée à sa connaissance dans les trois mois de l'accident. Le risque réside alors dans l'instrumentalisation par les compagnies d'assurance de la notion d'offre provisionnelle dans le but de contourner les

¹¹⁰⁷ Voy. l'art. 2044 CCiv.

¹¹⁰⁸ Voy. les art. 2048 et 2049 CCiv.

¹¹⁰⁹ Voy. les art. 2050, 2051 et 2052 CCiv.

¹¹¹⁰ Voy. l'art. 2045 CCiv.

¹¹¹¹ En conséquence, la formation du contrat de transaction est soumise au droit commun des contrats et à l'application des art. 1112 à 1119 CCiv.

exigences contraignantes des délais. Ce comportement est pris en compte par les juges qui contrôlent le caractère abusif ou non de la qualification d'offre provisionnelle afin de sanctionner, le cas échéant, le non-respect du délai légal¹¹¹².

β. Les conditions de fond

631. Une obligation de précision. À l'instar de l'offre de contracter de droit commun et de l'article 1114 du Code civil, l'offre indemnitaire transactionnelle doit être suffisamment précise. Elle doit ainsi indiquer, notamment, le montant des indemnités proposées pour chaque chef de préjudice, étant entendu que le préjudice matériel lié au préjudice corporel doit également faire l'objet d'un chiffrage s'il n'a pas été par ailleurs indemnisé¹¹¹³. L'obligation de précision porte également sur l'existence de causes d'exclusion et de limitation de la garantie qui doivent être motivées par l'assureur, ainsi que sur la prise en compte éventuelle des droits de tiers payeurs sur les indemnités.

632. Une juste indemnisation. Le Code des assurances et le Code de la Santé publique imposent des conditions relatives au sérieux du montant de l'indemnisation proposée. Dans le but d'éviter que les compagnies d'assurance adressent des montants dérisoires, une sanction est prévue quand le juge, saisi de l'action en réparation, relève que la proposition était manifestement insuffisante. Elle consiste à condamner d'office l'assureur à verser au fonds de garantie automobile une somme au plus égale à 15% de l'indemnité allouée¹¹¹⁴. Dans le même esprit, le cinquième alinéa de l'article L. 1142-15 du Code de la Santé publique précise qu'« *en cas de silence ou de refus explicite de la part de l'assureur de faire une offre, ou lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré, le juge, saisi dans le cadre de la subrogation [opérée par l'ONIAM], condamne, le cas échéant l'assureur ou le responsable à verser à l'office une somme au plus égale à 15% de l'indemnité qu'il alloue* ».

Toutefois, les limites de ce dispositif protecteur peuvent être soulignées puisqu'il apparaît, qu'en pratique, les montants avancés par les compagnies d'assurances sont nettement inférieurs à ce que la victime aurait pu espérer par le biais d'une action en justice. Cette réalité s'explique d'une part par la position de faiblesse de la victime qui ne peut être en mesure

¹¹¹² P. ex. Cass. civ. 2^{ème}, 3 mai 2006, n° 05-13.029, *Bull. civ.* II, 2006, n° 110.

¹¹¹³ Voy. l'art. L. 211-9, al. 3 C. assur.

¹¹¹⁴ Voy. l'art. L. 211-14 C. assur.

d'apprécier l'ensemble de ses chefs de préjudice¹¹¹⁵ et d'autre part, par les lacunes du dispositif légal prévoyant une sanction restrictive des assureurs supposant l'introduction d'une action en justice et ne s'appliquant que dans les hypothèses d'une insuffisance manifeste, grossière du montant de l'indemnisation. D'autant que le contrat de transaction emporte des effets importants puisque l'article 2052 du Code civil, tel qu'issu de la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle, précise que « *la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». En d'autres termes, dans l'esprit d'une autorité de la chose transigée rappelant dans ses effets l'ancienne formulation de l'autorité de chose jugée attachée au contrat de transaction¹¹¹⁶, l'offre d'indemnisation de l'assureur acceptée par la victime scellant la conclusion de la transaction, implique que par la suite la transaction ne puisse être remise en cause sur le montant de l'indemnisation.

633. En conclusion, l'offre de contracter l'accord amiable ferme et définitive se distingue des simples propositions de solution au différend ou de l'avis rendu par le tiers missionné, ces derniers n'ayant aucune valeur juridique.

Concernant les propositions de solution émanant des parties successives et se croisant, les juges considèrent en effet que la formulation de propositions successives qui se croisent en cours de négociations sont privées de toute valeur juridique.

Concernant l'avis du tiers missionné, l'acceptation des parties paraît déterminante dans la mesure où elle entraîne une reconnaissance par les parties de la proposition de solution émanant du tiers, qu'elles font leur. Cette proposition de solution remplit en tout point les conditions de validité de l'offre de contracter de droit commun, excepté que l'auteur de cette offre de contracter est le tiers missionné à la résolution amiable du différend qui ne peut se trouver engagé par la conclusion de l'accord amiable pour lequel il demeurera tiers. En raison du fait que cette offre de contracter l'accord amiable n'émane pas des parties au différend, futurs cocontractants, cette proposition de solution se trouve dénuée de valeur juridique et consiste en un simple « avis » sur la solution du différend¹¹¹⁷.

Au regard du droit commun des contrats, le critère réside alors dans la volonté ou non

¹¹¹⁵ S. Porchy-Simon, « Transaction et droit de l'indemnisation » in *La transaction dans toutes ses dimensions*, ss. dir. B. Mallet-Bricout et C. Nourissat, *op. cit.*, n° 4.

¹¹¹⁶ Voy. l'anc. art. 2052 CCiv. lequel disposait que « *les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* ».

¹¹¹⁷ Ainsi n'est-il pas rare en pratique, au terme d'une procédure de résolution amiable des différends, que les parties, ou l'une d'elle demande(nt) au tiers missionné son « avis » sur la solution du différend, notamment dans le cadre de la médiation des litiges de la consommation, lorsque les parties sont entendues séparément par le tiers missionné.

de ou des parties auteurs d'être liées en cas d'acceptation¹¹¹⁸. En matière de résolution amiable, la frontière entre les pourparlers du différend – en particulier la phase de propositions successives et croisées de solution au différend – et la phase de la conclusion de l'acte – par la rencontre de l'offre de conclure l'accord amiable et de l'acceptation – est importante au regard des pouvoirs d'appréciation laissés aux juges en cas de litige. En effet, si ces derniers sont tenus de faire respecter l'effet obligatoire de l'accord amiable réellement conclu, ils ne sont pas liés par l'existence de simples pourparlers¹¹¹⁹. Ainsi, la jurisprudence considère, au titre de l'accord amiable transactionnel que la simple communication d'un projet de transaction par le biais d'un avocat ne peut caractériser une offre ferme et définitive de conclure un tel acte¹¹²⁰. En revanche, les juges ont ainsi considéré qu'un écrit précis et complet, transmis pour acceptation, consiste en une offre de transiger¹¹²¹.

En pratique, le rôle du tiers missionné à la résolution amiable des différends – conciliateur, médiateur, ou encore avocats – est déterminant afin d'assister les parties lorsque, suite à des propositions successives et croisées, elles parviennent à s'entendre sur une solution définitive au différend. Le tiers missionné peut lui-même ou bien renvoyer les parties vers leurs avocats conseils afin que l'offre de contracter l'accord amiable soit conjointement établie, que les différents points de solution soit établis par écrit, que le différend sur lequel repose la solution soit précisément délimité et enfin que les parties choisissent la qualification contractuelle applicable à leur accord amiable. Le tiers missionné doit remplir sa mission d'assistance et reprendre les éléments de l'offre de solution au différend afin de s'assurer que celle-ci est ferme et précise. Il doit également veiller à vérifier l'intention des parties de mettre un terme à leur différend. Concrètement, l'offre conjointe de conclure l'accord amiable consiste à établir par écrit un projet d'accord amiable afin qu'il donne lieu, en second temps à une acceptation commune des parties par signature de l'acte. Toutefois, l'accord amiable demeure un contrat consensuel, au sens de l'article 1109 alinéa 1^{er} du Code civil, en ce que le seul échange des consentements, quel qu'en soit le mode d'expression, suffit à consacrer sa

¹¹¹⁸ Cass. com., 6 mars 1990, n° 88-12477, *Bull. civ.* IV, 1990, n° 74, p. 51 *préc.* : « Attendu qu'entre commerçants, une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ».

¹¹¹⁹ Cass., 7 janv. 1955, *Bull. civ.* IV, 1955, n° 11 : en l'espèce, dans le cadre d'un litige entre un bailleur et son locataire, le montant du loyer avait été fixé à l'occasion de pourparlers qui n'avaient jamais abouti à un accord définitif. En toute logique, les juges du fond ont considéré qu'ils n'étaient pas obligés de respecter ce montant.

¹¹²⁰ CA Aix, 18 déc. 1991, *D.* 1994, somm. p. 134, obs. A. Brunois.

¹¹²¹ Cass. soc., 14 déc. 1995, n° 92-44.496, *Gaz. Pal.* 1996, 1, pan. 44 : la Haute juridiction a énoncé que « le conseil de l'employeur ayant transmis, au nom de celui-ci, au salarié pour acceptation un acte de transaction précis et complet, la cour d'appel a pu en déduire que la transmission de cet acte constituait une offre engageant l'employeur ». Il ressort de cet attendu que l'une des parties peut se faire représenter pour la conclusion d'une transaction, laquelle l'engagera bien qu'elle ne l'ait pas elle-même signée.

formation.

Concernant enfin l'offre d'indemnisation des victimes, nous constatons que celle-ci est extérieure aux parties – victimes et responsable de l'accident – et se retrouve à la charge des compagnies d'assurances ou des fonds d'indemnisation des victimes. Plus précisément, cette offre consiste en une offre de conclure un accord amiable transactionnel dont l'objet est de fixer une indemnité au profit de la victime : un accord amiable indemnitaire transactionnel. Elle doit émaner de l'assureur tenu de la faire parvenir à la victime dans le délai légal. L'émergence de cette offre ne donne aucunement lieu à une négociation entre la victime et l'auteur de l'accident, ou entre la victime et l'assureur ou le fonds d'indemnisation. La victime n'a qu'une seule alternative face à une offre de l'assureur ou du fonds d'indemnisation dont le montant de l'indemnisation ne lui satisferait pas : ne pas accepter l'offre et recourir au juge compétent afin que celui-ci en fixe le montant au regard des préjudices subis. Néanmoins, en droit de la santé, il semble possible d'envisager la conclusion d'un accord amiable à l'issue de la conciliation menée par la Commission de conciliation et d'indemnisation des victimes ou par elle déléguée à un médiateur extérieur. La formation de l'accord amiable peut alors donner lieu à une négociation raisonnée. Dès lors que cet accord amiable revêt un caractère indemnitaire, il semble nécessaire, par souci d'unité de régime contractuel, de soumettre l'accord amiable indemnitaire à la qualification légale transactionnelle, laquelle est discutée au regard de la présence de la partie faible, la victime.

Enfin, la distinction entre les processus de conciliation et de médiation fondée sur le critère du pouvoir de proposition de solution à disposition du conciliateur semble artificielle puisque, d'une part, le médiateur peut être amené en cas de blocage, à émettre une proposition de solution, et que, d'autre part, le conciliateur peut prendre la casquette de médiateur et encourager les parties à bâtir elles-mêmes la solution à leur différend. L'« avis » du conciliateur ou du médiateur consiste en une simple proposition de solution au différend dénuée de valeur juridique. Dans tous les cas, l'acceptation des parties à la solution définitive du différend paraît déterminante.

B. L'acceptation de contracter l'accord amiable

634. La consécration légale de la notion d'acceptation de contracter. Tout comme la notion d'offre, les réformateurs du droit commun des contrats se sont attachés dans le cadre du

chapitre consacré à la formation du contrat¹¹²², à définir la notion d'acceptation. Le recours au droit commun des contrats est essentiel dans la mesure où les dispositions du droit commun procédural de la résolution amiable des différends ne font référence ni à l'offre, ni à l'acceptation de contracter l'accord amiable. Seul le droit spécial de l'indemnisation des victimes peut, au regard des précisions apportées en matière d'offre d'indemnisation transactionnelle, apporter des éclairages quant à l'acceptation en matière d'accord amiable. D'autant que le régime spécialement prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil au contrat de transaction n'apporte pas plus de précision en ce qui concerne la formation et la conclusion de l'accord amiable transactionnel, et en particulier au regard de l'acceptation des parties.

En conséquence, l'acceptation à l'offre finalisant la rencontre de volonté au sens de l'article 1113 du Code civil et la conclusion de l'accord amiable, que celui-ci soit qualifié ou non de contrat de transaction, est soumise au droit commun des contrats. Il convient donc d'analyser l'acceptation de contracter l'accord amiable au regard de la définition **(1)**, des conditions de validité **(2)** et de la valeur juridique **(3)** de l'acceptation de contracter telle que conçue en droit commun des contrats.

1) La définition de l'acceptation de contracter

635. La définition légale de la notion d'acceptation de contracter. La notion d'acceptation contractuelle, au même titre que l'offre, fait, depuis la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016¹¹²³, l'objet d'une reconnaissance légale. Les réformateurs du droit commun des contrats définissent à l'article 1118 du Code civil l'acceptation comme « *la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre* ». La doctrine, pour sa part, y voit, un acte unilatéral par lequel le destinataire de l'offre manifeste sa volonté d'être lié dans les termes de celle-ci¹¹²⁴.

636. L'acceptation de contracter l'accord amiable. En matière de résolution amiable des différends, la difficulté tient au fait – excepté en ce qui concerne l'hypothèse exceptionnelle où l'offre émane d'une partie au différend et l'acceptation de l'autre, laquelle est particulière en

¹¹²² Du Sous-titre I^{er} « *Le contrat* » du Titre troisième « *Des sources des obligations* » réformé et demeuré au Livre troisième du Code civil consacré aux « *différentes manières dont on acquiert la propriété* ».

¹¹²³ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc. ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, préc., entrée en vigueur au 1^{er} oct. 2018.

¹¹²⁴ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des obligations*, op. cit., p. 273.

matière d'accord amiable indemnitaires transactionnel – que l'acceptation de conclure l'accord amiable tout comme l'offre ne consistent pas en des manifestations unilatérales. En effet, dans le cadre de la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable fondée, quel que soit le processus choisi, sur une négociation raisonnée de la solution au différend, l'offre comme l'acceptation de conclure l'accord amiable se présentent comme des manifestations bilatérales, les parties au différend étant à la fois pollicitant et pollicité. Dès lors, l'acceptation de contracter l'accord amiable peut se définir comme une manifestation conjointe de volontés des parties au différend d'être liées dans les termes de l'offre de contracter l'accord amiable portant la solution au différend construite par elles.

2) Les conditions de validité l'acceptation de contracter

637. Un encadrement minimal. L'acceptation en droit commun des contrats doit répondre à des conditions de fond **(a)** et de forme **(b)** minimales, peu contraignantes, ne semblant pas poser de difficultés particulières d'adaptation en matière de résolution amiable des différends. Deux points, nous semblent néanmoins sujet à controverse : le premier concerne la détermination du rôle de l'écrit, à l'égard duquel la lecture littérale des articles du Code civil prête à confusion, alors que le second concerne l'auteur de l'acceptation.

a) Les conditions de fond

638. Un consentement non-équivoque. La conclusion du contrat intervient lors de l'acceptation, c'est-à-dire lors du consentement global et sans réserve de l'offre de contracter ferme et précise. En cas d'ambiguïté, la caractérisation ou non d'une telle acceptation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹¹²⁵. Cette ambiguïté peut être facilement combattue par la présence du tiers missionné à la résolution amiable du différend, qu'il s'agisse du conciliateur, du médiateur ou des avocats dans le cadre de leur assistance à la procédure participative. Néanmoins, l'étude de la jurisprudence révèle la mise en exergue de deux éléments d'appréciation utilisés par les juges afin de caractériser l'existence de l'acceptation : le caractère global de l'acceptation **(I)** et l'existence d'un consentement éclairé de la part de l'acceptant **(II)**.

¹¹²⁵ Cass. req., 21 juin 1880, *DP* 1881, 1, p. 108.

I. Une acceptation sur la globalité de l'offre

639. L'acceptation pure et simple de l'offre de contracter en droit commun des contrats. L'acceptation, en droit commun des contrats, doit être pure et simple. Cela signifie que toute réponse différente de la sollicitation constitue une « contre-proposition », une offre nouvelle. Le nouvel article 1118 du Code civil est venu consacrer cette solution jurisprudentielle établie, en disposant à son troisième alinéa, que « *l'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une nouvelle offre* ». Cette contre-proposition en droit commun des contrats rend caduque l'offre initiale¹¹²⁶.

640. L'acceptation pure et simple en matière de résolution amiable des différends. La jurisprudence, en ce qui concerne l'accord amiable transactionnel, a été amenée à se prononcer sur la validité de l'acceptation seulement partielle de l'offre de transiger émise. La question s'est en effet posée de savoir si l'acceptation portant que sur certains éléments de l'offre vaut conclusion d'un accord amiable partiel. Les juges refusent de considérer qu'une acceptation partielle de l'offre de transiger vaut conclusion du contrat de transaction et ce, quand bien même les points de divergences entre les consentements sont résiduels¹¹²⁷. Cela n'exclut pas une acceptation portant sur une offre ferme de contracter l'accord amiable précisant la solution à une partie seulement du différend. En matière de transaction pénale, la jurisprudence estime, dans la même logique, qu'un accord portant uniquement sur le principe de transiger et non sur l'ensemble des modalités ne peut pas caractériser une acceptation de la transaction¹¹²⁸. Cette précision est importante au regard du contenu de l'offre de contracter l'accord amiable. Celle-ci doit en effet être précise à plusieurs égards : délimitation du différend, solution adaptée au différend précise, mais également modalités de qualification de l'accord amiable. En effet, si celui-ci est qualifié de contrat de transaction, la contestation sera définitivement résolue et ne pourra faire l'objet d'une action devant le juge compétent.

Au surplus, à défaut d'une acceptation répondant à la condition d'absence de réserve, l'offre est frappée de caducité dans sa totalité¹¹²⁹, « *sauf à constituer une nouvelle offre* ». Dans ce cas, la négociation peut donc encore se prolonger dans la limite du délai imparti par la procédure de résolution amiable du différend.

¹¹²⁶ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 477, p. 274.

¹¹²⁷ Cass. soc., 28 mars 1966, *Bull. civ. IV*, 1966, n° 333.

¹¹²⁸ Cass. crim., 23 déc. 1965, *Bull. crim.* 1965, n° 293 ; *D.* 1966, p. 378.

¹¹²⁹ CA Paris, 22 mars 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, somm. p. 433.

II. *Le consentement éclairé de l'acceptant*

641. La parfaite compréhension du contenu de l'offre de contracter. Les dispositions innovantes en matière d'acceptation insérées au Code civil induisent indirectement la condition d'un consentement éclairé de l'acceptant. Au visa de l'article 1118 du Code civil, l'acceptation est une « *manifestation de volonté* » laquelle suppose d'être libre et éclairée. L'acceptation implique la connaissance¹¹³⁰ : le consentement de l'acceptant est éclairé dans la mesure où il a la pleine compréhension de ce qui lui est proposé dans l'offre de contracter.

642. En matière de résolution amiable des différends. La parfaite connaissance de l'offre de contracter l'accord amiable comprenant la solution définitive ferme et précise au différend s'impose à l'ensemble des parties en conflit. Cette exigence a pu donner lieu à un contentieux important en matière de contrat de transaction, lorsque l'acceptant ne maîtrisant pas la langue française se trouve privé de la possibilité de comprendre la portée des termes de l'accord amiable¹¹³¹. Dès lors, nous comprenons que la mise en œuvre d'un processus de résolution amiable, quel qu'il soit, supposant l'assistance d'un tiers missionné – conciliateur, médiateur ou avocats – favorise une parfaite formulation de l'offre de contracter l'accord amiable et compréhension de son contenu mais également de l'acceptation.

643. Une acceptation libre. Nous rappelons qu'au visa de l'article 1102 du Code civil, du principe de liberté contractuelle découle la liberté « *de ne pas contracter* ». En droit commun des contrats, le pollicite est donc libre de ne pas consentir à l'offre de conclure l'acte.

Dans le cadre de la résolution amiable des différends, au terme d'un processus de conciliation, de médiation ou de procédure participative, les parties demeurent libres de ne pas consentir à la conclusion de l'accord amiable. Plusieurs hypothèses peuvent à cet égard se présenter.

En premier lieu, l'offre ferme et définitive de contracter l'accord amiable peut émaner de l'une des parties, sans qu'il n'y ait eu une succession de propositions de solution de la part des parties au différend. Dans ce cas, l'autre partie est libre de ne pas accepter cette solution et l'offre ferme et précise de conclure l'accord amiable. Cette hypothèse se présente par exemple en matière d'indemnisation de la victime, celle-ci étant libre de refuser l'offre indemnitaire

¹¹³⁰ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 476, p. 273.

¹¹³¹ Cass. soc., 15 nov. 1997, n° 94-45.609, NP et Cass. soc., 15 janv. 1997, n° 93-44.010, *Bull. civ.* V, n° 22 : ces arrêts sont relatifs à une transaction visant à régler les conséquences d'un licenciement entre un employeur et un salarié étranger.

transactionnelle transmise par l'assureur¹¹³².

Néanmoins, et en second lieu, la mise en œuvre des processus de résolution amiable des différends sous-tend généralement une négociation raisonnée par laquelle les parties formulent des propositions de solution successives et croisées permettant la construction d'une offre conjointe de solution définitive au différend de sorte que chaque partie est à la fois pollicitant et pollicité. Ce n'est que dans la mesure où les parties parviennent à s'entendre sur une solution au différend qu'elles formulent conjointement l'offre de conclure l'accord amiable, guidées pour cela par le tiers missionné, lequel peut renvoyer les parties à leurs avocats conseils pour la rédaction en collaboration d'une offre de contracter l'accord amiable valable pour acceptation. En pratique, le rôle du tiers missionné est alors essentiel afin d'assister les parties à la formulation d'une offre de conclure l'accord amiable ferme et précise, et de veiller à appeler les avocats conseils des parties afin qu'ils accompagnent leur client pour la rédaction de l'accord amiable.

Enfin, et en troisième lieu, le tiers missionné – conciliateur ou médiateur – peut émettre une proposition de solution. Ce n'est que dans la mesure où les parties reprennent à leur compte cette proposition de solution émanant du tiers et qu'elles reprennent cet avis dans leur offre conjointe de conclure l'accord amiable et qu'elles l'acceptent conjointement, que l'accord amiable est conclu. Les parties sont libres de ne pas reprendre à leur compte la solution au différend proposée par le tiers missionné qu'il a formulée en principe, au regard de l'avancée de la négociation du différend ainsi que des besoins et intérêts des parties à l'issue de la tentative de résolution amiable du différend ou encore en cas de blocage.

Dans tous les cas, les parties ne peuvent être contraintes de conclure l'accord amiable et d'apporter une solution conventionnelle à leur différend, même si celle-ci est proposée par le tiers missionné. Le relais du juge prend alors tout son sens afin de permettre dans tous les cas le traitement du litige, la fixation de l'indemnisation de la victime ou les conséquences liés à un événement tel qu'un divorce.

b) Les conditions de forme

644. La conclusion de l'accord amiable suppose-t-elle la rédaction d'une acceptation écrite ? Le nouvel article 1113 du Code civil n'exige pas la rédaction d'un écrit. Les réformateurs qui énoncent que « *le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une*

¹¹³² Voy. p. ex. en matière d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux les art. L. 1142-14 et L. 1142-17 C. S. pub.

acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager », précisent que « *cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur* ». Néanmoins, le droit commun des contrats se confronte, de prime abord, au droit spécial du contrat de transaction. Le second alinéa de l'article 2044, suivant la définition du contrat de transaction dispose, en effet, que « *ce contrat doit être rédigé par écrit* ». Cet alinéa n'a, au demeurant, pas été modifié par les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle. Le cœur du débat repose, en conséquence, sur la détermination de la portée de cette exigence énoncée de manière générale : est-elle constitutive d'une règle de condition de validité ou d'une simple condition de preuve de l'accord amiable transactionnel ?

D'une manière unanime en doctrine comme en jurisprudence, cette condition est analysée comme une règle probatoire justifiant le classement de la transaction au sein de la catégorie des contrats consensuels, et non pas dans celle des contrats solennels¹¹³³. L'article 1109 du Code civil, tel qu'issu de la réforme du droit des contrats, dispose à cet égard, à son alinéa premier que « *le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression* ».

La jurisprudence pour sa part a jugé qu'un écrit qui ne serait pas signé par les parties est inopérant pour apporter la preuve de l'acceptation du règlement amiable du différend¹¹³⁴. Cette solution est applicable à l'accord amiable non qualifié de contrat de transaction. La rédaction d'accord amiable écrit et signé des parties, voire contresigné par le tiers missionné à la résolution amiable est ainsi de nature à renforcer la force probante de l'acte.

Nous comprenons que les difficultés concernant la force probante peuvent se présenter lorsque la conclusion de l'accord amiable est intervenue en dehors de toute procédure de résolution amiable des différends. Dans le cadre de la mise en œuvre de ces dernières, le tiers missionné – conciliateur, médiateur, avocats dans le cadre de la procédure participative – guide les parties dans la rencontre de leurs volontés sur une solution du différend. Lorsque celui-ci a été désigné par le juge ou une institution, tel un Centre de médiation, il est amené dans tous les cas à rédiger un constat, soit d'échec de la procédure ayant permis la tentative de résolution amiable, soit de succès et de conclusion de l'accord amiable. Ce constat est important lorsque la rencontre des volontés – et donc la conclusion de l'accord amiable – intervient sans qu'un écrit ne soit établi. À cet égard, il conviendra de s'interroger sur la valeur juridique des constats dressés par le tiers missionné.

¹¹³³ P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, 2004, n° 212.

¹¹³⁴ Cass. req., 14 avr. 1904, *DP* 1904, 1, p. 208 ; S. 1908, 1, p. 331 – Cass. soc., 16 mai 1952, *Bull. civ.* III, 1952, n° 427 : cet arrêt est relatif à un rapport dressé par un expert.

645. Le principe de l'admission de l'acceptation tacite et ses limites. Les réformateurs du droit commun des contrats ont consacré, à l'article 1120 du Code civil, le principe établi par la jurisprudence selon lequel « *le silence ne vaut pas acceptation* »¹¹³⁵, tout en citant les limites qui peuvent lui être appliquées. Celles-ci tiennent à l'existence de dispositions légales contraires, de relations d'affaires ou de circonstances particulières, d'usages. Par ailleurs, le nouvel article 1113 du Code civil prévoit que la rencontre d'une offre et d'une acceptation, peut résulter « *d'un comportement non équivoque* ». Dès lors, la question de l'efficacité d'une acceptation tacite se pose en matière de résolution amiable des différends.

Si, en théorie, une telle acceptation apparaît difficilement conciliable avec l'exigence probatoire d'un écrit, elle est pourtant admise par la jurisprudence en fonction des circonstances. Tel est le cas, par exemple, du silence gardé par le destinataire de l'offre, déjà en relation d'affaires avec le pollicitant¹¹³⁶ ou de l'exécution spontanée des engagements prévus dans l'offre de transiger¹¹³⁷. En revanche, les juges considèrent que le recouvrement d'une lettre de change porteuse de la mention pour solde de tout compte impliquant une offre de transaction, ne peut être assimilée à une acceptation¹¹³⁸.

646. En définitive, le simple échange des consentements oral ou le comportement non équivoque des parties au différend suffisent à consacrer la conclusion de l'accord amiable par rencontre de l'offre et de l'acceptation. Lorsque qu'une procédure de résolution amiable des différends a été mise en œuvre supposant l'assistance de tiers missionnés – conciliateur, médiateur, avocats dans le cadre de la procédure participative – nous comprenons que ceux-ci doivent être attentifs à l'expression du consentement des parties au travers de l'émission de l'offre et de l'acceptation conjointes à la conclusion de l'accord amiable.

La négociation raisonnée générant l'émergence d'une solution au différend construite conjointement par les parties, celles-ci sont à la fois pollicitant et pollicité. Au terme de la procédure de résolution amiable, le tiers missionné est tenu, au regard de ses compétences et de son devoir induit de vigilance, d'être attentif aux éventuels attermoiements du destinataire de

¹¹³⁵ Jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 févr. 2016 : Cass. civ. 25 mai 1870, *Bull. civ.* n° 113, *GAJC*, 11 éd., n° 147, *DP* 1970, I, 257 en droit, le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre celui de l'obligation alléguée ; Voy. ég. Cass. civ. 1^{ère}, 5 avr. 1993, n° 91-15.602, NP, *CCC* août-sept.1993 n° 145, note L. Leveneur et Cass. civ. 1^{ère}, 16 avr. 1996, 94-16.528, *Bull. civ.* I, n° 181 ; *Defrénois*, 1996, 1013, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1996, 894, obs. J. Mestre.

¹¹³⁶ CA Paris, 21 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. 48.

¹¹³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2003, n° 01-03.016, *Bull. civ.* I, 2003, n° 119.

¹¹³⁸ Cass. com., 22 nov. 1988, n° 87-13.522, *Bull. civ.* IV, 1988, n° 320 ; *JCP G* 1989, IV, p. 32.

l'offre qui agirait de mauvaise foi afin de gagner du temps sur le traitement judiciaire du litige ou aux fins d'obtention d'informations confidentielles. En pratique, le tiers missionné veille donc lorsque que l'offre de solution conjointe et ferme et précise, à renvoyer les parties vers leurs avocats, ou à se faire la plume des parties afin de rédiger un projet d'accord amiable, bon pour acceptation. Une réunion de fin de procédure amiable doit alors être tenue afin que les parties expriment leur acceptation conjointe à l'acte et le signe. Dans tous les cas et plus particulièrement lorsque la conclusion de l'accord amiable intervient sans écrit, il semble indispensable que le tiers missionné dans le cadre de la conciliation ou de la médiation établisse un constat d'accord. Le tiers missionné – conciliateur, médiateur mais également avocats dans le cadre de la procédure participative – n'est en aucun cas partie à l'accord amiable, bien que les avocats puissent apposer leur contreseing à l'acte.

3) La valeur juridique de l'acceptation de contracter

647. Distinction. Le régime de l'acceptation de contracter l'accord amiable bénéficie d'une portée juridique en principe similaire à celle en vigueur en droit commun des contrats **(a)**. Elle présente, toutefois, une spécificité en matière de l'indemnisation qui ménage un droit de repentir en vue de protéger les intérêts des victimes **(b)**.

a) La portée de l'acceptation en droit commun des contrats

648. Le moment de la rencontre des volontés. Au visa de l'article 1113 du Code civil, le moment de la rencontre d'une offre et d'une acceptation entraîne la formation immédiate du contrat. Ce moment est donc déterminant et marque la conclusion du contrat. Toutefois, les réformateurs du droit commun des contrats envisagent l'offre et l'acceptation comme des actes unilatéraux : d'une part, l'offre émane d'une partie – le pollicitant – et, d'autre part, l'acceptation émane de l'autre partie destinataire, le pollicité. Or, ce cas de figure se présente assez rarement en matière de résolution amiable des différends. Les procédures permettant la tentative de résolution amiable du différend doivent en effet conduire, par une négociation raisonnée assistée d'un tiers, à ce que les parties construisent par propositions successives et croisées de solution, une offre ferme et conjointe de conclure l'accord amiable donnant lieu à une acceptation conjointe.

649. Le cas de l'accord amiable conclu par correspondance. La caractérisation de cet

instant peut être problématique lorsque les parties, n'étant pas toutes présentes, ont recours à la conclusion de l'accord amiable par correspondance. Nous en trouvons l'illustration pratique dans le cadre de la mise en œuvre de la médiation des litiges de la consommation, pour laquelle la tentative de résolution amiable s'organise autour d'échanges téléphoniques et électroniques entre le tiers missionné et les parties. Cette formation à distance de l'accord amiable est également évoquée en matière de conciliation *extrajudiciaire* menée par un conciliateur de justice à l'article 1540 du Code de procédure civile.

Antérieurement à la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016¹¹³⁹ et en l'absence de disposition légale, tant en droit commun des contrats que dans le cadre du régime spécial du contrat de transaction, le débat portait pour la doctrine sur le choix de l'application de la théorie de l'émission ou de celle de la réception de l'acceptation permettant de déterminer le moment de formation du contrat¹¹⁴⁰. Plus précisément, il s'est agi de savoir si, à l'occasion d'un échange de lettre, le contrat se trouve formé au moment où l'acceptation est envoyée, ou, lorsqu'elle est reçue par le pollicitant. La question soulève deux intérêts essentiels tenant, d'une part, à la compétence judiciaire dont dépend le lieu où le contrat est formé, et d'autre part, à la question de fond relative à la révocabilité de l'offre ou de l'acceptation. La jurisprudence faisait alors application de la théorie de l'émission en retenant le principe selon lequel, faute d'une clause contraire, la formation parfaite du contrat s'opère au moment de l'émission de l'acceptation¹¹⁴¹. Cette controverse classique est devenue surannée en raison du fait que la plupart des intérêts pratiques qui y étaient attachés sont maintenant réglés par l'application d'autres règles¹¹⁴², notamment dans le cadre de l'avènement du contrat conclu par voie électronique, lequel dispose de son propre régime juridique¹¹⁴³.

L'article 1121 du Code civil issu de la réforme du droit des contrats précise dorénavant le moment de formation du contrat. Ainsi, « *le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient*

¹¹³⁹ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, préc. ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, préc., entrée en vigueur au 1^{er} oct. 2018.

¹¹⁴⁰ J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Droit civil : Les obligations*, Sirey, éd. 2011, t. I, n° 168 : les partisans de la théorie de l'émission comme ceux de la théorie de la réception s'attachent à l'analyse de l'accord de volontés. Pour les partisans de l'émission, le consentement est un accord de volontés conclu dès que le destinataire de l'offre a accepté ; on ne peut exiger une condition supplémentaire, la connaissance par le pollicitant de la volonté de l'acceptant. Pour les partisans de la réception, il n'y a de véritable concordance entre les deux « oui » que lorsque chacun sait de ce l'autre a dit.

¹¹⁴¹ Pour une affirmation générale du principe en droit commun des contrats : Cass. com., 7 janv. 1981, n° 79-13.499, *Bull. civ.* IV, 1981, n° 14 ; *RTD civ.* 1981, p. 849, obs. F. Chabas ; *GAJC civ.*, 11^{ème} éd., n° 144-45 – Pour une affirmation très ancienne du principe concernant le contrat de transaction : Cass. req., 11 déc. 1901, *DP* 1903, I, p. 114.

¹¹⁴² L. Gryndbaum, « Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation », *D.* 2003, p. 1706.

¹¹⁴³ Voy. les art. 1125 à 1127-4 CCiv.

à l'offrant », étant ajouté qu'« *il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue* ». Les réformateurs ont ainsi retenu la théorie de la réception de l'acceptation. Appliquée à la tentative de résolution amiable du différend, et quel que soit le processus de résolution amiable donnant lieu à la conclusion de l'accord amiable, cela signifie que la conclusion de l'accord amiable est parfaite dès lors que l'acceptation de la partie sollicitée parvient à l'autre partie ayant émis l'offre de conclure l'accord amiable. Toutefois, dans le cadre de la mise en œuvre de la négociation raisonnée, les parties au différend sont amenées à formuler conjointement leur offre de conclure l'accord amiable, de sorte qu'il paraît indispensable, dès lors que l'offre de conclure l'accord amiable émanant conjointement des parties est ferme et précise – « bonne pour acceptation » – que le tiers missionné s'assure de l'acceptation conjointe des parties en organisant : soit une réunion de fin de procédure de résolution amiable ayant pour objet l'acceptation conjointe des parties ; soit en recueillant lui-même cette acceptation. L'idéal étant que cette rencontre des volontés conjointe soit actée par écrit. Dès lors que l'accord amiable est conclu, celui-ci est par principe irrévocable.

650. La valeur juridique des accords ponctuels. La difficulté en matière de résolution amiable *judiciaire* ou *extrajudiciaire*, en particulier en ce qui concerne la médiation ou la procédure participative, tient également à ce que les parties sont amenées à émettre des propositions de solution successives et croisées. Chaque problème soulevé lors des négociations du différend et des besoins et intérêts des parties peut donner lieu, de manière occasionnelle dans le déroulement de la tentative de résolution amiable, à une rencontre de volontés. Un accord ponctuel peut alors se former par la rencontre d'une offre de solution émise par l'une des parties sur un point précis soulevé par le différend, et acceptée par l'autre. À ce titre, chaque réunion plénière, appelée réunion de règlement en matière de procédure participative, peut donner lieu à un accord de volonté sur une partie seulement de la solution du différend. En pratique, chaque réunion nécessite, à son terme, un récapitulatif des points d'accord validés par les parties et contribue, au fil des réunions, à la conclusion progressive de l'accord amiable. Le tiers missionné se charge de relever les points d'accord successifs et ponctuels, ainsi que de les faire valider par les parties. Ceux-ci peuvent donner lieu, à chaque fin de réunion de médiation ou de procédure participative, si nécessaire, à des procès-verbaux ou à des observations du médiateur soumis à la confidentialité¹¹⁴⁴. Tenu par son obligation de confidentialité, le tiers missionné conserve ainsi les procès-verbaux de fin de réunion qu'il

¹¹⁴⁴ J.-B Dagnaud, J.-G. Lieberherr et M. Guillaume, *Du bon usage de la médiation*, éd. Descartes&Cie, 2018, spéc. p. 85 s.

dresse ou les observations sur les propositions de solution ponctuelles émises par les parties, lorsqu'il s'entretient téléphoniquement ou électroniquement avec les parties.

Tout comme les propositions de solution successives, la question de la valeur juridique des accords ponctuels se pose. Au terme de la tentative de résolution amiable du différend, les parties peuvent ne pas être arrivées, malgré la mise en œuvre d'une négociation raisonnée, à une résolution complète du différend et donc à la conclusion d'un accord amiable portant la solution sur l'entier différend. La question du devenir des accords ponctuels se pose alors. En réalité, la mission des tiers missionnés à la résolution amiable est ici essentielle. Lorsqu'il estime que les parties ne parviennent pas à aller plus avant dans leur négociation de la solution du différend, le tiers missionné peut rappeler le contenu de l'accord ponctuel. À ce titre, il a la possibilité de reprendre l'accord ponctuel afin de formuler un avis sur la solution du différend. L'accord ponctuel des parties n'acquiert une valeur juridique que dans la mesure où les parties réitèrent leur consentement sur la solution partielle du différend, à charge pour elles de saisir le juge compétent pour le traitement du litige persistant, ayant fait l'objet d'une mise en état dans le cadre de la tentative de résolution amiable du complet différend¹¹⁴⁵.

651. En conclusion, il paraît indispensable que le ou les tiers missionné(s) – conciliateur, médiateur ou avocats – veille(nt) à clore la tentative de résolution amiable avec le plus grand soin. Plusieurs cas de figure peuvent ainsi se présenter.

Dans une première hypothèse, la plus heureuse, le tiers missionné peut faciliter la conclusion d'un accord amiable portant une solution de l'entier différend en attestant d'une offre de contracter l'accord amiable ferme et précise quant à la solution émise par une partie ou construite par les parties et l'acceptation éclairée, libre, pure et simple de l'autre partie ou de l'ensemble des parties.

Dans une seconde hypothèse, le tiers missionné peut rappeler l'offre de solution partielle soit qu'une des parties a pu émettre, soit construite conjointement par les parties et de faire état du différend persistant. Le litige persistant peut alors faire l'objet d'un traitement judiciaire.

Enfin, dans une troisième hypothèse, la moins heureuse, le tiers missionné peut constater, malgré les propositions de solution au différend ayant pu être avancées par les parties, le défaut de rencontre des volontés des parties sur la solution du différend, même partielle. Il atteste alors de l'échec de la tentative de résolution amiable du différend par le processus choisi. Dans ce dernier cas, le tiers missionné doit rappeler aux parties, dans l'exercice de leur liberté de ne pas

¹¹⁴⁵ Voy. les art. 1556 s. CPC : Nous pouvons faire ici application des dispositions organisant le traitement du litige persistant en matière de procédure participative.

contracter l'accord amiable, leur droit d'accès effectif au juge. Toutefois, afin de permettre un sursaut de la démarche amiable, le tiers missionné peut émettre un « avis » sur la solution du différend formulé au regard de l'objet du différend, des propositions de solution qui ont pu être émises au cours du processus par les parties. Les parties pourront ainsi, tel un dernier recours « amiable », suivre cet avis et accepter de conclure un accord amiable. La perspective d'une action judiciaire, les réflexions sur la solution que pourraient imposer le juge ou l'arbitre¹¹⁴⁶, ainsi que la prise de conscience des parties sur les efforts effectués par chacune dans le cadre de la tentative de résolution amiable, peuvent encourager les parties à accepter la solution équitable proposée par le tiers missionné et de la reprendre à leur compte afin de formuler une offre de contracter ferme et précise.

Dans tous les cas, le tiers missionné doit veiller à l'expression de l'acceptation des parties, notamment par le biais d'une réunion de fin de procédure de résolution amiable spécialement dédiée.

b) La spécificité de l'acceptation en matière d'indemnisation des victimes

652. Une faculté dérogatoire de repentir. Par exception au principe d'irrévocabilité du consentement, le droit de l'indemnisation aménage un droit de repentir au profit de la victime : droit qui n'appartient qu'à celle-ci¹¹⁴⁷. Cette possibilité, consacrée pour la première fois en matière d'accident de la circulation par la loi du 5 juillet 1985¹¹⁴⁸, est soumise à des conditions de mise en œuvre restrictives. Ainsi, son exercice est inséré dans un délai de 15 jours à partir de la conclusion de l'accord amiable indemnitaire et transactionnel et le repentir doit être adressé par lettre recommandée avec accusé de réception¹¹⁴⁹. Afin d'assurer l'effectivité de la protection des victimes, l'offre d'indemnisation transactionnelle doit clairement le mentionner et la renonciation anticipée à s'en prévaloir se trouve, par ailleurs, prohibée.

Précisons que ce droit dérogatoire n'a pas été forcément transposé dans l'ensemble des régimes légaux d'indemnisation construits, pourtant, sur le modèle de l'indemnisation des préjudices corporels issus d'un accident de la circulation. En effet, si la loi du 6 juillet 1990 visant les victimes de terrorisme l'envisage¹¹⁵⁰, il est ignoré par la loi n° 2002-403 du 4 mars

¹¹⁴⁶ Par la mise en œuvre de la BATNA ou MISORE.

¹¹⁴⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 29 avr. 1997, n° 95-16.177, *Bull. civ. II*, 1997, n° 114 ; *D.* 1997, IR, p. 127.

¹¹⁴⁸ Loi n° 85-677 du 5 juill. 1985 *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, *JO* 6 juill. 1985, p. 7584.

¹¹⁴⁹ Voy. l'art. L. 211-16 C. assur.

¹¹⁵⁰ Voy. l'art. L. 422-2, al. 3 C. assur.

2002¹¹⁵¹ relative à l'indemnisation des risques sanitaires qui, d'une manière plus générale et étonnante, ne prévoit pas de règles protectrices particulières des victimes.

Quoiqu'il en soit, le droit de repentir, ou la liberté pour les parties de ne pas conclure l'accord amiable, nous amène à considérer l'échec des processus de résolution amiable des différends – conciliation, médiation, procédure participative – lequel se traduit d'un point de vue contractuel par l'inexécution des conventions préparatoires à l'accord amiable.

653. Conclusion de la Sous-Section I relative à l'exécution des conventions préparatoires à l'accord amiable. Les conventions de conciliation, de médiation, le plus souvent consenties oralement, excepté lorsqu'elles donnent lieu à des accords de confidentialité, ou à l'instar de la convention de procédure participative devant, à peine de nullité, être écrite, ont pour but procédural de permettre la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend amenée à se dérouler entre les parties et le tiers missionné. Ces conventions, qui engagent tout autant les parties au différend que le tiers missionné, préparent et organisent dans leur exécution la conclusion de l'accord amiable. Elles permettent au moment de leur conclusion en amont de la conclusion de l'accord amiable, la vérification de la capacité des parties au différend, lesquelles en consentant à la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend en présence d'un tiers se préparent à consentir, sans vice, à la conclusion de l'accord amiable. Ces conventions consistent donc en une invitation à entrer en pourparlers du différend¹¹⁵².

L'invitation à entrer en pourparlers, à la différence de la pollicitation, constitue seulement une proposition d'engager une négociation. Nous pouvons considérer que celle-ci émane du tiers missionné, partie à la convention préparatoire à l'accord amiable. Le moment de la conclusion de la convention de conciliation, de médiation ou de procédure participative est le point de départ de la négociation. En d'autres termes, la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable est contractualisée afin de permettre une formation de l'accord amiable consacrant la solution retenue par les parties.

L'exécution des conventions de conciliation, de médiation ou de procédure participative permet aux parties, avec l'assistance de tiers missionnés de former l'accord amiable à travers deux phases : une première, de pourparlers du différend ainsi que des besoins et intérêts des parties, et une seconde, contribuant à la conclusion de l'accord amiable par la rencontre de l'offre et de l'acceptation des parties. Les procédures de résolution amiable afin de permettre

¹¹⁵¹ Loi n° 2002-403 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, préc.

¹¹⁵² Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, préc., n° 468, p. 267.

l'émergence d'une solution satisfaisante pour l'ensemble des parties doivent être fondée sur une négociation raisonnée, dépassant les positions respectives pour être axée sur les besoins et intérêts de chacune des parties. Nous avons pu constater à cet égard, que l'accord amiable indemnitaire et transactionnel conclut entre la victime de l'accident et l'assureur ou le fonds d'indemnisation, ne donne lieu à aucune négociation. Dans ce cas, l'accord amiable transactionnel se forme par une offre émanant obligatoirement de l'assureur ou du fonds d'indemnisation et l'acceptation de la victime.

L'offre et l'acceptation permettant la conclusion de l'accord amiable répondent aux conditions du droit commun des contrats. Toutefois, la particularité en matière de résolution amiable des différends procéduralisée tient au fait que la négociation raisonnée implique des propositions de solution successives et croisées émanant des parties ainsi que l'émergence d'une offre de contracter l'accord amiable ne se présentant pas comme un acte unilatéral mais construite conjointement par les parties qui se trouvent être à la fois pollicitantes et pollicitées. Dans ces conditions, il devient difficile de déterminer le moment de la rencontre des volontés des parties. Le rôle du tiers missionné mais également des avocats conseils devient alors déterminant. Les parties guidées par le tiers missionné ou conseillées par leurs avocats pour la rédaction de l'accord doivent aboutir à une rédaction écrite de l'acte.

Mais gardons à l'esprit que, dans tous les cas, la liberté contractuelle guide la conclusion de l'accord amiable, de laquelle découle la liberté de ne pas conclure le contrat.

Sous-Section II – L'inexécution des conventions préparatoires à l'accord amiable

654. L'utilité de l'approche contractuelle. Envisager ce qui, d'un point de vue procédural, consiste en l'échec de la tentative de résolution amiable du différend – l'échec de la conciliation, de la médiation ou de la procédure participative – revient à analyser l'échec de la formation de l'accord amiable. Cette formation de l'accord amiable dans le cadre de la médiation, de la conciliation, de procédure participative est procéduralisée. Mais dans tous les cas, il s'agit de processus ou procédures contractuels, supposant la conclusion entre les tiers missionnés et les parties au différend d'une convention pour la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable. Nous proposons, en conséquence d'analyser l'échec de la tentative de résolution amiable, quel que soit le processus choisi pour y parvenir, sous l'angle contractuel lequel se traduit en conséquence par l'inexécution des conventions préparatoires à l'accord amiable. Cet échec peut intervenir d'une part, par la rupture des pourparlers du différend ainsi que des besoins et intérêts des parties (§1), et, d'autre part, par le défaut de rencontre de l'offre

et de l'acceptation sur la solution du différend ayant vocation à permettre la conclusion de l'accord amiable (§2).

§1. La rupture des pourparlers du différend

655. Une double initiative. La rupture des pourparlers du différend et des besoins et intérêts qui lui sont sous-jacents, peut intervenir à l'initiative des parties au différend **(A)** ou bien être le fait du tiers missionné, qu'il s'agisse du conciliateur, du médiateur ou des avocats dans le cadre de la procédure participative ou du droit collaboratif **(B)**. Celle-ci intervient avec souplesse dans cette phase où les parties n'ont pas encore forcément exprimé de propositions de solution au différend, ou une offre ferme et précise de contracter l'accord amiable. Dans tous les cas, cette inexécution entraîne une résiliation de la convention préparatoire à l'accord amiable **(C)**.

A. La rupture des pourparlers à l'initiative des parties au différend

656. La souplesse dans la rupture des pourparlers du différend et des besoins et intérêts des parties. Celle-ci s'explique par le principe de liberté contractuelle qui s'applique aux négociations. Une liberté de ne pas négocier de solution au différend justifie l'inexécution de la convention organisant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable **(1)**. Cette libre rupture peut venir naturellement sanctionner la mauvaise foi de l'une des parties au différend dans l'exécution de la convention organisant la tentative de résolution amiable du différend sans affecter du point de vue procédural le traitement du litige dont le relais sera pris par le juge **(2)**.

1) La liberté de ne pas négocier de solution au différend

657. Caractère procédural volontaire des processus et principe de liberté contractuelle des négociations. Conciliation, médiation, procédure participative ou droit collaboratif sont qualifiés, d'un point de vue procédural, comme des processus ou des procédures de résolution des différends « volontaires ». Ce caractère s'explique d'un point de vue contractuel par le fait que ces procédures sont, d'une part, fondées pour leur déclenchement sur un accord de volonté des parties au différend – les conventions encadrant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable des différends, liant les parties au différend et le tiers

missionné – et, d’autre part, parce qu’elles consistent en une contractualisation de la formation de l’accord amiable, toute entière fondée sur la volonté des parties. Une contractualisation de la phase des négociations et de la conclusion de l’amiable amiable, laquelle est généralement, en droit commun des contrats, précontractuelle et donc extracontractuelle, le contrat n’étant pas encore formé. En droit commun des contrats, les difficultés relatives à la formation du contrat sont donc traitées, par principe, sur le plan de la responsabilité non pas contractuelle, mais extracontractuelle ou délictuelle.

658. La souplesse de la rupture des négociations de la solution du différend.

L’inexécution des conventions encadrant la conclusion de l’accord amiable présente une souplesse certaine. Elle fait exception à l’application des règles venant sanctionner les difficultés d’exécution en droit commun des contrats. En effet, l’exécution de ces conventions prenant pour but la formation et la conclusion de l’accord amiable, leur exécution consiste à permettre en premier temps la négociation du différend, de sorte que consistant en des contrats de pourparlers de la solution au différend, leur exécution est assouplie par le principe de liberté qui dirige les négociations contractuelles. Nous rappelons en effet, qu’au visa de l’article 1112 du Code civil, « *l’initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres* ». Les parties sont donc libres de les contractualiser.

659. L’absence de motivation de la rupture des négociations de l’accord amiable.

En pratique, dans les phases des négociations où les parties sont amenées à exposer leur version du différend, l’ensemble des parties ou l’une d’elles peut librement mettre un terme à la procédure de conciliation, de médiation ou de procédure participative en informant le tiers missionné et son opposant de son souhait de mettre un terme à la tentative de résolution amiable. Cela peut être le cas lorsqu’une des parties est confrontée à la mauvaise foi de son opposant, ou encore tout simplement parce que n’y trouve plus d’intérêt. La partie qui souhaite mettre un terme à la procédure contractualisée n’a alors pas à justifier son refus de poursuivre la mise en œuvre du processus de résolution amiable choisi et donc de ne pas poursuivre – selon – l’exécution de la convention de conciliation, de médiation, ou de procédure participative. Les procédures de résolution amiable du différend étant encadrées par un délai raisonnable et les phases de négociation du différend ainsi que des besoins et intérêts intervenant dès la conclusion des conventions encadrant la tentative de résolution amiable, il paraît difficile que la partie confrontée à la mauvaise foi de son adversaire puisse demander réparation pour rupture brutale des pourparlers, ceux-ci n’étant pas suffisamment avancés. D’autant qu’elle bénéficie

de son droit d'accès au juge afin d'obtenir le règlement du litige, sans qu'elle ne puisse attester d'une véritable atteinte au délai raisonnable de la procédure amiable.

2) La limite au principe de liberté de rompre les pourparlers : le principe de bonne foi

660. L'exigence de la bonne foi dans les négociations du différend. Si l'alinéa premier de l'article 1112 du Code civil énonce le principe de liberté applicable aux négociations et notamment le principe de libre rupture, les réformateurs du droit des contrats limitent cette liberté en assujettissant les négociations à l'exigence impérative de la bonne foi. Cette exigence de bonne foi contractuelle est érigée en principe d'ordre public, énoncé de manière plus générale à l'article 1104 du Code civil disposant que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* » et que « *cette disposition est d'ordre public* ».

En matière de résolution amiable des différends, les phases de négociations du différend et des besoins et intérêts sous-jacents des parties servant la négociation de l'accord amiable sont, en conséquence, soumises au principe de bonne foi. La mauvaise foi de l'une ou des parties, dans la mesure où elle génère des comportements déloyaux, est antinomique de la démarche amiable. Elle est toutefois inhérente, bien souvent, à l'existence même d'un différend et à la prise de position des parties. Dès lors, la question de la sanction du comportement des parties de mauvaise foi se pose.

B. La rupture des pourparlers à l'initiative du tiers missionné

661. Le tiers missionné partie à la convention préparatoire à l'accord amiable. Les tiers missionnés à la résolution amiable des différends – conciliateur, médiateur ou avocats – sont liés aux parties par les conventions encadrant la tentative de résolution amiable du différend. Engagé, tout autant que les parties au différend, dans la tentative de résolution amiable, et partant, dans les négociations de l'accord amiable, le tiers missionné est libre de mettre un terme aux pourparlers du différend en sanctionnant le comportement des parties au différend. Nous pouvons, à cet égard, apporter plusieurs illustrations **(1)**. Tout comme la rupture à l'initiative des parties au différend, celle-ci n'est pas sujette à motivation **(2)**.

1) L'exercice de la police du comportement : illustrations

662. Une police du comportement. Garant des procédures contractualisées de

négociation, formation et conclusion de l'accord amiable, les tiers missionnés veillent au respect des principes contractualisés dans le cadre des conventions encadrant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend. Plusieurs hypothèses peuvent amener le conciliateur, le médiateur ou les avocats dans le cadre de la procédure participative, à mettre un terme aux négociations. Nous comprenons néanmoins, que l'exercice de la police du comportement est plus délicat pour les avocats dans le cadre de la procédure participative ou du droit collaboratif, puisque ceux-ci demeurent proches de leur client respectif, bien que le travail collaboratif permette une certaine régulation des comportements.

663. Illustrations. Une première hypothèse peut se présenter lors de la première phase d'exposé du différend par les parties, dans le cas où le processus ou la procédure de résolution amiable du différend se déroule en présence du tiers missionné et de l'ensemble des parties qui se confrontent. Ce dernier peut mettre un terme à la tentative de résolution amiable lorsque les parties ne respectent pas leurs obligations de bonne conduite et qu'aucune communication ne peut être établie entre elles. Cependant en pratique, le simple rappel par le tiers missionné des obligations de bonne conduite, du respect mutuel et du temps de parole permet de réguler les difficultés.

En revanche, la rupture des négociations par le tiers missionné est plus franche dans d'autres hypothèses. Ce peut être le cas lorsqu'une partie viole le principe de confidentialité des échanges ou lorsque le tiers missionné décèle, au travers de l'expression des besoins et intérêts des parties, la mauvaise foi de l'une d'elles. Une partie au différend peut en effet chercher, par exemple, à contourner le recours au juge du fond du litige pour tenter de conclure un accord amiable couvrant des agissements contraires à l'ordre public. Une autre hypothèse peut être envisagée lorsque l'une des parties exerce sur son partenaire, devenu partie au différend, une violence économique ou cherche à retarder au maximum le recours au juge, bien que la mise en œuvre des procédures de résolution amiable des différends soient encadrées par des délais légaux.

Le principe de bonne foi contractuelle, d'ordre public, s'applique à tout contrat dans ses négociations, formation et exécution et de fait dans le cadre de la négociation de l'accord amiable. Dès lors que le tiers missionné constate, de la part des parties au différend, une atteinte à leur obligation de tenter de bonne foi de résoudre à l'amiable leur différend – ayant pour corollaire l'obligation de négocier et former de bonne foi l'accord amiable – celui-ci peut exercer sa liberté de rompre les négociations du différend. À cet égard, l'exploration par le tiers missionné des besoins et intérêts des parties sous-jacents du différend paraît indispensable afin

de lui permettre de prendre la mesure de l'efficacité de la tentative de résolution amiable, et ce, quel que soit le processus choisi afin d'y parvenir. Seule la mauvaise foi avérée et l'atteinte à l'ordre public peuvent amener le tiers missionné à rompre raisonnablement les négociations du différend au regard de l'analyse des besoins et intérêts respectifs des parties.

2) L'absence de motivation de la rupture

664. L'absence de motivation de la rupture des négociations de l'accord amiable. À l'instar de ce que nous avons observé en matière de rupture à l'initiative des parties, la liberté dans la rupture des pourparlers s'exprime également par l'absence de motivation du tiers missionné au soutien de la rupture qu'il décide. Le conciliateur, le médiateur, mais également les avocats dans le cadre de la procédure participative, ne sont pas tenus en effet de motiver leur décision consistant à mettre un terme aux pourparlers du différend et de sa solution.

C. Des formes de résiliation des conventions préparatoires à l'accord amiable

665. Résiliation conjointe ou unilatérale. Les parties à la convention préparatoire – parties au différend ou tiers missionné – sont libres, à tout moment et sans motif, de mettre un terme au processus de conciliation, de médiation, de procédure participative et, en conséquence, de stopper la tentative de résolution amiable qu'elles prennent, de manière unitaire, pour objectif. Le principe de liberté dans la rupture des négociations s'applique à la phase de formation de l'accord amiable, quand bien même celle-ci se trouve contractualisée. Il ne s'agit que d'une « tentative » de résolution amiable du différend, d'une tentative de conclusion d'un accord amiable. Cette initiative dans la rupture des pourparlers du différend ainsi que des besoins et intérêts sous-jacents peut émaner des deux parties au différend, de l'une d'elles ou du tiers missionné. La résiliation des conventions encadrant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend – convention de conciliation, de médiation ou de procédure participative – peut donc être conjointe ou unilatérale.

Au-delà du constat au plan procédural de l'échec du processus choisi pour la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend, il est possible de qualifier, d'un point de vue contractuel, cet échec procédural amiable, par des formes de résiliation des conventions préparatoires à l'accord amiable. Les dispositions propres au droit commun de la résolution amiable fondent cette analyse **(1)**. Par ailleurs, il convient de constater que les sanctions prévues dans le cadre du droit commun des contrats applicables en matière d'inexécution

contractuelle sont inapplicables en ce qui concerne l'inexécution des conventions préparatoires à l'accord amiable (2).

- 1) L'expression de la résiliation au sein du droit commun de la résolution amiable des différends

666. L'évocation de la résiliation des conventions préparatoires à l'accord amiable.

Celle-ci transparaît des dispositions du droit commun de la résolution amiable *extrajudiciaire* (a) et *judiciaire* (b).

- a) Les dispositions du droit commun de la résolution amiable *extrajudiciaire*

667. En matière de procédure participative. Le législateur a spécialement prévu, au visa de l'article 1555 du Code de procédure civile que « *la procédure conventionnelle peut s'éteindre* », notamment par « *2° la résiliation anticipée et par écrit de cette convention [la convention de procédure participative] par les parties assistées de leurs avocats* ». Au même titre que le législateur exige que la convention de procédure participative soit, à peine de nullité écrite, le législateur exige donc que la résiliation de la convention préparatoire à l'accord amiable fasse l'objet d'un écrit.

Par ailleurs, l'article 2065 du Code civil, tel qu'issu de la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle, pose le principe selon lequel « *tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative conclue avant la saisine du juge rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige* »¹¹⁵³, mais précise toutefois que « *l'inexécution de la convention par l'une des parties autorise une autre à saisir le juge pour qu'il statue sur le litige* ». En conséquence, l'établissement d'un écrit par le tiers missionné pour constater la résiliation de la convention de procédure participative doit permettre l'établissement de la preuve qu'une tentative de résolution amiable a été menée, et venir au soutien de l'application de l'article 127 du Code de procédure civile afin de permettre la prise de relais du traitement du litige par le juge compétent, après la justification des diligences amiables entreprises¹¹⁵⁴.

¹¹⁵³ Seul est concerné le juge compétent du fond du litige. En effet, l'al. 2nd de l'art. 2065 CCiv. dispose qu'« *en cas d'urgence, la convention ne fait pas obstacle à ce que des mesures provisoires ou conservatoires soient demandées par les parties* ». De même au visa des art. 1547 à 1554 CPC, les parties peuvent d'un commun accord envisager le recours à un technicien. Ces dispositions permettent de garantir l'efficacité de la tentative de résolution amiable du différend laquelle ne peut faire obstacle à l'intervention du juge de l'urgence pour la prise de mesures provisoires ou le recours à un technicien lorsque les parties l'estiment nécessaire.

¹¹⁵⁴ Voy. les art. 1556, 1558, 1559, 1562 à 1564 et art. 1564-1 à 1564-3 CPC.

668. En matière de conciliation et médiation *extrajudiciaires*. Nous avons constaté que l'existence des conventions de conciliation et de médiation est ignorée du législateur. Néanmoins, il paraît indispensable que lorsque l'une des parties ou le tiers missionné à la résolution amiable du différend – conciliateur ou médiateur – rompt les pourparlers du différend, et plus largement le processus engagé, cette rupture, qui s'interprète d'un point de vue contractuel comme une résiliation des conventions de négociation de l'accord amiable, soit constatée par écrit. L'écrit, en particulier au regard de l'application de l'article 127 du Code de procédure civile, s'impose de plus en plus lorsque la conciliation ou la médiation interviennent dans le cadre *extrajudiciaire*. Ainsi, dans ce cadre, l'échec de la tentative de la résolution amiable du différend se traduisant, d'un point de vue contractuel, par une résiliation anticipée de la convention de conciliation, de médiation ou de procédure participative, implique pour le tiers missionné, et dans le prolongement de l'écrit imposé par le législateur en matière de procédure participative, d'attester par un constat écrit, de l'échec de la tentative de résolution amiable. Ce constat écrit s'impose naturellement lorsque le médiateur a été désigné avec l'accord des parties par une institution telle un Centre de médiation.

b) Les dispositions du droit commun de la résolution amiable *judiciaire*

669. Dans le cadre de la conciliation *judiciaire* déléguée à un conciliateur de justice. Le législateur a spécifiquement prévu l'obligation, à la charge du tiers missionné, d'informer le juge. Les dispositions de l'article 129-5 du Code de procédure civile disposent en effet que « *le conciliateur de justice tient le juge informé des difficultés qu'il rencontre dans l'accomplissement de sa mission, ainsi que de la réussite ou de l'échec de la conciliation* » et ce, dans le respect du principe de confidentialité. Ainsi, tout comme en matière de médiation *judiciaire*, « *le juge peut mettre fin à tout moment à la conciliation, à la demande d'une des parties ou à l'initiative du conciliateur* » et « *il peut également y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la conciliation apparaît compromis* ».

670. Dans le cadre de la médiation *judiciaire*. Le législateur a repris ces formulations prévues en matière de conciliation *judiciaire* pour application à la médiation *judiciaire* aux vises des articles 131-9 et 131-10 du Code de procédure civile. Dans le cadre de la médiation, et à la différence des dispositions en matière de conciliation *judiciaire*, il est prévu que l'affaire est rappelée à une audience à laquelle sont convoquées les parties. Lors de cette audience, le

juge peut décider de poursuivre l'instance aux fins de jugement du litige et informe en conséquence le médiateur.

671. En définitive, le juge régule en quelque sorte la résiliation de la convention de médiation ou de conciliation *judiciaires*. Sans donner lieu à un écrit, la résiliation de la convention de médiation ou de conciliation *judiciaires* impose une obligation d'information du juge à la charge du tiers missionné – conciliateur ou médiateur – laquelle doit se « concilier » avec son obligation de confidentialité. Celle-ci implique, pour rappel, que les constatations et déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites, ni invoquées dans la suite de la procédure de traitement du litige par le juge sans l'accord exprès des parties, ni, en tout état de cause, dans une autre instance ou dans le cadre d'un arbitrage¹¹⁵⁵.

2) L'exclusion des sanctions de droit commun en matière d'inexécution contractuelle

672. La question de la sanction applicable à l'inexécution des conventions préparatoires à l'accord amiable. La question se pose de savoir si les sanctions contractuelles prévues par le droit commun des contrats en matière d'inexécution, sont applicables à l'inexécution des conventions de conciliation, de médiation ou de procédure participative.

En effet, l'article 1217 du Code civil, tel qu'issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 de réforme du droit des contrats, et modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018¹¹⁵⁶, prévoit une série de recours, pour la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté ou l'a été imparfaitement. Celle-ci peut refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation, poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation, obtenir une réduction du prix, provoquer la résolution du contrat ou encore demander réparation des conséquences de l'inexécution. Cependant l'ensemble de ces recours contre le cocontractant en droit commun des contrats sont inefficaces en matière d'inexécution des conventions encadrant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend. Ainsi, la liberté contractuelle s'exprimant dans la rupture des négociations rend inopérantes l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature, ou encore la résolution des conventions encadrant la tentative de résolution amiable du différend. D'autant que ces sanctions

¹¹⁵⁵ Dispositions relatives de l'obligation de confidentialité à la charge du tiers missionné : Voy. l'art. 129-4 CPC en matière de conciliation *judiciaire*, voy. l'art. 131-14 CPC pour la médiation *judiciaire* et plus largement voy. l'art. 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995, *préc.*

¹¹⁵⁶ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *préc.* ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.*, entrée en vigueur au 1^{er} oct. 2018.

contractuelles inopposables à la partie mettant un terme à la tentative de résolution amiable du différend sont compensées par le droit d'accès au juge. Ainsi, si l'une des parties ne souhaite pas poursuivre le processus contractuel de résolution du différend, le recours au juge compétent du litige demeure possible.

Une réserve devra cependant être avancée au regard de la réparation du préjudice résultant de l'inexécution des conventions encadrant la tentative de résolution amiable lorsque l'une des parties fait preuve de mauvaise foi dans l'exécution des conventions.

§2. Le défaut de rencontre des volontés formant l'accord amiable

673. Position du problème. Nous avons examiné que lorsque les négociations de la solution du différend ne sont pas encore très avancées, en particulier dans la phase des pourparlers du différends et des besoins et intérêts des parties, l'échec de la tentative de résolution amiable se règle naturellement par la possibilité incidente de saisir le juge compétent du litige, ou lorsque celui-ci est déjà saisi, de faire revenir le litige devant lui afin qu'il soit tranché. La question de l'échec de la résolution amiable des différends, quel que soit le processus choisi par les parties – conciliation, médiation, procédure participative – est plus délicate lorsque l'on se trouve dans des phases de formation de l'accord amiable plus avancées. Ainsi est-ce le cas lorsque les parties formulent des propositions de solutions au différend et que l'accord amiable est sur le point d'être conclu.

Dès lors, la question de l'application des solutions retenues en droit commun des contrats pour les incidents relatifs à la sollicitation se pose en matière de la résolution amiable des différends. Certains incidents traités en droit commun des contrats sont en effet relatifs à l'offre (**A**), d'autres, à l'acceptation de la conclusion du contrat (**B**). Plus largement, c'est la question de la bonne foi des parties dans la recherche d'une solution à leur différend qui se pose (**C**). Il s'agit de rechercher comment sont régulés en droit de la résolution amiable des différends les éventuels incidents, marquant l'échec de la tentative de résolution amiable.

A. Les incidents relatifs à l'offre de contracter l'accord amiable

674. Les apports de la réforme de droit des contrats en matière d'offre de contracter. Le régime de la sollicitation intéresse essentiellement sa rétraction et sa caducité. Ces deux événements, désormais prévus au Code civil, consistent en des empêchement à la conclusion du contrat. Le premier résulte d'un acte de volonté de l'offrant, tandis que le second

s'avère involontaire. Il convient de rechercher si les règles prévues en droit commun des contrats en matière de rétractation **(1)** et de caducité **(2)** sont applicables à l'offre de contracter l'accord amiable.

1) La révocation

675. Analyse comparative. Les réformateurs du droit des contrats ont consacré des solutions en matière de révocation ou rétractation de l'offre de conclure le contrat **(a)** dont il convient de vérifier l'application en matière d'offre de contracter l'accord amiable **(b)**.

a) Le droit de rétraction du pollicitant en droit commun des contrats

676. Un droit de rétractation encadré. L'offre, en droit commun des contrats, est présentée comme une « manifestation unilatérale de volonté essentiellement révocable »¹¹⁵⁷.

Dès lors que l'offre de contracter n'est pas parvenue à son destinataire, cette révocation ne pose aucune difficulté. C'est le sens de la solution de principe consacrée par les réformateurs du droit commun des contrats et auparavant admise par la jurisprudence¹¹⁵⁸. L'article 1115 du Code civil énonce ainsi que l'offre « *peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire* ».

La problématique se pose dès lors que l'offre de contracter est parvenue à son destinataire. Dans ce cas, la révocabilité de l'offre doit composer avec l'engagement que prend l'offrant de ne pas la rétracter pendant un certain temps, dans l'intérêt du destinataire et sur lequel celui-ci a pu compter. Les réformateurs ont ainsi prévu à l'article 1116 du Code civil, et au regard des solutions émises jusqu'alors par la jurisprudence, que le pollicitant peut fixer un délai permettant la rétractation de son offre ou, à défaut, admet que l'offre de contracter puisse être rétractée dans un délai raisonnable.

Si le législateur reconnaît un droit de rétractation dont l'exercice empêche la conclusion du contrat, celui est encadré. La rétraction de l'offre par son auteur au-delà du délai qu'il a fixé ou à l'issue d'un délai raisonnable, entraîne pour le pollicitant le risque de voir sa responsabilité *extracontractuelle* engagée dans les conditions de droit commun.

¹¹⁵⁷ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 474, p. 271, citant Cass. civ. 3 févr. 1919, *DP*, 1923.I.126 : « une offre étant insuffisante pour lier par elle-même celui qui l'a faite, elle peut, en général être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée valablement ».

¹¹⁵⁸ P. ex. Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 2013, n° 11-28.235, *RDC* 2013, p. 516, obs. Th. Génicon.

677. Le risque pour le pollicitant de voir sa responsabilité *extracontractuelle* engagée. Les réformateurs ont ainsi consacré la solution de principe jusqu'alors dégagée par la jurisprudence retenant la nature délictuelle de la responsabilité, fondée sur l'ancien article 1382 devenu l'article 1240 du Code civil, encourue pour une faute éventuellement commise au cours la période précontractuelle. Cette faute consiste en un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi¹¹⁵⁹. À cet égard, la Cour de cassation est venue préciser qu'une rupture des pourparlers précontractuels dépourvue de motifs légitimes, même sans intention de nuire, est fautive¹¹⁶⁰.

Par ailleurs, les réformateurs du droit des contrats, toujours dans le cadre de l'article 1116 du Code civil tel qu'issu de la réforme du droit des contrats, ont consacré une solution de principe dégagée par la jurisprudence selon laquelle la responsabilité *extracontractuelle* du pollicitant usant de manière fautive de son droit de rétractation ne l'oblige aucunement à compenser la perte des avantages attendus du contrat. Ainsi la faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte de chance de réaliser les gains espérés de la conclusion du contrat¹¹⁶¹.

La question se pose donc de savoir si ce droit de rétractation existe et s'il s'exerce dans les mêmes conditions en matière de résolution amiable procéduralisée des différends.

b) Le droit de rétractation de l'offre de contracter l'accord amiable

678. Différentes hypothèses. Nous distinguons trois situations de conclusion de l'accord amiable. En premier lieu, il convient de ne pas perdre de vue qu'un accord amiable peut être conclu sans que sa formation – négociations et conclusion – n'ait donné lieu à la mise en œuvre d'une procédure de résolution amiable des différends, conciliation, médiation ou encore procédure participative (**I**). En second lieu, la conclusion de certains accords amiables ne donnant pas lieu à une négociation raisonnée, a pu être encadrée par le législateur en vue de protéger l'une des parties, comme l'illustre la conclusion de l'accord amiable indemnisant la

¹¹⁵⁹ Cass. com. 12 févr. 2002, *CCC* 2002, n° 90, obs. L. Leveneur – Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 01-13.018, *Bull. civ. I*, n° 136, *RTD civ.* 2005, p. 381, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Rev. sociétés*, 2005, p. 587, note N. Mathey.

¹¹⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, n° 98-17.494, inédit, *CCC* 2000, n° 157 ; Cass. com. 11 juill. 2000, n° 97-18.275, NP, *CCC* 2001, note Y. Dagorne-Labbe.

¹¹⁶¹ Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, n° 04-20.040, *Bull. civ. III*, n° 164, *D.* 2006, 2963, note D. Mazeaud ; *ibid.* pan, p. 2639, S. Amrrani-Mekki ; *JCP G* 2006 I 166, n° 6, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *CCC* 2006, n° 223, note L. Leveneur ; *Defrénois* 2006, p. 1858, obs. R. Libchaber ; *RTD civ.* 2006, p. 754, obs. J. Mestre et B. Fages – Ég. Cass. civ. 3^{ème}, 7 janv. 2009, n° 07-20.783, *Bull. civ. III*, n° 5, *RTD civ.* 2009, p. 113, obs. B. Fages et Cass. com., 18 sept. 2012, n° 11-19.629, *Bull. civ. IV*, n° 163, *D.* 2012, 2241, obs. X. Delpech, *RTD civ.* 2012, p. 712, obs. B. Fages.

victime d'un accident médical **(II)**. Enfin, il s'agit de vérifier l'application des règles du droit commun des contrats relatives au droit de rétraction dans le cadre de la conclusion de l'accord amiable dont la formation a donné lieu à une négociation raisonnée par la mise en oeuvre d'un processus de résolution amiable adapté au différend **(III)**.

I. Dans le cadre de la conclusion non procéduralisée de l'accord amiable

679. L'application des règles du droit commun des contrats. Les parties à un différend peuvent conclure un accord amiable sans avoir eu nécessairement recours à une procédure de résolution amiable, dans la mesure où l'ordre public le permet. Sans l'assistance d'un tiers missionné dans la résolution de leur différend favorisant une négociation raisonnée, l'offre de conclure l'accord peut émaner unilatéralement d'une partie. Dans ce cas, l'offre de conclure l'accord amiable doit être suffisamment ferme et précise et être transmise pour acceptation à l'autre partie. Nous avons ainsi pu constater que la simple communication d'un projet de transaction ne suffit pas à caractériser une offre de conclure ferme. En revanche, la jurisprudence considère que la communication par le pollicitant de l'accord transactionnel rédigé « pour acceptation » au pollicité caractérise une offre ferme et précise de conclure l'accord amiable.

En dehors de la mise en oeuvre de toute conciliation, médiation ou procédure participative, une des parties peut émettre une offre de conclure l'accord amiable. Celle-ci doit être précise, et ferme en application de l'article 1114 du Code civil. Si le pollicitant n'aménage pas son offre de conclure l'accord amiable d'un délai fixé pour l'expiration de son offre, cette offre peut être rétractée dans un délai raisonnable.

680. La difficile mise en jeu de la responsabilité *extracontractuelle* de la partie au différend pollicitante. Si la partie au différend pollicitante rétracte son offre de conclure l'accord amiable au-delà du délai qu'elle a spécialement prévu à son offre, ou qu'à défaut de délai fixé, elle rétracte son offre dans un délai déraisonnable, elle peut voir sa responsabilité « *extracontractuelle* » engagée en application des règles du droit commun des contrats.

Une responsabilité « *extracontractuelle* », car la formation de l'accord amiable n'a pas donné lieu, dans cette hypothèse, à la conclusion d'une convention préparatoire : convention de conciliation, de médiation ou de procédure participative. Cette responsabilité *extracontractuelle*, telle que prévue par le droit commun des contrats, ne peut obliger la partie au différend qui a rétracté son offre de réparer le préjudice lié à la perte des avantages attendus

de l'accord amiable.

En conséquence, nous pouvons en déduire que la partie au différend pollicitée, bénéficiant de son droit d'accès au juge, saisira ce dernier aux fins de jugement du litige, plutôt que d'une action en responsabilité fondée sur la rupture brutale des pourparlers de l'accord amiable, dans la mesure où elle ne peut se prévaloir du préjudice lié à la perte de chance de voir cet accord amiable conclu.

II. Dans le cadre de la conclusion de l'accord amiable indemnisant la victime d'un accident médical

681. Le relais de la solidarité nationale en matière d'accidents médicaux. En matière d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, l'accord amiable intervenant entre l'assureur du responsable de l'accident et la victime est, pour rappel, spécialement qualifié de contrat de transaction par le législateur. L'offre de conclure l'accord amiable indemnitaire transactionnel doit émaner de l'assureur et l'éventuelle acceptation de la victime. La conclusion de l'accord amiable indemnitaire et transactionnel ne donne donc pas lieu à une négociation raisonnée entre l'assureur et la victime, laquelle en pratique se manifesterait par des propositions de solutions successives et croisées entre les parties et l'émergence d'une offre commune de conclure l'accord amiable transactionnel visant la fixation de l'indemnisation de la victime.

Le législateur en matière d'accidents médicaux est venu pallier plusieurs cas posant des difficultés au regard de l'offre indemnitaire transactionnelle. Ainsi, dans les cas où l'assureur du responsable de l'accident, suite à l'avis rendu par la Commission de conciliation et d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, demeure silencieux ou refuse explicitement de faire une offre indemnitaire transactionnelle à la victime, ou encore dans le cas où le responsable des dommages causés à la victime n'est pas assuré ou mal assuré, l'article L. 1142-15 du Code de la Santé publique prévoit que l'ONIAM (l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux) se substitue alors à l'assureur. Dès lors, les dispositions relatives à l'offre d'indemnisation transactionnelle s'appliquent à l'Office et, en cas d'acceptation de la victime suite à l'offre transmise par l'Office, l'accord amiable indemnitaire reçoit la qualification de contrat de transaction¹¹⁶². Le droit de rétractation de l'offre transactionnelle n'existe donc pas en matière d'indemnisation des victimes.

¹¹⁶² Lorsque l'Office transige avec la victime, ou ses ayants droit, ce contrat de transaction est opposable à l'assureur.

III. Dans le cadre de la conclusion procéduralisée de l'accord amiable

682. Une contractualisation des négociations et de la sollicitation de l'accord amiable. En amont de la conclusion de l'accord amiable, les parties au différend et le tiers missionné s'engagent, à mettre en œuvre la procédure de résolution amiable choisie en consentant à des contrats préparatoires ayant pour objectif d'organiser la négociation du différend et la rencontre des volontés sur la solution retenue ou construite par les parties. La négociation de la solution au différend et la formation de l'accord amiable sont donc contractualisées. Cela induit que si les négociations de la solution et l'émission d'une offre de contracter l'accord amiable sont « précontractuelles » parce que préalables à la conclusion de l'accord amiable, ces phases de formation de l'accord amiable ne sont cependant pas *extracontractuelles*.

683. Une offre de contracter l'accord amiable conjointe. En matière de résolution amiable des différends *extrajudiciaire* ou *judiciaire*, par conciliation, médiation, procédure participative, la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable suppose une négociation raisonnée de la solution au différend fondée sur les besoins et intérêts des parties.

D'un point de vue contractuel, la négociation raisonnée, suite aux pourparlers du différend ainsi que des besoins et intérêts des parties, génère des propositions de solution au différend émanant de chacune des parties. Ces propositions de solution se croisent successivement. Dès lors, deux cas de figure peuvent se présenter : soit l'accord amiable se forme point par point, auquel cas des écrits successifs, également appelés en pratique procès-verbaux de médiation rédigés et conservés par le tiers missionné, fixent au terme de chaque réunion les points sur lesquels les parties sont dès à présent d'accord ; soit, les parties parviennent conjointement à formuler avec l'assistance du tiers missionné une offre de conclure l'accord amiable.

Dans le premier cas et en pratique, les points ponctuels ne consistent pas en des accords amiables partiels. Ils ne peuvent avoir d'effets juridiques. Pour qu'il y ait conclusion d'un accord amiable partiel, il convient que les parties au différend reprennent le contenu des points ponctuels afin de formuler une offre de contracter l'accord amiable partiel. Le tiers missionné joue ici un rôle essentiel, au même titre que les avocats conseils accompagnant les parties dans la rédaction d'une offre conjointe de conclure l'accord amiable partiel. Il en est de même dans le second cas. Le tiers missionné doit en effet accompagner les parties dans la formulation

d'une offre précise et ferme de conclure l'accord amiable, au sens qu'elle est « bonne pour acceptation ». Dans ce cas, le tiers missionné peut veiller à ce que l'offre conjointe des parties de conclure l'accord amiable soit accompagnée d'un délai de réflexion. Dans ce cas, la question se pose de savoir si l'une des parties peut révoquer l'offre de conclure l'accord amiable ferme et précise. Dans ce domaine où la conclusion du contrat – l'accord amiable – est procéduralisée, et du fait de l'existence de deux garde-fous – l'assistance du tiers missionné et le recours au juge compétent pour trancher le litige – la révocation de l'offre est admise avec une grande souplesse, alors même que l'offre de solution définitive a pu émaner de l'ensemble des parties. En matière de résolution amiable des différends, le retrait de l'offre de conclure l'accord amiable ne doit répondre à aucune condition de fond et de forme comme le démontre, en particulier, la non-exigence de motivation¹¹⁶³. Par ailleurs, l'absence de valeur juridique attachée à une offre de transaction non acceptée est confortée par le refus de son assimilation à une reconnaissance de dette ou de responsabilité¹¹⁶⁴.

En outre, le fait que d'un point de vue procédural, l'ensemble des processus ou procédures *extrajudiciaires* ou *judiciaires* de résolution amiable des différends soient encadrés pour leur mise en œuvre par un délai de trois mois renouvelable une fois – à la demande des parties ou du tiers missionné – soit six mois maximum induit que dans l'écoulement de ce délai, toute offre de contracter l'accord amiable peut être rétractée, dès lors que celle-ci n'a pas été assortie d'un délai pour acceptation. Toutefois, le rôle du tiers missionné est indispensable afin de guider les parties dans la rencontre de leurs volontés. Il lui revient, de veiller à ce que les parties assortissent si nécessaire l'offre de conclure l'accord amiable formulée conjointement, ferme et précise, d'un délai pour réflexion pour acceptation. En pratique, ce peut être le cas lorsque, par exemple, en fin de médiation, le médiateur s'assure de l'ensemble des points d'accord des parties afin que l'ensemble des parties valident le contenu de l'offre de solution au différend qu'elles ont élaborée. Le tiers missionné fixe un rendez-vous pour une séance ultérieure de fin de médiation afin que les conseils des parties rédigent l'accord amiable pour signature et donc acceptation des parties lors de cette dernière réunion. Pareille démarche assurant un délai de réflexion pour l'acceptation conjointe de la solution définitive au différend.

683. La question de la rétractation de la proposition de solution émise par le tiers missionné. Nous avons constaté qu'en cas de blocage des parties au différend ne parvenant pas,

¹¹⁶³ Cass. civ. 3^{ème}, 16 oct. 1973, *D.* 1974, IR, p. 35.

¹¹⁶⁴ Cass. civ., 3 janv. 1883, *DP* 1883, 1, p. 457 – Cass. com., 10 juill. 1974, n°73-13.547, *Bull. civ.* IV, 1974, n° 227 : en l'espèce, les juges ont affirmé que l'offre de transiger faite par un vendeur ne valait pas reconnaissance de l'existence des vices de la chose vendue.

malgré des propositions de solution successives, à s'entendre sur la formulation d'une offre de contracter l'accord amiable ferme et précise, le tiers missionné peut émettre une proposition de solution définitive au différend. Cet « avis » est fondé sur les propositions de solution émises par les parties au différend, les plus acceptables et équitables. Il est alors judicieux pour le tiers missionné d'assortir son « avis » d'un délai permettant aux parties de réfléchir et de l'accepter en reprenant à leur compte cette solution. Ce délai consiste tout à la fois en un délai de réflexion et un délai d'acceptation de la solution du différend formulée par le tiers missionné, et non imposée, comme le sont les solutions du juge ou de l'arbitre.

Dès lors, la question peut se poser de savoir si le tiers missionné bénéficie d'un droit de rétractation de son avis. Si l'avis du tiers missionné doit présenter toutes les caractéristiques d'une offre de contracter l'accord amiable, ferme et précise au sens du droit commun des contrats, elle n'est néanmoins pas émise par une des parties ayant vocation à contracter l'accord amiable. Le tiers missionné n'est en aucun cas partie à l'accord amiable issu du processus. Nous ne pouvons donc parler en termes de droit de rétractation de l'offre contractuelle. Néanmoins, il est certain qu'en pratique, cet avis doit être soigneusement rédigé par le tiers missionné afin de garantir en cas d'acceptation des parties reprenant les termes de l'offre de solution, la sécurité juridique de l'accord amiable quant à son contenu.

684. En définitive, à l'issue de la négociation du différend, des besoins et intérêts des parties, et de la phase des propositions de solution successives et croisées, l'offre de contracter l'accord amiable, peu important son auteur, doit comprendre les éléments essentiels de l'accord amiable envisagé. Ces éléments essentiels de l'accord amiable consistent en la capacité des parties, la délimitation du différend et la solution qui lui est applicable ainsi que la volonté de la ou des partie(s) d'être liée(s) en cas d'acceptation. Enfin, ainsi la qualification contractuelle et les effets de l'accord amiable doivent apparaître.

Comme pour tout contrat, la liberté de rétractation est limitée lorsque l'offre émanant d'une partie, de l'ensemble des parties ou, lorsque le tiers missionné émet une proposition de solution reprise par les parties au différend au titre d'une offre de contracter l'accord amiable, prévoit expressément un délai précis de maintien ou si elle comporte implicitement un délai raisonnable pour accepter¹¹⁶⁵. Cette solution est conforme au droit commun des contrats, les réformateurs ayant posé à l'article 1116 du Code civil la règle selon laquelle l'offre « *ne peut*

¹¹⁶⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 8 févr. 1968, n° 65-10.600, *Bull. civ.* III, 1968, n° 52 – Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n° 03-19.411, *Bull. civ.* III, 2005, n° 117 ; *JCP* 2005, I, 172, n° 1, obs. P. Grosser ; *RTD civ.* 2005, p. 772, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005, p. 1071, obs. F. Collart Dutilleul.

être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur, ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable » étant ajouté, que « la rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat ». Le principe de liberté contractuelle interdit tout consentement forcé. Comme le font observer certains auteurs, à la différence du contrat de promesse unilatérale, l'offre de contracter ne confère à son destinataire aucun droit au contrat. C'est pour cela que les réformateurs du droit commun des contrats ont prévu *in fine* de ce même article 1116 du Code civil que la réparation à laquelle peut prétendre le destinataire victime d'une révocation fautive ne peut comporter la perte des avantages attendus du contrat. Néanmoins, le contrôle du caractère abusif de la rupture des pourparlers semble pouvoir s'exercer.

2) La caducité

685. Analyse comparative. Tout comme en matière de révocation ou de rétractation, les réformateurs du droit des contrats ont consacré des solutions en matière de caducité de l'offre de conclure le contrat **(a)** dont il convient de vérifier l'application en matière d'offre de contracter l'accord amiable **(b)**.

a) Les règles de la caducité en droit commun des contrats

686. Les apports de la réforme du droit des contrats en matière d'offre contractuelle. L'offre est dite caduque lorsqu'elle cesse de produire des effets sans que le pollicitant n'ait manifesté de volonté¹¹⁶⁶. Les réformateurs du droit des contrats ont entériné la solution de principe retenue jusqu'alors par la jurisprudence selon laquelle l'expiration du délai explicitement fixé dans l'offre rend celle-ci caduque¹¹⁶⁷. Ainsi l'article 1117 du Code civil prévoit que « l'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable ». C'est dire que l'offre comporte toujours un délai durant laquelle elle peut être acceptée¹¹⁶⁸. Ce délai peut donc être fixé par l'offrant. À défaut, il résulte de la nature du contrat projeté et du temps nécessaire à la réflexion et à la réponse de son

¹¹⁶⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 475, p. 272.

¹¹⁶⁷ TGI Paris, 12 févr. 1980, *D.* 1980, IR, 261, obs. J. Ghestin ; Dans le même sens, la Cour de cassation considèrerait que lorsque l'offre, quoique non assortie d'un délai précis, comporte clairement l'indication de sa précarité Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 1992, *D.* 1993, p. 493, note G. Varassamy ; *D.* 1992, somm. p. 397, obs. J.-L. Aubert.

¹¹⁶⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13.230, *Bull. civ.* III, n° 118 : « vu l'article 1101 ; [...] en statuant ainsi, sans rechercher si l'acceptation était intervenue dans le délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre de vente non assortie d'un délai précis, la vour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

destinataire un « délai raisonnable », dont la durée varie selon les circonstances. Concernant l'appréciation du délai raisonnable de rétractation, la jurisprudence rappelle quant à elle régulièrement que « les juges du fond apprécient souverainement si une offre comporte implicitement un délai raisonnable d'acceptation »¹¹⁶⁹. Plus récemment encore, la Haute juridiction a également pu considérer que « tant que le titulaire du droit de préemption ne lui a pas signifié son intention d'acquiescer, l'offrant peut rétracter unilatéralement son offre ».

Les réformateurs ont en outre précisé à l'article 1117 du Code civil, modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018, que l'offre est également caduque « *en cas d'incapacité ou de décès de son auteur, ou de décès de son destinataire* ». Il convient en conséquence de vérifier comment sont réglés en matière de résolution amiable des différends, ces incidents relatifs à l'acceptation.

b) La caducité de l'offre de conclure l'accord amiable

687. Distinction. La caducité de l'offre peut ainsi résulter soit de l'écoulement du temps **(I)**, soit d'un changement affectant la personne du pollicitant **(II)**.

I. La caducité consécutive à l'écoulement du temps

688. La caducité de l'offre de conclure l'accord amiable par expiration d'un délai pour acceptation. Dans l'ensemble des hypothèses évoquées – offre ferme et précise de conclure l'accord amiable émise soit par une des parties au différend, soit par l'ensemble des parties, ou encore reprise conjointement par les parties au différend sur la base de l'avis du tiers missionné proposant une solution au différend – et dès lors qu'un délai pour acceptation a été fixé à cette offre, le dépassement de ce délai sans que les parties au différend n'acceptent entraîne la caducité de l'offre de conclure l'accord amiable. En outre, cette hypothèse peut également se présenter si l'offre de conclure l'accord amiable n'a pas été assortie d'un délai pour acceptation. Dans ce cas, c'est l'écoulement d'un délai raisonnable qui entraîne la caducité de l'offre de conclure l'accord amiable. Or, en matière de résolution amiable procéduralisée des différends, l'ensemble des processus ou procédures permettant la conclusion de l'accord amiable sont soumis pour leur mise en œuvre à un délai de trois mois reconductible une fois à la demande des parties et sous le contrôle du tiers missionné. Nous pouvons dès lors

¹¹⁶⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 8 févr. 1968, *Bull. civ. III*, n° 52, *préc.* – Ég. Cass. civ. 3^{ème}, 10 mai 1972, n° 71-11.393, *Bull. civ. III*, n° 297 – Ég. Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n° 03-19.411, *préc.*

voir dans ce délai procédural, l'expression du délai raisonnable requis d'un point de vue contractuel pour l'intervention de l'acceptation dès lors que l'offre de contracter l'accord amiable a été émise sans délai pour acceptation.

Toutefois, il est évident qu'en pratique, le tiers missionné chargé de rapprocher les parties, les rappelle à l'expression de leurs volontés. Dans tous les cas, la caducité de l'offre de contracter l'accord amiable peut conduire à la poursuite des négociations et à la formulation de propositions de solution jusqu'à ce qu'une offre de conclure l'accord amiable acceptable pour les deux parties émerge. Une poursuite des pourparlers néanmoins enfermée dans le délai procédural et trouvant pour autre limite le respect du principe de bonne foi. À cet égard, confronté à un risque de caducité lié à l'écoulement du temps, le tiers missionné peut formuler un avis ou exercer sa police du comportement afin de veiller au respect du principe de bonne foi. Enfin, en cas de caducité de l'offre de contracter l'accord amiable et d'échec du processus de résolution amiable constaté par le tiers missionné, les parties peuvent saisir le juge compétent, afin que celui-ci tranche le litige.

II. La caducité relative au changement affectant la ou les parties au différend pollicitante

689. L'incapacité ou le décès de l'auteur de l'offre de contracter l'accord amiable.

Nous excluons ici l'hypothèse du décès du tiers missionné lequel n'a aucunement vocation à être partie à l'accord amiable résolutif ou préventif du différend, et qui, en tout état de cause, pourrait éventuellement se voir remplacé dans le cadre de la procédure de conciliation, de médiation ou de procédure participative.

En dehors de cette hypothèse, certains événements peuvent affecter tant l'auteur que le destinataire de l'offre de conclure l'accord amiable. Les réformateurs sont ainsi venus préciser au second alinéa de l'article 1117 du Code civil, que l'offre est caduque « *en cas d'incapacité ou de décès de son auteur* » et la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018 d'ajouter « *ou de décès de son destinataire* ». Dès lors, l'échange des consentements ne peut intervenir.

En premier lieu et concernant l'hypothèse de l'incapacité, nous comprenons qu'en matière de résolution amiable procéduralisée, il est essentiel pour le tiers missionné de vérifier – lors de la conclusion des conventions de conciliation, médiation ou procédure participative – la capacité des parties au différend à conclure l'accord amiable.

En second lieu, la question se pose de savoir si l'offre de contracter l'accord amiable peut être transmise aux héritiers. La transmission dépend, tout comme en droit commun des

obligations, du caractère d'*intuitus personae* ou non attaché à l'offre de contracter. À cet égard, les juges se sont prononcés à l'occasion, par exemple, d'un litige relatif à une cession de parts, en faveur de sa transmission justifiant leur décision par le caractère d'*intuitus personae* peu marqué de ce type d'offre¹¹⁷⁰. Cependant, la généralisation de cette solution a pu être discutée au regard de la diversification du domaine d'application de l'accord amiable transactionnel qui a tendance à s'étendre à des droits extra-patrimoniaux revêtant un *intuitus personae* plus marqué¹¹⁷¹.

B. Les incidents liés à l'acceptation à l'offre de conclure l'accord amiable

689. L'importance de la valeur juridique de l'acceptation des parties. En matière de résolution amiable, c'est l'acceptation de l'ensemble des parties au différend qui revêt une véritable valeur juridique. Les parties au différend doivent manifester leur volonté, conjointement, d'être liée par l'offre de contracter l'accord amiable, qu'elles acceptent au regard de la conformité de la solution trouvée au regard de leurs besoins et intérêts respectifs. L'article 1118 du Code civil trouve en matière de résolution amiable des différends, une parfaite application. Ainsi tant que l'acceptation n'a pas été exprimée par l'ensemble des parties, elle peut être librement rétractée. Dès lors que chacune des parties a exprimé son acceptation à la solution du différend, et que l'acceptation de l'une est parvenue à l'autre et réciproquement, l'acceptation ne peut plus être rétractée. La conclusion de l'accord amiable par la rencontre de l'offre de solution définitive au différend et l'acceptation conjointe des parties est scellée.

690. Les apports de la réforme de droit des contrats. Dans le cadre de la reconnaissance de la notion d'acceptation définie à l'alinéa premier de l'article 1118 du Code civil, les réformateurs précisent, à l'alinéa second du texte, que « *tant que l'offre n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétracter, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation* ». En effet, l'article 1121 du Code civil dispose que « *le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue* ».

¹¹⁷⁰ CA Paris, 30 oct. 1986, *JurisData* n° 1986-026331.

¹¹⁷¹ F. Julienne, *JCl. Civil Code*, « Art. 2044 à 2058 », Fasc. 20, « Transaction-Domaine ».

691. La liberté de ne pas conclure l'accord amiable. Tout comme en droit commun des contrats, l'acceptation de conclure le contrat, et donc l'accord amiable en matière de résolution des différends est libre. Il ne peut y avoir de contrat forcé. C'est dire que nul n'est contraint d'accepter. Et puisque nul n'est contraint d'accepter, nul ne commet de faute à refuser d'accepter¹¹⁷².

692. Le tempérament : les attermoiments du pollicité. La règle de la libre acceptation, déclinaison du principe de la liberté contractuelle – et en particulier de la liberté de ne pas conclure – consacrée à l'article 1102 du Code civil, comporte un tempérament. En effet, les attermoiments du destinataire de l'offre de contracter peuvent dans certains cas constituer une faute. La jurisprudence a jugé, à cet égard, qu'est valable la reconnaissance de dette signée par le destinataire d'une offre de vente qui l'avait refusée après attermoiments¹¹⁷³.

La question se pose donc de savoir si, dans le cas où une partie au différend reçoit l'offre de conclure l'accord amiable, ou lorsque les parties au différend ont conjointement élaboré l'offre de conclure l'accord amiable ou reçoivent l'avis du tiers missionné proposant une solution, la ou les parties pollicitée(s) peuvent tergiverser pour accepter l'offre de conclure l'accord amiable. En pratique et dans le cadre d'une résolution amiable procéduralisée, les attermoiments des parties au différend pour accepter la conclusion de l'accord amiable sont admis avec plus de souplesse. En effet, le tiers missionné, qu'il s'agisse du conciliateur, du médiateur ou des avocats dans le cadre de la procédure participative ou du droit collaboratif, guident les parties dans leur rencontre de volonté en exerçant leur police du comportement et en veillant au respect du délai d'acceptation. Par ailleurs, une solution au litige peut toujours être trouvée par le recours effectif au juge.

1) Le défaut d'acceptation pure et simple

¹¹⁷² Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 274, n° 478.

¹¹⁷³ Cass. civ. 1^{ère}, 19 janv. 1977, n° 75-14.096, *Bull. civ. I*, n° 36 ; *D.* 1977, p. 593, note J. Schmidt-Szalewski : Dans cette affaire, des pourparlers avaient été engagés entre le vendeur d'un bien et de potentiels acquéreurs au sujet de la vente d'un immeuble. Les potentiels acquéreurs, suite à la rupture des pourparlers, signent une reconnaissance de dette « à titre de dédommagement pour la perte de temps occasionnée ». Le vendeur a alors assigné les acquéreurs ayant rétracté leur acceptation à la vente en paiement au titre de la reconnaissance de dette consentie. Les juges d'appel ont alors déclaré sans cause la reconnaissance de dette et rejeté la demande en paiement du vendeur. Pour se faire, ils ont estimé que le vendeur n'avait subi aucun préjudice du fait de la renonciation des potentiels acquéreurs à leur projet d'achat, ne leur ayant pas consenti une promesse de vente qui aurait immobilisé son bien à leur profit, mais ayant formulé une simple offre assortie d'un délai d'acceptation. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel au visa de l'ancien article 1131 du Code civil et juge qu'en statuant ainsi sans rechercher si le vendeur ne s'était pas cru lié par cette offre et n'avait pas en fait immobilisé son immeuble pendant le délai ainsi consenti, les juges d'appel n'avaient pas donné de base légale à leur décision.

693. L'hypothèse d'une acceptation non conforme à l'offre ferme et précise de conclure l'accord amiable. L'acceptation doit, en droit commun des contrats être pure et simple. Les réformateurs ont précisé à l'alinéa 3 de l'article 1118 que « *l'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle* ». En matière de résolution amiable procéduralisée des différends, il est possible qu'une des parties émette l'offre de conclure l'accord amiable. Dans la mesure où l'autre partie au différend manifeste son acceptation mais que seulement sur certains éléments de l'offre, ou propose une solution différente au différend, cette acceptation se trouve dépourvue d'effet en application du droit commun des contrats. Cette volteface portant sur le contenu de l'accord amiable envisagé peut alors consister, non pas, à proprement parler en une nouvelle offre de contracter l'accord amiable, mais en une proposition de solution au différend marquant un retour à la négociation raisonnée.

2) L'exclusion de l'acceptation implicite ou silencieuse de conclure l'accord amiable

694. L'admission de l'acceptation implicite ou silencieuse en droit commun des contrats. L'acceptation, en droit commun des contrats peut être expresse, tacite ou même silencieuse. Les deux dernières hypothèses appellent des observations.

L'acceptation est implicite lorsqu'elle ne fait pas l'objet d'une déclaration spéciale de volonté, mais résulte de faits qui ne peuvent s'expliquer que par elle. Ainsi en est-il de l'exécution du contrat. Lorsque l'acceptation est silencieuse, il n'y a rien : ni déclaration de volonté, ni accomplissement d'actes qui pourraient impliquer une acceptation tacite. Comme le fait observer la doctrine, la question de savoir si le silence constitue une acceptation fait l'objet d'une réponse de principe, limitée par des exceptions que consacre désormais l'article 1120 du Code civil¹¹⁷⁴. Il est ainsi prévu que « *le silence ne vaut acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières* ».

695. L'importance de l'acceptation expresse de conclure l'accord amiable. L'acceptation en matière de résolution amiable procéduralisée des différends est particulièrement importante. Il semble difficile d'admettre des tempéraments au principe selon lequel l'acceptation ne peut résulter du silence. Le tiers missionné – conciliateur, médiateur, avocats dans le cadre de la procédure participative ou du droit collaboratif – est en effet le

¹¹⁷⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations, préc.*, n° 479, spéc. p. 275.

garant des processus. En conséquence, il est tenu dans l'exécution de sa mission – et ce, même s'il n'a aucunement vocation à être parti à l'accord amiable résolutif ou préventif du différend – de s'assurer de l'échange des consentements des parties au différend. Cela couvre également l'hypothèse d'un échange simplement oral des consentements.

En pratique, il est indispensable que le tiers missionné s'assure – sans toutefois conseiller juridiquement les parties – de la rédaction d'un accord amiable signé devant lui marquant ainsi l'acceptation des parties à un accord amiable qui les satisfassent pleinement. Dans l'hypothèse d'une expression simplement orale de l'acceptation conjointe des parties, le constat de la conclusion de l'accord amiable permet de rapporter la preuve de l'existence de la conclusion de l'accord amiable. Il entre ainsi dans la mission du tiers missionné de clore le processus dans un souci de sécurité juridique. Cette assistance permet de garantir la résolution ou la prévention du différend et d'éviter toute résurgence du différend qui nuirait au principe de célérité de la justice.

À cet égard, nous constatons que le législateur a prévu, dans le cadre de certains droits spéciaux de la résolution amiable des différends, une acceptation expresse à la conclusion de l'accord amiable. Ainsi est-ce le cas, par exemple, dans le cadre de la médiation des litiges de la consommation. L'article R. 612-4 du Code de la consommation dispose *in fine*, et au titre de la solution que le tiers missionné peut proposer, que « *le médiateur précise également quels sont les effets juridiques de l'acceptation de la proposition de solution et fixe un délai d'acceptation ou de refus de celle-ci* ». Par ailleurs, nous relevons que le législateur, à l'article R. 612-2 du même Code et au titre de la notification de saisine adressée par le médiateur aux parties au différend que « *cette notification rappelle aux parties qu'elles peuvent à tout moment se retirer du processus* ». Cela induit que peu importe qu'une offre de conclure l'accord amiable « à prendre ou à laisser » ou à « accepter telle quelle » ait été émise, les parties demeurent libres de ne pas conclure l'accord amiable.

C. Le principe de bonne foi contractuelle : une limite à la liberté de ne pas conclure l'accord amiable ?

696. Position du problème. En matière de résolution amiable procéduralisée des différends, l'exigence de bonne foi se traduit de différentes manières. D'un point de vue procédural, les parties doivent négocier de bonne foi la solution au différend, ce qui signifie que d'un point de vue contractuel, elles doivent au visa de l'article 1103 du Code civil négocier et former de bonne foi l'accord amiable renfermant la solution à leur différend. Cela revient à

dire qu'elles doivent exécuter de bonne foi les conventions de conciliation, de médiation ou de procédure participative. Cette obligation de bonne foi, nous l'avons constaté, ressort de la définition même de la convention de procédure participative posée à l'article 2062 du Code civil, les parties s'engageant à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige.

La question se pose donc de savoir ce qu'il advient en cas de rupture brutale des négociations de la solution du différend et partant, de la conclusion de l'accord amiable envisagé. Il s'agit de savoir si la partie qui fait volteface, en particulier en se rétractant au moment de l'offre ou de l'acceptation peut voir sa responsabilité engagée dès lors qu'elle fait preuve de mauvaise foi.

L'alinéa second de l'article 1112 du Code civil, tel qu'issu de la réforme du droit des contrats et modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018 dispose qu'« *en cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages* ». Nous ne sommes pas sans ignorer que la jurisprudence sanctionne de manière classique, depuis les années 70, la rupture fautive des pourparlers du contrat¹¹⁷⁵ et en principe, c'est sur le terrain de la responsabilité *extracontractuelle* que se fonde la réparation du préjudice en cas de rupture fautive des pourparlers du contrat. Les juges ont ainsi pu sanctionner la rupture brutale de pourparlers à la veille de la signature du contrat¹¹⁷⁶.

Or, la négociation de l'accord en matière de résolution amiable est procéduralisée. Une procéduralisation qui contractualise en réalité la négociation et la formation de l'accord amiable. Que la conciliation, la médiation ou encore la procédure participative interviennent dans le cadre *judiciaire* ou *extrajudiciaire*, l'ensemble de ces processus ou procédures sont volontaires, fondés, nous l'avons constaté sur des conventions permettant leur mise en œuvre. Dès lors, ce n'est plus sur le terrain de la responsabilité délictuelle qu'il convient d'envisager la réparation d'une rupture brutale des pourparlers de l'accord amiable, mais sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

Nous pouvons dès lors légitimement nous demander si cette responsabilité peut raisonnablement être envisagée dès lors que l'ensemble des processus de résolution amiable des différends sont enfermés dans un délai raisonnable légal pour leur mise en œuvre et que le tiers missionné veille au comportement des parties pouvant mettre un terme à tout moment, à la mise

¹¹⁷⁵ Cass. com. 20 mars 1972, n° 70-14.154, *Bull. com.* n° 93, *JCP* 1973, II, 17543, J. Schmidt-Szalewski ; *RTD* civ. 1972, 779, obs. G. Durry.

¹¹⁷⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, n° 95-19.199, *Bull. civ.* I, n° 7 ; *JCP* 1998, II, 10066, note B. Fages ; *Deffrénois* 1998, p. 741, obs. D. Mazeaud.

en œuvre de la tentative de résolution amiable du différend. D'autant que le droit d'accès au juge compétent du litige demeure ouvert.

697. La difficile réparation du préjudice lié à la rupture brutale des pourparlers de la solution du différend. En matière de résolution amiable procéduralisée des différends, le principe de liberté contractuelle qui imprègne les négociations de la solution du différend et partant, de l'accord amiable dont elle fait à terme l'objet, est poussé à son paroxysme dans la mesure où les parties peuvent mettre un terme au processus de résolution amiable à tout moment, y compris à la veille ou le jour même de la signature de l'accord amiable. Cette liberté qui revêt un caractère absolu tient au fait qu'en cas d'échec de la tentative de résolution amiable le juge prend le relais afin d'apporter une solution au litige.

En définitive, même dans le cas où la rupture de la négociation de la solution du différend revêt un caractère brutal, il devient difficile d'établir l'existence d'un préjudice. D'autant que le préjudice, au visa de l'article 1112 du Code civil ne peut ni consister en la perte des avantages attendus de la conclusion de l'accord amiable, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages.

698. L'hypothèse de l'exécution de mauvaise foi des conventions de résolution amiable des différends. Néanmoins, sur le versant de l'obligation générale d'exécution de bonne foi des conventions préparatoire à l'accord amiable, qui se traduit d'un point de vue procédural par un principe directeur de loyauté imprégnant l'ensemble des processus de résolution amiable des différends, nous pouvons envisager, dans le cadre de son inexécution, que la responsabilité de la partie défaillante soit engagée.

Une première hypothèse doit tout d'abord être évacuée. En effet, si un processus de résolution amiable est mis en œuvre dans le cadre *judiciaire*, il paraît difficile d'envisager une exécution de mauvaise foi de la négociation de la solution du différend. Les parties au différend, dans ce cadre, sont conscientes que le juge est saisi de leur litige et que leur comportement de mauvaise foi pourrait être pris en compte par lui, bien que le médiateur soit tenu par un devoir de confidentialité. Ce spectre du juge est de nature à dissuader les parties de se comporter de mauvaise foi. Tout au plus, est-il permis aux parties au différend ou à l'une d'elles, de mettre fin, sans motivation, au processus de résolution amiable.

L'exécution de mauvaise foi des conventions de résolution amiable des différends se pose de manière plus pertinente lorsque le processus intervient de manière *extrajudiciaire*. Nous pensons à deux hypothèses particulières. Tout d'abord, lorsqu'une partie a recours, de manière *extrajudiciaire*, à un processus de résolution amiable afin de gagner du temps au

regard d'une éventuelle action en justice. Ce peut être le cas afin d'organiser par exemple son insolvabilité. Il revient alors au tiers missionné d'exercer sa police sur le comportement des parties au différend et de mettre un terme au processus. À cet égard, la négociation raisonnée que le processus sous-tend permet au tiers missionné de sonder les besoins et intérêts des parties et de déceler une éventuelle exécution de mauvaise foi de la résolution amiable du différend. Ce dernier est alors libre, sans motivation, de mettre un terme au processus. Le relais du traitement du litige par le juge compétent du litige pourra alors être activé par l'une des parties. Ensuite, et c'est là l'hypothèse la plus sensible, il convient de faire état, en premier lieu, de l'article 1112-1 du Code civil, qui en droit commun des contrats, au titre toujours des négociations, précise que la partie qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Les réformateurs du droit des contrats ont néanmoins exclu ce devoir d'information lorsqu'il porte sur l'estimation de la valeur de la prestation et considèrent comme d'une « *importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». Nous pensons, à cet égard, aux pièces et informations nécessaires à la résolution amiable du différend et qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu de l'accord amiable ou la qualité des parties. D'autant que les réformateurs du droit des contrats ont précisé au troisième alinéa de l'article 1112-1 que « *les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir* ». En découle un principe de transparence dans les négociations du contrat et, plus précisément de l'accord amiable. De fait, ceux-ci ont encore prévu qu'outre « *la responsabilité de celui qui y est tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants* » du Code civil relatifs aux vices du consentement. Toutefois, dès lors que les négociations de l'accord amiable sont contractualisées par des conventions organisant leur mise en oeuvre, cette responsabilité devra être recherchée, non pas sur le terrain délictuel des articles 1240 et suivants, mais bien sur la responsabilité contractuelle des articles 1231 à 1231-7 du Code civil pour réparation du préjudice résultant de l'inexécution, ou plus précisément de la mauvaise exécution de la convention préparatoire à l'accord amiable. Enfin, le nouvel article 1112-2 du Code civil issu de la réforme du droit des contrats prévoit que « *celui qui utilise et divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* ». En conséquence, une violation du principe de confidentialité dans le cadre de la mise en oeuvre du processus de résolution amiable et donc d'exécution de la convention – de conciliation, de médiation ou de procédure participative –

organisant les négociations et la conclusion de l'accord amiable serait de nature à engager la responsabilité – *contractuelle* aux visas des articles 1231 à 1231-7 du Code civil – de son auteur, tiers missionné ou parties au différend. Au surplus, il convient de rappeler, qu'en matière de droit des affaires, le secret des affaires est dorénavant protégé par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 et les dispositions du titre V du Livre Ier du Code de commerce qu'elle a instituées. Dès lors, lorsqu'une convention de mise en oeuvre d'un processus de résolution amiable est consentie par l'une des parties au différend dans l'objectif de l'obtention d'un secret des affaires, celle-ci peut voir sa responsabilité *contractuelle* engagée aux fins de réparation du préjudice consécutif. La police exercée par le tiers missionné sur le comportement des parties a vocation là encore à garantir le respect du secret des affaires.

699. Conclusion de la sous-section II relative à l'inexécution des conventions préparatories à l'accord amiable. Nous le constatons, parce que les négociations des contrats sont empruntes du principe de liberté contractuelle, les négociations de l'accord amiable, lesquelles peuvent être contractualisées par des conventions – de conciliation, de médiation ou de procédure participative – peuvent être librement rompues à tous les stades de l'avancement de la tentative de résolution amiable du différend : que cela soit au stade de la négociation du différend et des intérêts et besoins des parties, ou encore au stade de la formation de proposition de solution, que celles-émanent d'une des parties, du tiers missionné ou encore des parties qui les formuleraient de manière successives et croisées. Au titre de la formulation particulière d'une offre d'indemnisation transactionnelle en matière d'indemnisation des victimes, nous constatons par ailleurs que la victime qui accepte l'offre bénéficie d'un droit de repentir spécial. Dans les autres cas, les tiers missionnés à la résolution amiable des différends – conciliateur, médiateur ou encore avocats dans le cadre de la procédure participative – doivent veiller à la formulation d'une offre de contracter l'accord amiable ferme et définitive, bonne pour acceptation conjointe des parties au différend. En pratique, cela signifie que le tiers missionné doit organiser de manière sécurisée, la fin du processus de résolution amiable – au même titre qu'il s'y emploie pour son déclenchement – afin de veiller à ce que les parties au différend expriment, soit clairement et oralement leur acceptation conjointe, soit par écrit, un projet d'accord amiable définitif pouvant être rédigé par l'entremise des avocats des parties ou par lui-même qui se présente alors comme la « plume » des parties. En toute hypothèse, le tiers missionné doit constater par écrit qu'un accord amiable est intervenu entre les parties. Il en va de même devant le juge à qui il revient de dresser procès-verbal de conciliation ou de médiation *judiciaire*.

Cette liberté dans les négociations se confrontent néanmoins au principe de bonne foi, d'ordre public, permettant d'envisager que seuls, le manquement au devoir d'information, et partant au devoir de transparence dans la communication des parties, suffisamment grave peut entraîner la responsabilité *contractuelle* de son auteur, de même que le manquement au principe de confidentialité, duquel découle aujourd'hui le respect du secret des affaires.

Cette souplesse dans la rupture des négociations, bien que contractualisées lorsque sont mis en oeuvre des processus de résolution amiable des différends, est essentielle à la conclusion d'un accord amiable efficient. Elle se justifie par ailleurs par le droit au recours au juge lequel demeure ouvert aux parties qui renoncent ou ne parviennent pas à la résolution amiable de leur différend sous la guidance du tiers missionné.

700. Conclusion de la section II relative à l'unité de régime contractuel du déroulement de la résolution amiable des différends.

La mise en œuvre des processus de résolution amiable des différends débute par la rencontre (ou la communication active) entre les parties au différend et le tiers missionné conciliateur, médiateur, avocats, selon le processus de négociation de la solution du différend choisi. Nous avons ainsi démontré que l'ensemble des processus de résolution amiable supposent la conclusion d'une convention liant le tiers missionné et les parties au différend permettant leur mise en œuvre. Ces conventions ont un contenu commun au regard des obligations auxquelles les parties au différend s'astreignent, tout en restant libres de les résilier à tout moment et sans motivation dans la limite du respect du principe de bonne foi et de l'ordre public. Elles partagent également un contenu commun avec l'accord amiable qui constitue leur objectif en ce qu'elles supposent la capacité des parties au différend qui s'engagent dans la résolution amiable procéduralisée de leur différend et un consentement, qui sous le contrôle du tiers missionné permet de purger de ses vices le consentement à l'accord amiable final. Elles se distinguent de ce dernier en ce qu'elles ne cristallisent aucunement la solution trouvée par les parties. Parce que d'une part, elles organisent la négociation et la formation de l'accord amiable et que, d'autre part, le recours au juge compétent du litige demeure à tout instant possible, elles sont librement résiliables dans la limite de l'atteinte au principe de bonne foi qui guide leur exécution.

Si la convention de procédure participative bénéficie d'un régime spécial au sein du Code civil, il nous paraît essentiel de reconnaître l'existence des conventions de conciliation et de médiation et, plus largement l'existence d'une catégorie des conventions préparatoires à la conclusion de l'accord amiable résolutif ou préventif du différend soumises à un régime

contractuel unitaire. Convention de conciliation, de médiation ou de procédure participative consistent en des conventions préparatoires à l'accord amiable, et sans doute moins en des « accords de principe ». L'accord de principe se définit comme l'entente initiale engageant ses partenaires à concourir de bonne foi à l'élaboration d'un contrat. Mais à la différence de l'accord de principe qui arrête dès l'origine la conclusion future du contrat projeté, les parties ne pouvant s'en dépendre, la conclusion de l'accord amiable est elle, libre. Les parties au différend demeurent libres, dans tous les cas de figure, de ne pas conclure l'accord amiable, le droit d'accès au juge étant par ailleurs garanti, et garantissant, de fait et indirectement, la liberté contractuelle dont l'une des composantes consiste en la liberté de ne pas conclure le contrat.

* *
*

701. Conclusion du Chapitre II relatif au régime contractuel de la mise en œuvre de la résolution amiable des différends.

Nous avons constaté qu'outre les conventions de conciliation, de médiation ou de procédure participative qui permettent la mise en œuvre effective de ces processus permettant la négociation et la conclusion de l'accord amiable résolutif ou préventif du différend, des invitations s'affirmant comme des obligations *conventionnelles* ou *légales* permettent le déclenchement de la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable et agissent comme de véritables au déclenchement de ces recours. Ces dernières ont le même objet : obliger les parties au différend à rencontrer le tiers missionné : conciliateur, médiateur, avocats dans le cadre de la procédure participative, juge par le biais d'audience spécialement dédiées ou encore commissions spécialement instituées. Cette obligation implique une obligation réciproque, lors de la première rencontre entre les parties au différend et les tiers missionnés, et à la charge de ces derniers : celle d'informer sur l'objet, le déroulement du processus, à savoir la conclusion de l'accord amiable satisfaisant au regard des besoins et intérêts des parties et efficace quant à ses effets. Les parties demeurent libres – par le poids de la liberté contractuelle – de ne pas mettre en œuvre le processus ou de ne pas conclure l'accord amiable. En outre, place est faite à la clause instaurant une tentative obligatoire de résolution amiable des différends préalable à la saisine du juge compétent du litige, dans la limite du droit au recours au juge de l'urgence. En aucun cas, ces clauses *extrajudiciaire* ou audiences obligatoires de résolution amiable des différends n'obligent les parties à conclure un contrat amiable, ni même à mettre en œuvre le processus de négociation choisi. En ce sens, elles demeurent de simples invitations, certes

marquées, de tenter de résoudre amiablement le différend. Toute la compétence et les qualités du tiers missionnée à la résolution amiable du différend se trouvent ainsi mobilisées au service du rapprochement des parties, par le biais du contrôle du principe de bonne foi, du respect de l'ordre public ainsi que de celui du principe de confidentialité. Ce dernier bien que pouvant être contractuellement aménagé dans le cadre des conventions organisant la mise en oeuvre des processus de résolution amiable des différends, peut engager tant la responsabilité du tiers missionné que celle des parties au différend en cas de violation.

Les conventions organisant la mise en oeuvre de la résolution amiable du différend par le processus choisi ont pour objet de contractualiser un ensemble de principes tant à l'égard du tiers missionné que des parties au différend, là où l'accord amiable, aboutissement du processus n'engage que les parties au différend. De fait, ils nous paraît peu judicieux de parler de conciliation ou médiation « *conventionnelles* » telles que figurant au livre cinquième du Code de procédure civile. Toute médiation, conciliation, entreprise dans le cadre *judiciaire* ou *extrajudiciaire* est par nature « conventionnelle » dans la mesure où elle repose pour sa mise en oeuvre sur la conclusion de conventions organisant leur déroulement. Dès lors, il paraît plus opportun de distinguer les conciliation et médiation *judiciaires*, des conciliation et médiation *extrajudiciaire* intervenant en dehors de la présence du juge.

* *
*

702. Conclusion du Titre II relatif la dimension contractuelle de la résolution amiable des différends.

L'ensemble des processus et procédures de résolution amiable des différends bénéficie d'une unité de régime contractuel, par application tant du droit commun que du droit spécial des contrats que ce soit pour leur déclenchement, leur déroulement car tous tendent vers le même objectif : la conclusion d'un contrat, amiable parce que renfermant la solution au différend.

La résolution amiable des différends, d'un point de vue procédural, prend pour but le règlement du différend et est principalement abordée sous cet angle par le législateur et la doctrine. Une approche contractuelle s'avère néanmoins essentielle en raison de la double nature que revêt la résolution amiable des différends. De ce point de vue, elle consiste à la fois en une procéduralisation et une contractualisation des négociations et de la conclusion de l'accord amiable. Elle est ainsi principalement guidée par le principe de liberté contractuelle et

le principe de bonne foi d'ordre public. Ce dernier s'analyse tant comme l'obligation d'exécuter de bonne foi les conventions organisant la mise en œuvre de la tentative de résolution amiable que comme l'obligation de négocier de bonne foi la conclusion de l'accord amiable et ce, sous couvert du principe de confidentialité, spécifique à la résolution amiable des différends.

* *
*

704. Conclusion de la Première Partie relative au ferment de l'unité : l'Amiable.

D'un point de vue procédural, l'amiable se définit donc comme l'ensemble des recours consacrés par le législateur permettant la résolution ou la prévention des différends lesquels consistent en des *processus ou procédures conventionnelles de résolution ou de prévention amiable des différends*. Leur recours peut être favorisé par des obligations conventionnelles – clauses prévoyant une tentative obligatoire de résolution amiable *extrajudiciaire* des différends – ou des invitations légales. L'ensemble de ces obligations prennent toutefois, de manière unitaire, pour objet la rencontre des parties au différend et du tiers missionné à la résolution amiable du différend. Indépendamment de ces leviers et dans tous les cas, ces recours à l'amiable sont fondés pour leur mise en œuvre sur une convention liant les parties au différend et le tiers missionné. Celles-ci ont pour objet d'organiser la mise en œuvre – par des obligations incombant à chacun – de la tentative par résolution amiable du différend, c'est-à-dire la recherche d'une solution au différend. Ce groupe de conventions organisent donc les négociations du différend ainsi que des besoins et intérêts des parties afin de permettre, au titre de leur but, la conclusion effective de l'accord amiable.

Reste que l'amiable, outre qu'il consiste en des moyens de recherche de solutions, se définit également comme un objectif : si d'un point de vue procédural, ces moyens tendent à la résolution du différend, d'un point de vue contractuel, cet objectif est rempli par la conclusion d'un accord venant cristalliser la solution du différend. Et force est de constater, que si la diversité des *procédures volontaires de résolution ou prévention amiable des différends* sous-tend une unité de régime contractuel, leur examen révèle une certaine diversité des accords amiables.

DEUXIÈME PARTIE

**LE MAINTIEN D'UNE CERTAINE DIVERSITÉ
DES ACCORDS AMIABLES**

705. La variété des buts de l'accord amiable. L'identification de l'accord amiable issu de processus ou procédures de résolution amiable des différends a permis de révéler plusieurs catégories d'accords amiables. L'accord amiable peut être résolutif du différend né ou encore préventif du différend à naître. Il peut encore avoir pour but de fixer une indemnité et consister en un accord amiable indemnitaire sans réelle existence d'un différend. À ce titre, il peut venir aménager les conséquences liées à la survenance d'un événement : rupture du contrat de travail, divorce, séparation, modalités d'exercice de l'autorité parentale. Il semble toutefois nécessaire d'exclure la renégociation du contrat liant à l'origine les cocontractants devenus parties à un différend né de leur relation contractuelle et qui, au terme d'une médiation, d'une conciliation ou négociation plus directe de leur différend parviennent non pas à un accord amiable, mais à une renégociation des droits nés de leur contrat d'origine. Nous avons ainsi constaté que la médiation en matière de conflits collectifs du travail aboutit à une convention collective ou un accord salarial, en réalité renégocié(e) à l'occasion de l'émergence et du traitement d'un conflit collectif. En définitive, les processus peuvent se muer en des procédures de renégociation contractuelle, en particulier dans l'hypothèse où une clause de résolution amiable obligatoire et préalable à la saisine du juge a servi de levier au déclenchement du processus. Cette variété de buts de l'accord amiable appelle à en retenir une conception large. Il pourrait être ainsi défini comme *l'acte juridique par lequel les parties d'un commun accord s'entendent définitivement : soit sur une solution à leur différend, qu'il s'agisse de le résoudre ou de prévenir sa survenance ; soit sur les conséquences liées à la survenance d'un événement.*

Mais au-delà de cette variété de buts de l'accord amiable, l'identification de l'objectif contractualisé des processus et procédures volontaires de résolution, de prévention, d'indemnisation ou d'aménagement amiable a permis de révéler qu'une qualification contractuelle variable peut être appliquée à l'accord amiable.

706. La variété des qualifications applicables à l'accord amiable. Tout d'abord, nous avons constaté qu'en ce qui concerne l'accord amiable indemnitaire, le législateur, dans le cadre spécifique de l'aménagement d'une indemnisation rapide des victimes, soumet expressément l'accord amiable au régime spécial du contrat de transaction. La difficulté tient à ce que l'accord amiable indemnitaire des victimes d'accident revêt la qualification de contrat de transaction alors même que l'existence d'une contestation ou d'un différend est discutable.

Outre cette précision légale concernant l'accord amiable aménageant l'indemnisation des victimes, le législateur dans le cadre des dispositions du droit commun procédural de la résolution amiable des différends demeure silencieux en ce qui concerne une éventuelle

qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable. La doctrine prenant le relais en matière de résolution amiable des différends se prononce pour un choix de qualification ouvert aux parties au différend, ou plus précisément aux rédacteurs d'actes. Ainsi, il est admis que l'accord amiable issu d'un processus ou d'une procédure de résolution des différends peut : soit consister en acte sous signature privée soumis aux dispositions des articles 1374 et suivants, tels qu'issus de la réforme du droit commun des contrats ; soit être spécialement qualifié de contrat de transaction régi par les articles 2044 et suivants du Code civil tels que modifiés, pour leur part, par les réformateurs de la justice du XXIème siècle. Dès lors, la question de l'opportunité du choix de qualification transactionnelle se pose pour l'accord amiable issu des procédures de résolution amiables des différends.

Car le choix de la qualification emporte certains enjeux. Le régime spécialement prévu par le législateur au contrat de transaction prévoit un effet particulier à ce contrat contenu à l'article 2052 du Code civil : une force confinante à celle de l'acte juridictionnel, le jugement. Si les codificateurs du Code civil reconnaissaient une autorité de chose jugée en dernier ressort au contrat de transaction, limitant les voies de recours contre cet acte juridique, les réformateurs de la modernisation de la justice du XXIème siècle ont reformulé l'article 2052 en paraphrasant l'autorité de chose jugée pour s'attacher à une expression contractuelle de cette force. Reste que, le contrat de transaction apparaît au terme de sa définition posée à l'article 2044 du Code civil comme un accord amiable ayant pour buts : soit la résolution définitive d'une contestation née ; soit la prévention définitive d'une contestation à naître.

Par ailleurs, au-delà de la qualification transactionnelle pouvant être appliquée à l'accord amiable, certains accords ne semblent pas revêtir systématiquement cette qualification, à l'instar de l'« accord amiable » en droit des entreprises en difficulté ou de l'accord amiable intervenant en matière de divorce, d'autorité parentale et d'obligation alimentaire.

Il paraît en conséquence indispensable de se pencher sur la diversité de qualifications contractuelles applicables à l'accord amiable (**Titre I**). Une analyse qui nous conduira à nous interroger, au-delà d'une apparente diversité sur le rôle fédérateur que peut jouer le droit commun des contrats tant au regard des conditions de validité, que des forces de l'accord amiable (**Titre II**).

TITRE I – L’expression de cette diversité : la pluralité de qualifications contractuelles

707. Le principe de liberté contractuelle au service du choix de qualification. Les parties, en vertu du nouvel article 1102 du Code civil – tel qu’issu de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations opérée par l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, modifié dans une certaine mesure par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 – sont libres notamment « *de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». Ainsi, la liberté contractuelle implique la liberté pour les parties de choisir la qualification appropriée à leur rencontre de volontés. Dès lors, le constat du silence du législateur dans le cadre des textes relatifs à la résolution amiable sur une éventuelle définition ou qualification contractuelle de l’accord issu des processus semble se justifier par le principe de libre qualification dont bénéficient les parties. Toutefois, deux tempéraments doivent être apportés à ce principe.

708. Les tempéraments au principe de libre qualification de l’accord amiable. En premier lieu, faisant échapper la qualification à la liberté contractuelle des parties, le législateur est venu imposer la qualification transactionnelle à l’accord amiable indemnitaire conclu entre la victime d’un accident et l’assureur de l’auteur de l’accident ou le fonds de garantie, sans que les parties ne puissent déroger à cette qualification. Dans le même ordre idée, nous constaterons qu’en droit pénal, le législateur a spécialement prévu la transaction pénale. Néanmoins, la question se pose de savoir si cette qualification transactionnelle appliquée à l’accord amiable indemnitaire ou dans le domaine pénal est opportune. Il s’agit de savoir si pareils accords amiables transactionnels sont soumis aux dispositions des articles 2044 et suivants du Code civil ou connaissent des adaptations de nature à dévoyer la notion.

En second lieu, un rôle important est dévolu au juge en matière de qualification ou devrions-nous de requalification contractuelle. En effet, le juge n’est pas en principe lié par la qualification initiale appliquée par les parties à leur accord amiable. En effet, au visa de l’article 12 alinéa second du Code de procédure civile, « [le juge] *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s’arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». Il est à cet égard intéressant de relever que si l’accord amiable fait échapper le litige à la mission du juge – laquelle consiste selon l’alinéa premier du même texte

à « [trancher] *le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* » – celui-ci peut officier, dans la mesure où des accords pathologiques lui sont soumis, à la requalification de l'opération juridique effectuée par les parties. Ainsi, deux hypothèses peuvent être envisagées : soit les parties ont qualifié leur accord amiable de contrat de transaction et le juge estime que les critères du contrat de transaction ne sont pas remplis, de sorte qu'il requalifie l'accord amiable en un autre acte dont la qualification contractuelle doit dès lors être discutée ; soit les parties n'ont pas expressément qualifié leur accord amiable de contrat de transaction et le juge contrôle la réunion des critères du contrat de transaction afin de redonner à l'accord de volontés sa juste qualification. Il existerait ainsi un véritable jeu de qualification contractuelle. Car nous l'avons compris, la qualification transactionnelle emporte des effets importants et spéciaux pour l'accord amiable. L'accord amiable transactionnel est en effet un contrat spécial dont la remise en cause est plus difficile au regard de son effet juridictionnel, les voies de recours étant fermées au regard de la contestation ou du différend qu'il règle, et ce, en raison de l'autorité de chose jugée, ou devons-nous dire transigée, qui lui est expressément conférée par le législateur.

709. Si toute transaction est un accord amiable, tout accord amiable n'est pas nécessairement une transaction. Nous devons donc examiner en premier temps les critères du contrat de transaction pour, ensuite observer le jeu de qualification pratiqué par les parties et contrôlé par le juge confronté à des accords amiables remis en cause devant lui. Il convient en effet de garder à l'esprit, qu'en pratique et le plus souvent, l'accord amiable intervenu entre les parties qu'il soit ou non qualifié de transaction demeure dans la sphère confidentielle de leur relation. Ce n'est que s'il fait l'objet de contestation de la part des parties – qu'un litige s'élève au regard de sa validité ou de son exécution – que la qualification peut devenir un enjeu devant le juge amené à se prononcer, sauf à ce que les parties aient prévu une clause de résolution amiable à leur contrat de transaction ou le recours à l'arbitre par une clause compromissoire, voir un panachage de processus. Nous comprenons dès lors la nécessité de prendre la mesure du choix de la juste qualification à appliquer à l'accord amiable lequel présente une certaine diversité quant à ses buts : résolusif, préventif, indemnitaire, ou encore d'aménagement de conséquences liées à la survenance d'un événement. Afin d'éviter toute difficulté, et la remise en question judiciaire de la qualification contractuelle de l'accord amiable, les rédacteurs d'actes – avocats accompagnant les parties dans la résolution amiable ou encore les tiers missionnés, à certains égards, doivent prendre la mesure de la qualification contractuelle applicable et générant des effets juridiques variables.

Afin de faciliter, l'examen de la diversité des qualifications contractuelles applicables aux accords amiables servant des buts variés, nous proposons de nous référer en premier lieu à un référent, contrat de transaction (**Chapitre I**), pour ensuite confronter l'accord amiable transactionnel à des notions voisines satellitaires et tenter de délimiter son champ d'application (**Chapitre II**).

Chapitre I – Un référent à l'accord amiable : le contrat de transaction

710. Les difficultés liées au contexte de la conclusion du contrat de transaction. Il convient de ne pas perdre de vue que le contrat de transaction peut être conclu sans qu'il n'ait donné lieu à la mise en œuvre d'un processus ou d'une procédure de résolution amiable des différends. C'est dire que ses négociations peuvent ne pas être procéduralisées ou plus précisément contractualisées en vue de sa conclusion. Le contrat de transaction apparaît – au regard des dispositions légales – détaché, à la fois, du reste de la matière de la résolution amiable des différends traitée sous un angle procédural au sein du Code de procédure civile, mais également du droit commun des contrats présent au Code civil puisque bénéficiant d'un régime spécial, au même de la convention de procédure participative. Le contrat de transaction se distingue de cette dernière convention et plus largement des conventions organisant la tentative de résolution amiable – de conciliation et de médiation – en ce qu'il cristallise la solution au différend. C'est au regard de ce contenu et de ses buts de résolution ou prévention définitives que le contrat de transaction se définit comme un accord amiable. Toutefois et d'un point de vue doctrinal, celui-ci est assimilé à un mode alternatif de résolution amiable des différends. Il s'agit à notre sens d'une confusion qu'il convient de rapidement lever. Au regard de l'ensemble de la technique contractuelle mise au service de la résolution amiable des différends, le contrat de transaction est bien moins un processus de résolution amiable des différends, que la qualification contractuelle applicable à l'accord amiable objectif des processus ou procédures de résolution amiable des différends. Sauf à considérer que le contrat en lui-même consiste en une procédure de consentement¹¹⁷⁷.

711. Les difficultés liées à la définition du contrat de transaction. Le contrat de transaction apparaît ainsi et à l'évidence comme un référent à l'accord amiable, d'autant que les codificateurs, et ce dès l'adoption du Code civil, avait déjà pris le soin de le définir à l'article 2044 du Code civil comme le « *contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître* ». S'il est possible d'affirmer que la transaction est un accord amiable, la question se pose de savoir si tout accord amiable est nécessairement une transaction. La difficulté d'apporter une réponse à cette question tient à la distorsion entre,

¹¹⁷⁷ J. Ghestin, *Les obligations – Le contrat : formation*, LGDJ, 3^{ème} éd. 1993, n° 182-292 sur la notion de procédure contractuelle laquelle peut être appréhendée comme la procédure qui conduit à la conclusion du contrat, qui est *contrahere* avant d'être *contractus*.

d'une part, une définition légale très large du contrat de transaction et, d'autre part, l'existence de choix de qualification contractuelle variable.

La définition de la transaction apparaît effectivement générale à deux égards. En premier lieu, elle ne donne aucune indication précise sur l'objet de ce contrat lequel est souvent réduit à la contestation. En second lieu, elle fait apparaître une distinction entre la *contestation née* et la *contestation à naître*, ce qui laisse sous-entendre que la transaction peut servir deux buts : soit être un accord amiable résolutif de la contestation – lorsqu'elle « termine » une contestation née – soit être un accord amiable préventif de la contestation, lorsque celle-ci n'est pas encore née. Et indéniablement, ce dernier cas de figure pose problème et soulève deux questions. Tout d'abord, il s'agit de savoir comment circonscrire la contestation à naître et ensuite, de manière plus sensible, nous pouvons nous interroger sur le point de savoir s'il est raisonnable de concevoir une transaction préventive d'une contestation à naître. D'autant que les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle n'ont pas jugé utile de modifier le terme de « *contestation* » présent à l'article 2044 du Code civil pour lui préférer celui de « *différend* » pourtant consacré au titre de la *résolution amiable des différends* du Livre cinquième du Code de procédure civile. Une définition qu'ils ont pourtant jugé utile de modifier en y intégrant l'exigence des « *concessions réciproques* ». Une fine analyse des critères du contrat de transaction, référent à l'accord amiable, s'impose donc naturellement (**Section I**), laquelle doit être complétée d'un examen de ses caractères généraux (**Section II**).

Section I – Les critères de qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable

712. Deux critères objectifs et un critère subjectif. L'article 2044 du Code civil, tel que modifié par les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle dispose dorénavant que « *la transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ». Cette définition, de prime abord laisse apparaître deux critères objectifs de qualification contractuelle : l'existence ou la prévisibilité d'une contestation et l'existence de concessions réciproques. La contestation est une condition particulière en raison du fait qu'elle préexiste – ou est au moins prévisible – avant même la conclusion du contrat de transaction, ce qui implique sa nécessaire délimitation (**Sous-section I**). Par ailleurs, les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle ont intégré au contrat de transaction l'exigence de concessions réciproques, laquelle était exigée jusqu'alors par la jurisprudence (**Sous-section II**). Toutefois, et outre ces deux critères spéciaux de qualification contractuelle apparents, il convient de s'interroger sur l'existence d'un critère

additionnel subjectif tenant à l'intention des parties animant le but de ce contrat tout à fait particulier (**Sous-Section III**).

Sous-section I – La nécessaire délimitation du différend dans le cadre transactionnel

713. Les difficultés liées à la notion de contestation. La définition du contrat de transaction posée à l'article 2044 du Code civil, modifiée par la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle ne fait aucune référence aux termes de « *différend* » ou de « *litige* » pourtant utilisés dans le cadre des textes promulgués plus récemment et instaurant un droit commun *judiciaire* et *extrajudiciaire* de la *résolution amiable des différends*. Nous pouvions, jusqu'à la réforme, le comprendre compte tenu du fait que les textes relatifs au contrat de transaction sont anciens puisque insérés au Code civil dès son édicition. Toutefois et étonnement, les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle ne sont pas venus modifier ce terme. Bien que le terme de « *différend* » soit utilisé aux articles 2048 et 2049 du Code, celui-ci ne lui a pas été préféré. L'article 2048 dispose en effet que « *les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu* », laissant entendre que le différend est un événement préexistant au contrat de transaction, une cause justifiant la conclusion du contrat. L'article 2049 prévoit, quant à lui, que « *les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé* »¹¹⁷⁸.

714. La notion de contestation serait-elle singulière au contrat spécial de transaction ou bien peut-elle être assimilée à la notion de *différend* plus largement admise en matière de résolution amiable ? Si l'exigence d'une contestation n'a jamais été remise en question parce que justifiant l'existence même du contrat de transaction, nous constatons en revanche que ce critère est soumis à débat en raison du fait que le législateur n'en donne aucune définition et qu'au surplus, les textes récemment édictés en matière de résolution amiable – en particulier le Livre cinquième du Code de procédure civile visant « *la résolution amiable des différends* » – évoquent le *différend* et non la *contestation* (§1). Par ailleurs, la singularité de la notion s'exprime au travers de la distinction entre la « *contestation née* » et la

¹¹⁷⁸ En outre, ces deux dispositions n'ont pas été modifiées par les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle.

« *contestation à naître* », laissant présager que le contrat de transaction peut être curatif d'une contestation née ou préventif d'une contestation à naître (§2).

§1. Les débats relatifs à la notion légale de « contestation »

715. Une approche procédurale de la notion de *contestation*. En raison de l'absence de définition légale de la notion de « *contestation* » et de son évocation spécifique au contrat spécial de transaction, cette notion ne manque pas de faire débat et ce principalement d'un point de vue procédurale. Si les auteurs classiques la percevaient comme une problématique primordiale pour délimiter la transaction, les auteurs contemporains ont plutôt tendance à la négliger. Au titre de cette approche procédurale, il convient toutefois de tenter d'ouvrir un spectre plus large de la notion, au regard des textes relatifs à la résolution amiable des *différends*.

716. Les enjeux du débat. Ceux-ci sont importants car il s'agit, en réalité, de retenir une conception plus ou moins restrictive de la possibilité de conclure un accord amiable transactionnel. Le cœur du débat consiste à déterminer si la caractérisation d'une contestation, dans le cadre du régime de la transaction, suppose uniquement l'existence d'un litige (*res litigiosa*) ou si elle requiert cumulativement la présence d'un doute (*res dubia*) et d'un litige (*res litigiosa*). Face aux atermoiements doctrinaux, il est nécessaire de reprendre l'analyse chronologique de la notion du contrat de transaction tel qu'il était conçu en droit romain (A), pour ensuite dégager, de manière plus précise, les conceptions classique et contemporaine de la notion spécifique de contestation (B). Nous pourrions alors proposer un approche qui puisse s'adapter plus largement à la résolution amiable des différends dont les processus et procédures visent la conclusion de l'accord amiable possiblement qualifiable de contrat de transaction.

A. L'absence de contestation et l'existence de la transaction en droit romain

717. La possibilité de conclure le contrat de transaction en l'absence de toute contestation. En droit romain, la possibilité de conclure un contrat de transaction était admise pour régler un litige né mais également, en l'absence de tout litige, même si celui-ci n'était pas prévisible.

Dans le premier cas de figure – celui d'un litige né – l'accord conclu par des parties au litige était alors véritablement amiable puisqu'il visait à régler cette situation litigieuse.

Dans le second cas de figure – celui où aucune difficulté de nature à faire naître un contentieux n’existait entre les parties – le contrat de transaction pouvait permettre d’éliminer toute incertitude dans les relations juridiques des parties, sans que celle-ci ne constitue véritablement un litige¹¹⁷⁹. Il est alors permis de s’interroger sur le point de savoir si pareil accord des parties pouvait être qualifié d’ « *amiable* » et de contrat de « *transaction* ». Les juristes ont admis que la transaction ne pouvait alors « avoir d’autre but que celui de mettre fin à une situation incertaine »¹¹⁸⁰. Après avoir cherché quel pourrait être l’objet de ce contrat, les auteurs en sont venus à la conclusion que l’aléa – ou le doute – consiste alors en l’objet de la transaction, lorsqu’il porte sur un litige à naître¹¹⁸¹.

718. L’appréciation large de la situation prétransactionnelle incertaine. La situation incertaine – le doute – préexistante à la conclusion de l’accord amiable transactionnel était au surplus admise en droit romain de manière large. D’aucuns ont ainsi fait observer qu’« il n’était pas nécessaire que ce doute prenne sa source dans un contentieux », il n’avait donc pas à être juridique, « il [pouvait] n’être que moral ou économique » et « l’incertitude [pouvait] porter sur l’existence présente ou future d’un droit, sa nature, son étendue, ses modalités ou même ses possibilités de réalisation matérielle »¹¹⁸². La situation prétransactionnelle incertaine n’avait donc pas besoin d’être nécessairement litigieuse. Plus précisément, certains auteurs ont considéré que l’objet de la transaction « doit avoir ce caractère particulier qu’il existe à son égard un droit douteux »¹¹⁸³.

En conséquence, le droit faisant l’objet de la transaction devait, au moins en partie, être incertain. Une conception issue de l’analyse des travaux préparatoires du Code civil au cours desquels Bigot de Préameneu affirmait qu’« il n’y aurait pas de transaction si elle n’avait pas pour objet un droit douteux »¹¹⁸⁴.

719. En définitive, en droit romain, la seule existence d’un droit douteux – que celui-ci

¹¹⁷⁹ P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2003, p. 634.

¹¹⁸⁰ M. Lachance, *Le contrat de transaction – Étude de droit international privé comparé et de droit international*, th. Université de Laval et université de Paris II, Bruylant, 2005, p. 50.

¹¹⁸¹ W. Dross et B. Mallet-Bricout (Dir.), *La transaction – Propositions en vue de la réforme du Titre XV, Livre troisième du Code civil*, collec. Perspectives sur la justice, La documentation française, spéc. p. 40.

¹¹⁸² *Ibid.*

¹¹⁸³ P. Pont, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IX, « Des petits contrats », t. II, Delamotte et fils, 1867, n° 569 ; Ég. G. Baudry-Lacantinerie, A. Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XXI, Larose et Tenin, 3^{ème} éd., 1907, n° 1200 ; Ég. L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, préf. Y. Lequette, th. Paris (Panthéon-Sorbonne), LGDJ, 2005, p. 85 s., n° 184.

¹¹⁸⁴ J.-G. Locré, *Procès-verbaux du Conseil d’État contenant la discussion du projet du Code civil*, t. VII, Imprimerie impériale, Paris, 1806, p. 458.

prenne ou non naissance dans un contentieux, un litige – suffisait à conclure valablement le contrat de transaction. L'existence de la *res dubia* étant appréciée de manière large, de sorte que la conclusion du contrat de transaction était de fait largement admise. Nous pouvons toutefois relever que cette conception issue du droit romain révèle l'intérêt d'une analyse portant sur l'objet même de ce contrat. Le droit romain pour sa part, concluait, sous le prisme de l'admission du contrat de transaction conclu en l'absence de litige, que le contrat de transaction a pour objet un droit douteux entendu de manière large, et ce dans tous les cas. De manière contemporaine, nous pouvons voir dans l'accord amiable transactionnel conclu en matière d'indemnisation des victimes d'accidents – de la circulation, médicaux, de pollution aux hydrocarbures ou d'actes terroriste – l'expression de ce contrat de transaction ne supposant pas l'existence d'une contestation ou d'un différend.

B. L'approche procédurale de la notion de contestation en droit positif

720. Attermoissements doctrinaux. Au fil des siècles, les auteurs classiques **(1)** et contemporains **(2)** se sont positionnés de manières sensiblement différentes dans leur appréhension – demeurée procédurale – de la notion de *contestation*.

1) L'approche procédurale classique

721. Position des problèmes. Dans le prolongement de l'analyse du contrat de transaction en droit romain et l'apparition dès 1804 à l'article 2044 du Code civil de la distinction entre « *contestation née* » et « *contestation à naître* », la question de savoir si la contestation se rapporte simplement à l'existence entre les parties, d'un litige, ou si, de façon plus restrictive, l'existence de la contestation est constituée par l'existence du cumul entre un litige – une *res litigiosa* – et un doute – une *res dubia* – a encore été débattue par les auteurs classiques¹¹⁸⁵ **(a)**. Ces derniers se sont, au surplus, interrogés sur le point de savoir si la caractérisation de la contestation suppose un droit d'action **(b)**.

a) L'admission du cumul d'une *res dubia* et d'une *res litigiosa*

722. L'attachement à la notion de doute. La doctrine classique, très attachée à la

¹¹⁸⁵ F. Julienne, « Art. 2044 à 2058 », Fasc. 10, « Transaction- Notion », *JCl. Civil Code*, spéc. n° 10 s.

notion de doute, a exigé le cumul de ces deux éléments – *litige* et *doute* – retenant par là-même, tout du moins en apparence, une conception plus restrictive de la possibilité de conclure un contrat de transaction¹¹⁸⁶. En apparence, car les auteurs classiques ont conservé une conception large du doute. Celui-ci pouvait ainsi porter sur l'existence du droit, sur sa naissance ou sur son étendue ou encore n'exister que dans la pensée des parties qui transigent¹¹⁸⁷. À cet égard, le simple doute sur l'issue d'un litige a pu « être considéré comme rendant le droit suffisamment douteux pour faire l'objet d'une transaction, cette crainte fût-elle d'ailleurs exagérée ou ce doute peu fondé »¹¹⁸⁸. L'exigence d'un doute ne remettait alors pas en cause la possibilité de conclusion d'une transaction à l'issue d'un procès, y compris dans le cas d'un jugement rendu en dernier ressort, l'incertitude pouvant au moins demeurer sur l'admissibilité du pourvoi en cassation¹¹⁸⁹.

723. La question de la sanction de l'absence de doute : nullité ou requalification contractuelle ? Il convient de préciser que l'absence de doute fondant la caractérisation de la contestation, condition de validité du contrat de transaction, n'avait pas pour effet d'emporter mécaniquement la nullité de la convention.

Les auteurs classiques ont en effet admis que l'absence de doute peut entraîner une requalification contractuelle. Ainsi, il a été affirmé que « si la convention intervenue à l'occasion d'un droit qui n'aurait rien d'incertain ou de douteux ne vaut pas comme transaction, ce n'est pas à dire qu'elle soit nécessairement non avenue d'une manière absolue et qu'elle ne puisse valoir à un autre titre »¹¹⁹⁰. La sanction consistant en une requalification de l'acte présente alors indubitablement l'avantage de ne pas anéantir l'accord de volontés des parties.

b) La contestation et l'existence d'un droit d'action

724. Position du problème. La doctrine classique s'est divisée sur la question de savoir si la caractérisation d'une contestation suppose l'existence d'un droit d'action, certains adoptant une approche processualiste, d'autres rejetant fermement l'exigence d'un droit d'action.

¹¹⁸⁶ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. XV ; Ég. M. Planiol et G. Ripert par P. Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Paris, 1953, p. 257.

¹¹⁸⁷ G. Baudry-Lacantinerie, A. Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil*, *op. cit.*, n° 1202.

¹¹⁸⁸ P. Pont, *Explication théorique et pratique du Code civil*, *préc.*, n° 570.

¹¹⁸⁹ F.-J.-J. Bigot de Préameneu, in J.-G. Locré, *op. cit.*, p. 461.

¹¹⁹⁰ P. Pont, *Explication théorique et pratique du Code civil*, *op. cit.*, n° 573.

725. L'approche processualiste et l'exigence de l'existence d'un droit d'action.

Boyer a, le premier, par une approche processualiste, affirmé que la transaction doit nécessairement porter sur un droit faisant l'objet d'une action¹¹⁹¹. Cette analyse implique comme conséquence que le litige et le droit d'action sont indissociables puisque le litige ne peut être caractérisé que si un procès est en cours ou en passe de l'être. En d'autres termes, la *res litigiosa* – c'est-à-dire l'existence d'une action ou la possibilité d'intenter l'action – constitue l'objet véritable de la transaction. L'auteur considère ainsi que l'objet de la transaction réside dans sa cause, de sorte que le litige est à la fois la cause et l'objet du contrat de transaction¹¹⁹². Boyer reprend ainsi l'enseignement de Domat pour qui la transaction termine et prévient les procès¹¹⁹³. Cette conception présente l'avantage, comme le soulève un auteur, de « permettre une explication théorique convaincante du fait que le litige peut survivre au jugement rendu par le juge et, partant, de justifier qu'une transaction peut intervenir après que la chose ait été jugée »¹¹⁹⁴.

726. Le rejet de l'exigence d'un droit d'action. Cette position a été contestée notamment par Boulan qui – se conformant à la lettre de l'ancien article 2044 du Code civil resté inchangé depuis la réforme de la justice du XXI^{ème} siècle en ce qui concerne la référence à la contestation – considère que la transaction éteint une « *contestation* » – et non un « *litige* » – reprochant à cette théorie de subordonner la validité de la transaction *extrajudiciaire* à l'existence d'un droit d'action¹¹⁹⁵. Dans le prolongement de ce raisonnement, il devient alors possible d'admettre la conclusion d'une transaction alors même que le droit d'action n'existe pas encore et de considérer la validité de la transaction portant sur des droits éventuels.

2) L'approche procédurale contemporaine

¹¹⁹¹ L. Boyer, *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, op. cit., p. 45 s.

¹¹⁹² *Ibid.*, spéc. p. 34 s. : l'auteur retient une conception particulière de la cause en procédant à une distinction entre la cause catégorique qui permet d'individualiser les conventions et dont la méconnaissance se traduit par la dénaturaion du contrat et non son annulation (ce qui semble correspondre à la cause objective) et la cause casuelle, relative aux motifs du contrat (que l'on peut rapprocher de la cause subjective).

¹¹⁹³ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre I, Titre 13, in *Œuvres de J. Domat*, par J. Rémy, Librairie Alex Gobelet, Paris, 1835.

¹¹⁹⁴ J. le Bourg, « Définir la transaction », in W. Dross et B. Mallet-Bricout, *La transaction : Propositions en vue de la réforme du Titre XV – Livre troisième du Code civil « Des transaction »*, Perspectives sur la justice, La Documentation Française, 2014, p. 42 s.

¹¹⁹⁵ F. Boulan, *La transaction en droit privé français*, th. dactyl., Université d'Aix-Marseille, Faculté de droit et des sciences économique d'Aix-en-Provence, spéc. n° 33 ; Ég. de manière contemporaine sur ce débat, L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, op. cit., p. 113 s., n° 254 s.

727. L'existence d'un droit d'action et le rejet de la notion de doute. Face au débat soulevé par les auteurs classiques, les auteurs contemporains se sont positionnés en faveur du maintien de l'exigence de l'existence d'un droit d'action et le rejet de la notion de doute **(a)**. Toutefois, à l'heure de la consécration de la réforme de la justice du XXI^{ème} siècle, il convient de remettre en cause la notion de *contestation* et de lui préférer celle de *différend* **(b)**.

a) L'existence d'un droit d'action et le rejet du doute

728. L'affirmation d'un droit d'action caractérisant l'existence de la contestation. De manière contemporaine, une frange marginale de la doctrine conteste encore l'affirmation de Boyer selon laquelle la contestation suppose l'existence d'un droit d'action. Le principal argument tient à ce que celle-ci se heurte à l'hypothèse dans laquelle c'est justement sur ce droit d'action que porte la transaction¹¹⁹⁶. Pour un auteur, le véritable objet de la transaction est composé à la fois d'une *res litigiosa* et d'une *res dubia*, de sorte que « l'incertitude d'un droit n'est donc pas un élément du litige ; elle en est un de ces premiers effets »¹¹⁹⁷.

Toutefois, la majorité de la doctrine contemporaine s'accorde aujourd'hui pour affirmer que la *res litigiosa* suppose l'existence d'un droit d'action¹¹⁹⁸. Ainsi, Madame Frédérique Julienne souligne que l'exigence d'un droit d'action correspond à la nature dualiste du contrat de transaction qui présente, outre une facette contractuelle, une dimension juridictionnelle. L'hypothèse de la transaction portant sur le droit même d'action n'étant qu'une exception au principe¹¹⁹⁹.

729. Le rejet de la notion de doute. L'exigence d'un doute au surplus de l'existence d'un litige était donc requise jusqu'à ce que les auteurs modernes, à l'instar de Boyer, délaissent la condition de la *res dubia* au profit de la seule *res litigiosa* adoptant ainsi une analyse plus souple de la conclusion du contrat de transaction¹²⁰⁰.

La doctrine contemporaine s'inscrit dans le prolongement de la doctrine moderne et avance différents arguments rendant difficile l'admission de l'intervention du doute dans la

¹¹⁹⁶ L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, *op. cit.*, p. 115, n° 259 : Par exemple dans le cas où il existe une incertitude sur la prescription d'un droit.

¹¹⁹⁷ M. Lachance, *Le contrat de transaction – Étude de droit international privé comparé et de droit international*, *op. cit.*, p. 54 s., spéc. p. 56 ; Ég. L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, *op. cit.*, p. 244 s.

¹¹⁹⁸ F. Julienne, « Art. 2044 à 2058 », fasc. 10, « Transaction- Notion », *JCl. Civil Code*, spéc. n° 12 ; ég. J. le Bourg, « Définir la transaction », *préc.*, p. 42.

¹¹⁹⁹ L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, *op. cit.*, p. 115, n° 259.

¹²⁰⁰ L. Boyer, *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, *op. cit.*, p. 34 s.

conclusion du contrat de transaction¹²⁰¹, à l'instar de Madame Frédérique Julienne qui évoque, à ce titre, une série d'arguments. Tout d'abord, l'auteur relève au regard des dispositions spécifiques au contrat de transaction, qu'aucun texte relatif au régime du contrat de transaction ne mentionne ou n'évoque l'exigence d'un doute laquelle permettrait de caractériser la contestation. Ensuite et surtout, il s'avère que le doute est une notion difficilement appréhendable par le droit. Il est en effet possible d'en retenir : soit une conception subjective – le doute existant alors dans l'esprit des parties – soit une conception objective, le doute étant alors relatif à l'application du droit positif. Or, le doute apparaît comme faisant partie intégrante de la matière juridique, de sorte qu'« il ne peut donc représenter un critère qualitatif opérationnel d'une notion »¹²⁰². Toutefois, un auteur contemporain a relancé l'idée de l'opportunité de se référer à la *res dubia* afin d'assurer la protection juridique de la partie faible signataire, en ce qu'il interdirait la conclusion de contrat de transaction sur un litige téméraire. Il s'agit alors de l'hypothèse dans laquelle l'accord amiable est conclu alors qu'une des parties ignore qu'une procédure judiciaire déboucherait nécessairement sur son succès¹²⁰³. Une hypothèse marginale d'autant qu'elle peut être évitée par la mise en oeuvre d'un processus de résolution amiable *judiciaire* ou *extrajudiciaire* – conciliation, médiation ou procédure participative – et l'entremise du tiers missionné lequel sécurise la conclusion de l'accord amiable, en renvoyant notamment les parties vers leurs conseils.

La jurisprudence est elle-même – dans sa grande majorité – indifférente à la caractérisation d'un doute au surplus de l'existence d'un litige pour justifier la conclusion d'un contrat de transaction, et semble, dans certains cas, assimiler cette notion de doute à la notion de litige. Le doute serait ainsi inhérent au litige. Si quelques décisions, au demeurant anciennes, se réfèrent de manière isolée, à la notion de doute en matière transactionnelle¹²⁰⁴, d'autres décisions proposent des solutions allant à l'encontre même de la notion de doute¹²⁰⁵. Cette indifférence des juges à l'égard de l'exigence d'un doute abonde ainsi dans le sens de la notion de contestation entendue uniquement comme une *res litigiosa* supposant l'existence d'un droit d'action.

b) La nécessité de consacrer la notion de différend

¹²⁰¹ J. le Bourg, « Définir la transaction », *op. cit.*, p. 44.

¹²⁰² F. Julienne, « Art. 2044 à 2058 », Fasc. 10, « Transaction- Notion », *JCl. Civil Code*, spéc. n° 14.

¹²⁰³ L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, *op. cit.*, p. 88 s., n° 172 s.

¹²⁰⁴ Cass. civ., 2 juill. 1895, *S.* 1895, 1, p. 311.

¹²⁰⁵ Cass. req., 12 nov. 1902, *préc.* : les juges admettent le recours à une transaction même si un jugement définitif a été rendu.

730. Le rapprochement des notions de contestation et de litige. *Le Grand Robert de la langue française* définit au sens du langage courant, la *contestation* comme « une discussion sur un point contesté, une attitude de remise en cause des idées reçues dans un groupe social », ou encore comme une « vive opposition ». *Le Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu se réfère à l'étymologie latine du terme et à la *contestatio*, dérivée du verbe *contestari*, signifiant prendre à témoin dans un procès, s'affronter en justice en invoquant des témoignages. Précisant que la notion prend pour synonymes le *litige*, le *différend*, la *contestation* est juridiquement définie comme le « ce sur quoi les intéressés sont en désaccord, réalité qui, une fois portée devant un juge devient l'objet du procès, la matière de la juridiction contentieuse mais qui existant dès que le désaccord éclate (litige né) peut faire l'objet avant recours à justice, soit d'un mode amiable purement volontaire de solution (transaction, renonciation), soit d'un mode mi-juridictionnel, mi-conventionnel (recours à l'arbitrage par compromis), cette dernière issue étant plus ouverte en certaines matières dès avant la naissance d'une contestation principale (ce que le défendeur conteste dans la demande initiale) que les contestations incidentes (sur la régularité de la procédure, la compétence de la juridiction, l'admissibilité d'un mode de preuve, etc.), toute décision ayant l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche »¹²⁰⁶.

Compte tenu du fait que les auteurs contemporains considèrent que la *contestation* sous-tend l'existence d'une *res ligiosa* et d'un droit d'agir, la notion doit être rapprochée du *litige*. Pour rappel, celui-ci est défini par *Le Grand Robert de la Langue Française* comme la « contestation donnant matière à procès ». *Le Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu lui attribue comme synonymes les termes de « procès » ou de « cause » avant de définir le *litige* « plus exactement » comme « le différend, désaccord, conflit considéré dès le moment où il éclate (litige né) comme pouvant faire l'objet d'une transaction, d'un compromis d'arbitrage entre autres modes de solution des litiges (renonciation) indépendamment de tout recours à la justice étatique », et « par extension » comme le « différend porté devant un tribunal et devenu la matière du procès, une fois saisie la justice »¹²⁰⁷.

À la lecture de ces définitions, il semble possible d'assimiler les notions de *contestation* et de *litige*. Néanmoins, la doctrine constate que si les deux notions de *contestation* et de *litige* sont présentées comme des synonymes, elles peuvent être distinguées dans la mesure où un *litige* peut exister indépendamment de toute *contestation*. Ainsi en est-il lorsque, par exemple,

¹²⁰⁶ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, préc., V° « Contestation ».

¹²⁰⁷ *Ibid.*, V° Litige

un débiteur sans nier le bien-fondé de la prétention de son créancier refuse de s'exécuter¹²⁰⁸. Cela étant, la doctrine s'accorde pour dire que le contrat de transaction suppose la détermination d'une contestation soustendant l'existence d'une *res litigiosa*. Par ailleurs, la Cour de cassation considère que la caractérisation d'une situation litigieuse préalable à la conclusion du contrat de transaction entre les parties est – au même titre que les concessions réciproques – un élément de qualification de ce contrat spécial¹²⁰⁹. Ainsi, existe-t-il une concordance entre la doctrine et la jurisprudence¹²¹⁰.

731. L'objet et la cause du litige. Concernant l'objet du litige, le premier alinéa de l'article 4 du Code de procédure civile dispose que « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* ». Par ailleurs, le texte prévoit, à son alinéa second, un certain formalisme. Ainsi, l'objet du litige – les pétentions respectives des parties – doivent être fixées par l'acte qui introduit l'instance mais également par les conclusions en défense, étant encore précisé que l'objet du litige peut être modifié sous la forme de demandes incidentes, dans la limite que ces dernières se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.

Par ailleurs, concernant la cause du litige et en l'absence de texte y ayant trait, une controverse a émergé en doctrine concernant la cause du litige. En droit processuel, la question s'est en effet posée de savoir en quoi consiste la cause du litige. La doctrine majoritaire s'accorde pour définir la cause du litige comme « *l'ensemble des faits juridiquement qualifiés* ».

En définitive, si l'objet du litige est caractérisé par les prétentions réciproques des parties et si sa cause consiste en l'ensemble des faits juridiquement qualifiés, l'action en justice et l'instance devant le juge ou l'arbitre prennent pour objet le litige. En revanche, le jugement ou la sentence arbitrale prennent pour objet la solution du litige, laquelle doit être en corrélation avec l'objet et la cause du litige.

732. L'absence de remise en cause de la notion de « contestation » dans le cadre de la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle. Celle-ci, comme son intitulé

¹²⁰⁸ D. le Ninivin, *La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile*, op. cit., n° 100 : « La résistance peut être active ou passive. La force d'inertie s'avère parfois très efficace et les procédés dilatoires susceptibles de décourager les créanciers les plus patients ».

¹²⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, n° 95-13.860, *Bull. Civ. I*, 1997, n° 137, p. 92 et Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2007, n° 06-12.494, NP : pour un rappel récent de l'exigence d'une situation litigieuse préalable à la conclusion de la transaction. Cet arrêt a été rendu à l'occasion d'une transaction réglant le sort d'une condition suspensive relative à une vente immobilière. En l'espèce, comme les parties avaient convenu que la condition ne pouvait se réaliser, les juges de la Cour de cassation considèrent qu'il n'y a pas de litige pouvant justifier une transaction.

¹²¹⁰ En ce sens, Ch. Boillot, *La transaction et le juge*, th. PU Clermont-Ferrand, LGDJ, 2003, vol. 16, n° 786 s.

l'indique, prend pour objet la justice et partant le traitement des litiges, de sorte que les modifications apportées au régime du contrat de transaction étaient inévitables. Ce contrat est en effet spécial, en ce qu'il permet un règlement – non pas contentieux – mais conventionnel de ce qui reste nommé la « *contestation* ». Les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle ont certes modifié la définition du contrat de transaction édictée lors de la codification du Code civil à l'article 2044 et restée inchangée depuis l'heure. Mais ils se sont contentés d'un simple ajout, d'importance, puisque marquant la prise en compte de l'exigence des concessions réciproques. Sans réelle réécriture, les termes du texte demeurent inchangés et il est ainsi toujours fait référence à la notion de « *contestation* » ainsi qu'à la distinction subtile entre « *contestation née* » et « *contestation à naître* ».

Pourtant, nous avons constaté que la notion de « *contestation* » en matière transactionnelle, a, depuis l'édition du Code civil, fait l'objet de débats doctrinaux et que la jurisprudence considère que la caractérisation d'une situation litigieuse préalable à la conclusion du contrat de transaction entre les parties est – au même titre que les concessions réciproques – un élément de qualification de ce contrat spécial¹²¹¹. Ainsi aurait-il été souhaitable que le terme de « *contestation* » soit modifié dans le cadre de la réforme.

733. Proposition. Dans le prolongement d'une part, de l'analyse contemporaine de la notion de *contestation* entendue comme une *res litigiosa* supposant l'existence d'un droit d'action, et, d'autre part, de la prise en compte des notions de *litige* et de *différend* dans le cadre de la transposition de la directive 2008/52/CE – ayant en particulier donné lieu au décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 créant le Livre cinquième du Code de procédure civile intitulé « *la résolution amiable des différends* » – il apparaît évident que le terme de « *contestation* » aurait dû être modifié. D'autant que les articles 2048 et 2049 du Code civil, à la suite de la définition du contrat de transaction, se réfèrent au « *différend* ».

Dans le cadre de nos développements, nous avons été amenés à retenir une définition de la notion de *différend*. Celui-ci consiste en une opposition de prétentions et de volontés comportant des éléments de fait et/ou de droit et des dimensions propres à son contexte (économique, financière, politique, psychologique, émotionnelle) pouvant faire l'objet de négociations en vue de la recherche commune de solutions et de conclusion d'un accord

¹²¹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, n° 95-13.860, *Bull. civ.* I, 1997, n° 137, p. 92 – Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2007, n° 06-12.494, NP : pour un rappel récent de l'exigence d'une situation litigieuse préalable à la conclusion de la transaction. Cet arrêt a été rendu à l'occasion d'une transaction réglant le sort d'une condition suspensive relative à une vente immobilière. En l'espèce, comme les parties avaient convenu que la condition ne pouvait se réaliser, les juges de la Cour de cassation considèrent qu'il n'y a pas de litige pouvant justifier une transaction.

amiable. Cette définition permet d'englober la dimension juridique du *différend*, le *litige* entendu comme une opposition de prétentions, comportant des éléments de fait et de droit, dont le juge est amené à être saisi et qui est tranchée par référence à une norme. Dans la mesure où, une procédure de résolution amiable des différends – se traduisant d'un point de vue contractuel et de manière unitaire par une négociation de l'accord amiable – peut être déclenchée et mise en œuvre alors même que le juge est saisi du *litige*, dimension juridique du *différend*, elle consiste dans tous les cas à une prise en compte plus large des dimensions économique, financière, politique, psychologique ou encore émotionnelle du conflit. Il est par ailleurs permis de déduire de l'article 2052 du Code civil et de l'effet attaché au contrat de transaction que la « *contestation* » suppose dans tous les cas une dimension contentieuse, c'est-à-dire une *res litigiosa* supposant l'existence d'un droit d'action. Toutefois, la phase de négociation et de conclusion du contrat de transaction suppose que soient pris en compte et traités le contexte juridique de l'opposition des volontés des parties et, au surplus et à la différence du jugement ou de la sentence arbitrale¹²¹², les dimensions autres que juridiques de l'opposition des besoins et intérêts des parties. Doivent ainsi être traité, outre la dimension juridique du *différend*, et si elles existent, les difficultés psychologiques, économiques, financières, émotionnelles ou encore politiques du conflit. Les procédures de résolution amiable prennent en effet pour objet le *différend*. L'objet du différend est déterminé, pour partie, par les prétentions réciproques des parties et sa cause par les faits pouvant être juridiquement qualifiés, en somme un *litige*. Toutefois, le *différend* englobe, pour une autre parties, des dimensions autres que juridiques de sorte que son objet s'étend aux prétentions réciproques des parties autres que juridiques (nous pensons par exemple aux excuses demandées par l'une des parties). La cause du différend est ainsi constituée par les faits pouvant être juridiquement mais également émotionnellement, psychologiquement, économiquement qualifiés. Le tiers missionné – conciliateur, médiateur, avocats – favorise la délimitation des composantes du différend dans le cadre de la résolution amiable du différend. En d'autres termes, l'action amiable prend pour objet un différend dont l'objet est plus large que le litige traduisant sa seule dimension juridique.

La question peut légitimement se poser de savoir si un différend peut avoir un objet uniquement constitué de prétentions autres que juridiques. Cela ne fait aucun doute, nous pouvons prendre l'exemple d'une simple dispute entre des conducteurs automobiles qui, sans arriver à l'accident ou à la confrontation physiques, échangent des insultes ou encore celui

¹²¹² Sauf à ce qu'ils soient rendus en amiable composition.

d'une dispute en famille. Dans d'autres cas, par exemple lorsque les parties sont liées par un contrat originaire, celui-ci peut donner lieu très facilement à un différend qui aura pour objet des prétentions juridiques des parties (par exemple, l'une prétend à l'inexécution contractuelle, l'autre s'en défend). Dans cette hypothèse, courante en pratique, peuvent s'ajouter des prétentions économiques, financières ou autres. Quoiqu'il en soit, en raison de l'effet spécialement prévu par le législateur à l'article 2052 du Code civil, le différend réglé par le contrat de transaction doit nécessairement être constitué d'une *res ligiosa*, et ce peu importe le moment de la conclusion de l'acte, que le juge soit saisi ou non de la composante juridique du différend. En revanche, si la conclusion du contrat de transaction implique nécessairement l'existence d'un litige, d'autres dimensions du différend peuvent être traitées dans le cadre de la phase de négociation, de formation et de conclusion du contrat. C'est ici toute l'utilité des processus et procédures de résolution amiable des différends.

734. En définitive, le *différend* présente ainsi de multiples facettes dont une dimension juridique nécessaire à la qualification du contrat de transaction justifiant que sa conclusion soit un obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet. Nous ne pouvons que regretter que les réformateurs de la Justice du XXIème siècle, soucieux de revoir le régime spécial du contrat de transaction des articles 2044 et suivants du Code civil, n'aient pas remplacé le terme de « *contestation* » par celui de « *différend* », notion consacrée par le Livre cinquième du Code de procédure civile et présente aux articles 2048 et 2049 du Code civil relatifs à ce contrat spécial.

§2. La distinction entre « contestation née » et « contestation à naître »

735. Une distinction légale. Aux termes de l'article 2044 du Code civil – et nous venons de l'analyser au regard du but du contrat de transaction – apparaissent deux situations dans lesquelles la transaction a vocation à intervenir. Le cas où une contestation est née entre les parties, et le cas – sujet à débat – de l'existence d'une contestation à naître entre les litigants. Certains auteurs déduisent de cette dichotomie légale, une distinction procédurale entre les transactions *judiciaires* (A) et les transactions *extrajudiciaires* (B) que nous critiquons.

A. La contestation née

736. La conclusion du contrat de transaction dans le cadre *judiciaire*. Lorsque le juge est saisi du litige des parties, il ne fait aucun doute que l'existence de la contestation est établie. La caractérisation de ce critère du contrat de transaction ne pose alors aucune difficulté particulière (1). Nous relevons toutefois une limite tenant au rejet du contrat de transaction portant sur un litige ayant déjà fait l'objet d'un jugement (2).

1) L'accord amiable transactionnel *judiciaire*

737. L'exercice du droit d'agir. Dans la mesure où la transaction revêt une dimension juridictionnelle en raison de son but consistant notamment, au visa de l'article 2044 alinéa premier du Code civil à terminer une « *contestation née* », et qu'au surplus, selon l'article 2052, tel que modifié et reformulé par les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle¹²¹³, « *la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* »¹²¹⁴, la situation de la contestation née ne pose pas de difficulté majeure.

En effet, la caractérisation d'un litige va de soi en raison du fait que, par hypothèse, les parties ont exercé leur droit d'agir en justice pour voir leur litige tranché par le juge. Les prétentions respectives des parties ont été délimitées dès l'assignation en justice. En effet, au visa de l'article 54 du Code de procédure civile, celle-ci, à peine de nullité doit contenir « 2° *l'objet de la demande avec un exposé des moyens de fait et de droit* ». La saisine du juge caractérise l'existence d'une *res litigiosa* supposant l'existence d'un droit d'action. La « *contestation* » est caractérisée, peu importe le stade de la procédure contentieuse auquel la conclusion du contrat de transaction intervient.

Toutefois, la mise en œuvre un processus de résolution amiable – conciliation, médiation, procédure participative ou droit collaboratif – dans le cadre *judiciaire* est de nature à permettre une prise en compte plus large du *différend* des parties. L'intérêt est en effet de ne pas le limiter à sa seule dimension juridique – le *litige* – et de prendre en compte d'autres dimensions qui peuvent s'y ajouter et que seule la négociation raisonnée permet de traiter.

2) Une limite : le rejet de la transaction portant sur un litige ayant fait l'objet d'un jugement

¹²¹³ Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, préc.

¹²¹⁴ Voy. l'anc. art. 2044 alinéa premier : « *Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* ».

738. Position du problème. Un accord amiable transactionnel peut-il être conclu au regard d'un litige ayant déjà fait l'objet d'un jugement devenu définitif ? Cette question se pose avec d'autant plus d'accuité que si l'ancien article 2056 du Code civil disposait que « *la transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance est nulle* », les réformateurs de la Justice du XXIème ont éliminé cette disposition. Cet élagage signifie-t-il qu'il est dorénavant admis qu'une transaction puisse être conclue sur un litige ayant déjà fait l'objet d'un jugement devenu définitif pour son traitement ?

739. Le recours au droit commun des contrats : le fondement de l'erreur. Les réformateurs ont en effet procédé, dans le cadre de la modernisation de la justice du XXIème siècle, à un « nettoyage » car « les articles supprimés ne faisant que reprendre des règles de droit commun, celles-ci n'avaient pas à être énoncées à nouveau, surtout de manière hasardeuse et imprécise »¹²¹⁵ dans le cadre des dispositions spéciales prévues pour le contrat de transaction aux articles 2044 et suivants du Code civil. La règle de l'ancien article 2056 du Code civil qui exprimait – d'un point de vue procédural – l'interdiction de la conclusion la transaction sur un procès terminé apparaissait comme une redite de l'application de la règle du droit commun des contrats relative au vice du consentement de l'erreur. Celle-ci consistant pour les parties ou l'une d'elles – d'un point de vue contractuel – à ne pas avoir eu connaissance du jugement intervenu entraîne alors la nullité de l'accord amiable transactionnel. À cet égard, l'alinéa second de l'article 2052 du Code, qui, dans le cadre de la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle, a également définitivement disparu, apparaissait, en ce qui concerne l'erreur, également comme une redite du droit commun des contrats.

Pour sa part, la doctrine exclut la possibilité de transiger sur un litige ayant déjà fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée¹²¹⁶. En effet, admettre pareille possibilité, reviendrait à fragiliser l'autorité de la chose jugée du jugement. Toutefois, cette solution ne peut valoir pour les jugements d'avant dire droit ne mettant pas fin à un litige. Dans ce cas, l'accord amiable transactionnel n'encourt pas la nullité¹²¹⁷. Au surplus, il convient de relever que la jurisprudence valide la transaction conclue dans le but de régler les contestations

¹²¹⁵ Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la « Justice du XXIème siècle » - Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 », *JCP G*, 28 nov. 2016, doctr., spéc. n° 48, p. 1295.

¹²¹⁶ F. Julienne, « Art. 2044 à 2058, fasc. 10, « Transaction- Notion » », *JCl. Civil Code*, spéc. n° 16.

¹²¹⁷ Par ex. Cass. soc., 27 avr. 1951, *Bull. civ.* III, 1951, n° 330.

pouvant intervenir à l'occasion de l'exécution d'un jugement¹²¹⁸.

740. Quid du différend réglé par une transaction ? La réciprocité est vraie : un litige réglé par une transaction ne peut par la suite faire l'objet d'un jugement. Pour rappel, l'article 2052 du Code civil, tel que réécrit dans le cadre de la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, précise dorénavant que « *la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». L'autorité de chose jugée de la transaction exprimée à l'ancien article 2052 du Code civil a été ainsi reformulée. Reste que l'effet de cette autorité de chose transigée interdit au même titre que l'autorité de chose jugée du jugement que le litige ainsi résolu par le contrat de transaction ne donne lieu à jugement.

B. La délicate notion de « contestation à naître »

741. Position du problème. La notion de « *contestation à naître* », présente à la définition du contrat de transaction à l'article 2044 du Code civil, est, quant à elle, beaucoup plus délicate à mettre en œuvre. Le législateur n'ayant pas donné de définition à la notion de contestation, ni préciser la distinction entre contestation née et contestation à naître, cette dernière a fait débat en doctrine **(1)**. Cette notion de contestation « *à naître* » pose les questions de l'admission d'une part de l'accord amiable transactionnel portant sur des droits éventuels **(2)** et d'autre part, de l'accord amiable transactionnel portant sur des droits futurs certains **(3)**.

1) Le débat doctrinal relatif à la notion de « *contestation à naître* »

742. Difficultés de mise en œuvre. Selon certains auteurs, tant qu'un litige n'est pas né, il est impossible de le régler par des concessions réciproques, de sorte que la possibilité de conclure une transaction sur une contestation à naître serait un non-sens¹²¹⁹. D'autres, en

¹²¹⁸ Cass. req., 12 nov. 1902, *préc.* : « Il résulte de l'article 2056 que les droits reconnus par un jugement définitif peuvent cependant faire l'objet d'une transaction valable, si la partie qui a obtenu cette décision préfère couper court, par un arrangement amiable, aux difficultés de fait que présenterait son exécution » – Ég. Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 1957, *Bull. civ.* I, 1957, n° 135 : Toutefois dans cette hypothèse, la validité de la transaction est conditionnée par la connaissance des deux parties de l'existence de la décision judiciaire, faute de quoi, la transaction est susceptible d'être annulée sur le fondement de l'erreur prévue à l'article 2056 du Code civil.

¹²¹⁹ L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, *op. cit.*, p. 244 s. : l'auteur démontre qu'« on peut dire que la transaction implique des concessions réciproques, que des concessions réciproques impliquent pour leur part, la formulation préalable des prétentions opposées ; or la formulation de prétentions contraires fait naître un litige, de sorte que la transaction ne peut mettre fin qu'à un litige déjà né. L'exigence de concessions réciproques implique que la situation prétransactionnelle soit litigieuse ».

revanche, à l'instar de Madame Frédérique Julienne, précisent que les critères de caractérisation d'une contestation divergent, en fonction de la situation juridique pré-transactionnelle considérée. Selon cet auteur, deux hypothèses se distinguent selon que la contestation trouve sa source dans un fait **(a)** ou un acte juridique **(b)**.

a) La contestation s'élevant à l'occasion d'un fait juridique

743. L'hypothèse de l'accord amiable « indemnitaire » spécialement qualifié de contrat de transaction par le législateur. Le cas se présente lorsqu'après la réalisation d'un dommage – consécutif à un accident de la circulation, un accident médical, un acte de terrorisme ou encore une pollution aux hydrocarbures – le montant de l'indemnisation donne lieu à un désaccord entre la victime et la compagnie d'assurance de l'auteur du dommage. Dès la réalisation du dommage, la victime peut se prévaloir du régime légal de la responsabilité délictuelle et agir en justice pour obtenir réparation. Son droit à agir est donc déjà né et toute opposition formulée de la part de l'assureur caractérise une contestation.

Néanmoins, nous avons constaté que la victime, afin d'obtenir une indemnisation plus rapide de son préjudice, bénéficie de la possibilité d'obtenir une offre d'indemnisation transactionnelle *extrajudiciaire* de la part de l'assureur de l'auteur du dommage ou du Fonds d'indemnisation des victimes au titre de la solidarité nationale. L'acceptation de l'offre d'indemnisation transactionnelle émise par l'assureur ou le Fonds entraîne la conclusion d'un accord amiable indemnitaire qualifié de contrat de transaction soumis aux articles 2044 et suivants du Code civil. L'accord amiable transactionnel peut alors venir fixer l'indemnisation de la victime ou qu'une partie, qui, pour le reste, peut être portée devant le juge compétent¹²²⁰.

b) La contestation s'élevant à l'occasion d'un acte juridique

744. L'importance du moment de la conclusion de l'acte. D'aucuns voient dans la notion de la contestation à naître, la seule hypothèse de la « *transaction extrajudiciaire* »¹²²¹. Un auteur en particulier soutient que le critère prépondérant de caractérisation d'une

¹²²⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 27 avr. 1988, n° 88-11.788, *Gaz. Pal.* 1988, 2 pan. jurispr., p. 176 – Cass. civ. 2^{ème}, 8 nov. 1989, n° 88-16.960, *Bull. civ.* II, 1989, n° 199 ; *JCP G*, 1990, IV, p. 5 : La transaction peut ne concerner que la question du partage de responsabilité.

¹²²¹ F. Julienne, « Art. 2044 à 2058 », fasc. 10, « Transaction- Notion », *JCl. Civil Code*, spéc. n° 17 – Ég. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 8^{ème} éd. 2016, p. 630, n° 1102.

contestation découle du moment de la conclusion de l'acte¹²²². À cet égard, deux hypothèses doivent ici être distinguées. Tout d'abord, la situation dans laquelle des parties envisagent la conclusion d'un contrat (**I**), ensuite celle où les parties sont déjà liées par un contrat (**II**).

I. La contestation naissant au moment de la formation du contrat envisagé

745. L'impossibilité de la conclusion d'un contrat de transaction. Madame Frédérique Julienne soutient que les oppositions nées avant la conclusion de l'acte ne donnent pas lieu à une contestation au sens où on l'entend en matière de contrat de transaction. Ainsi par exemple, lors de la période précontractuelle d'un contrat de vente, les désaccords entre les acteurs relèvent de la négociation du contrat et ne peuvent fonder la conclusion d'un contrat de transaction¹²²³.

746. L'hypothèse de la rupture brutale de pourparlers contractuels. La rupture brutale de la phase de négociations du contrat envisagé par l'une des parties peut ouvrir droit à une action en responsabilité délictuelle¹²²⁴. Dès lors, il est possible d'imaginer qu'une contestation étant née, elle puisse se résoudre par la conclusion d'un contrat de transaction. Toutefois, comme le relève Madame Frédérique Julienne, l'hypothèse paraît peu envisageable, car les circonstances de la rupture et de la naissance de la contestation sont marquées par la volonté de l'une des parties de ne pas conclure le contrat envisagé. Cette volonté s'exprimera d'autant plus difficilement en vue de la conclusion d'un contrat de transaction qui règle cette contestation née de la rupture brutale des pourparlers. Dès lors, cette hypothèse se présente comme l'archétype d'une situation litigieuse caractéristique d'un défaut de volonté de contracter et de mener de bonne foi les pourparlers. De fait, la confiance des parties dans la résolution par un accord amiable transactionnel semble difficile à restaurer, sauf à considérer par exemple une opération contractuelle plus globale entre entreprises entretenant des relations commerciales prolongées. Dans ce cas et en pratique, un processus de résolution amiable des différends faisant intervenir un tiers – conciliation, médiateur, avocats collaboratifs – peut permettre de surmonter une situation de blocage dans les pourparlers et permettre le maintien des relations commerciales prolongées : soit par le biais de la conclusion d'un accord amiable transactionnel permettant de réparer la rupture brutale des pourparlers ayant généré un

¹²²² F. Julienne, « Art. 2044 à 2058 », fasc. 10, « Transaction- Notion », *JCl. Civil Code*, spéc. n° 17.

¹²²³ *Ibid.*

¹²²⁴ J. Ghestin, « Rupture abusive des pourparlers : responsabilité délictuelle », *JCP G* 2007, I, 155 ; *ibid.*, « ... Dommages réparables », I, 157.

dommage pour l'une des parties ; soit par la conclusion du contrat envisagé mais dans des conditions répondant aux besoins et intérêts des cocontractants engagés dans une opération contractuelle plus globale.

II. La contestation née de l'interprétation, de la validité ou de l'exécution du contrat conclu

747. L'admission de la conclusion de l'accord amiable transactionnel. Les parties peuvent être liées par un contrat originaire dont la conclusion ou l'exécution soulève des différends. À cet égard, nous avons constaté que les parties par l'intermédiaire des rédacteurs d'actes peuvent anticiper la survenance des différends contractuels en insérant au contrat originaire une clause de conciliation, de médiation, ou encore de procédure participative, obligeant au déclenchement d'une tentative obligatoire de résolution amiable *extrajudiciaire*.

Dès que le contrat souhaité par les parties est conclu, toute opposition relative à son interprétation, sa validité, son exécution soustendant l'existence d'un droit d'agir en justice constitue une contestation au sens de l'article 2044 du Code civil et peut donner lieu à la conclusion d'un accord amiable transactionnel.

2) Le rejet de la transaction portant sur droits éventuels

748. Position du problème. Un droit éventuel se définit comme un droit, non encore venu, qui existe à l'état d'expectative et qui, incertain en son principe comme un droit conditionnel, diffère de ce dernier en ce qu'il ne rétroagit pas lorsque l'événement dont il dépend l'actualise¹²²⁵. Il s'agit en d'autres termes d'un droit subjectif qui peut résulter d'une situation juridique en voie de formation. En présence d'une « *contestation à naître* », la question de savoir si une transaction doit porter uniquement sur des droits acquis ou si elle peut porter sur un droit éventuel, simplement hypothétique, a fait débat en doctrine.

749. L'incertitude. Si le droit romain, nous l'avons constaté, admettait qu'une transaction puisse être conclue sur un droit subjectif, apprécié en la personne d'un cocontractant, les auteurs classiques se sont opposés sur cette question à l'instar de Boyer

¹²²⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Subjectif - Droit ».

réticent à l'idée que la transaction puisse porter sur de tels droits¹²²⁶. Boulan, a, pour sa part, adopté une position contraire, partisan de la reconnaissance d'une transaction sur les droits éventuels¹²²⁷.

Sur le versant jurisprudentiel, les solutions dégagées ne permettent pas d'affirmer clairement la possibilité de conclure un contrat de transaction portant sur des droits éventuels. Les auteurs contemporains ne signalant qu'une décision isolée et au surplus très ancienne¹²²⁸. Il semble toutefois nécessaire par souci de sécurité juridique de rejeter la possibilité de conclure un accord amiable transactionnel portant sur une contestation fondée sur des droits éventuels en présence d'une partie faible au contrat.

3) L'admission de la transaction portant sur des droits futurs certains

750. La distinction jurisprudentielle entre droits futurs certains et droits futurs incertains. Nous constatons que la jurisprudence est plutôt marquée par une tendance à distinguer les droits futurs certains des droits futurs incertains, seuls les premiers pouvant faire l'objet d'un accord amiable transactionnel. Une position qui s'apparente, selon Madame Frédérique Julienne, à la démarche poursuivie en matière de responsabilité délictuelle pour déterminer les dommages réparables ou non¹²²⁹. Ainsi, plusieurs cas se sont présentés en jurisprudence et attestent de cette tendance.

En premier lieu, la jurisprudence est venue exclure la validité de l'accord amiable transactionnel dont la contestation portait sur des droits simplement futurs dans les relations patrimoniales entre époux. Les époux ne peuvent, par exemple, transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire alors qu'aucune procédure de divorce n'a pas été engagée¹²³⁰.

En second lieu, de manière plus subtile et concernant les transactions conclues dans le cadre de la réparation des dommages, la question s'est posée de savoir si les transactions ainsi conclues font obstacle à la réparation d'une aggravation postérieure du préjudice. Les juges semblent dissocier l'hypothèse d'une aggravation prévisible d'un préjudice déjà né, de celle d'un

¹²²⁶ L. Boyer, *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préc., p. 46.

¹²²⁷ F. Boulan, *La transaction en droit privé positif*, préc., n° 33.

¹²²⁸ Cass. civ., 31 déc. 1835, *S.* 1836, I, p. 189 ; *D.* 1836, 1, p. 321 : « [...] On se saurait déduire de l'article 2045 du Code civil, que des parties majeures, ayant toute la capacité nécessaire pour contracter et même pour aliéner, ne puissent pas transiger sur des prétentions éventuelles et sur des droits qui ne seraient ouverts que postérieurement à la transaction [...] ».

¹²²⁹ F. Julienne, « Art. 2044 à 2058, fasc. 10, Transaction- Notion », *JCl. Civil Code*, n° 18.

¹²³⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 21 mars 1988, n° 86-16.598, *Bull. civ.* II, 1988, n° 74 ; *Gaz. Pal.* 1989, 1, p. 38 – Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 1991, n° 90-11.008, *Bull. civ.* II, 1991, n° 140.

préjudice nouveau ou d'une aggravation imprévisible. La jurisprudence rappelle de manière récurrente, en droit des assurances, que la victime ne peut demander alors réparation – sans se voir opposer l'accord amiable transactionnel conclu – que dans le cas d'un préjudice nouveau ou d'une aggravation imprévisible du dommage¹²³¹. Ce même raisonnement a d'ailleurs été repris en matière de responsabilité professionnelle médicale¹²³².

Enfin, et en troisième lieu, une distinction doit être opérée entre l'hypothèse qui touche l'existence d'un droit et celle qui ne concerne que son exercice. Dans cette deuxième situation, la conclusion d'un accord amiable transactionnel peut être envisagée, mais à la condition que le problème de l'exercice éventuel d'un droit soit expressément réglé. Cette solution a été notamment dégagée en matière du contrat de transaction intervenant pour mettre fin à contestation relative aux conséquences d'un licenciement à propos de la renonciation de l'exercice du droit à la priorité de réembauchage¹²³³.

En définitive, seuls les droits dont l'existence est acquise et non les simples expectatives peuvent faire l'objet d'un contrat de transaction.

751. Conclusion de la Sous-Section I. Les auteurs contemporains s'accordent pour affirmer que la contestation s'entend d'un litige, une *res litigiosa*, supposant l'existence d'un droit d'action fût-il futur mais devant être certain. À l'heure de la modernisation de la justice du XXIème siècle, il paraît souhaitable d'un point de vue procédural de préférer la notion de *différend* à celle de *contestation*. Celui-ci dans le cadre de la conclusion de l'accord amiable transactionnel doit avoir nécessairement une dimension juridique – une *res litigiosa* supposant l'existence d'un droit d'action – mais peut également avoir d'autres composantes – économique, financière, psychologique, émotionnelle, politique – devant être traitées afin de favoriser la conclusion d'un accord amiable transactionnel efficient et satisfaisant pour l'ensemble des parties au regard de leurs besoins et intérêts. Nous pouvons regretter que les réformateurs de la justice du XXIème siècle n'aient pas harmonisé sur ce point la définition du contrat de transaction, alors même que certains textes du régime spécial du contrat de transaction se réfèrent au *différend* et qu'au surplus ce terme a été choisi dans le cadre de l'adoption des textes relatifs à la « *résolution amiable des différends* », ainsi dénommée, au titre du livre cinquième du Code de procédure civile.

¹²³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1971, n° 69-10.795, *Bull. civ. I*, 1971, n° 35 – Cass. civ. 2^{ème}, 19 déc. 1977, n° 76-12.559, *Bull. civ. II*, 1977, n° 243.

¹²³² Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 2003, n° 01-10.333, NP : pour le cas de l'aggravation d'un dommage lié à la pose d'implants dentaires.

¹²³³ Cass. soc., 29 nov. 2000, n° 98-43.518, NP.

Par ailleurs, une distinction doctrinale a été avancée révélant l'existence de l'accord amiable transactionnel dit « *judiciaire* », lequel met fin au procès et l'accord amiable transactionnel « *extrajudiciaire* » ayant pour but de prévenir, au sens d'éviter ou poursuivre le procès. Toutefois, dans tous les cas, le droit, objet de la contestation – actuelle ou future – doit exister actuellement. Si le différend peut être à naître, le droit litigieux, quant à lui, doit être actuel¹²³⁴. Ainsi l'accord amiable transactionnel portant sur un droit futur et éventuel est nul pour absence d'objet, une nullité venant sanctionner son inexistence¹²³⁵.

En pratique, lors de la rédaction de l'accord amiable transactionnel, le différend doit être précisément délimité. Il constitue à notre sens, la cause de la conclusion de ce contrat particulier. Une cause commune, au sens du langage courant, aux conventions préparatoires à la conclusion de l'accord amiable résolutif ou préventif du différend. Les conventions de conciliation, de médiation ou convention de procédure participative permettent en effet par une procédure adaptée une tentative de mise en œuvre d'une tentative de négociation, de formation et de conclusion de l'accord amiable. Ce dernier peut, de fait, recevoir une qualification transactionnelle, dès lors que le différend sous-tend l'existence d'un droit d'agir actuel. Le but du contrat de transaction est double : il peut, dans la limite du respect de l'ordre public, soit consisté en un accord amiable curatif du différend né, soit être préventif d'un différend à naître dans la mesure où il porte sur des droits futurs certains. L'objet du contrat de transaction consiste davantage en la solution apportée au *différend* : les concessions réciproques des parties.

Sous-Section II – L'exigence légale tenant à l'existence de concessions réciproques : la solution au différend

752. Une consécration légale au titre du contenu du contrat de transaction.

L'ancienne rédaction de l'article 2044 du Code civil ne faisait aucune référence à la solution de

¹²³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, n° 01-17.094, *Bull. civ. I*, n° 30 : « Aucune instance en divorce n'étant engagée à la date du 11 avril 1988 [date à laquelle les époux avaient partagé leur communauté, après séparation de corps et compensé la soulte due par l'épouse avec une prestation compensatoire dont l'époux se reconnaissait débiteur], les époux ne pouvaient valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire ; la cour d'appel a exactement décidé que la clause sur cette prestation figurant à l'acte notarié était nulle de plein droit », la prescription de droit commun était applicable à l'action en nullité exercée par l'époux – Pour la rupture du contrat de travail, Cass. soc., 29 mai 1996, n° 92-45.115, *Bull. civ. V*, n° 215 ; *D.* 1997, 49, note Chazal, : « La transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue est définitive, tel n'est pas le cas de l'accord signé par les parties, qui n'est pas destiné à mettre fin au contrat de travail, mais à régler les conséquences d'un licenciement accord conclu avant la réception par le salarié de la lettre de licenciement ».

¹²³⁵ L. Aynès, Ph. Malaurie, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, p. 630, n° 1102.

la contestation¹²³⁶. Face à cette approximation de l'ancienne rédaction de l'article 2044 du Code civil, la jurisprudence était venue compenser les insuffisances et la lacune en prévoyant que les transactions ne seraient pas valables sans concessions réciproques des parties. Les juges ont ainsi posé la règle selon laquelle constitue un contrat de transaction au sens de l'article 2044 du Code civil, un accord qui a pour objet de mettre fin à un différend s'étant élevé entre les parties et qui comporte des concessions réciproques, quelle que soit leur importance relative¹²³⁷. Et la règle n'a pas varié¹²³⁸ et a également été admise de manière unanime par la grande majorité des auteurs¹²³⁹.

C'est donc naturellement que les réformateurs oeuvrant pour la modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle ont ajouté cette condition essentielle à la réécriture de l'article 2044 du Code civil, réduit à un seul alinéa, lequel dispose dorénavant que « *la transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* »¹²⁴⁰. La condition de l'existence de concessions réciproques apparaît ainsi au cœur de la définition du contrat de transaction, au même titre que la contestation. Il paraît indispensable de préciser les contours de cette condition bénéficiant aujourd'hui une reconnaissance légale (§1), afin d'analyser les difficultés soulevées tant par sa caractérisation (§2) que par l'identification de la sanction applicable au cas où celle-ci feraient défaut (§3).

§1. La notion de concessions réciproques

753. Une conception souple au service d'une admission extensive de l'accord

¹²³⁶ Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^{ème} siècle » - Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *op. cit.*, spéc. n° 41 et 42 : Comme le relève l'auteur, cette lacune tenait aux conditions de rédaction des dispositions relatives aux transactions à l'époque de l'édition du Code civil et à la soumission aveugle aux travaux de Domat pour qui on pouvait transiger « sans rien donner, et sans rien compromettre ». Une conception libérale de la transaction qui s'écartait du modèle romain, celui du Code Justinien qui cite Ulpien, ou plus précisément encore, Dioclétien et Maximien lorsque ceux-ci énoncèrent la règle exactement inverse à l'opinion de Domat : « *transactio nullo dato, vel retento, seu promisso, minime procedit* ». Par ailleurs, et de manière contemporaine, l'étude du droit comparé révèle qu'il s'agissait d'une exigence déjà couramment admise dans les régimes d'origine romano-germanique ou anglo-saxon, à l'instar du droit allemand qui la prévoit expressément (*BGB*, § 779).

¹²³⁷ Cass. soc., 5 janv. 1994, n° 89-40.961, *Bull. civ.* V, 1994, n° 1 ; *JCP G* 1994, II, 22259, F. Taquet ; *D.* 1994, p. 586, note C. Puigelier ; *Gaz. Pal.* 1994, 1, pan. jurispr. p. 32.

¹²³⁸ La Cour de cassation a administré plusieurs piqûres de rappel dont l'une des plus marquantes est illustrée par l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 3 mai 2000, n° 98-12.819, *Bull. civ.* I, n° 130 ; Plus récemment : Cass. com. 27 nov. 2012, n° 11-17.185, *Bull. civ.* IV, n° 213.

¹²³⁹ B. Fages, « Équilibre et transaction : l'exigence de concessions réciproques », in B. Mallet-Bricout, C. Nourissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz 2006, p. 52. – Ch. Jarasson, « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, chron. p. 267 – F. Julienne, « La caractérisation des concessions réciproques dans le contrat transactionnel », *RRJ droit prospectif*, 2012, n° 4, p. 1807.

¹²⁴⁰ Tel qu'issu de la loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, *préc.*

amiable transactionnel. La notion de concessions réciproques s'est construite au fil des solutions jurisprudentielles dans le sens d'une conception souple de cette exigence. Il est ainsi admis que les concessions réciproques ne supposent pas nécessairement de la part des parties une renonciation à leur droit (A) ou une équivalence entre leurs engagements respectifs (B).

A. La non-exigence d'une renonciation à des droits

754. Évolution. Si en premier temps, la concession supposait la renonciation à un droit, cette exigence a par la suite été abandonnée (1). Par ailleurs, si l'on a pu penser que l'objet des concessions porte sur les droits des parties, il est appréhendé au regard des prétentions des parties et donc sur ce qui détermine la *res litigiosa* (2).

1) La distinction entre concession et renonciation

755. L'abandon de la notion de renonciation à un droit. L'évolution de la condition des concessions réciproques a connu une évolution jurisprudentielle remarquable. Si initialement les juges semblaient plutôt privilégier le terme de renonciation – comme le révèle la lecture de la décision de principe, rendue par la Cour de cassation le 3 janvier 1883, dont le motif évoque l'exigence d'un « abandon réciproque »¹²⁴¹ – il apparaît clairement que, pour la jurisprudence contemporaine, la notion de concession doit être dissociée de la renonciation à des droits.

756. Une extension du domaine d'application du contrat de transaction. Cette évolution atteste d'un élargissement du domaine d'application de la transaction lequel n'est plus soumis à la renonciation des parties à une ou plusieurs de leurs prétentions. En conséquence, la notion de concession peut être envisagée lorsque l'accord amiable transactionnel prévoit la naissance d'obligations positives à la charge de l'une ou des deux parties, telles que l'acceptation d'une clause ou la réalisation d'une prestation. Cette idée est confortée par les termes employés dans des décisions jurisprudentielles ponctuelles visant l'existence « d'engagements réciproques interdépendants »¹²⁴². Il est ainsi admis qu'une concession peut consister en une promesse de reclassement faite par un employeur à un salarié à la condition

¹²⁴¹ Cass. civ., 3 janv. 1883, *DP* 1883, 1, p. 457.

¹²⁴² P. ex. Ass. plén, 24 févr. 2006, n° 04-20.525, *Bull. ass. plén.* 2006, n°1, p.1 ; *Rev. Lamy Dr. Civ.* 2006, 5, note B. Mallet-Bricout.

toutefois, qu'elle soit certaine¹²⁴³. Cette position nous semble parfaitement en adéquation avec l'idée que la résolution amiable des différends n'entraîne pas nécessairement des « concessions » entendues au sens de « sacrifice », mais que l'interdépendance des engagements réciproques des parties revêt un caractère positif justifiant qu'elle renonce à voir trancher leur litige par le juge.

2) L'objet des concessions : les prétentions des parties

757. La prise en compte des intentions initiales des parties. La conception souple de la notion de concession est renforcée par le fait qu'elle n'a pas pour objet les droits, mais les prétentions avancées par les parties. Ainsi, doit-on prendre en compte les intentions initiales des parties et non pas ce à quoi elles auraient effectivement droit. Cette solution trouve son fondement au visa de l'article 2048 du Code civil, ayant échappé au couperet des réformateurs, lequel dispose que « *les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu* »¹²⁴⁴.

La solution se trouve, par ailleurs, confortée par la jurisprudence. Certaines décisions du fond ont pu apprécier la notion de concession non pas au regard des prétentions réelles des parties, mais au regard de leurs prétentions légitimes¹²⁴⁵. Toutefois, la Cour de cassation est venue affirmer que « l'existence de concessions réciproques [...] doit s'apprécier en fonction des prétentions des parties au moment de la signature de l'acte »¹²⁴⁶. Dans le même sens, certains arrêts peuvent être interprétés comme affirmant l'exigence de concessions au regard des prétentions de l'autre partie en opposition à celle plus étroite de renonciation à des droits de la part des intervenants à la transaction¹²⁴⁷.

Comme le fait observé Madame Frédérique Julienne¹²⁴⁸, « cette analyse paraît la plus logique car, si l'on retenait l'exigence de concessions relatives aux droits des parties, cela supposerait que les juges déterminent au préalable quels sont ces droits avant de conclure sur la

¹²⁴³ Cass. soc., 18 mai 1999, n° 97-40.439, *Bull. civ.* V, 1999, n° 222.

¹²⁴⁴ Cette disposition spécifique se réfère néanmoins à la renonciation.

¹²⁴⁵ CA Paris, 22^{ème} ch. B, 2 mai 1985, *JurisData* n° 1985-024345.

¹²⁴⁶ Cass. soc., 27 mars 1996, n° 92-40.448, *Bull. civ.* V, 1996, n° 124 ; *JCP G* 1996, II, 22711 – Cass. soc. 21 mai 1997, n° 95-45.038, *Bull. civ.* V, 1997, n° 185 ; *JCP G* 1997, IV, 1439 ; *JCP G* 1997, II, 22926, F. Taquet ; *D.* 1997, inf. rap. p. 146.

¹²⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2001, n° 00-11.853, NP : dans le cadre d'une transaction passée entre une compagnie d'assurance et deux victimes d'un préjudice corporel, les juges de la Cour de cassation cassent une décision des juges du fond qui avaient rejeté la qualification de transaction en l'absence de renonciation à leurs droits de la part des victimes

¹²⁴⁸ F. Julienne, « Art. 2044 à 2058 », fasc. 10, « Transaction- Notion », *JCl. Civil Code*, spéc. n° 22.

validité ou non de la transaction ». L'auteur soulève en outre une difficulté liée à cette conception des concessions réciproques. Le problème de la caractérisation des prétentions des parties ne se poserait pas dans les mêmes termes selon que la transaction est *judiciaire* ou *extrajudiciaire*. En effet, alors que dans le premier cas, ces prétentions peuvent être clairement déterminées au regard des conclusions déposées devant le juge, dans le second cas, il n'existe pas de moyens objectifs de les fixer. Il existe à notre sens un moyen de déterminer le différend sans le cadre *extrajudiciaire*, en ayant recours à un processus ou une procédure de résolution amiable des différends. Dans ce cadre préparatoire à la conclusion de l'accord amiable, les parties au différend sont guidées afin de délimiter la matière de leur conflit et de déterminer les composantes de leur différend, notamment juridique, économique, émotionnelle ou autres. La conclusion d'un accord amiable transactionnel supposant nécessairement une dimension litigieuse au différend.

B. La non-exigence d'une équivalence entre les concessions

758. Position du problème. La non-exigence d'une équivalence des concessions réciproques des parties est une solution admise et incontestée **(1)** qui soulève néanmoins deux difficultés. L'absence d'équivalence peut laisser sous-entendre l'admission de concessions dérisoires ainsi qu'une absence de proportionnalité. Si l'équivalence des concessions réciproques n'est pas exigée, il n'en demeure pas moins que celles-ci sont soumises à contrôle **(2)**.

1) Une solution incontestée

759. L'absence d'équivalence entre les engagements de chacune des parties. La jurisprudence n'impose pas l'existence d'une proportionnalité entre les concessions et les juges concentrent leur contrôle sur la caractérisation d'une réciprocité.

Cette absence de condition d'équivalence est une solution très ancienne ¹²⁴⁹, régulièrement rappelée par la jurisprudence, sans ne jamais être contestée en doctrine. La première chambre civile de la Cour de cassation, de manière plus contemporaine réaffirme que « la transaction est l'accord par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation par

¹²⁴⁹ Cass. req., 24 déc. 1900, *DP* 1901, 1, p. 135.

des concessions réciproques, quelles qu'en soient les importances respectives »¹²⁵⁰. Antérieurement à la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle, cette solution paraissait en outre conforme aux dispositions de l'article 2052 alinéa second du Code civil excluant la sanction de la lésion en matière transactionnelle, lequel a été supprimé. Une solution qui, aujourd'hui se trouve en conformité avec le droit commun des contrats tel que réformé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018.

En conséquence, l'exigence de concessions réciproques ne doit pas être assimilée à une condition d'équivalence entre les engagements de chacune des parties. Les parties sont les seules à même d'apprécier l'importance quantitative des prétentions qu'elles concèdent.

2) Le contrôle des concessions réciproques

760. L'existence de deux niveaux de contrôle. Un premier contrôle des obligations réciproques et interdépendantes des parties peut être exercé dans le cadre de la mise en oeuvre d'un processus de résolution amiable des différends, quel qu'il soit **(a)**. Le second contrôle est exercé, tardivement, par le juge saisi d'un accord amiable pathologique **(b)**.

a) Le contrôle du tiers missionné dans le cadre de la mise en oeuvre d'une procédure de résolution amiable des différends

761. L'intérêt de la négociation raisonnée. La mise en oeuvre d'un processus ou d'une procédure de résolution amiable des différends n'est pas systématique pour parvenir à la conclusion d'un accord amiable transactionnel. Néanmoins, comme tout processus sous-tend en principe une négociation raisonnée fondée sur les besoins et intérêts de parties, celle-ci permet de parvenir à la formulation de propositions conjointes et successives de solution au différend et donc à la formulation d'obligations réellement réciproques et interdépendantes. La négociation raisonnée permet indéniablement, non seulement de purger le futur accord amiable de ses vices – notamment du consentement – mais également de favoriser un équilibre contractuel par l'entremise du tiers missionné guidant les parties dans leur résolution amiable.

¹²⁵⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 16 nov. 2004, n° 01-17.759, NP – Ég. Cass. soc., 5 janv. 1994, n° 89-40.961, *préc.* : Une transaction conclue entre un employeur et son salarié, réglant les conséquences de la rupture du contrat de travail, prévoyait le versement par l'employeur d'une indemnité forfaitaire équivalant à deux mois de salaire tandis que le salarié s'engageait à accepter une clause de non-concurrence. La chambre sociale de la Cour de cassation juge ainsi que « constitue une transaction l'accord qui a pour objet de mettre fin à un différend s'étant élevé entre les parties et qui comporte des concessions réciproques, quelle que soit leur importance respective ».

b) Le contrôle par le juge saisi d'un accord amiable transactionnel pathologique

762. Le contrôle indirect de la proportion des concessions. Si la condition de proportion entre les prestations n'est pas exigée en l'état actuel du droit positif, il convient cependant de souligner qu'un contrôle peut être indirectement exercé par la voie des vices du consentement. En l'absence de sanction de la lésion, la question de l'équilibre contractuel en matière d'accord amiable transactionnel peut, nous le verrons, être prise en compte par le biais de la sanction de la violence économique comme en témoigne le sens de certaines décisions jurisprudentielles¹²⁵¹.

763. Le contrôle judiciaire et les sanctions du caractère dérisoire des concessions. Si les concessions réciproques des parties à l'accord amiable transactionnel n'ont pas à être équivalentes, le juge exerce un contrôle *a minima* lorsque l'existence même de cette condition est en jeu.

Dans la mesure où le caractère dérisoire des concessions confine à l'inexistence de cette condition et prive l'accord amiable transactionnel de son objet, les juges, constatant que les concessions de l'une des parties sont dérisoires, sont amenés à prononcer la nullité de l'accord amiable transactionnel. Cette question peut par ailleurs être abordée sous l'angle de la sanction des vices du consentement et plus, précisément, sur le fondement de l'erreur obstacle¹²⁵². Toutefois, la sanction de la nullité de la l'accord amiable transactionnel n'est pas systématique, une sanction plus souple étant parfois admise.

3) Les sanctions du défaut de concessions réciproques

764. Nullité et requalification. Parce qu'elle aboutit à un anéantissement de l'accord de volontés des parties, la nullité apparaît à bien des égards comme une sanction sévère **(a)** à laquelle lui est parfois préférée la requalification de l'accord amiable pathologique **(b)**.

¹²⁵¹ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. Civ.* I, n°169, p. 109 ; *D.* 2000, jur., p. 879, note J.-P. Chazal et *D.* 2002, p. 2844, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2000, p. 827, obs. J. Mestre et B. Fages et p. 863, obs. P.-Y. Gautier ; *Contrats, conc., consom.* 2000, comm. N° 142, obs. L. Leveneur ; *Deffrénois* 2000, p. 1124, obs. Ph. Delebecque ; *Dr. et patrimoine* 2000, n° 2652, obs. P. Chauvel ; *JCP* 2001, II, n° 10461, obs. G. Loiseau ; *Petites affiches* 11 avr. 2001, p. 17, note L. Belmonte : à l'occasion du contrôle exercé sur une transaction conclue entre une compagnie d'assurance et un assuré pour un dommage incendie, les juges de la haute juridiction cassent la décision des juges du fond qui avaient considéré que l'absence de sanction de la lésion impliquait l'exclusion de la sanction de la violence économique.

¹²⁵² CA Pau, 1^{ère} ch., 6 juin 2005, n° 04/00870, *JCP G* 2005, IV, 3420.

a) Une sanction sévère : la nullité

765. La sanction radicale de la nullité. La sanction de la nullité a tendance à être prononcée dans des domaines très marqués : soit par un ordre public de direction comme, par exemple, en matière de libéralités et de successions ; soit par l'ordre public de protection, notamment de la partie faible à l'accord amiable transactionnel, à savoir le salarié, la victime d'un accident ou bien encore le consommateur.

Nous en trouvons plusieurs illustrations. La sanction de la nullité a pu être prononcée par les juges à l'occasion d'une transaction passé entre ayants cause d'une même succession¹²⁵³. De même dans le cadre d'une transaction conclue entre une compagnie d'assurance et les ayants droit d'une victime d'un accident de voiture, les juges constatant l'absence de véritable concession de la part de la compagnie d'assurance, l'indemnité versée par elle ne correspondant qu'au montant des frais d'obsèques ont prononcé la nullité de l'accord amiable transactionnel en raison du caractère dérisoire de la concession de l'assureur¹²⁵⁴. Enfin, en droit social et concernant une transaction conclue entre un employeur et un salarié, les juges ont considéré, que l'indemnité forfaitaire d'un montant de 5 000 francs, concédée par l'employeur était dérisoire et entraînait la nullité de la transaction¹²⁵⁵. Dans le sens contraire et très récemment, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé qu' « après avoir exactement rappelé que les concessions réciproques doivent s'apprécier en fonction des prétentions des parties lors de la signature de l'acte, la cour d'appel qui ne pouvait trancher le litige qui lui était soumis, a, en retenant que l'employeur avait versé au salarié qui avait quatre ans et quatre mois d'ancienneté une indemnité qui représentait plus de dix mois de salaires et avait ainsi fait une concession qui n'était pas dérisoire, légalement justifié sa décision »¹²⁵⁶. Cette décision est intéressante dans la mesure où si l'accord amiable transactionnel est contesté par l'un des parties, le contrôle de l'existence de concessions réciproques ne permet pas au juge de trancher le litige en raison de l'autorité de chose « transigée » attachée à l'acte juridique en application de l'article 2052 du Code civil.

b) Une sanction circonstanciée : la requalification de l'accord amiable

¹²⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1976, *Bull. civ.* I, 1976, n° 157.

¹²⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 18 sept. 2002, n° 00-14.773, NP, *RGDA* 2002, p. 1042, note Ph. Rémy.

¹²⁵⁵ Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-43.635, *Bull. civ.* V, 2000, n° 399 ; *JCP G* 2001, IV, 1178 : Les juges ont considéré, en l'espèce, que l'indemnité forfaitaire d'un montant de 5 000 francs concédée par l'employeur était dérisoire et entraînait la nullité de la transaction.

¹²⁵⁶ Cass. soc. 31 janv. 2018, n° 16-20.508, NP.

766. La préservation de la volonté des parties. Les juges ne paraissent pas toujours enclins à prononcer la sanction de la nullité qui anéantit l'accord amiable transactionnel et procède à une requalification de l'acte intervenu entre les parties. Ainsi, dans certains cas, le constat du caractère dérisoire des concessions peut justifier la requalification de l'accord amiable en une renonciation¹²⁵⁷. L'accord perd alors sa dimension amiable et devient un acte juridique unilatéral.

Au surplus, nous relevons que la sanction du caractère dérisoire des concessions d'une partie par rapport à celle de l'autre en matière de transaction peut être rapprochée des solutions retenues en matière de contrats de vente pour lesquels un contrôle est exercé sur le prix dérisoire même si les juges se refusent, par ailleurs, à imposer une juste équivalence entre le prix fixé par les parties et la valeur de la chose vendue.

§2. La caractérisation des concessions réciproques

767. Une condition essentielle de qualification de l'accord amiable transactionnel. Les juges, comme nous venons de le constater, n'abordent le contrôle de l'équilibre entre les concessions que de manière résiduelle. En revanche, la jurisprudence s'attache à rechercher la réalité de la réciprocité des concessions et réservent, dès lors, à ce critère une place prépondérante dans la caractérisation de l'accord amiable transactionnel.

Ce contrôle essentiel s'impose non seulement au juge lorsqu'il est soumis à un accord amiable pathologique, mais également au tiers missionné à la mise en œuvre d'une tentative de résolution amiable du différend par une procédure choisie – conciliation, médiation ou procédure participative – et au-delà à tout professionnel amené à intervenir dans la rédaction de l'acte de transaction, à l'instar du notaire¹²⁵⁸ ou de l'avocat. Ce qui revient pour ces derniers à choisir la juste qualification à l'accord amiable intervenant entre les parties au terme d'un processus de résolution amiable des différends.

L'analyse des décisions jurisprudentielles ayant trait au contrôle de la réciprocité des concessions permet de dégager des modalités générales d'appréciation de l'existence de cette condition essentielle **(A)**. Toutefois, ces modalités peuvent se révéler difficiles à mettre en œuvre selon le domaine dans lequel le contrat de transaction intervient **(B)**.

¹²⁵⁷ Pour un exemple tiré d'une transaction passée entre un employeur et un salarié : Cass. soc., 18 oct. 1989, n° 86-44.145, *Bull. civ.* V, 1989, n° 604 ; *JCP G* 1989, IV, p. 407 ; *D.* 1989, inf. rap. p. 279.

¹²⁵⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 4 févr. 1976, n° 74-13.064, *Bull. civ.* III, 1976, n° 50 ; *Defrénois* 1976, art. 31181, obs. J.-L. Aubert.

A. Les modalités générales d'appréciation de l'existence des concessions réciproques

768. Des critères jurisprudentiels. Il est aujourd'hui acquis que la réciprocité des concessions représente un élément fondamental de la qualification du contrat de transaction dont l'existence, qui doit être relevée par les juges du fond, est contrôlée par la Cour de cassation¹²⁵⁹. Les solutions jurisprudentielles ont progressivement fixé des critères d'appréciation applicables, quel que soit le contexte d'intervention de l'accord amiable transactionnel. Madame Frédérique Julienne évoque ainsi les « principes directeurs » de caractérisation tendant à préciser les pouvoirs d'appréciation laissés aux juges et à enrichir le droit commun de cette convention particulière¹²⁶⁰.

Différents enseignements peuvent être tirés de l'état actuel de la jurisprudence au regard du moment d'appréciation des concessions **(1)**, du contrôle de leur réalité et des conditions auxquelles elles sont soumises **(2)** et enfin, en ce qui concerne l'appréciation de la condition de réciprocité des concessions **(3)**.

1) La question du moment de l'appréciation des concessions réciproques

769. Une appréciation exercée au moment de la signature de l'acte. Le principe de l'appréciation des concessions réciproques exercée au moment de la signature de l'acte et par référence aux prétentions des parties a été posé par un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 27 mars 1996¹²⁶¹ et a été depuis réaffirmé régulièrement¹²⁶². La Chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi jugé que « l'existence de concessions réciproques, qui conditionne la validité d'une transaction, doit s'apprécier en fonction des prétentions des

¹²⁵⁹ P. ex : Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 130 : les juges de la Cour de cassation reprochent aux juges du fond d'avoir retenu la qualification de transaction sans avoir « relevé l'existence de concessions réciproques » – Pour un exemple, en matière de droit bancaire : Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2006, n° 05-14.883, *JurisData* n° 2006-035818 : lors d'un accord passé entre une banque et un emprunteur, la première avait consenti au second un abandon de créance et un réaménagement des dettes. Les juges de la Cour de cassation considèrent que les juges du fond n'ont pas donné de base légale à leur décision de qualifier l'opération de transaction car ils n'ont pas établi l'existence d'une concession de la part de l'emprunteur.

¹²⁶⁰ F. Julienne, « Art. 2044 à 2058 », fasc. 10, « Transaction- Notion », *JCl. Civil Code*, spéc. n°27.

¹²⁶¹ Cass. soc., 27 mars 1996, n° 92-40.448, *Bull. civ.* V, 1996, n° 124, p. 85 ; *JCP G* 1996, II, 22711 – Cass. soc., 21 mai 1997, n° 95-45.038, *Bull. civ.* V, 1997, n° 185 ; *D.* 1997, inf. rap. p. 146 ; *JCP G* 1997, IV, 1439 ; *JCP G* 1997, II, 22926, F. Taquet.

¹²⁶² P. ex. Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 05-43.414, NP – Cass. soc., 15 nov. 2007, n° 06-42.305, NP.

parties au moment de la signature de l'acte »¹²⁶³. Il paraît donc essentiel que l'accord amiable transactionnel fasse l'objet d'un écrit afin que l'existence de concessions réciproques puissent être rapportée.

770. Quid d'une appréciation exercée au moment de la naissance du litige ? Nous relevons l'existence d'une décision isolée ayant apporté une nuance sur le moment d'appréciation des prétentions en indiquant que « la réalité des concessions devait se faire eu égard aux droits et prétentions des deux parties lors de la naissance du litige »¹²⁶⁴. Il convient alors de se demander si cette décision a de véritables incidences.

Il est incontestable que, techniquement, le moment de la naissance du litige doit être dissocié de celui de la conclusion de l'accord amiable transactionnel. Si cette solution trouve un sens dans le cas d'un accord amiable transactionnel venant terminer, résoudre une contestation née, elle paraît impossible à mettre en œuvre lorsque l'accord amiable transactionnelle tend à prévenir une contestation à naître. Cette dernière doit être certaine mais n'en demeure pas moins future. En conséquence, il ne paraît pas souhaitable de privilégier le moment de la naissance de la contestation, du différend ou du litige pour apprécier les prétentions qui ne sont véritablement arrêtées qu'au moment de la réunion du consentement des parties et qui, au nom de la sécurité juridique de ces dernières, doivent être entrées dans le champ contractuel de l'accord amiable transactionnel. Il en est de même dans le cadre de la mise en œuvre d'un processus permettant la négociation et la conclusion de l'accord amiable, dans la mesure où dans cette phase, les frontières de la délimitation du différend peuvent varier jusqu'au moment de la signature de l'accord amiable.

2) Le contrôle de la réalité des concessions réciproques

771. L'appréciation souveraine de l'existence des concessions réciproques. Au visa de l'article 12 du Code de procédure civile, les juges doivent donner leur exacte qualification aux faits et aux actes litigieux. La Cour de cassation a ainsi jugé que « les juges du fond apprécient souverainement l'existence de concessions réciproques »¹²⁶⁵. Il ne leur revient donc pas de juger de la pertinence des prétentions avancées par les parties et de trancher le litige à l'occasion du contrôle exercé à cette occasion.

¹²⁶³ P. ex. très récemment, Cass. Soc. 31 janv. 2018, n° 16-20.508, *préc.*

¹²⁶⁴ Cass. soc., 28 janv. 2004, n° 01-46.538, *Bull. civ. V*, n° 32, p. 31.

¹²⁶⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 28 nov. 2007, n° 06-19.272, *Bull. Civ. III*, n° 214 ; *JCP G* 2008, I, 138, n° 7, obs. Th. Clay ; Pour un rappel récent, Cass. Soc. 31 janv. 2018, n° 16-20.508, *préc.*

772. Un contrôle effectif. Ce principe a été surtout affirmé à l'occasion de transactions conclues entre employeur et salarié afin de régler les conséquences d'un licenciement pour justifier que les juges puissent restituer, aux faits énoncés dans la lettre de licenciement, leur véritable qualification¹²⁶⁶. Dans la même optique, les juges du fond sont tenus de justifier la qualification de contrat de transaction en précisant en quoi consiste chacune des concessions faites par les parties¹²⁶⁷. Ce travail de caractérisation doit être véritable, les juges du fond ne pouvant se contenter de procéder par la voie d'une simple affirmation¹²⁶⁸.

773. Les conditions jurisprudentielles de la réalité de la réciprocité des concessions. À l'occasion du contrôle exercé par les juges du fond, la jurisprudence a dégagé plusieurs conditions que doivent remplir les concessions faites par les parties afin de vérifier leur existence : les concessions doivent, tout d'abord, bénéficier aux cocontractants à l'accord amiable transactionnel et non à un tiers à l'acte¹²⁶⁹ ; ensuite, les concessions doivent porter sur des éléments de fond.

774. La question du caractère substantiel des prétentions des parties. Cette question a été débattue en doctrine. Certains auteurs, dont Boyer, ont estimé que les prétentions des parties portent sur le droit d'action et non sur le fond du droit¹²⁷⁰. Pour Madame Férédiqne Julienne, cette approche comporte le risque d'aboutir à admettre dans tous les cas l'existence d'un accord amiable transactionnel et de gommer la condition de concessions réciproques¹²⁷¹.

La jurisprudence considère, quant à elle, que les concessions réciproques doivent avant tout porter sur des éléments de fond et correspondre à un « sacrifice réel et chiffrable de part et d'autre »¹²⁷². Ce n'est que de manière ponctuelle, au regard des circonstances et non d'une manière générale, que les juges estiment que la contrepartie à une concession peut découler de

¹²⁶⁶ Cass. soc., 27 juin 1996, n° 95.40.247, *Bull. civ.* 1996, V, n° 124 ; *D.* 1996, inf. rap. p. 108 ; *JCP G* 1996, 24, IV, 1190, p. 154 – Cass. soc., 6 avr. 1999, n° 96-43.467, *Bull. civ.* V, 1999, n° 162, p. 118 – Cass. soc., 7 déc. 2005, n° 03-42.876, NP.

¹²⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 2006, n° 05-10.491, NP : dans le cadre d'un arrangement de famille, les juges de la Cour de cassation ont considéré que les juges du fond n'avaient pu déterminer si un droit de jouissance d'une maison d'habitation concédé par une des parties répondait aux exigences de réciprocité sans avoir déterminé en quoi consistait la créance de l'autre partie.

¹²⁶⁸ En ce sens, Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} mars 2000, n° 97-11.651, NP en matière de droit des biens dans le cadre d'une transaction conclue pour régler le sort d'une servitude de passage.

¹²⁶⁹ Cass. com., 4 oct. 1996, *Bull. civ.* III, 1996, n° 50.

¹²⁷⁰ L. Boyer, *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, op. cit., p. 46 et 47.

¹²⁷¹ F. Julienne, « Art. 2044 à 2058 », fasc. 10, « Transaction- Notion », *JCl. Civil Code*, spéc. n° 28.

¹²⁷² CA Paris, 11 juin 1975, *JurisData* n° 1975-605070 ; *JCP G* 1976, II, 18357.

l'économie d'une procédure judiciaire à l'issue aléatoire¹²⁷³.

3) L'appréciation du caractère réciproque des concessions

775. L'évolution de la notion de « concessions réciproques ». La jurisprudence a affiné la notion de concessions réciproques en y attachant, au fil de décisions importantes, d'autres qualificatifs soulevant des questions quant à leur portée. Ainsi, les Hauts magistrats consacrent-ils les notions de « concessions réciproques interdépendantes » **(a)** et plus récemment de « concessions réciproques indirectes » **(b)**.

a) Une nouvelle conception des concessions réciproques : les engagements réciproques interdépendants

776. De la réciprocité à l'interdépendance des engagements des parties. À l'adjectif « réciproques », utilisé traditionnellement, les juges ont pu accoler, le terme « interdépendants » à ce qui n'est plus visé comme des « concessions » mais des « engagements ». Nous en trouvons une illustration dans une décision importante rendue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 24 février 2006¹²⁷⁴.

Dans cette affaire, une commune et une société, en litige au sujet d'une vente immobilière conclue en 1993, avaient signé en 1995 un protocole d'accord aux termes duquel la commune s'était engagée à céder à la société divers terrains et bâtiments, sous la condition suspensive de la construction d'un hôtel. Les parties s'engageaient à se désister des instances en cours et la société reconnaissait la caducité de la vente intervenue en 1993 en s'engageant à formaliser cette reconnaissance par acte authentique. Une fois l'accord amiable conclu, la commune considère que la promesse unilatérale de vente est nulle, faute d'avoir été enregistrée sous les dix jours de son acceptation par son bénéficiaire. La société engage alors une action en justice afin de faire constater le caractère synallagmatique du protocole d'accord intervenu entre les parties en 1995. Les juges d'appel limougeaux – appelés à se prononcer après renvoi

¹²⁷³ Cass. com., 2 oct. 2001, n° 98-19.694, *Bull. civ.* IV, 2001, n° 154 ; *D.* 2001, p. 3119, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2002, p. 164, obs. A. Martin-Serf : Cette décision a été rendue à l'occasion d'une transaction conclue dans le cadre d'une procédure collective. Les juges ont considéré que la remise de dette consentie par l'une des parties avait pour contrepartie l'économie d'une procédure judiciaire dont l'issue était aléatoire.

¹²⁷⁴ Ass. plén., 24 févr. 2006, n° 04-20.525, *Bull. ass. plén.* 2006, n° 1 ; *D.* 2006, Jur. P. 2076, note Ch. Jamin ; *D.* 2006, Chron. p. 2057, S. Chassagnard-Pinet, « Promesse de vente et transaction » ; *D.* 2006, p. 1396, Le point sur, I. Najjar, « Transaction et ensemble contractuel » ; *RTD civ.* 2006, p. 301, obs. J. Mestre et B. Fages ; *AJDI* 2006, p. 394 ; *RDC* 2006, p. 806, obs. X. Lagarde ; *ibid.*, p. 5, n° 203, B. Mallet-Bricout, « Au-delà de la nullité, la transaction ».

d'un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 26 mars 2003¹²⁷⁵ – avaient abondé, dans le sens de la commune et déclaré nulle la promesse de vente au motif que le protocole d'accord ne comportait pas, en contrepartie de l'engagement de la commune de vendre, un engagement corrélatif à la charge de la société. Pour la cour d'appel, la circonstance que la promesse de vente était incluse dans une transaction ne pouvait avoir pour effet de remettre en cause son caractère unilatéral et n'impliquait donc nullement pour le bénéficiaire, l'obligation d'acheter. Au surplus, les juges d'appel estimèrent que s'agissant d'une promesse unilatérale, la commune était bien fondée à opposer à la société les dispositions du Code général des impôts.

La cour d'appel de Limoges s'oppose à l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 26 mars 2003 – laquelle avait censuré la cour d'appel de Poitiers – et juge que l'accord de 1995 « constituait une transaction comportant des concessions réciproques des parties ». La commune ayant porté pourvoi devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, la Haute juridiction dans sa formation solennelle censure à nouveau les juges d'appel et affine encore la notion de concessions réciproques en ce qu'elle énonce que « la transaction est une convention ayant entre les parties autorité de la chose jugée, stipulant des engagements réciproques interdépendants, dont la promesse de vente n'est qu'un élément, de sorte que l'article 1840 A du Code général des impôts est sans application ».

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation définit ainsi les concessions réciproques comme « des engagements réciproques interdépendants ». Plus précisément, les concessions seraient des « engagements » qui en sus d'être réciproques, seraient interdépendants. La promesse unilatérale peut s'intégrer à une opération contractuelle d'ensemble – le contrat de transaction – et perdre ainsi son autonomie échappant, ce faisant, aux dispositions relatives à son enregistrement¹²⁷⁶. La jurisprudence antérieure à cet arrêt d'Assemblée plénière, pour déterminer les cas où une promesse unilatérale de vente perd son autonomie, s'était référée à la notion de « lien de dépendance nécessaire »¹²⁷⁷. Ainsi, les juges devaient-ils prendre soin de justifier l'existence d'un « lien de dépendance nécessaire » entre la promesse de vente et l'ensemble contractuel auquel elle est intégrée.

777. La portée de la notion d'« engagements réciproques interdépendants ». Nous

¹²⁷⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 26 mars 2003, n° 01-02.410, *Bull. civ.* III, n° 71.

¹²⁷⁶ S. Amrani-Mekki, « Droit des contrats, oct. 2005-sept. 2006 », *D.* 2006, p. 2638.

¹²⁷⁷ Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-10.362, *Bull. civ.* IV, 2002, n° 12 ; RTD civ. 2002, p. 504, obs. J. Mestre et B. Fages et Cass. civ. 3^{ème}, 26 mars 2003, n° 01-02.410, *Bull. civ.* III, 2003, n° 71, pour l'appréciation des engagements corrélatifs des parties et la qualification d'un « protocole d'accord » en contrat de transaction et non en une promesse unilatérale de vente.

pouvons légitimement nous interroger sur la portée de la notion d'« engagements réciproques interdépendants » dégagée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. La question se pose en effet de savoir si l'idée d'interdépendance est simplement redondante ou si elle implique un renouvellement dans l'appréciation des concessions.

Alors que l'idée de réciprocité suppose des concessions mutuelles entre les parties, l'interdépendance induit, quant à elle, une véritable corrélation, une interaction et un lien indissoluble entre elles. Le premier sens attribué au qualificatif « réciproque » est précisé par le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu et « se dit pour caractériser, entre deux personnes, les obligations de même nature qui les lient l'une envers l'autre, lorsque chacune est tenue à l'égard de l'autre d'un devoir ayant le même objet » et est synonyme alors de « mutuel »¹²⁷⁸. Par ailleurs, l'interdépendance est définie comme « un lien spécifique qui, dans les contrats synallagmatiques, fait dépendre l'exécution par une partie de son obligation envers l'autre, de l'exécution réciproque par celle-ci de son obligation envers la première, de telle sorte que l'inexécution de l'une des obligations rend sans cause l'obligation qui en est la contrepartie, ce qui fonde le débiteur de cette dernière, soit à obtenir la nullité ou la résolution du contrat, soit, s'il n'a pas encore exécuté sa propre obligation à opposer l'exception d'inexécution »¹²⁷⁹. Le recours au terme d'interdépendance n'est pas anodin. Il induit des conséquences tant sur les modalités de caractérisation des concessions que sur le régime du contrat de transaction.

En premier lieu, et en ce qui concerne le travail de caractérisation des concessions réciproques, le sens juridique du terme de réciprocité réduit *a priori* son application à des rapports bilatéraux restreignant par la même le champ d'application du contrat de transaction. En revanche, le terme d'interdépendance rend envisageable son identification dans des rapports juridiques plus larges.

En second lieu et s'agissant du régime du contrat de transaction, l'interdépendance des concessions suppose la catégorisation de ce contrat parmi la classification des contrats synallagmatiques et celle des contrats commutatifs. Par ailleurs, elle emporte le caractère indivisible du contrat de transaction induisant que ce contrat ne puisse s'exécuter que dans son intégralité.

- b) L'assouplissement : la consécration de la notion de « concessions réciproques indirectes »

¹²⁷⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Réciproque ».

¹²⁷⁹ *Ibid.*, V° « Interdépendance ».

778. Une consécration jurisprudentielle. Plus récemment, la jurisprudence s'est engagée dans un mouvement d'assouplissement de caractérisation de cette condition d'existence de l'accord amiable transactionnel en consacrant la notion de « concessions réciproques indirectes »¹²⁸⁰.

Cette solution a été, pour la première fois, retenue dans le cadre d'une opération économique liant trois protagonistes : un associé unique d'une société avait cédé son contrôle à un acquéreur tout en lui accordant une garantie de passif et en se faisant consentir par la société cédée un contrat de prestation de service. Suite à une dégradation de la situation économique, un contrat de transaction est alors conclu entre le cessionnaire, le cédant et la société cédée prévoyant que le cessionnaire renoncerait à faire jouer une partie de la garantie de passif à l'encontre du cédant, tandis que celui-ci abandonnerait une partie de sa créance d'honoraires et un solde de compte-courant contre l'entreprise cédée. Les Hauts magistrats la chambre commerciale de la Cour de cassation par un arrêt du 25 octobre 2011 ont estimé, dans cette configuration économique complexe, que les concessions financières d'un montant significatif accordées par le cédant profitaient certes directement à la société cédée mais aussi, de manière indirecte, à la société cessionnaire. Dès lors, des concessions réciproques étaient bien en l'espèce caractérisées, « fussent-elles indirectes ».

Cette solution a été confirmée par un arrêt de la même chambre commerciale de la Cour de cassation, en date du 5 juillet 2017¹²⁸¹. Dans cette affaire, une société automobile (la société City Automobiles) concessionnaire de la marque Saab appartenant au Groupe General Motors, suites à des pertes importantes, avait demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation. Aux termes d'un protocole d'accord valant contrat de transaction, le dirigeant, président directeur général et principal actionnaire de la société, céda la totalité des actions de la société City Automobile et des parts sociales d'une SCI à la société GDP Vendôme au prix d'un euro tandis qu'en contrepartie, cette société participait à une augmentation de capital de la société City Automobiles, à laquelle la société General Motors France s'engageait à verser diverses sommes. Le dirigeant et principal actionnaire de la société City Automobile fût par la suite révoqué. Celui-ci assigne alors le Groupe General Motors aux fins de paiement de dommages-intérêts pour l'avoir contraint à céder ses actions de la Société City Automobiles et ses parts sociales de la SCI dans des conditions désavantageuses. La chambre commerciale de la Cour de cassation confirme la décision des juges d'appel parisiens. Ces derniers ont retenu que si le

¹²⁸⁰ Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-23.538, *Bull. civ.* IV, 2006, n° 173 ; *Dr. sociétés* 2012, comm. 1, R. Mortier ; *RTD civ.* 2012, p. 128.

¹²⁸¹ Cass. com., 5 juill. 2017, n° 15-22.220, NP.

dirigeant actionnaire principal de la société City Automobile signataire du protocole, en sa qualité de dirigeant de la société City Automobiles ainsi qu'en son nom personnel, n'était pas le bénéficiaire direct de concessions financières consenties par la société General Motors France, ces concessions assuraient la poursuite de l'activité de la société City Automobiles dont il retirait un avantage en évitant l'ouverture d'une procédure collective et en conservant ses fonctions, auxquelles était attachée une rémunération substantielle, de président-directeur-général. La Haute juridiction considère que les juges d'appel ont « ainsi caractérisé les concessions réciproques fondant la validité de la transaction, fussent-elles indirectes ». La chambre commerciale de la Cour de cassation confirme ainsi sa consécration de la notion de concessions réciproques indirectes, laquelle n'a pas manqué de soulever des interrogations doctrinales.

779. Les interrogations doctrinales. Comme le souligne Madame Frédérique Julienne, au-delà du débat relatif à la réalité du bénéfice indirect, l'introduction du concept de concessions indirectes par la chambre commerciale de la Cour de cassation soulève un certain nombre d'interrogations au regard des solutions traditionnellement retenues en matière d'accord amiable transactionnel.

En premier lieu, se pose la question de la conciliation du caractère indirect des concessions avec l'exigence de réciprocité qui, selon une approche classique, suppose en principe des relations bilatérales. Indéniablement, l'évolution des termes employés par les juges qui ont aujourd'hui, depuis l'arrêt l'Assemblée plénière du 24 février 2006, également recours à l'idée d'interdépendance des concessions autorise une appréciation globale. L'interdépendance suppose un lien indissoluble entre les concessions mais n'impose pas la bilatéralité des rapports.

En second lieu, une difficulté résulte des modalités d'appréciation quantitative des concessions. Il ressort de la décision à l'origine du nouveau concept que s'il est souligné que l'une des parties a effectivement consenti des concessions significatives, l'importance des concessions indirectes apparaissent quant à elles manifestement de moindre ampleur. La mise en œuvre des concessions réciproques est susceptible de donner lieu à des concessions très déséquilibrées confortant ainsi la solution traditionnelle en droit positif qui n'exige pas un principe d'équivalence entre les concessions.

La consécration récente de la notion de concessions indirectes laisse une large place à la prospective. Sa conceptualisation est étroitement liée à celle d'ensemble contractuel qui a reposé sur une construction doctrinale et jurisprudentielle consacrée par la réforme du droit des

contrats¹²⁸². La situation contractuelle visée est celle dans laquelle plusieurs contrats sont conclus dans la recherche d'un même but économique. Il s'agit alors de réceptionner en droit spécial du contrat de transaction, les situations contractuelles complexes. Le lien étroit entre concessions indirectes et ensemble contractuel implique alors une délimitation de son acceptation dans les relations économiques complexes à l'exclusion du droit de la famille, des personnes, du droit de l'indemnisation ou encore du droit du travail.

B. Les applications des critères d'appréciations jurisprudentielles

780. Diversité des différends et diversité des solutions. La notion de concessions réciproques, non définie par le législateur se traduit d'un point de vue procédural comme la solution au différend. D'un point de vue contractuel, elles marquent la cristallisation de la solution au différend par les engagements, les obligations réciproques interdépendantes, que celles-ci soient directes ou indirectes. Elles ne peuvent se construire qu'au regard des prétentions juridiques et ajuridiques des parties sur lesquelles elles portent. Elles présentent, en pratique, une grande diversité. Nous pouvons évoquer quelques illustrations de concessions réciproques dont l'existence a pu être caractérisées par la jurisprudence dans divers domaines **(1)**. Toutefois, nous constatons que l'emprise de l'ordre public de protection dans certains domaines implique un renforcement du contrôle *judiciaire* des concessions réciproques **(2)**.

1) La diversité des concessions réciproques : illustrations

781. En droit des obligations. Les juges ont admis, en matière de responsabilité pour trouble du voisinage, qu'il y a concessions réciproques lorsque d'une part, la victime renonce à agir en justice tandis que, d'autre part, l'auteur s'engage à effectuer les travaux nécessaires pour éviter les nuisances occasionnées¹²⁸³.

782. En matière de bail d'habitation. Sur le fondement de la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 dite « loi Grimaud »¹²⁸⁴, les juges considèrent que les concessions réciproques

¹²⁸² Voy. l'art. 1186 al. 2nd CCiv – Doctr. : S. Amrani-Mekki, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Deffrénois*, 2002, p. 355 ; B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975 ; I. Najjar, « La notion d'ensemble contractuel » in *Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, p. 509.

¹²⁸³ Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 1990, n° 88-13.347, NP.

¹²⁸⁴ Loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement, *JO* 2 sept. 1948 p. 8659.

sont caractérisées lorsque le locataire renonce au bénéfice du droit au maintien dans les lieux et que le bailleur renonce à toute augmentation découlant de la rénovation de l'immeuble et à tout recours tenant à l'état des lieux¹²⁸⁵.

783. Dans le domaine du droit bancaire. L'existence de concessions réciproques a pu être caractérisée dans une affaire où le client d'un établissement financier avait renoncé, de son côté à engager une action en dommages et intérêts contre ce dernier qui lui avait donné de mauvais conseils de placements mais qui accorde en contrepartie de cette renonciation à agir, un prêt à des conditions particulièrement avantageuses¹²⁸⁶.

784. En droit des successions. Les concessions réciproques sont par exemple caractérisées lorsque d'une part, un héritier réservataire renonce à son action en réduction tandis que, d'autre part, le donataire bénéficiaire de cette renonciation renonce à toutes prétentions sur les autres biens de la succession¹²⁸⁷. De la même façon, des héritiers peuvent renoncer à leurs droits dans la succession dans le cadre d'une transaction préparatoire au partage¹²⁸⁸.

785. En droit du travail. La Cour de cassation juge de manière constante qu'« à défaut de concession de la part de l'employeur, il n'y a pas de transaction valable »¹²⁸⁹. Par ailleurs, la Haute juridiction a eu l'occasion de préciser que les concessions réciproques consenties peuvent supposer des restrictions à la liberté d'expression du salarié à la condition, toutefois, que ces dernières soient proportionnées au but recherché¹²⁹⁰.

¹²⁸⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 38 novembre 2007, n° 06-19.272, *Bull. civ.* III, 2007, n° 214.

¹²⁸⁶ Cass. com., 23 mai 1989, n° 87-19.552, NP.

¹²⁸⁷ CA Limoges, 1^{ère} ch., 26 nov. 1992, *JurisData* n° 1992-048317 ; *JCP G* 1993, IV, 1048.

¹²⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 20 nov. 2013, n° 12-23.118, *Bull. civ.* I, 2013, n° 229.

¹²⁸⁹ Cass. soc., 6 déc. 1994, n° 91-42.160 *Bull. civ.* V, n° 328 ; Cass. soc. 18 févr. 1998, n° 95-42.500, *Bull. civ.* V, n° 95.

¹²⁹⁰ Cass. soc., 14 janv. 2014, n° 12-24.284, *D.* 2014, p. 215 : Cette solution a été rendue à la suite de l'affaire opposant la Société France Télévision 1 (TF1) au directeur adjoint de la rédaction et présentateur vedette de journaux télévisés, M. Patrick Poivre d'Arvor. Ce dernier est licencié par lettre recommandée le 17 juillet 2008. Par suite, au mois de septembre, une transaction a été conclue entre les parties par laquelle elles s'interdisaient de se critiquer et de se dénigrer. Le mois suivant, M. Poivre d'Arvor publie un ouvrage intitulé « *À demain ! En chemin vers la liberté* ». Estimant que le salarié avait manqué à son engagement transactionnel, la Société TF1 a saisi le juge prud'homal d'une demande de dommages-intérêts. La Chambre sociale de la Cour de cassation dans un attendu de principe juge énonce que « des restrictions peuvent être apportées à la liberté d'expression pour assurer la protection de la réputation et des droits d'autrui dès lors que ces restrictions sont proportionnées au but recherché » et juge qu'après avoir retenu que, par la transaction conclue le 17 septembre 2008, les parties avaient entendu mettre fin à une intense polémique médiatique entretenue par le salarié après son licenciement, de nature à nuire à la réputation de son employeur, que cette transaction comportait l'engagement réciproque de cesser tout propos critique et dénigrant, qu'elle était précise dans son objet et quant aux personnes physiques et morales ainsi qu'aux programmes que le salarié s'engageait à ne pas critiquer ni dénigrer, qu'elle était limitée à dix-huit mois,

- 2) L'adaptation de l'appréciation jurisprudentielle des concessions réciproques justifiée par l'ordre public de protection

786. Illustration en droit du travail. Ce domaine est marqué, nous l'avons constaté, par un ordre public de protection de la partie faible : le salarié. Le législateur n'a cependant pas exclu la tentative obligatoire de conciliation *judiciaire*, et les incitations faites par les juges prud'homaux en cours d'instance aux parties pour que celles-ci tentent la mise en œuvre d'une médiation sont également possibles. L'accord amiable conclu à l'issue de ces procédures de résolution amiable des différends peut constituer en accord amiable transactionnel. Le contrat de transaction peut également intervenir sans que sa formation n'est été procéduralisée par une conciliation ou médiation. Ce peut être le cas, lorsque suite à l'échec de la tentative obligatoire de conciliation, l'employeur et le salarié décident, de manière extrajudiciaire, accompagnés de leurs conseils, de transiger.

Toutefois, si l'ordre public de protection n'exclut pas la conclusion du contrat de transaction entre l'employeur et le salarié, sa conclusion suppose un contrôle judiciaire des concessions réciproques plus stricte lorsque la transaction est judiciairement mise en cause **(a)**. Mais au-delà, les juges exercent un contrôle renforcé sur l'ensemble de l'accord amiable transactionnel afin de combattre le risque de voir le contrat de transaction devenir, en droit du travail, une sorte de contrat d'adhésion peu protecteur du salarié **(b)**.

- a) Les adaptations du contrôle des concessions réciproques en droit du travail

787. Les enjeux de la caractérisation des concessions réciproques. Les modalités générales de caractérisation des concessions réciproques connaissent, en droit du travail, des adaptations justifiées par l'ordre public de protection du salarié. Ce constat explique que la caractérisation des concessions réciproques en matière sociale soit une source abondante de jurisprudence. Dans la grande majorité des cas, les juges doivent déterminer la réalité des concessions faites entre un employeur et un salarié à l'occasion d'un contrat de transaction conclu pour régler les conséquences attachées à la rupture du contrat de travail.

Les enjeux sont importants car, de l'existence ou de l'absence de concessions réciproques, dépend la qualification de l'accord amiable. Si l'existence des concessions

la cour d'appel a pu en déduire qu'elle était justifiée et proportionnée au but recherché ».

réciproques est établie, la convention consiste en un contrat de transaction soumis à l'effet particulier de l'article 2052 du Code civil, tel que modifié par la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle. Sa conclusion fait alors « *fait obstacle à l'introduction ou la poursuite d'une action en justice ayant le même objet* ». Dans le cas inverse, celui de l'absence de concessions réciproques, il s'agira d'un reçu pour solde de tout compte qui, en vertu, du Code du travail pourra être dénoncé dans les deux mois de sa signature¹²⁹¹. L'accord amiable des parties sera, dans ce cas, soumis à une requalification.

Les Hauts magistrats de la Cour de cassation exigent donc, de manière récurrente, en cas d'accord amiable intervenant entre employeur et salarié au moment de la rupture du contrat de travail, que les juges du fond, dans leur appréciation souveraine, recherchent s'il y a eu, ou non, concessions réciproques sous le couvert d'une cassation de la décision pour manque de base légale.

788. Illustrations. Nous relevons que les juges ont pu retenir que le fait pour un salarié de renoncer à ses indemnités légales en contrepartie de l'engagement de son entreprise de le faire réembaucher par son repreneur atteste de l'existence de concessions réciproques¹²⁹². Dans le même sens, les concessions réciproques sont caractérisées quand le salarié a renoncé à percevoir toute indemnité compensatrice tandis que l'employeur l'a libéré d'une clause de non-concurrence et l'a dispensé d'effectuer un délai de préavis¹²⁹³.

b) Le contrôle renforcé de l'accord amiable transactionnel en droit du travail

789. Le risque de l'accord amiable transactionnel conçu comme un contrat d'adhésion. Le contexte de conclusion de la transaction en droit du travail est particulier, puisqu'elle intervient en présence d'une partie faible : le salarié. Il s'agit donc de prendre la mesure des rapports de force entre employeur et salarié qui font craindre que la transaction s'impose, dans ce domaine, comme un véritable contrat d'adhésion au mépris des intérêts du salariés¹²⁹⁴. Dès lors, les juges exercent un contrôle plus strict des contrats de transaction contestés et prennent en compte différents paramètres afin de déterminer si le salarié était dans une position lui permettant de véritablement négocier avec son employeur et de signer la

¹²⁹¹ Voy. l'art. L. 122-17 C.trav.

¹²⁹² Cass. soc., 26 sept. 1989, n° 86-41.871, *Bull. civ. V*, 1989, n° 539 ; *JCP G* 1989, IV, p. 377 ; *D.* 1989, inf. rap. p. 279.

¹²⁹³ Cass. soc., 1^{er} déc. 2004, n° 02-46.341, *Bull. civ. V*, n° 317.

¹²⁹⁴ F. Julienne, *JCl.* n° 30 ?

transaction « dans des rapports d'égalité, excluant toute contrainte morale »¹²⁹⁵. Afin d'exercer leur contrôle, les juges prennent en compte plusieurs éléments : les circonstances dans lesquelles la conclusion de la transaction intervient (**I**), le moment de la conclusion de l'accord amiable transactionnel (**II**) et enfin, la qualité de la partie au contrat considéré (**III**).

I. Les circonstances de la conclusion de la transaction

790. L'analyse d'un faisceau d'indices. Les juges examinent les circonstances de la conclusion de la transaction afin d'apprécier la marge de liberté laissée à l'employé. Dans cette optique, divers éléments vont faciliter la qualification de transaction, comme l'intervention de discussions préalables¹²⁹⁶, l'existence d'un véritable temps de réflexion accordé au salarié¹²⁹⁷, le fait que le contrat de transaction vienne entériner les conclusions d'une commission paritaire de conciliation¹²⁹⁸, qu'elle fasse suite à une procédure devant le conseil des prud'hommes¹²⁹⁹ ou encore, que le salarié ait été assisté par un avocat ou par un représentant syndical¹³⁰⁰. Il semble évident que la mise en oeuvre d'un processus de résolution amiable du différend – telle une médiation *judiciaire* – peut favoriser l'équilibre des concessions. D'autant que le tiers missionné en mesure de constater que le salarié, partie faible, se trouve contraint ou en difficulté peut mettre un terme au processus, le relais étant pris par le conseil des prud'hommes.

II. Le moment de la conclusion de la transaction

791. Le principe. Les juges s'attachent au moment de la conclusion du contrat de transaction par rapport à la procédure de licenciement. La jurisprudence impose – comme solution de principe – que l'accord amiable transactionnel, dont l'objet est de régler les conséquences de la rupture d'un contrat de travail, ne soit conclu qu'après la résiliation du contrat¹³⁰¹. Reste donc à déterminer quel critère déterminant, privilégié par la jurisprudence, permet de fixer le moment de la résiliation du contrat de travail.

¹²⁹⁵ CA Paris, 22^{ème} ch. B, 29 janv. 1988, *JurisData* n° 1988-022234.

¹²⁹⁶ Cass. soc., 26 mai 1971, n° 70-40.541, *Bull. civ.* IV, 1971, n° 400.

¹²⁹⁷ CA Poitiers, ch. soc., 15 oct. 1987, *JurisData* n° 1987-049555.

¹²⁹⁸ Cass. soc., 17 déc. 1976, *Gaz. Pal.* 1977, 1, pan. jurispr. p. 112.

¹²⁹⁹ Cass. soc., 9 mars 1978, n° 76-40.308, *Bull. civ.* V, 1978, n° 184.

¹³⁰⁰ Cass. soc., 1^{er} mars 1979, n° 78-40.087, *Bull. civ.* V, 1979, n° 202.

¹³⁰¹ Pour la réaffirmation récente de ce principe : Cass. soc., 24 janv. 2007, n° 05-42.333, *Bull. civ.* V, n° 11 – Cass. soc., 17 oct. 2007, n° 06-41.846, NP : les juges cassent la décision des juges du fond qui avaient retenu la qualification de transaction alors que cette convention avait été discutée avant le licenciement.

792. Le critère du moment de la résiliation du contrat de travail. Il apparaît, sur ce point, que la jurisprudence récente s'inscrit dans une tendance plus restrictive qu'elle n'a pu le faire jusqu'alors.

Après avoir exigé que le contrat de transaction ne pouvait être valablement conclu qu'après la décision de licenciement ou la résiliation du contrat¹³⁰², elle avait assoupli sa position en estimant qu'il suffisait que le licenciement soit décidé dans son principe¹³⁰³, voire même qu'il ne soit qu'imminent¹³⁰⁴. Aujourd'hui, il est exigé que la conclusion de l'accord amiable transactionnel intervienne qu'après la notification du licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception¹³⁰⁵ et, plus précisément, que le salarié ait réceptionné cette lettre¹³⁰⁶. Cette exigence restrictive est maintenue même si les circonstances révèlent que le salarié était informé préalablement à la conclusion de la transaction que la rupture de son contrat de travail était inéluctable¹³⁰⁷. La même problématique a été soulevée dans le cas d'un accord amiable transactionnel ayant pour objet de régler les conséquences pécuniaires de la démission d'un salarié. Comme aucune obligation légale n'impose que la lettre de démission soit notifiée par lettre recommandée – contrairement à la procédure de licenciement – il est simplement exigé que la conclusion du contrat de transaction n'intervienne qu'après la remise de cette lettre qui n'est soumise à aucune forme particulière¹³⁰⁸.

III. La qualité de la partie au contrat de transaction considérée

793. Le contrôle de l'existence de concessions faites par l'employeur. Il apparaît qu'en droit du travail, l'appréciation des concessions peut être plus ou moins rigoureuse selon la qualité de la partie au contrat considérée. Les juges se réfèrent notamment au rang hiérarchique du salarié estimant que plus il est élevé, plus il implique une véritable faculté de négociations¹³⁰⁹.

Mais ce qui constitue véritablement la spécificité de la caractérisation des concessions réciproques en droit du travail résulte du fait que les juges se concentrent essentiellement sur

¹³⁰² Cass. soc., 19 juin 1958, *Bull. civ. V*, 1958, n° 761 – Cass. soc., 22 juin 1977, n° 75-40.679, *Bull. civ. V*, 1977, n° 421.

¹³⁰³ Cass. soc., 20 févr. 1986, n° 83-41.555, *Bull. civ. V*, 1986, n° 29 – Cass. soc., 18 oct. 1992, *JCP G* 1993, IV, 43 ; *D.* 1992, inf. rap. p. 263.

¹³⁰⁴ Cass. soc., 29 nov. 1979, *Bull. civ. V*, 1979, n° 934.

¹³⁰⁵ Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 03-43.646, NP.

¹³⁰⁶ Cass. soc., 16 mai 2007, n° 06-40.695, NP.

¹³⁰⁷ Cass. soc., 23 mai 2001, n° 99-43.055, *inédit*.

¹³⁰⁸ Cass. soc., 1^{er} déc. 2004, n° 02-46.341, *Bull. civ. V*, n° 317.

¹³⁰⁹ Cass. soc., 17 nov. 1982, n° 80-41.488, *Bull. civ. V*, 1982, n° 627 ; *JCP G* 1983, IV, 42 : le salarié considéré avait la qualité de sous-directeur commercial.

l'existence des concessions faites par l'employeur. Ce dernier doit, en effet, avoir consenti un véritable « sacrifice », ce qui suppose qu'il n'ait pas accordé au salarié une indemnité inférieure à celle dont il a légalement droit¹³¹⁰. De même, aucune concession n'est caractérisée lorsque l'employeur s'est contenté de dispenser le salarié d'exécuter son préavis sans lui verser, par ailleurs, une indemnité¹³¹¹.

En conséquence, il peut être établi qu'en matière de droit du travail, les juges s'attachent avant tout, à contrôler l'existence des concessions substantielles réalisées par l'employeur dont ils déduisent la liberté de consentement du salarié, tout en éludant les concessions faites par ce dernier. Le contrôle du caractère dérisoire des engagements concédés par l'employeur est, en conséquence, particulièrement marqué en droit du travail.

§3. Les sanctions applicables au regard de l'exigence légale des concessions réciproques

794. La distorsion entre la consécration légale de la condition des concessions réciproques et la sanction de leur inexistence. La question de l'exigence des concessions réciproques nous a permis de prendre la mesure de l'évolution de cette notion qui tend à être entendue comme les engagements réciproques et interdépendants des parties au différend. Reste à préciser la sanction applicable en cas d'absence de cette condition devenue fondamentale à l'accord amiable transactionnel. Identifier la nature de la sanction suppose la détermination du rôle réservé à cette condition dans la qualification et l'existence de cette catégorie d'accord amiable. Plus précisément, il convient de savoir s'il s'agit ou non d'une condition de validité¹³¹². Or, s'il existe un consensus sur son statut d'élément indispensable à la validité de la transaction ayant justifié son adjonction à la définition de la l'article 2044 du Code civil dans le cadre de la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle, les solutions relatives à la nature de la sanction ne sont pas forcément en adéquation avec cette approche¹³¹³. Les concessions réciproques étant une condition de validité du contrat de transaction, la sanction de leur absence, en droit commun des contrats serait, en principe, la nullité. Toutefois, en matière de résolution amiable des différends, et à l'exception de domaines marqués par l'ordre public de protection, les juges confrontées à l'absence de concessions réciproques rendant pathologique l'accord amiable transactionnel privilégient la préservation

¹³¹⁰ Cass. soc., 12 nov. 1992, n° 89-40.970, NP ; *Gaz. Pal.* 1992, 2, pan. jurispr. p. 320 – Cass. soc., 5 avr. 1995, n° 93-44.839, NP ; *Gaz. Pal.* 1995, 2, pan. jurispr. p. 127.

¹³¹¹ Cass. soc., 23 avr. 1997, n° 94-40.349, NP ; *Gaz. Pal.* 1997, 1, pan. jurispr. p. 143.

¹³¹² Sur cette difficulté, V., par ex., B. Fages, « Équilibre et transaction : l'exigence de concessions réciproques », in B. Mallet-Bricout, C. Nourissat, *La transaction dans toutes ses dimensions*, D. 2006, spécialement p. 58.

¹³¹³ F. Julienne, JCI n° 32.

de la volonté amiable des parties en procédant à une requalification de l'accord amiable conclu (A), plutôt que de prononcer une nullité anéantissant l'acte (B).

A. La sanction de principe : la requalification de l'acte

795. L'exclusion de la sanction de nullité afin d'éviter l'anéantissement de la volonté des parties. L'étude de la jurisprudence – à l'origine de la construction de cette exigence devenue légale des concessions réciproques – révèle que les juges l'appréhendent, sans ambiguïté, comme une condition de validité de la transaction. Ainsi, « une transaction implique l'existence de concessions réciproques des parties »¹³¹⁴. Cette analyse est – encore et régulièrement – rappelée toujours dans les mêmes termes à l'occasion des précisions apportées sur les modalités d'appréciation des concessions réciproques : « L'existence de concessions réciproques, qui conditionne la validité d'une transaction, doit s'apprécier en fonction des prétentions des parties au moment de la signature de l'acte »¹³¹⁵. De la même façon, elle est confortée lors du contrôle par la Cour de cassation de l'existence ou non de cette condition et ce, quel que soit le domaine d'application de la transaction¹³¹⁶.

Or, cette qualification de condition de validité attribuée par la jurisprudence aux concessions réciproques supposerait que son non-respect donne lieu à la nullité, sanction naturelle de la violation des conditions de validité du contrat en droit commun. Cependant, il apparaît, qu'en matière de contrat de transaction, ce n'est pas cette solution qui prime, les juges ayant plutôt recours à la requalification du contrat¹³¹⁷, contribuant au maintien de la volonté amiable des parties¹³¹⁸.

B. La sanction exceptionnelle : la nullité de l'accord amiable transactionnel

¹³¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n° 98-12.819, *Bull. civ. I*, n° 130 – Ég. Cass. com. 27 nov. 2012, n° 11-17.185, *Bull. civ. IV*, n° 213 ; *D.* 2012, p. 2900.

¹³¹⁵ Cass. soc., 27 mars 1996, n° 92-40.448, *Bull. civ. V*, 1996, n° 124 ; *JCP G* 1996, II, 2271 – Ég. Cass. soc., 15 nov. 2007, n° 06-42.305, NP ; Très récemment, Cass. Soc. 31 janv. 2018, n° 16-20.508, *préc.*

¹³¹⁶ Pour un exemple tiré du droit de l'indemnisation des dommages dus à la pollution d'hydrocarbure suite à l'affaire Erika : Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2007, n° 06-18.049, *Bull. civ. I*, 2007, n° 383. Dans cette décision, les juges constatent qu'« ont été caractérisées les concessions réciproques fondant la validité de la transaction sous la forme, notamment, d'une quittance ».

¹³¹⁷ Cass. com., 22 nov. 1988, n° 87-13.522, *Bull. civ. IV*, 1988, n° 320 – Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1976, *Bull. civ. I*, 1976, n° 157.

¹³¹⁸ Quelques illustrations : Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 2006, n° 05-19.792, NP pour la requalification d'une transaction en remise de dette ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2003, n° 00-20.772, *JurisData* n° 2003-018534 : pour un exemple tiré du droit patrimonial de la famille dans lequel, à défaut de concessions réciproques, les juges estiment que l'acte ne représente qu'un apurement de comptes entre concubins.

796. La remise en question isolée de la sanction de la requalification. La solution classique reposant sur la requalification de l'acte juridique a pu cependant être remise en cause par des arrêts isolés qui ne peuvent donc fonder un revirement de jurisprudence en la matière. En ce sens, nous pouvons mentionner une décision rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation le 9 juillet 2003 qui, de manière claire, reproche aux juges du fond de s'être contentés de rejeter une demande d'annulation d'un contrat de transaction sur le fondement des vices du consentement, sans s'être interrogés sur la question d'une requalification de l'action en annulation pour défaut de concessions réciproques¹³¹⁹.

797. Une sanction sévère justifiée par l'ordre public de protection de la partie faible. Il convient de relever que la requalification ne constitue pas le principe dans certaines branches du droit, comme le droit social qui applique systématiquement la sanction de la nullité¹³²⁰. Cette distorsion avec le régime de droit commun du contrat spécial de transaction s'explique par le fait que, le plus souvent, la question de la validité de l'accord amiable transactionnel est étroitement liée à celle de la procédure de licenciement. La sanction de la nullité est notamment encourue quand, dans le cadre de l'appréciation des concessions réciproques, la lettre de licenciement n'apparaît pas être motivée conformément aux exigences légales¹³²¹. Plus largement, l'accord amiable transactionnel relatif à la résiliation du contrat de travail sera nul en l'absence de licenciement prononcé dans les formes légales¹³²².

798. En définitive, la prise de position retenue en matière civile présente l'avantage de maintenir l'existence de l'acte juridique entre les parties et d'éviter les conséquences néfastes, pour leur sécurité juridique, de la rétroactivité de la nullité. Cependant, cette solution en demi-teinte tend à éluder l'importance de la condition des concessions réciproques dans la qualification de la transaction. Pour une meilleure adéquation entre le rôle de cette condition et sa sanction, certains proposent de faire prévaloir l'inexistence du contrat¹³²³.

799. Conclusion de la sous-section II. Le terme de « *concessions* » présente, à notre sens, un caractère assez péjoratif laissant sous-entendre que lorsque les parties transigent, elles abandonnent une partie de leurs prétentions, et sont, en un sens, perdantes. Par ailleurs, nous ne

¹³¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003, *Bull. civ.* I, 2003, n° 174 ; *RDC* 2004, p. 1033, obs. X. Lagarde.

¹³²⁰ P ex., Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 04-47.787, NP.

¹³²¹ Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 03-46.446, NP – Ég. Cass. soc., 15 févr. 2006, n° 04-45.353, NP.

¹³²² Cass. soc., 2 déc. 1997, n° 95-42.981, NP ; *Bull. civ.* V, 1997, n° 416 – Cass. soc., 30 juin 1998, n° 96-40.394, *Bull. civ.* V, 1998, n° 352 ; *D.* 1999, somm. p. 172, obs. I. Desbarats.

¹³²³ B. Fages, *op. cit.*

retrouvons pas de trace de cette notion dans le cadre du droit commun des contrats. Il aurait pu être judicieux, dans le cadre de la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle et la réécriture de l'article 2044 du Code civil, de remplacer la notion de « *concessions réciproques* » par celle d' « *engagements réciproques interdépendants* », bien plus à même de révéler toute l'utilité de la résolution amiable des différends et d'insister sur la nature contractuel de l'accord amiable transactionnel, tout en fondant le caractère indivisible de l'accord amiable construit par les parties. Reste que la notion de concessions réciproques a connu une formidable évolution. Il paraît tout à fait essentiel que cette condition de l'accord amiable transactionnel, et plus largement de tout accord amiable, ait fait l'objet d'une consécration légale dans la mesure où elles consistent, d'un point de vue procédural en la solution du différend né ou à naître. Cette notion relève de l'essence même du contrat, de la rencontre des volontés, appréciée jusque dans leur interdépendance et leur réciprocité et justifie – excepté dans les domaines marqué par l'ordre public protecteur de l'une des parties – que leur inexistence ou leur caractère dérisoire soient sanctionnés non pas par la nullité et l'anéantissement de l'accord amiable, mais par une requalification de l'acte juridique, fondant l'existence d'actes juridiques satellitaires de l'accord amiable transactionnel.

Sous-Section III – La commune intention de terminer ou de prévenir la contestation

800. L'appréciation des buts du contrat de transaction. La formulation de l'article 2044 du Code civil – et ce même reprise par les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle – laisse transparaître que le contrat de transaction est défini par rapport à ce que souhaite les parties. Nous le rappelons simplement, la transaction est un contrat par lequel les parties dans leur intention, soit terminent une contestation née, soit préviennent une contestation à naître. Le contrat de transaction consiste donc en une rencontre de volontés – un contrat – ayant pour objet une solution au différend – « des concessions réciproques » – reposant sur les prétentions des parties nécessairement juridiques mais pouvant au surplus revêtir d'autres dimensions – un différend – et un but qui paraît double selon que le différend est né ou à naître résoudre définitivement ou prévenir définitivement. Ces résolution ou prévention « définitives » découlent de l'effet d'autorité de chose transigée, confinant à l'autorité de chose jugée du jugement attribuée à l'article 2052 du Code civil.

Cette commune intention des parties est, par ailleurs, plus clairement exprimée à l'article 2049 du Code civil, non modifié par la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle. Le texte dispose ainsi que « *les transactions ne règlent que les différends qui*

s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé ». C'est donc naturellement que la doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si l'intention des parties de régler ou de prévenir consensuellement la situation litigieuse est une condition de validité du contrat de transaction devant être soumise à un contrôle.

801. Un élément subjectif difficile à caractériser. Pour certains auteurs, la qualification de transaction suppose, non seulement la réunion d'une contestation née ou à naître et des concessions réciproques – éléments objectifs – mais également la caractérisation d'un élément subjectif, à savoir l'intention des parties de mettre fin ou de prévenir le litige¹³²⁴. Cette exigence que réfutent certains auteurs¹³²⁵, lorsqu'elle l'est, est traitée de manière secondaire, négligée comme l'atteste l'absence d'études doctrinales ou le peu de solutions jurisprudentielles qui lui sont propres. Cette condition relève de la psychologie des parties au différend et se heurte donc à la difficulté de sonder leur véritable intention. Néanmoins, en dépit de cette difficulté, cette intention représente un critère de qualification important de l'accord amiable transaction car elle permet, notamment, de la distinguer d'autres contrats, en particulier des conventions préparant sa conclusion, à l'instar de la convention de procédure participative, ou encore de la convention de médiation ou de conciliation car l'accord amiable fixe la solution du différend dans le but de le résoudre ou de prévenir définitivement sa survenance. En effet, et nous le rappelons, en recourant aux conventions préparatoires à la conclusion de l'accord amiable, les parties anticipent uniquement les modalités de la tentative de résolution amiable laquelle peut être organisée selon différents processus, sans mettre un terme ou prévenir le litige ou le différend. Seul l'accord amiable qualifié ou non de transaction renferme la solution du différend, à savoir les engagements réciproques et interdépendants des parties. L'intention des parties de terminer la contestation née ou de prévenir la contestation à naître et ce, définitivement, apparaît ainsi comme une exigence implicite qu'il convient de cerner (§1) pour en dégager les implications (§2). L'occasion de rechercher quelques illustrations jurisprudentielles relevantes (§3).

§1. Une exigence implicite à revaloriser

802. L'appréciation de la commune intention des parties. L'intention commune des

¹³²⁴ P. ex., M. Planiol et G. Ripert, *t. II, op. cit.*, n° 1585 + F. Julienne, JCl. n° 35

¹³²⁵ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2018, n° 1101 et s., p. 629.

parties est un critère de qualification de l'accord amiable transactionnel qu'il convient de ne pas négliger. Cette condition est liée au but du contrat de transaction lequel est, aux termes de l'article 2044 du Code civil, double. En concluant leur accord amiable transactionnel, les parties ont pu avoir l'intention de résoudre ou bien de prévenir définitivement leur différend. Deux constats doivent à cet égard être dressés. En premier lieu, dans le cadre des négociations de l'accord amiable, la commune intention des parties peut être guidée par la mise en oeuvre d'un processus de résolution amiable des différends **(A)**. En second lieu, révélant que la commune intention des parties consiste en un critère de qualification du contrat de transaction, nous constatons que les juges sont parfois amenés à apprécier cette condition au surplus de l'existence d'une contestation et de concessions réciproques **(B)**.

A. L'intention guidée

803. Dans le cadre des processus de résolution amiable des différends. Médiation, conciliation *judiciaires* ou *extrajudiciaires*, mais également procédure participative ayant pour objectif commun la conclusion d'un accord résolutif ou préventif du différend, la qualification transactionnelle peut être appliquée à l'accord amiable, si les parties ont l'intention de mettre définitivement, un terme, de résoudre le différend ou de prévenir sa survenance. L'effet résolutif du différend par la conclusion de l'accord amiable transactionnel ressort de l'article 2052 du Code civil qui, dans sa reformulation issue de la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle, précise que ce contrat, tout à fait spécial puisque portant sur le traitement d'un objet particulier – la situation litigieuse des parties – fait obstacle à l'introduction ou la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet. Les processus ou procédures volontaires de pourparlers du différend, de négociation de la solution et des engagements réciproques interdépendants préparent et sécurisent la conclusion de l'accord amiable de résolution ou de prévention définitives du différend, en veillant notamment à la conformité du contenu du contrat, de la solution du différend, dans la commune intention des parties d'y mettre un terme. Les conventions permettant leur mise en oeuvre participent à renforcer cette exigence.

804. Le rôle des tiers missionnés. Le recours à un processus amiable ne doit pas permettre à l'une des parties de nourrir une stratégie contentieuse, en tentant par exemple de bénéficier du temps de la résolution amiable pour organiser son insolvabilité. Les parties doivent ainsi s'engager dans le processus. Les tiers acteurs de la résolution amiable, médiateur,

conciliateur, et dans une certaine mesure les avocats – sont les garants de la sécurité juridique des processus par l'exercice d'une police des comportements des litigants, lesquels sont soumis à la bonne foi et à la loyauté. Le recours au processus de résolution ou de prévention amiable des différends permettent au tiers missionné de sonder l'intention des parties. Il n'est d'ailleurs pas exclu qu'au cours de la mise en oeuvre d'une tentative de résolution amiable par un processus adapté, l'intention des parties évolue. Ainsi, n'est-il pas rare, que dans l'hypothèse où les parties étaient liées par un contrat originaire ayant donné lieu à un différend relatif, par exemple, à son interprétation ou son exécution, donne lieu non pas à la conclusion d'un accord amiable, mais à une renégociation de leur relation contractuelle d'origine. C'est dire que le rôle des tiers missionnés mais également des rédacteurs d'acte est essentiel afin se conformer à l'intention des parties. Les tiers missionnés – conciliateur, médiateur, avocats collaboratifs – doivent être attentifs à l'intention des parties. Un contrôle par ailleurs renforcé par l'exigence de la bonne foi. La négociation raisonnée que pratiquent les tiers missionnés en collaboration avec les parties doit leur permettre de prendre la mesure de leurs besoins et intérêts et de vérifier l'intention de résoudre ou prévenir définitivement le différend délimité dans sa matière. Les rédacteurs d'acte doivent quant à eux veiller à soumettre une qualification adaptée à l'accord amiable issu du processus, en conformité avec le but recherché.

B. L'appréciation de la commune intention des parties au différend

805. Une appréciation souple de l'intention de terminer ou prévenir le litige en matière transactionnelle. L'exigence de la commune intention des parties de résoudre ou prévenir définitivement le différend est appréciée de manière souple dans le domaine de l'accord amiable transactionnel.

Cette exigence ne signifie aucunement que le règlement du différend doit être global. Il peut être ainsi seulement partiel et ne porter que sur l'une ou l'autre des prétentions des parties¹³²⁶. Nous avons pu constater que dans le cadre des processus de résolution amiable, le législateur a spécialement prévu que l'accord amiable qui en est issu peut être partiel¹³²⁷.

En revanche, et au titre de l'article 2052 du Code civil, il est requis que les parties aient

¹³²⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 27 avr. 1988, n° 87-11.788, NP ; *Gaz. Pal.* 1988, pan. Jurispr., p. 1768. : pour un exemple en matière de transaction concernant uniquement la question de la répartition de la responsabilité des auteurs d'un dommage.

¹³²⁷ Voy. l'art. 130 CPC : en matière de conciliation judiciaire pour l'acte de conciliation ; Art. 1540 CPC pour la conciliation « conventionnelle » ; Art. 1555 CPC, l'issue de la phase conventionnelle de la procédure participative pouvant aboutir à « 3° la conclusion d'un accord mettant fin en totalité au différend ou au litige ou l'établissement d'un acte constatant la persistance de tout ou partie de celui-ci »

entendu renoncer aux voies judiciaires habituelles par leur accord amiable définitif. Toutefois, rien n'empêche qu'en pratique l'une des parties s'engage finalement dans la voie judiciaire, même si elle prend le risque de se voir opposer l'autorité de la chose « transigée » attachée au contrat de transaction.

806. Une condition autonome. Les solutions jurisprudentielles relatives à la caractérisation de l'intention des parties de mettre fin au litige sont peu abondantes. Elles dévoilent, cependant, que cette exigence demeure une condition autonome de qualification de la transaction que les juges du fond s'attachent à relever¹³²⁸.

À cet égard, nous pouvons nous référer à une décision intéressante. Dans une affaire où des sociétés avaient été mises en liquidation judiciaire, leur dirigeant avaient remis en gage des bijoux et pierres précieuses en garanties de crédits qui leur avaient été consentis par une banque. Les biens ainsi remis en gage, en possession de la banque à la date du jugement définitif, ont fait l'objet d'un inventaire dressé par un commissaire-priseur à la demande du syndic de la liquidation. Ce dernier engage alors une action en responsabilité contre la banque au titre de l'ensemble des opérations effectuées par les sociétés, notamment pour soutien abusif. Un an après l'introduction de l'instance, des négociations aboutissent à la signature d'un accord amiable transactionnel aux termes duquel, le syndic se désiste de l'instance et renonce à toute action née des relations ayant pu exister entre les sociétés et la banque. Cette dernière s'engage, quant à elle, à restituer les objets inventoriés et à les produire à l'état des créances des sociétés. La banque ne restituera d'une partie des objets, ceux figurant à l'inventaire du commissaire priseur. Le syndic assigne alors la banque aux fins de restitution complète des objets sur le fondement de l'accord amiable transactionnel. La chambre commerciale de la Cour de cassation juge à cette occasion que « c'est par une interprétation souveraine de la commune intention des parties que l'arrêt retient que la transaction visait tous objets remis en gage par les sociétés du « groupe Vilorey » à la banque et non directement les seuls « confiés » figurant sur l'inventaire de M. Z, que les parties à cette transaction s'étaient mises d'accord pour admettre que tous ces objets étaient ceux qui figuraient sur l'inventaire établi contradictoirement par un officier ministériel choisi en commun, ce qui excluait toute discussion sur l'existence éventuelle d'autres objets remis en gage »¹³²⁹. Par cette décision, la Haute juridiction rappelle le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond exercé sur la

¹³²⁸ CA Montpellier, 2^{ème} ch., 26 juin 1986, *JurisData* n° 1986-034330.

¹³²⁹ Cass. com. 2 déc. 1997, n° 94-19.287, NP.

commune intention des parties à l'accord amiable transactionnel¹³³⁰.

§2. Les implications de la commune intention des parties

807. Des implications d'ordre technique. Cette condition subjective emporte un certain nombre de conséquences techniques.

En premier lieu, elle implique que chaque partie soit véritablement en mesure d'apprécier l'étendue du différend né ou à naître afin que sa volonté d'y mettre fin – à titre curatif ou préventif – soit constatée. La prise en compte de cette exigence allant de soi se manifeste en jurisprudence principalement en droit social en matière d'accords amiables transactionnels conclus en vue de régler les conséquences de la rupture du contrat de travail suite à un licenciement pour lesquelles les juges contrôlent qu'ils interviennent bien après la décision de résiliation du contrat¹³³¹.

En second lieu, la nécessité de caractériser l'intention des parties de mettre fin au litige soulève la question de savoir si cette condition est remplie lorsque les concessions réalisées sont soumises à une condition suspensive qui fait dépendre l'existence du contrat de transaction de la réalisation d'un événement. L'introduction d'une telle condition est-elle incompatible avec la volonté de régler de manière définitive un litige ? La réponse à cette interrogation devrait logiquement être nuancée en fonction de la nature de l'événement érigé en condition. En effet, la volonté réelle de mettre fin au litige pourrait être contestée dans l'hypothèse où la condition est potestative, et qu'elle dépend, en d'autres termes, de la volonté des parties. Dans les autres cas, les intervenants n'ont aucune maîtrise sur la survenance de l'événement ce qui permet de ne pas contrevenir à leur volonté initiale de régler leur différend. L'état de la jurisprudence sur ce point révèle, cependant, une admission large des accords amiables transactionnels conditionnels, sans aucune distinction¹³³². La jurisprudence a ainsi admis la condition de

¹³³⁰ Pour une illustration plus récente en droit du travail, Cass. soc. 6 juill. 2011, n° 10-30.596, NP : « c'est par une interprétation souveraine des termes ambigus de la transaction et hors toute dénaturation, que les juges du fond ont estimé, sans ajouter à la transaction une condition qu'elle ne prévoit pas, que la commune intention des parties était le versement d'une aide financière pour soutenir le salarié licencié dans la création d'une entreprise de nature à lui permettre de retrouver une activité professionnelle et d'exercer une activité en lien avec celle de la société SAP afin de favoriser une possible collaboration ; qu'ayant constaté que la société qui avait été créée en mars 2004 n'exerçait en réalité aucune activité effective, ils en ont exactement déduit que la demande en paiement de la somme de 100 000 euros en application de l'accord ne pouvait prospérer ».

¹³³¹ Cass. soc., 19 juin 1958, *Bull. civ. IV*, 1958, n° 761 – Cass. soc., 22 juin 1977, n° 75-40.679, *Bull. civ. V*, 1977, n° 421.

¹³³² Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 2003, n° 01-02.410, *Bull. civ. III*, n° 71, p. 65 ; RTD civ. 2003, p. 496 – Cass. ass. plén., 24 févr. 2006, n° 04-20.525, N° 04-20.525, *Bull. ass. plén.* 2006, n° 1, p.1 ; *RDC* 2006, p. 27.

paiement préalable d'une certaine somme par l'une des parties¹³³³. En pratique, nous soulignons qu'une condition de l'accord amiable transactionnel peut consister en la conclusion d'un second accord amiable transactionnel portant sur un autre différend. Dans ce cas auquel nous avons été confronté suite à la mise en œuvre d'une médiation *extrajudiciaire* intervenue alors que les juges avaient été saisis de différents contentieux, la condition suspensive de la première transaction tenait à la conclusion d'une seconde. La conclusion de cette seconde transaction qui, si elle était réalisée, permettait la finalisation de la première, dépendait de la commune intention des parties et pouvait donc être admise.

§3. Quelques illustrations

808. Une exigence permettant de distinguer le contrat de transaction de l'accord amiable non transactionnel. Un exemple marquant et illustrant la mise en œuvre de l'élément de la commune intention des parties de mettre fin au litige repose sur un accord amiable transactionnel conclu dans le cadre de l'exécution d'un contrat de vente.

Dans cette affaire, les machines, objet du contrat, s'étant révélées défectueuses, le vendeur et l'acheteur avaient convenu par contrat de leur remplacement. Mais les nouvelles machines étant également défectueuses, l'acheteur a engagé une action en résolution de la vente pour mauvaise exécution. Le vendeur considère alors qu'il y a violation de leur accord qu'il tient pour une transaction. Les juges de la chambre commerciale de la Cour de cassation, par un arrêt ancien en date du 16 juin 1964, ont refusé de souscrire à cette analyse en estimant que l'acheteur n'avait pas eu l'intention de mettre fin au litige et n'avait pas renoncé à son action en résolution. Il avait simplement conclu un arrangement amiable impliquant que les machines de remplacement fonctionnent¹³³⁴.

Plus récemment, au sujet d'un accord conclu entre un créancier et des cautions, la première chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt en date du 28 mars 1995, a rejeté la qualification de transaction au motif que le créancier avait uniquement accepté, moyennant le paiement d'une somme d'argent, d'abandonner la procédure de purge de l'hypothèque et de donner mainlevée d'une mesure d'exécution forcée mais sans, pour autant, renoncer au solde de sa créance¹³³⁵.

¹³³³ Cass. req., 19 mars 1930, *S.* 1930, 1, p. 339 – Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1979, n° 77-13.807, *Bull. civ.* I, 1979, n° 83.

¹³³⁴ Cass. com., 16 juin 1964, *Bull. civ.* III, 1964, n° 312 – Une argumentation similaire avait été préalablement mise en avant : Cass. civ., 10 mars 1903, *DP* 1903, 1, p. 485.

¹³³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, n° 92-20.326, *Bull. civ.* I, 1995, n° 3 ; *D.* 1996, jurispr., p. 121.

Enfin, et dans un autre domaine, relatif aux relations entre bailleur et locataire, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé, le 23 mai 2002 que la volonté de mettre fin au litige de la part d'un locataire n'est pas caractérisée lorsqu'il apparaît qu'il a seulement renoncé à se prévaloir du dispositif protecteur des baux pour une période donnée¹³³⁶.

809. Conclusion de la Sous-Section III relative à la commune intention des parties de résoudre ou prévenir le différend. L'absence de véritable approfondissement, tant par la doctrine que par la jurisprudence, de la caractérisation de la commune intention des parties de mettre fin ou prévenir la contestation rend légitime la remise en question de son autonomie à l'égard des deux éléments objectifs que sont la détermination d'une contestation née ou à naître et l'existence de concessions réciproques. Un auteur fait ainsi observé qu'il pourrait être tout aussi bien considéré que cette exigence est nécessairement remplie du moment que sont caractérisées les concessions réciproques, tant la dissociation entre ces deux conditions semble artificielle¹³³⁷. Toutefois, les concessions réciproques peuvent servir des buts variables, non seulement la résolution ou la prévention définitives d'un différend mais aussi, par exemple, l'indemnisation de la victime, l'aménagement des conséquences de la rupture du contrat de travail ou encore le redressement de la situation de l'entreprise en difficulté. Au regard, de l'effet spécial attaché à l'accord amiable transactionnel, tenant à l'autorité de chose transigée interdisant l'introduction ou la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet, la commune intention des parties apparaît comme une condition de l'accord amiable transactionnel, et plus largement de tout accord amiable, que les rédacteurs d'acte ne doivent pas négliger, et ce, peu important que ses négociation, formation et conclusion aient donné lieu à la mise en œuvre d'une procédure de résolution amiable des différends. Bien que nous comprenions que celle-ci soit de nature à permettre une parfaite appréhension de la commune intention des parties au différend, devenant parties à l'accord amiable. Un contrôle de la commune intention des parties permettant un contrôle de la bonne foi dans la conclusion de l'accord amiable.

810. Conclusion de la section I relative aux critères de l'accord amiable transactionnel.

La définition du contrat de transaction révisée par les réformateurs de la justice du XXIème siècle marque une avancée majeure en ce qui concerne la consécration de la condition

¹³³⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 23 mai 2002, n° 00-22.402, NP.

¹³³⁷ F. Julienne, *Jcl. Code civil*, « Art. 2044 à 2052 », Fasc. 10, « Transaction – Notion », n° 39.

de l'existence de concessions réciproques, consistant d'un point de vue procédural en la solution du différend. Cependant, nous regrettons que le législateur ne soit pas allé jusqu'à consacrer l'évolution de la notion que la jurisprudence. Celle-ci est venue préciser que les concessions réciproques consiste en des « *engagements réciproques interdépendants* », ce qui aurait imprégné davantage du sceau contractuel cette condition de validité de l'accord amiable transactionnel. Les réformateurs ont pourtant veillé à cette imprégnation contractuelle en reformulant l'autorité de chose jugée jusqu'alors consacrée à l'ancien article 2052 du Code civil et aujourd'hui paraphrasée au titre de cette disposition afin d'insister sur l'effet de ce contrat spécial. Dans le prolongement de ce constat, nous regrettons que les réformateurs n'aient pas non plus modifié le terme de « *contestation* » pour préférer celui de « *différend* », ce qui aurait permis de faire ressortir l'unité qui au fil de notre étude ressort entre d'une part le droit commun procédural de la résolution amiable *judiciaire* et, d'autre part, le droit commun de la résolution *extrajudiciaire* des *différends* dont l'objectif – l'accord amiable définitivement conclu – peut se voir attribuer la qualification de contrat de transaction. Nous relevons en outre que certains auteurs, à la veille de la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle, avaient entendu retenir une conception stricte du contrat de transaction en proposant un article 2044 alinéa premier ainsi formulé : « *la transaction est un contrat par lequel les parties terminent un litige* », sans prendre en considération que l'accord amiable transactionnel peut outre venir résoudre la dimension juridique du différend mais également permettre de régler le différend dans toutes ses dimensions : économique, financière, émotionnelle, psychologique ou encore politique. Enfin, et toujours au titre des critères de l'accord amiable transactionnel, les rédacteurs d'acte doivent veiller à vérifier la commune intention des parties de résoudre ou prévenir, et ce, définitivement, le différend. Ce critère permet en effet d'appliquer à l'accord amiable une qualification transactionnelle qui emportera une conséquence lourde au regard de la restriction des voies de recours. L'accord amiable transactionnel interdit en effet l'introduction ou à la poursuite – à savoir par exemple l'appel – d'une action en justice ayant le même objet. Un effet qui rappelle que la « *contestation* » ou plus exactement le « *différend* » sous-tend en matière d'accord amiable transactionnel l'existence d'un droit d'action certain ou actuel.

Si nous devons proposer une définition au contrat de transaction, nous préciserions au titre d'un premier alinéa à l'article 2044 du Code civil que : « *Le contrat de transaction est l'accord amiable par lequel les parties, par leurs obligations réciproques interdépendantes, règlent un différend né ou préviennent un différend à naître* ». Nous ajouterions un second alinéa prévoyant que « *la commune intention des parties de régler le différend né ou de*

prévenir le différend à naître et ce, définitivement, interdit l'introduction ou la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet ».

Section II – Les caractères généraux du contrat de transaction

811. Présentation. Quatre caractères sont traditionnellement attribués par la doctrine à l'accord amiable transactionnel. Ceux-ci sont de nature à permettre de distinguer l'accord amiable qualifié de contrat de transaction d'autres accords intervenus entre les parties ne pouvant recevoir cette qualification. C'est donc à ce stade de notre analyse que nous proposons de présenter les caractères généraux de l'accord amiable transactionnel et de tenter de rechercher si ceux-ci sont applicables à l'accord amiable non transactionnel. Certains caractères sont affirmés à l'égard de l'accord amiable transactionnel et attestent de l'emprise du droit commun des contrats (**Sous-Section I**), alors que le caractère indivisible de l'accord amiable transaction conçu comme un acte complexe est sujet à débat (**Sous-Section II**).

Sous-Section I – Les caractères généraux découlant de la nature contractuelle de l'accord amiable transactionnel

812. Des caractères issus de droit commun des contrats et un caractère spécial. L'accord amiable transactionnel subit l'influence du droit commun des contrats en raison de sa nature. Si la règle – *specialia generalibus derogant* – veut que dans l'esprit du juriste la règle spéciale chasse la règle générale, il apparaît que cette maxime ne s'applique pas en matière d'accord amiable transactionnel. Les caractères consensuel (§1), commutatif (§2) et indivisible (§3), bien que pouvant être sujet à débat, sont reconnus de manière unanime à l'égard de l'accord amiable transactionnel et marque une expression certaine du droit commun des contrats permettant d'affirmer que ces caractères peuvent être consacrés au titre de tout accord amiable, fût-il non qualifié de contrat de transaction, soumis en tant qu'acte sous signature privée, au seul droit commun des contrats.

§1. Le principe du consensualisme

813. Le contrat de transaction : un contrat solennel ? En matière de transaction, les codificateurs du Code civil ont prévu – à la suite de la définition du contrat de transaction prévue à l'article 2044 alinéa premier du Code civil – dans un alinéa second que « *ce contrat*

doit être rédigé par écrit », laissant penser que l'écrit est une condition *ad validatem* de la transaction et que ce contrat est solennel. Néanmoins, la doctrine perçoit dans cette précision de l'article 2044 alinéa second une maladresse de rédaction. En effet, l'état du droit positif révèle une convergence tant doctrinale¹³³⁸ que jurisprudentielle¹³³⁹, pour analyser la transaction comme un contrat consensuel.

814. Le principe de consensualisme consacré par la réforme du droit des contrats.

Les réformateurs du droit des contrats – au titre de la forme du contrat – ont institué un article 1172 du Code civil disposant que « *les contrats sont par principe consensuels* », que « *par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation* » et « *qu'en outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose* ». Au regard, des positions doctrinales et jurisprudentielles, il est unanimement admis que l'accord amiable transactionnel ne consiste nullement en un contrat solennel. La caractère consensuel de l'accord amiable transactionnel entraîne pour conséquence que la simple réunion des volontés des parties suffit à caractériser la formation et la conclusion effective du contrat de transaction.

815. L'extension du caractère consensuel à tout accord amiable. Malgré que la jurisprudence et la doctrine reconnaissent de manière unanime le caractère consensuel à l'accord amiable transactionnel, les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle ont maintenu l'exigence de l'écrit à l'alinéa second de l'article 2044 du Code civil. Cette reconnaissance entraîne néanmoins la valeur *ad probationem* de l'écrit en matière d'accord amiable transactionnel. Ce maintien se justifie principalement par l'effet spécial du contrat de transaction impliquant que le différend ainsi réglé à l'amiable ne puisse faire l'objet de voies de recours caractérisant la poursuite de l'instance ou ne donne lieu à un nouveau jugement puisse réglé définitivement. L'écrit *ad probationem* apparaît dès lors comme un gage de sécurité juridique. De fait, s'il est exigé pour un accord amiable ayant une autorité de chose « jugée », certes reformulée, il paraît tout à fait opportun de reconnaître ce caractère à l'accord amiable non transactionnel. Nous pensons par exemple à l'accord amiable en droit des entreprises en difficulté, celui-ci pouvant faire l'objet d'un constat.

¹³³⁸ Aubry et Rau, t. 6, § 420. – A. Bénabent, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 2006, n° 1015.

¹³³⁹ Cass. req., 2 août 1927, *Gaz. Pal.* 1927, 2, p. 883 – Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1986, *Bull. civ.* I, 1986, n° 174 ; *JCP G* 1986, IV, 155 ; *D.* 1986, inf. rap. p. 300 – CA Nancy, 1^{er} juill. 2009, *JurisData* n° 2009-379619 : l'écrit n'étant qu'une condition de preuve, les juges estiment que la transaction en tant que contrat consensuel ne peut être rédigée qu'après l'exécution de la transaction.

Le contrat de transaction bien que bénéficiant d'un régime spécialement institué par le législateur, n'en demeure pas soumis, comme tout contrat spécial au droit commun des contrats. La doctrine et la jurisprudence reconnaissant le caractère consensuel de droit commun au contrat spécial de contrat, il aurait été judicieux, par souci de clarté, dans le cadre de la réforme de la justice du XXIème siècle ayant impacté le régime du contrat de transaction, pas tant de supprimer le second alinéa de l'article 2044 du Code civil mais de préciser le rôle probant de l'écrit.

§2. Le caractère commutatif

816. Signification et hypothèse particulière. Le droit commun des contrats, tel que réformé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et modifié dans une certaine mesure par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 entrant en vigueur au 1^{er} octobre 2018 apporte des définitions relatives au contrat commutatif et au contrat aléatoire **(A)**. C'est au travers de cette distinction avancée par le législateur qu'il convient de vérifier l'application du caractère commutatif au contrat spécial de transaction **(B)**.

A. Signification

817. Les apports de la réforme du droit des contrats. L'article 1108 du Code civil, dans sa rédaction issue de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016¹³⁴⁰ – dispose à son alinéa premier que « *le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit* », alors qu'il est précisé à son alinéa second « *qu'il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain* ». La distinction entre les contrats commutatifs et les contrats aléatoires est une sous-distinction des contrats synallagmatiques à titre onéreux¹³⁴¹. Comme le fait observer la doctrine, ni le contrat commutatif, ni le contrat aléatoire ne peuvent être à titre gratuit, car dans chacun de ces contrats, les parties entendent recevoir un avantage en échange de leur engagement.

¹³⁴⁰ Disposition non modifiée par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018, *préc.*

¹³⁴¹ F. Grua, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats commutatifs et aléatoires », *RTDCiv.*, 1983, p. 263 s.

818. L'application du caractère commutatif à l'accord amiable transactionnel. La définition du droit commun relative au contrat commutatif et les conditions de commutativité appliquées au contrat de transaction permettent de dire que dès la conclusion de l'accord amiable, les concessions réciproques mises par le contrat à la charge des parties sont susceptibles d'une évaluation certaine. Une commutativité bien plus caractériser dans le caractère interdépendant des engagements que soustendent les concessions réciproques. De sorte que, la valeur des prestations données et reçues ne dépend d'aucun aléa. Les parties ont précisément transigé sur l'incertitude inhérente à la *res litigiosa* constituant pour l'essentiel le différend. Le contrat de transaction – en tant que contrat synallagmatique à titre onéreux – apparaît donc comme une convention commutative et non comme un contrat aléatoire¹³⁴².

B. L'indifférence de l'aléa inhérent à la période prétransactionnelle

819. Position du problème. La question se pose de savoir si le contrat spécial de transaction revêt un caractère aléatoire au regard de la situation incertaine inhérente à la période pré-transactionnelle.

820. L'incertitude de la période pré-transactionnelle. La période pré-transactionnelle – à savoir la phase des négociations et formation de l'accord amiable transactionnel caractérisée par la négociation de la solution du différend – se révèle être une situation qui crée une incertitude quant au règlement de la *res litigiosa* constitutive pour partie, ou du moins essentiellement du différend en matière d'accord amiable transactionnel. Cette incertitude quant à l'aboutissement du traitement du différend – lequel peut faire l'objet d'une « tentative », par nature incertaine, de résolution amiable *judiciaire* ou *extrajudiciaire* ou d'un traitement contentieux par le juge étatique compétent ou l'arbitrage – demeure jusqu'à l'échange des consentements. Mais alors que le but du contrat aléatoire est d'organiser les conséquences de la réalisation éventuelle d'un risque, celui de l'accord amiable transactionnel réside dans la suppression d'une incertitude sur un droit¹³⁴³. Une doctrine majoritaire affirme ainsi que l'« on peut dire que la transaction intervient dans un contexte aléatoire, mais elle

¹³⁴² Contra E. Bénabent, *Droit civil - Les contrats spéciaux*, 3^{ème} éd., Paris, Montchrétien, 1997, n° 1002, p. 573 : « Le rapport entre les sacrifices (...) dépend bien de l'appréciation qu'elles font de leur chances de gain et risques de perte dans le procès, et ce procès constitue bien un événement incertain » ; J.-B. F. Marbeau, *Traité des transactions*, Paris, Nèves, 1824, n° 9, p. 4.

¹³⁴³ H. Barbier, *La liberté de prendre des risques, th., préf. J. Mestre*, PUAM, 2010, p. 63, n° 35.

reste un contrat commutatif »¹³⁴⁴ et qu' « en concluant une transaction, les contractants mettent fin conventionnellement à une incertitude qui cristallise un litige »¹³⁴⁵.

§3. Le caractère indivisible

821. L'accord amiable transactionnel au caractère complexe. Le concept d'indivisibilité connaît un domaine étendu, varié et ses manifestations sont particulièrement présentes et importantes en droit privé. En matière d'actes juridiques, l'application la plus classique consiste à concevoir l'indivisibilité comme une modalité d'une obligation. L'utilisation de la notion d'indivisibilité ne se limite pas seulement à l'objet des obligations (A) ou à l'objet (B) même de l'accord amiable transactionnel, elle s'étend aussi aux groupes de contrats (C).

A. L'indivisibilité de l'objet des obligations réciproques et interdépendantes

822. Signification de l'indivisibilité. Comme le soulignait Carbonnier, « les notions de divisibilité et d'indivisibilité sont suffisamment obscures pour être malléables, et elles sont d'autant plus malléables que leur emploi dépend, en dernière analyse, de l'intention des contractants »¹³⁴⁶. Le *vocabulaire juridique* du Doyen Cornu définit l'obligation indivisible comme « l'obligation qui ne peut être exécuter qu'en entier, soit que la nature de l'objet dû interdise toute division de cet objet (indivisibilité naturelle), soit que les parties soient convenues que celui-ci ne pourra être divisé ». Autrement dit, une obligation est dite indivisible lorsque, en raison de son objet – prestation assumée par le débiteur de l'obligation et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose¹³⁴⁷ – elle n'est pas susceptible de division

¹³⁴⁴ D. Veaux, *Juris-Classeur civil*, « art. 2044 à 2058 », fasc. 10, n° 106, p. 23.

¹³⁴⁵ A. Morin, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Paris, LGDJ 1998, n° 260, p. 114 : « L'incertitude du contexte antérieur à la conclusion du contrat de transaction (...), dépourvu d'incidence sur la valeur des prestations lors de l'échange des consentements, ne caractérise pas un aléa économique, et partant un contrat aléatoire ».

¹³⁴⁶ J. Carbonnier, « Note de jurisprudence, (1950) », *RTD Civ.* 1969, n° 2, p. 69.

¹³⁴⁷ Les réformateurs du droit des contrats ont abandonné la notion d'objet du contrat figurant anciennement à l'art. 1108 CCiv. Anciennement, c'est à l'objet de l'obligation que le législateur et la jurisprudence faisait référence lorsqu'ils exigeaient un objet certain formant la matière de l'engagement. la prestation à laquelle chaque partie est tenue doit être licite, possible et par ailleurs suffisamment déterminée ou déterminable pour faire connaître ce à quoi elles se sont respectivement engagées.

matérielle ou intellectuelle¹³⁴⁸. Dans tous les cas, soit l'obligation est exécutée en entier, soit elle n'est pas exécutée du tout¹³⁴⁹.

La question se pose donc de savoir si les parties en concluant un accord amiable transactionnel, conviennent que leurs « *concessions réciproques* » autrement dit, leurs *obligations réciproques et interdépendantes* ne pourront être divisées. Il convient, afin d'apporter des réponses à cette interrogation, d'examiner ce caractère sous l'angle du droit commun des contrats **(1)** afin de rechercher ensuite une application au contrat spécial de transaction **(2)**.

1) Les sources et effets de l'indivisibilité

823. Distinction entre l'indivisibilité objective ou naturelle et l'indivisibilité subjective ou conventionnelle. L'indivisibilité est dite objective ou naturelle et naît de plein droit lorsque, de part sa nature, l'objet de l'obligation n'est pas susceptible d'exécution fractionnée. C'est le cas de l'obligation de ne pas faire qui ne peut pas en effet être exécutée que partiellement¹³⁵⁰. Il en est de même pour l'obligation de payer une somme d'argent qui, bien que divisible par sa nature¹³⁵¹, est rendue indivisible par le droit substantiel, de sorte que le créancier ne peut être contraint de recevoir le paiement partiel de l'obligation¹³⁵².

A contrario, l'indivisibilité est dite subjective ou conventionnelle lorsqu'elle résulte de la volonté des parties qui par stipulation expresse ou tacite¹³⁵³ au contrat attribue le caractère indivisible à l'objet de l'obligation.

824. Pluralité de créanciers ou de débiteurs. L'indivisibilité de l'obligation n'a d'intérêt qu'en présence d'une pluralité de créanciers ou de débiteurs.

Lorsqu'il y a une pluralité de créanciers, l'indivisibilité est dite *active* et chacun des créanciers peut réclamer du débiteur la totalité de la prestation. Dans cette hypothèse, les droits

¹³⁴⁸ Voy. l'art. 1217 et 1218 CCiv ; Ph. Delebecque, *Juris-Classeur civil*, Art. 1217 à 1225, fasc. 55 à 57, n° 22 et 23, p. 5 ; F. Derrida, *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, 2^{ème} éd. « Indivisibilité », n° 8, p. 2.

¹³⁴⁹ L'indivisibilité rejoint la solidarité dans ses effets, toutefois, la solidarité stipulée à elle seule ne confère pas à l'obligation le caractère d'indivisibilité ; Voy. F. Derrida préc., n° 5, p. 1.

¹³⁵⁰ Cass. civ. 1^{er}, mars 1911, *Gaz. Pal.* 1911. 1^{er} sem. Jur. 378 : Tout acte contraire à l'abstention promise entraîne nécessairement inexécution de l'obligation ; Par exception, une obligation de ne pas faire peut être considérée comme divisible lorsque sur le fait, objet de l'engagement est susceptible de division C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 4, 6^{ème} éd., Paris, Litec, 1935, p. 73.

¹³⁵¹ Ph. Delebecque, *Juris-Classeur civil*, Art. 1217 à 1225, fasc. 55 à 57, n° 22 et 23, p. 5.

¹³⁵² Voy. l'art. 1244 CCiv.

¹³⁵³ Voy. pour la possibilité d'une indivisibilité résultant d'une convention tacite prenant sa source dans l'intention présumée des parties : Ph. Delebecque, *Juris-Classeur civil*, Art. 1217 à 1225, fasc. 55 à 57, n° 90, p. 13.

individuels des cocréanciers qui n'ont pas reçu leur part de la créance peuvent être mis en péril, le paiement à l'un d'eux valant paiement à l'égard des autres et il demeure donc le risque que ces derniers ne la recouvrent jamais.

En revanche, lorsqu'il y a pluralité de débiteurs, l'indivisibilité est dite *passive* et permet au créancier d'exiger d'un seul débiteur la totalité de l'exécution. Ces solutions ne sont qu'une simple application de la théorie générale des obligations au niveau de l'exécution des prestations. Dès lors, il convient de s'interroger sur les éventuelles applications de l'indivisibilité en matière de transaction.

2) L'application de l'indivisibilité aux obligations réciproques interdépendantes

825. Les cas du défaut d'incidence de l'indivisibilité en matière d'accord amiable transactionnel. L'indivisibilité de l'obligation a en réalité peu d'incidences en matière d'accord amiable transactionnel, notamment si l'engagement transactionnel implique le paiement d'une somme d'argent. Cette obligation est indivisible par effet de la loi.

Outre l'obligation de paiement d'une somme d'argent, l'accord amiable transactionnel peut contenir un désistement d'action, la résolution d'un contrat ou la remise d'un bien à son propriétaire. En ce qui concerne le désistement d'action et la résolution d'un contrat, ceux-ci consistent en des obligations de faire naturellement indivisibles. La question de ce caractère indivisible se pose néanmoins pour la remise du bien à son propriétaire.

826. L'hypothèse particulière de la remise d'un bien à son propriétaire. La remise d'un bien consiste en revanche en une obligation de donner, c'est-à-dire de transférer la propriété d'un corps certain. Cette obligation est donc divisible, quand bien même elle porterait sur un objet qui ne peut matériellement être divisé¹³⁵⁴. Dans ce cas, seule une indivisibilité conventionnelle permettrait l'exécution entière de la prestation. Toutefois, en pratique, nous constatons que dans le cadre de la rédaction des accords amiables transactionnels, l'indivisibilité d'une obligation de donner ne fait jamais l'objet de stipulation.

B. L'indivisibilité de l'objet de la transaction

¹³⁵⁴ P. Delebecque, *Juris-Classeur civil*, Art. 1217 à 1225, fasc. 55 à 57, n° 35, p. 7.

827. L'objet de l'obligation et l'objet du contrat. Définir l'objet du contrat c'est lui donner a priori, le sens courant de la théorie générale des obligations. Celui-ci a été largement bouleversé dans le cadre de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations dans la mesure où l'objet qui figurait au titre des conditions de validité du contrat à l'ancien article 1108 du Code civil a disparu au profit de la consécration de la notion de contenu du contrat au nouvel article 1128.

Reste que traditionnellement, une confusion est opérée entre l'objet du contrat et l'objet de l'obligation. Cette confusion tient à la rédaction imprécise de la Section III du Code civil pourtant sur l'objet et la matière des contrats. Le législateur y emploie tantôt les termes *objet du contrat* et *objet des conventions*¹³⁵⁵, tantôt *objet de l'obligation*¹³⁵⁶. Une confusion qui a conduit un temps la doctrine à ne pas distinguer les notions d'objet du contrat et d'objet de l'obligation, l'objet du contrat désignant de façon elliptique l'objet des obligations nées du contrat¹³⁵⁷. Cette conception n'est quasiment plus soutenue aujourd'hui¹³⁵⁸. Pour la majorité des auteurs, l'indépendance de l'objet du contrat ne fait plus de doute. Mais la notion reste encore incertaine.

L'objet de l'obligation se définit comme la prestation due et renvoie à l'ancienne cause du contrat qui était également au titre de l'ancien article 1108 du Code civil une condition de validité du contrat. L'objet du contrat revêtquant à lui deux sens¹³⁵⁹. Au sens matériel, l'objet désigne la chose relativement à laquelle le contrat est conclu (en ce sens, la vente et le bail d'un immeuble ont le même objet) et renvoie en matière d'accord amiable au différend, à la contestation, à la *res litigiosa*. En un sens technique, l'objet désigne l'ensemble des droits et des obligations que le contrat est destiné à faire naître (en ce sens, la vente a pour objet de transférer la propriété d'un bien moyennant le paiement du prix convenu, le bail de conférer l'usage d'un bien moyennant le versement d'un loyer). En ce sens, l'objet renvoie au contenu du contrat tel qu'entendu par le nouvel article 1128 du Code civil et plus précisément aux prestations des parties. C'est dire qu'en matière de contrat de transaction, ce sens de l'objet renvoie aux concessions réciproques ou aux obligations réciproques interdépendantes des

¹³⁵⁵ Voy. les art. 1126 et 1128 CCiv.

¹³⁵⁶ Voy. les art. 1129 et 1130 CCiv.

¹³⁵⁷ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, 22^{ème} éd., Paris, PUF, 2000, n° 54, p. 117 ; C. Larroumet, *Droit civil*, t. 3, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 1996, n° 381, p. 340, pour qui l'objet du contrat est ainsi constitué par l'objet des obligations que le contrat fait naître.

¹³⁵⁸ Certains auteurs, sans nier l'existence de l'objet du contrat, choisissent tout de même de le considérer comme l'objet de l'obligation principale du contrat ; Pour J.-F. Overstake, *Essai sur la classification des contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, 1969, p. 119, ce choix se justifie par l'idée que « l'objet de cette obligation principale constitue la prestation essentielle qui permet la réalisation de l'opération projetée dont l'obligation principale est la manifestation juridique primordiale ».

¹³⁵⁹ G. Cornu, V° « Objet »

parties. l'objet est alors appréhendé non pas au sens de l'objet de l'obligation de chaque parties mais de manière global, à l'égard des caractères réciproques et interdépendantes des obligations des parties. Dès lors le caractère indivisible semble ressortir de ces engagements à l'accord amiable transactionnel. Dans la mesure où le contrat a pour effet de créer, modifier, transférer ou éteindre des obligations, c'est en elles que les uns recherchent l'objet du contrat¹³⁶⁰. Or cette interprétation a pour inconvénient de confondre l'objet du contrat avec ses effets.

828. L'objet du contrat au sens de l'opération juridique voulue par les parties.

D'aucuns soutiennent que l'objet du contrat est l'opération juridique que les parties ont en vue lors de la conclusion du contrat et autour de laquelle s'ordonne l'économie de la convention¹³⁶¹.

En matière de transaction, la transposition de cette dernière conception n'est pas toujours réussie. Dans le langage usuel, l'objet est devenu pour certains, le *litige*¹³⁶². Certains considèrent que « l'objet du contrat est un droit douteux ». D'autres encore que « le doute qui porte sur l'existence du droit constitue l'objet de la convention » et confonde ainsi l'objet du litige¹³⁶³ et l'objet du contrat qui y met fin, ce qui s'explique par le fait que le droit litigieux qui constitue plutôt l'objet du litige est toujours contenu dans l'objet du contrat de transaction. Les codificateurs du Code civil ont visé à l'ancien article 2057 aliéna second, abrogé dans le cadre de la réforme de la justice du XXIème siècle, à l'objet du litige pour préciser « *que la transaction serait nulle si elle n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit* ».

L'opération juridique envisagée par les parties à l'accord amiable transactionnel doit être en ce sens analysée comme l'opération juridique en tant que « déclaration de volonté qui, par un procédé technique tombant sous une qualification déterminée, produit un résultat déterminé »¹³⁶⁴. Mais c'est dire alors que l'objet du contrat renvoie à la notion de but tel que consacré dans le cadre de la réforme de la justice du XXIème siècle, au titre du contenu du contrat précisé à l'article 1162 du Code civil.

¹³⁶⁰ C. Larroumet, préc., n° 381, p. 340 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1952, n° 218, p. 266

¹³⁶¹ H. Mazeaud, L. Mazeaud et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t.2, vol. 2, 5^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1980, n° 231, n° 224 et 225 ; A. Weill et F. Terré, *Droit civil – Les obligations*, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1986, n° 223, p. 234 et 235.

¹³⁶² R. Dekkers, *Précis de droit civil belge*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1955, n° 1322, p. 772 : « Strictement parlant, l'objet de la transaction se confine dans les concessions que se font les parties. Le litige auquel ces concessions mettent fin n'est pas tant l'objet de la transaction que sa cause. Mais les deux se mêlent, car les concessions comprennent forcément la renonciation, par les parties, aux prétentions qu'elles faisaient valoir dans le litige. Aussi, comprend-on qu'en matière de transaction l'on confonde la cause et l'objet, et que ce dernier mot s'applique même plus spécialement au litige qui occasionne la transaction ».

¹³⁶³ Voy. l'art. 4 CPC : « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ».

¹³⁶⁴ J. Boulanger, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *RTD Civ.* I, 1950, n° 4, p. 3.

Reste que traditionnellement l'accord amiable transactionnel est qualifié d'indivisible en raison du caractère indécomposable des éléments de fait et de droit auxquels la volonté des parties se réfère dans l'entente. Une conception ayant permis à la jurisprudence d'affirmer les concessions réciproques des parties à l'accord amiable transactionnel consistent en des « *engagements réciproques et interdépendants* ». Cette opération peut revêtir un caractère simple (1) ou complexe (2).

1) L'accord amiable transactionnel comme acte juridique simple

829. Le renvoi au droit commun des contrats. L'ancien article 2055 du Code civil faisait référence à l'indivisibilité du contrat de transaction en disposant que « *la transaction faite sur des pièces qui depuis ont été reconnues fausses est entièrement nulle* »¹³⁶⁵. Ce texte a cependant été abrogé dans le cadre de la réforme de la justice du XXI^{ème} siècle opérée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016. Il convient néanmoins de se référer en la matière au droit commun des contrats et, en particulier, à l'article 1320 du Code civil, unique disposition relative à l'indivisibilité en matière contractuelle.

830. Une indivisibilité subjective. Lorsque la transaction consiste en un acte juridique simple, l'indivisibilité tient davantage à son objet qu'à sa nature et la recherche de l'objet du contrat est facilitée par la volonté des parties¹³⁶⁶. Il s'agit d'une indivisibilité subjective, en ce qu'elle renvoie à la volonté des parties. Celles-ci ont conclu une entente transactionnelle en considération de tout ce qui est stipulé. Elles ne devraient donc pas être tenues par un contrat qui ne contiendrait pas toutes les concessions initialement consenties. Parce que toutes les clauses d'une transaction sont consenties à titre de réciprocité, nous pouvons soutenir que son caractère indivisible est tiré des concessions mutuelles qu'elle renferme : les obligations réciproques *interdépendantes*¹³⁶⁷. L'indivisibilité sert alors à respecter l'équilibre des concessions réciproques.

¹³⁶⁵ L. Boyer, th. préc., p. 145 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 11, 2^{ème}, Paris, LGDJ, 1954, n° 1597, p. 957.

¹³⁶⁶ L. Boyer, th. préc., p. 146 : « À la vérité, ce n'est pas tant la nature même du contrat qui donne à la transaction son caractère indivisible, que l'intention présumée des parties » ; J. Moury, « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD Civ.* 1994, n° 10, p. 260 : « L'indivisibilité portant sur une pluralité d'obligations (...) paraît essentiellement subjective ».

¹³⁶⁷ J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Paris, Litec, 1999, n° 124, p. 160 : « Dans certains cas, l'indivisibilité de l'acte juridique traduit des situations de réciprocité, ainsi, certains actes, parce qu'ils se traduisent par une structure « *en miroir* » sont volontiers qualifiés d'indivisibles. Tel est notamment le cas pour le contrat d'échange ou la transaction.

831. Les conséquences de l'indivisibilité subjective au regard de l'exécution du l'accord amiable transaction. Le caractère indivisible de la transaction permet de conclure que l'accord ne peut être accepté ou répudié seulement pour partie. L'indivisibilité est envisagée alors comme une modalité qui affecte la nature, l'objet et les effets de la convention. Toutes les clauses d'un accord amiable transactionnel sont corrélatives et ne peuvent être dissociées les unes des autres. Il est donc permis de voir dans les concessions réciproques de sparties, des « *engagements réciproques* » mais également « *interdépendants* ».

Dès lors, l'indivisibilité s'oppose à une nullité partielle, l'accord amiable transactionnel doit être maintenue ou annulée pour le tout¹³⁶⁸. Le domaine de l'indivisibilité concerne alors non seulement la formation mais également l'exécution du contrat de transaction. Le caractère indivisible de la transaction n'en autorise son homologation que dans la mesure où le *negocium* entier en fait l'objet, le lien étroit qui unit les clauses de la transaction est tel, qu'il est impossible au juge de les diviser.

832. Les apports de l'approche procédurale. L'indivisibilité de l'accord amiable transactionnel n'est pas un concept novateur dans la mesure où la procédure civile dans un souci de bonne administration de la justice considère que les composantes d'un litige sont indissociables¹³⁶⁹. De sorte que si les composantes du litige sont considérées comme indissociables, il est naturel que la convention qui y met fin soit indivisible, d'autant que les *concessions réciproques* ou *obligations réciproques interdépendantes* doivent être corrélatives au *différend*, la *contestation*. Comme pour le jugement, l'objet même de la transaction appelle une unité de décision. En ce sens, ce n'est pas le contrat lui-même qui est indivisible mais son objet¹³⁷⁰.

833. La question de l'aménagement conventionnel organisant la divisibilité. En raison de l'autonomie de la volonté des parties, ces dernières sont libres de traduire par stipulation leur intention de rendre l'accord amiable divisible¹³⁷¹. L'indivisibilité du contrat de transaction devient alors une règle interprétative et non plus une présomption irréfragable¹³⁷².

¹³⁶⁸ Cass. soc., 23 mars 1950, *Bull. soc.* n° 269.

¹³⁶⁹ J. héron, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, n° 59, p. 54.

¹³⁷⁰ J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Paris, Litec, 1999, n°97, p. 135.

¹³⁷¹ CA. Aix-en-Provence, 11 juill. 1888, *S.* 1889.II.113 ; Cass. civ., 2 juill. 1888, *S.*1888.I.421 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 6, 6^{ème} éd., Paris, Litec, 1951, note 265, p. 257.

¹³⁷² L. Boyer, th. préc., p. 146 : « Quand les parties ont exprimé leur volonté de rendre indépendants les divers chefs de leur transaction, ou quand cette volonté ressort clairement des circonstances de la cause, les tribunaux

Le risque tient cependant à ce qu'un contrat de transaction soit dénaturé en raison de la stipulation de sa divisibilité. Comme le fait observer un auteur, « la concession d'une partie en considération de l'abandon que son adversaire fait de son côté établit une sorte d'équilibre entre les diverses clauses de l'accord » et « cet équilibre cesse donc d'exister si, tout en annulant les unes, la validité des autres est reconnue »¹³⁷³. Nous pouvons penser que parce que l'indivisibilité de l'accord amiable transactionnel devient l'œuvre de la volonté des parties, cette volonté peut suffire, à elle seule, à lui retirer ce caractère¹³⁷⁴.

834. En conclusion, il est juste de s'en remettre à la volonté des parties pour déterminer l'objet du contrat. L'autonomie de la volonté inspire aujourd'hui encore grandement le droit des contrats. Mais honorer cette commune volonté au point de retirer à la transaction son élément le plus caractéristique, les concessions réciproques, est inconcevable et justifie à notre sens la consécration restée pour l'heure jurisprudentielle de la notion d' « *obligations réciproques interdépendantes* ». Aussi, dans cette hypothèse, si le contrat vient à être morcelé, il conserve sa valeur juridique, au titre de l'unité du contrat de transaction.

2) L'accord amiable transactionnel comme acte complexe

835. Différentes hypothèses. L'accord amiable transactionnel peut être une opération juridique complexe pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, l'accord amiable transactionnel peut porter sur un ensemble de biens ou de droits dont la valeur s'exprime en chiffres. Dans ce cas, « l'indivisibilité dépend ici de la nature de l'opération ; elle concerne la manière dont un certain résultat est obtenu »¹³⁷⁵.

Ensuite, la transaction peut impliquer, dans sa réalisation, la conclusion d'une série d'accords sur des points particuliers, en liaison les uns avec les autres. Les auteurs ont défini l'acte complexe comme un « ensemble d'actes juridiques dont chaque élément conserve sa propre individualité, mais dont les liens qui les unissent sont tels que leur somme constitue un « ensemble », doté d'un régime spécifique. L'acte complexe se caractérise donc par la

doivent annuler seulement les chefs viciés et laisser subsister les autres » ; Voy. également M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1952, n° 1597, p. 958.

¹³⁷³ F. Julienne, ???

¹³⁷⁴ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1952, n° 1597, p. 1051 : « Cette indivisibilité n'est d'ailleurs qu'une interprétation de la volonté des parties. Elles sont libres de désolidariser les unes des autres les clauses, ou les groupes de clauses, de leurs transactions, ou encore les effets de celle-ci à l'égard des divers intéressés ».

¹³⁷⁵ J. Boulanger, « Usages et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *RTD Civ.* 1950, 1, n° 4, p. 3.

multiplicité des éléments qu'il englobe par l'unité qu'il crée »¹³⁷⁶. Il en est ainsi lorsque l'une ou l'autre des concessions réciproques de la transaction a pour objet un acte juridique distinct, comme par exemple un contrat de vente, la location d'un bien, le transfert de valeurs mobilières. Ces diverses concessions forment à elles seules, des actes juridiques complets et distincts. Mais quelle que soit la forme de ces éléments constitutifs considérés isolément, ils ne sont en rien l'élément dominant de l'entente transactionnelle. Tous ces éléments composent tous ensemble une opération globale complexe : l'accord amiable transactionnel. Il faut donc considérer le tout pour que soit restituée la véritable qualification de l'opération juridique : la résolution amiable effective du différend¹³⁷⁷. L'indivisibilité vise alors, non plus l'objet de l'acte, mais sa structure¹³⁷⁸. Le lien d'indivisibilité entre les différents actes, éléments de l'accord amiable transactionnel entraîne dans une certaine mesure une altération du régime propre à chaque opération, ne modifie pas leur qualification. Chaque opération juridique ne disparaît pas, de sorte que la valeur et les effets de chacune d'elles doivent respecter les règles de leur propre régime juridique¹³⁷⁹. La complexité de l'objet de l'obligation n'a pas de conséquence car le principe veut que « l'objet dû se rapporte toujours à l'unité »¹³⁸⁰. Ainsi chaque partie est tenue de fournir une prestation composée de plusieurs éléments. Quelque soit leur forme, ces opérations tendent toutes vers la même finalité : la résolution définitive du différend qui oppose ou à vocation à opposer les parties. Les opérations juridiques accessoires qui dérivent de la convention se fondent dans un ensemble unitaire et reçoivent de la transaction sa qualification et son statut¹³⁸¹. Il faut nécessairement examiner ces opérations dans leur ensemble. La conséquence qui en résulte est que si l'accord amiable transactionnel est attaqué et invalidé, les actes juridiques qui y sont conjugués sont anéantis avec lui.

¹³⁷⁶ J. Moreau « À la recherche de l'acte complexe : l'exemple du droit public français », *Droits-7*, 19888, n° 1, p. 76 ; Voy. également pour la qualification d'acte conjonctif : R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1990 et Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil*, t. 6, 9^{ème} éd., Paris, Cujas, 1999, n° 968, p. 574.

¹³⁷⁷ J. Boulanger, « Usages et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *RTD Civ.* 1950, 1, n° 6, p. 8.

¹³⁷⁸ J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Paris, Litec, 1999, n° 97, p. 136 : « Les renonciations auxquelles consent une des parties se font en contemplation de celles auxquelles l'autre a consenti. Malgré la pluralité de renonciations, il n'y a qu'une seule transaction de sorte que si l'une d'elles venait à n'être pas respectée, c'est l'ensemble qui devrait disparaître ».

¹³⁷⁹ J. Moury, « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD Civ.* 1994, n° 27, p. 272 : « Le fait que les différentes opérations, (...) soient indivisibles dans l'esprit des parties n'est pas propre à entraîner par lui-même une disparition de la dualité ou de la multiplicité des règles qui leur sont respectivement applicables ; Cass. civ., 10 février 1857, *DP* 1857.I.254 : Les juges concluant que la qualification de transaction donnée à un acte ne fait pas obstacle à ce qu'il soit considéré comme renfermant une véritable vente, assujettie notamment au droit proportionnel de mutation ».

¹³⁸⁰ J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Paris, Litec, 1999, n°18.1, p. 35.

¹³⁸¹ J. de Gavre, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, Bruxelles Bruylant, 1967, n° 52, p. 82.

836. Une appréciation subjective. La qualification d'acte complexe doit être appréciée au regard de l'intention des parties de placer ces opérations en liaison étroites les unes par rapport aux autres dans l'exécution de même but : le règlement ou la prévention définitive du litige. Divers actes juridiques peuvent être inscrits dans des documents séparés et néanmoins être indissociables¹³⁸². Par exemple, dans un accord amiable transactionnel formé d'un acte de désistement et d'une quittance, le litige n'est éteint et les parties libérées que lorsque la totalité des prestations est fournie. À l'opposé, une opération juridique peut être mêlée à un autre contrat et en être distincte. Par exemple, l'accord amiable transactionnel et le compromis lorsque, dans la pensée des parties, les deux conventions sont parfaitement dissociables¹³⁸³.

837. La *res litigiosa* fédératrice de l'indivisibilité de l'accord amiable transactionnel. La *res litigiosa* est l'objet, au sens matériel de même de tout accord amiable transactionnel. Elle peut consister en un manquement à une obligation préexistante d'ordre légal c'est-à-dire prendre sa source dans tout acte ou fait auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligations. Elle peut encore être un manquement à une obligation préexistante d'ordre conventionnelle et, dans ce cas, le litige naît de toute contravention à l'une ou l'autre des obligations implicites ou explicites d'un acte juridique. De fait, l'accord amiable fût-il qualifié de contrat de transaction est ainsi toujours dissociée de l'événement juridique qui y donne naissance.

Toutefois, la question de l'indivisibilité peut se poser en ce qui concerne le lien entre la convention qui est l'origine du litige des parties et la transaction qui donne lieu à son règlement, deux actes juridiques distincts et consécutifs. Abstraction faite ici de l'hypothèse où la transaction met fin à une réclamation en responsabilité civile.

C. L'indivisibilité étendue à l'ensemble contractuel

838. La question de la novation du contrat originaire. Si les parties, en transigeant, opèrent novation des obligations prévues au contrat initial, l'accord amiable transactionnel représente un nouveau contrat qui remplace celui antérieurement intervenu entre les cocontractants, il convient donc d'analyser le contrat de transaction au regard de la notion de novation **(1)**. Dans le cas contraire, il y a coexistence de deux contrats entièrement distincts et

¹³⁸² Cass. soc., 21 mai 1948, *Bull. civ.* III, n° 528 – Cass. com., 29 novembre 1971, *Bull. civ.* IV, n° 286.

¹³⁸³ Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ 1987, n° 428, p. 206

nous pouvons nous demander si l'accord amiable transactionnel est indivisible du contrat initial parce qu'il forme alors avec lui un ensemble contractuel (2).

1) La transaction comme acte juridique simple : la distinction avec la novation

839. Rapprochement et rejet de la notation. Il convient en premier lieu de rapprocher l'accord amiable transactionnel de la notion de novation (a), laquelle est, dans une certaine mesure, rejetée (b).

a) Tentative de rapprochement des notions

840. La notion de novation. La novation est définie par le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu comme « la substitution, à une obligation que l'on éteint, d'une obligation que l'on crée nouvelle (« novée », par rapport à l'ancienne qu'elle est destinée à remplacer) par changement de créancier, de débiteur, d'objet (capital transformé en rentes), ou de cause (bail changé en location-gérance)¹³⁸⁴. La réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, ratifiée par la loi n° 2018 287 du 20 avril 2018, prévoit la novation aux articles 1329 et suivants du Code civil. Le premier de ces textes la définit légalement comme « *un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée* » et en prévoit également les modalités dans la mesure où l'alinéa second dispose qu' « *elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier* ».

L'opération de novation suppose donc la réunion de trois éléments. Tout d'abord, la création d'un nouveau rapport d'obligations, la novation s'opérant par l'extinction d'une obligation civile et la création d'une autre. Ensuite, une rupture entre les deux obligations, l'une disparaissant pour être remplacée par l'autre différente par son objet, sa cause ou par l'identité des parties en un trait de temps¹³⁸⁵. Enfin, l'intention déterminante des parties car la novation ne se présume pas, l'*animus novandi* n'a pas à être expresse, ni formelle et il suffit qu'elle apparaisse, sans ambiguïté, ni équivoque¹³⁸⁶. À cet égard, l'article 1330 du Code civil dispose dorénavant que « *la novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte* ».

¹³⁸⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, Voy. « Novation ».

¹³⁸⁵ Voy. l'art. 1271 CCiv.

¹³⁸⁶ Voy. l'art. 1272 CCiv. ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 janvier 1975, *Bull. civ.* III, n° 16 ; Cass. com., 31 janvier 1983, *Bull. civ.* IV, n° 44.

841. La conclusion d'un accord amiable transactionnel peut-il entraîner la novation du contrat originaire sur lequel se fonde le différend ? Traditionnellement¹³⁸⁷, l'effet déclaratif de l'accord amiable transactionnel apparaît comme un obstacle majeur à la conjonction des deux premiers éléments caractéristiques de la novation. La transaction n'opérerait pas une rupture suffisamment prononcée pour qu'il y ait automatiquement une novation¹³⁸⁸. La renonciation d'une des parties ne modifie pas la structure du droit de l'autre. L'accord amiable transactionnel qui reconnaît l'existence d'une obligation antérieure, loin d'éteindre cette obligation ne fait que la confirmer. En conséquence, en l'absence d'un nouveau rapport d'obligation, la conclusion d'un contrat de transaction ne peut d'elle-même emporter novation. L'arrangement amiable modifie quelque peu l'obligation initiale. Mais dans la mesure où les changements convenus entre les parties ne visent que les modalités d'une obligation et non sa nature même, l'accord amiable transactionnel se qualifie davantage comme une convention modificatrice¹³⁸⁹. Dans ce cas, le contrat de transaction n'a d'autre effet que d'aménager un rapport d'obligation préexistant, sans anéantir le lien de droit originaire, à la différence d'une convention novatoire. La modification conventionnelle s'intègre simplement au contrat initial et ne pose aucune difficulté de qualification¹³⁹⁰.

D'aucuns ont tenté de soutenir que la transaction opère novation par un changement de cause. L'hypothèse visée est celle où les cocontractants s'entendent pour transformer la raison juridique de l'obligation : les parties et l'objet demeurent, mais le rapport d'obligations s'établit dorénavant entre eux sur un titre nouveau¹³⁹¹. Ainsi, à la conclusion de l'accord amiable transactionnel, si des sommes sont dues par un litigeant, la cause de la créance se trouve non plus dans le fait ou l'acte juridique initial mais dans l'entente amiable. Toutefois, bien que ce type de novation soit généralement admis en droit commun des contrats, son application en matière d'accord amiable transactionnel reste incertaine¹³⁹². Elle est ici d'autant plus mal

¹³⁸⁷ R. Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Paris, Éd. Rousseau, 1949, n° 143, p. 197 – Contra : M. Ouellette Lauzon, « Des transactions : effets et rapprochements avec d'autres opérations juridiques », *RJT* 1968, p. 106.

¹³⁸⁸ M. Morin, « La nature du contrat de transaction et le problème de la novation », *RGD* 1989, p. 199

¹³⁸⁹ A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Paris, LGDJ 1980, n° 127, p. 60.

¹³⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1981, *Bull. civ. I*, n° 182 : une simple modification dans le montant d'une créance ne suffit pas à caractériser la novation ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 octobre 1978, *Bull. civ. I*, n° 321 : Le fait pour les contractants d'assortir l'obligation initiale d'un nouveau taux d'intérêt ou d'une nouvelle échéance du terme n'opère pas de novation ; Cass. civ., 17 décembre 1928, *DH* 1929.49 : Les changements concernant exclusivement les modes d'exécution de l'obligation n'emportent pas novation.

¹³⁹¹ J.-L. Aubert, *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, 2^{ème} éd., « Novation », n° 43, p. 5.

¹³⁹² Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1976, *Bull. civ. I*, n° 86 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 139.

accueillie que sa valeur a été débattue puis rejetée en matière de jugement déclaratif, équivalent processuel du contrat de transaction.

b) L'approche procédurale au soutien du rejet de la novation

842. Le rappel du caractère déclaratif commun à l'accord amiable transactionnel et au jugement. En raison de ses effets apparentés à ceux du jugement, il est intéressant d'appliquer à l'entente transactionnelle les idées consacrées dans le domaine du droit judiciaire. À la différence que nous pouvons nous interroger sur ce qu'il reste de la relation juridique qui existait jusqu'alors après un jugement.

Pour la doctrine processualiste, l'effet novatoire est au centre de la théorie juridique du jugement. Il permet à la décision de justice d'assurer sa fonction de règlement des litiges en reconnaissant que la chose jugée tient lieu de cause à l'obligation nouvelle qu'elle crée¹³⁹³. Une conception qui se retrouve dans la doctrine contemporaine sans toutefois de référence directe au concept de novation¹³⁹⁴. Mais les auteurs écartent la novation telle que l'entend le Code civil et parle davantage de l'effet novatoire du jugement, celui-ci revêtant l'obligation initiale de la force exécutoire et y ajoutant un nouveau titre sans constater en contrepartie, l'extinction d'un lien d'obligation déterminé¹³⁹⁵.

La novation est en principe un mécanisme de nature conventionnelle¹³⁹⁶. Toutefois, la Cour de cassation admet que la novation puisse être opérée en vertu de la loi¹³⁹⁷, par l'effet d'une volonté unilatérale. Il est généralement admis que le jugement en raison de son caractère déclaratif est sans effet sur la cause de l'obligation soumise à l'appréciation du juge¹³⁹⁸. L'obligation reste inchangée. Le droit contesté subsiste dans tous ses caractères¹³⁹⁹. Quant à la chose jugée, elle est reliée à l'effet substantiel du jugement mais ce lien n'est pas inéluctable¹⁴⁰⁰. Le jugement produit accessoirement plusieurs effets d'une nouvelle obligation : il interrompt la prescription, donne naissance à l'hypothèque judiciaire, condamne le débiteur

¹³⁹³ L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. 5, Paris, Durand, 1857, n° 144, p. 323 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. 4, 6^{ème} éd., Paris, Litec, 1935, p. 321.

¹³⁹⁴ J. Héron, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, n° 277, p. 203.

¹³⁹⁵ C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 7, Paris, Hachette, 1879, n° 384, p. 361.

¹³⁹⁶ Voy. l'art. 1272 CCiv : La novation ne s'opère qu'entre personnes capables de contracter.

¹³⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 23 avril 1969, *JCP* 1981.II.15897, note Blondeau ; TCom. Aix-en-provence, 8 mars 1965, *D.* 1965.593, note Ghanassia.

¹³⁹⁸ A. Bénabent, *Encyclopédie juridique Dalloz : répertoire de procédure civile*, 2^{ème} éd., « Jugement », n° 599, p. 41.

¹³⁹⁹ P. ex., les hypothèques, privilèges et autres accessoires qui le grèvent survivent au jugement.

¹⁴⁰⁰ P. ex., le jugement déclaratoire bénéficie de l'autorité de la chose jugée sans pour autant influencer le droit substantiel des parties.

au paiement par sa force exécutoire. Toutefois, le Code civil est explicite quant aux caractéristiques de la novation dont l'élément le plus distinctif est l'extinction de l'obligation originale.

843. L'exception : la novation opérée par l'accord amiable transaction fondée sur la volonté des parties. La novation demeure possible à l'occasion de la conclusion du contrat de transaction si les parties l'ont expressément stipulé dans leur accord amiable¹⁴⁰¹, indépendamment même de toute incompatibilité entre l'obligation ancienne et la nouvelle. Toutefois, s'il existe un doute sur cette intention, elle doit être interprétée dans le sens contraire de l'existence d'une novation. Or, en pratique et nous l'avons constaté, l'intention des parties est rarement manifeste dans le cadre de la conclusion de l'accord amiable transactionnel.

2) La qualification du contrat de transaction au regard du contrat initial

844. L'hypothèse du contrat de transaction coexistant avec le contrat duquel le rapport litigieux tire son origine. Dans cette hypothèse, la question se pose de savoir : si l'accord amiable transactionnel est un accessoire du contrat initial du fait que son existence est nécessairement précédée d'un rapport litigieux **(a)** ; ou s'il faut considérer que l'accord amiable transactionnel et le contrat originaire du rapport litigieux compose un groupe de contrats, la transaction étant alors juridiquement indépendante mais économiquement liée au contrat initial **(b)**.

a) Le contrat de transaction et la théorie de l'accessoire

845. Les intérêts du recours à la théorie de l'accessoire. La situation de l'accord amiable transactionnel à l'intérieur d'un ensemble contractuel présente induit certaines conséquences. L'action en responsabilité née de l'un des contrats peut être étendue à des personnes qui n'avaient pas personnellement contracter avec le débiteur. D'autres extensions peuvent s'appliquer au champ d'application des clauses compromissoires et de droit applicable stipulée dans le contrat de base. Le principe classique de l'effet relatif des conventions implique que « chaque contrat, mécanisme clos, se suffit à lui-même, est indifférent aux

¹⁴⁰¹ Voy. L. Boyer, *op. cit.*, p. 340 ; C. Boillot, *La transaction et le juge*, t. 16, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires, 2003 n° 1140, p. 571 ; R. Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Paris, éd. Rousseau, 1949, n° 143, p. 197.

contrats qui peuvent être conclus à côté, fût-ce en même temps et entre les mêmes personnes »¹⁴⁰². L'alinéa premier de l'article 1199 du Code civil, tel qu'issu de la réforme de droit des contrats¹⁴⁰³, dispose en effet que *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties* ». Aujourd'hui cependant, une grande variété de lien de dépendance entre les contrats existent et sont reconnus en particulier en ce qui concerne l'interaction entre le principal et l'accessoire dans le domaine du contractuel. En droit des obligations, ce lien est identifié lorsqu'un contrat n'existe que par référence à un autre – le contrat principal – auquel il se rattache ou dont il assure l'exécution. La nullité ou la résolution du contrat principal d'origine se répercute automatiquement sur le contrat accessoire, parce qu'il le prive de cause. À titre d'exemple, la résolution d'un contrat de vente entraîne nécessairement la nullité du contrat de crédit-bail ayant servi à le financer.

846. La théorie de l'accessoire au service du contrat de transaction. Le professeur Charles Jarrosson dans l'imprécision de la notion d'accessoire vise le concept de contrat dérivé, présent chez Bartole au XIV^{ème} siècle, pour qualifier le lien qui unit l'accord amiable transactionnel au contrat de base. La transaction devient dès lors une suite de la situation d'origine et non plus un de ses effets¹⁴⁰⁴. En droit des contrats, le terme d'*accessoire* est généralement utilisé lorsque le principal et l'accessoire partagent une même nature juridique¹⁴⁰⁵. Il semble que ce soit la raison pour laquelle la question n'est jamais posée au regard de la décision de justice qui met fin au litige né d'un rapport contractuel. L'une constitue un acte juridictionnel, l'autre un acte juridique. En revanche, pour le professeur Gilles Goubeaux, la différence de nature juridique entre l'accessoire et le principal ne paraît pas, à première vue, être un obstacle à la réunion des conditions d'application de la maxime selon laquelle l'accessoire suit le principal¹⁴⁰⁶. Ainsi, que l'on retienne la qualification de contrat dérivé ou de contrat accessoire, il existe une réelle interdépendance entre le contrat de transaction et le contrat d'origine.

b) Le contrat de transaction et le groupe de contrats

¹⁴⁰² J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, 22^{ème} éd., Paris, PUF 2000, n° 111, p. 207 ; Voy. ég, J. Ghestin, *Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ 2001, n° 1127, p. 1211.

¹⁴⁰³

¹⁴⁰⁴ Ch. Jarrosson, « Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales », *Rev. crit. DIP* 1997, 657, n° 9, p. 662.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, n° 7, p. 661.

¹⁴⁰⁶ G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Paris, LGDJ, 1969, n° 73, p. 123.

847. La définition doctrinale du groupe de contrats. La définition classique des groupes de contrats a été avancée en doctrine par le professeur Bernard Teyssié. Un groupe de contrats est un ensemble homogène ou hétérogène de contrats qui portent sur un même objet ou une même opération économique. Il peut être constitué soit de contrats conclus entre les mêmes personnes en application d'un contrat-cadre, soit de contrats conclus entre des personnes différentes. Dans la mesure où ces contrats concourent à la même opération économique on parle d'ensemble contractuel. En revanche, s'ils portent successivement sur le même objet, on parle de chaîne de contrats. Selon l'auteur, la réalisation d'une opération ne requiert pas toujours la conclusion de contrats de même importance. Un seul suffit pour que l'essentiel de l'objectif poursuivi soit atteint. D'autres, greffés sur le précédent en constituent, cependant, un complément utile voire nécessaire. Affectés à l'exécution du but visé à travers l'accord principal, ils occupent, à son égard, la position d'accessoire. Leur cause doit y être recherchée tandis que l'inverse n'est point vrai¹⁴⁰⁷.

848. Comment qualifier alors la structure de l'ensemble transaction/contrat originaire ? Si l'on reprend la définition du groupe de contrat proposé par le professeur Bernard Teyssié, il ne peut s'agir d'une chaîne de contrats hétérogènes qui interviennent entre les mêmes parties, unis par une identité d'objet mais de nature juridique distincte, sans se concentrer autour d'une même prestation essentielle. L'ensemble contractuel paraît plus adapté car il prend en compte les hypothèses dans lesquelles les différents contrats lient les mêmes parties. L'ensemble contractuel est caractérisé par l'identité partielle ou totale de cause. En raison du fait qu'ils concourent tous à la réalisation d'une même opération économique globalement envisagée, ils ne conviennent pas à la transaction. En effet, l'accord amiable des parties n'est en rien un élément nécessaire *ab initio*, à l'accomplissement de la volonté des contractants¹⁴⁰⁸. Il n'est que la suite accidentelle du contrat d'origine auquel il s'ajoute pour en assurer le respect.

Toutefois, l'indivisibilité est parfois invoquée pour caractériser un groupe de contrats¹⁴⁰⁹. Dans ce cas, le destin d'un contrat est nécessairement lié à celui de l'autre, par une imbrication naturelle des conventions. Or, dans la combinaison contractuelle contrat originaire

¹⁴⁰⁷ B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, Paris, LGDJ, 1975, n° 223, p. 119.

¹⁴⁰⁸ Ch. Jarrosson, « Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales », *Rev. crit. DIP* 1997, 657, n° 8, p. 662.

¹⁴⁰⁹ J. Ghestin, *Traité de droit civil*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ 2001, n° 1127, p. 1211.

et contrat de transaction, la dépendance entre les actes juridiques est unilatérale¹⁴¹⁰. Le contrat d'origine est entièrement autonome, alors que le contrat de transaction dépend de ce premier accord pour sa propre existence. Aussi, l'influence d'un contrat sur l'autre se fait-elle à sens unique. La validité du contrat d'origine se reflète directement sur la validité du contrat de transaction. Mais la réciproque n'est point vraie et l'anéantissement du contrat de transaction ne peut emporter celui du contrat principal. Il en est ainsi, même si les parties ont entendu par stipulation rendre l'ensemble indissociable. Selon le professeur Philippe Simler, les notions d'accessoire et d'indivisibilité sont exclusives¹⁴¹¹.

L'opération juridique est nécessairement précédée d'une autre situation d'où le rapport litigieux tire son origine¹⁴¹². Elle met en œuvre ou concrétise les obligations envisagées dans l'accord d'origine dont la légitimité, pour diverses raisons, a été juridiquement contestée. Ainsi, « la transaction est conditionnée par le contrat originaire, tant dans son existence que dans son étendue, elle est un supplément qui se greffe à la convention principale et n'a d'existence qu'à son contact ; la transaction n'existe jamais *per se* »¹⁴¹³. La jurisprudence s'est quant à elle positionnée depuis longtemps et estime que l'opération juridique de règlement conventionnel du litige ne peut s'effectuer faute de cause juridique¹⁴¹⁴. Les anciens articles 2054 et 2055 du Code civil précisait à cet égard, que la transaction fondée sur un titre nul, de même que celle fondée sur des pièces qui, depuis, ont été reconnues fausses, sont nulles. Ces dispositions ont été abrogées par la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle opérée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016. Il convient par conséquent d'effectuer un renvoi au droit des contrats tel que réformé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ayant institué l'article 1186 du Code civil – non modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018. Ce texte dispose à son alinéa second que « *lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie* ». La convention litigieuse qui rendait alors possible le contrat de transaction est anéantie.

¹⁴¹⁰ G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Paris, LGDJ, 1969, n° 30 à 34, p. 53 s. : Ce lien de dépendance unilatérale caractériserait la position d'accessoire à principal.

¹⁴¹¹ Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, LGDJ 1969, n° 310, p. 379.

¹⁴¹² Ch. Jarrosson, « Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales », *Rev. crit. DIP* 1997, 657, n° 7, p. 661.

¹⁴¹³ M. Lachance, th. préc., p. 108.

¹⁴¹⁴ Cass. req., 14 avril 1877, *DP* 1878.I.298 : Du moment qu'il y a défaut de cause, la transaction est également nulle en application de l'article 1131 CCiv.

Sous-Section II – Le caractère déclaratif découlant de l’effet spécial de l’accord amiable transactionnel

849. Une incidence de l’autorité de chose « transigée ». Le contrat de transaction termine le différend né ou prévient le différend à naître, et ce, de manière définitive. D’un point de vue procédural, il cristallise la solution trouvée d’une commune volonté par les parties. Au regard de l’effet attaché à l’article 2052 du Code civil, l’accord amiable se distingue de l’accord amiable non transactionnel en ce que sa conclusion interdit l’introduction ou la poursuite entre les parties d’une action en justice ayant le même objet, permettant l’affirmation unanime et originale d’un caractère déclaratif rapprochant cet acte juridique, d’un acte juridictionnel, le jugement (§1). Ce caractère a pu être dans une certaine mesure discuté au regard de l’existence d’accords amiables transactionnels complexes (§2).

§1. La reconnaissance d’un caractère spécial

850. Un acte juridique proche de l’acte juridictionnel. Le caractère déclaratif du contrat de transaction a été très tôt affirmé par la jurisprudence¹⁴¹⁵ et la doctrine¹⁴¹⁶. L’accord amiable transactionnel en ce qu’il règle ou prévient définitivement le différend *a minima* constitué d’une *res litigiosa* supposant l’existence d’un droit d’action au moins certain et actuel, revêt le même caractère déclaratif que le jugement.

En matière contentieuse, le jugement est en principe déclaratif de droits préexistants et non pas attributifs de droits nouveaux¹⁴¹⁷. L’accord amiable transactionnel reconnaît, quant à lui, la préexistence d’un droit. Le caractère déclaratif le dégage du doute et de l’imprécision qui l’entourent dans la période prétransactionnelle, notamment si celle-ci a fait l’objet de la mise en oeuvre d’un processus ou d’une procédure de résolution amiable des différends.

Certains auteurs considèrent par ailleurs que l’entente amiable que constitue le contrat de transaction n’est pas recognitive car elle intervient sans admission, ni reconnaissance du

¹⁴¹⁵ Cass. civ., 13 juillet 1908, *DP* 1908.I.393 – Cass. civ. 3^{ème}, 10 novembre 1971, *Bull. civ.* III, n° 549.

¹⁴¹⁶ L. Boyer, th. préc., p. 253 s. ; R. Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l’acte déclaratif*, Paris, éd. Rousseau, 1949, n° 62, p. 181 s. ; G. Baudry-Lancantinerie et A. Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 24, 3^{ème} éd., 1907, n° 1302, p. 699 s.

¹⁴¹⁷ D. Veaux, *Juris-Classeur civil*, art. 2044 à 2058, fasc. 60, n° 39, p. 9 ; J. Héron, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, n° 282, p. 207.

bien-fondé des prétentions de l'autre partie¹⁴¹⁸. À l'opposé du tiers investi d'une mission juridictionnelle, les parties ne s'efforcent pas de déterminer laquelle des prétentions est fondée.

§2. Le caractère déclaratif à l'épreuve de l'accord amiable transactionnel complexe

851. Le caractère déclaratif à l'épreuve de la diversité du contenu de l'accord amiable transactionnel. L'attribution du caractère déclaratif au contrat de transaction ne tient pas toujours compte de la diversité du contenu de l'accord amiable transactionnel. La transaction met fin à un différend qui oppose les parties par le biais de concessions réciproques et crée nécessairement un rapport d'obligations entre les cotransigeants. Ce rapport s'articule autour des prestations auxquelles se sont engagées les parties dans leur entente. Les prestations peuvent ainsi prendre différentes formes, elles peuvent porter toutes deux sur l'objet de la contestation, mais elles peuvent impliquer l'engagement de l'une des parties sur un bien autre que celui qui fait l'objet du différend. Cette distinction dans les prestations des parties est essentielle afin de déterminer le caractère déclaratif ou constitutif de la transaction.

852. L'hypothèse des prestations des parties portant toutes deux sur l'objet de la contestation. Dans ce cas, l'accord amiable transactionnel revêt incontestablement un caractère déclaratif¹⁴¹⁹. La partie qui conserve la possession de l'objet litigieux ne peut être considérée comme l'ayant-cause de l'autre, la transaction ne créant pas de nouveaux rapports juridiques. Les parties renoncent seulement à leur droit d'action. C'est dans l'acte juridique initialement contesté qu'il faut rétroactivement rechercher le fondement du droit du bénéficiaire à l'accord amiable¹⁴²⁰. La finalité de l'accord amiable transactionnel conduit en quelque sorte à imposer le respect à la partie qui voudrait à nouveau le contester.

853. L'hypothèse des prestations des parties impliquant l'engagement de l'une des parties sur un bien autre que celui qui fait l'objet du différend. Dans ce cas de figure, le caractère déclaratif de l'accord amiable transactionnel paraît discutable. L'obligation d'un seul contractant porte en effet sur le bien faisant l'objet du différend. Du seul fait que la prestation

¹⁴¹⁸ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil*, t. 8, 11^{ème} éd., Paris, Cujas, 1997, n° 1124, p. 597. C. Boillot, *La transaction et le juge*, t. 16, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires, 2003, n° 1124, p. 597.

¹⁴¹⁹ N.-N. Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 1998, n° 433, p. 227 : « La transaction n'a un effet déclaratif qu'en ce qui concerne les droits qui font l'objet du litige ».

¹⁴²⁰ Y. Seillan, « L'acte abdicatif », *RTD Civ.* 686, n° 58, p. 732 : « Si l'acte abdicatif a pour objet une option, un droit d'agir en justice, la manifestation de la volonté de l'auteur détruit cet objet. Tout se passe comme s'il n'avait jamais existé, l'état de droit nouveau est créé rétroactivement ».

d'une partie porte sur un bien autre que celui qui fait l'objet du différend, une situation nouvelle modifiant la situation antérieure est créée¹⁴²¹. Nous illustrons notre propos par l'exemple d'un propriétaire et de son locataire en conflit sur la dénonciation du bail. Le propriétaire dénonce le bail car il souhaite vendre son bien, mais les parties s'entendent pour que le locataire loue un autre bien du propriétaire, l'accord amiable transactionnel renferme alors le nouveau contrat de bail valablement constitué avec tous ses éléments, tels que la fixation du montant du loyer ou encore la fixation du terme.

Dès lors, la question se pose de savoir si un accord amiable transactionnel peut, à la fois revêtir un caractère déclaratif et un caractère constitutif ou translatif de nouveaux droits.

854. La question de la primauté du caractère translatif sur le caractère déclaratif.

Nous pouvons imaginer un accord amiable transactionnel par lequel une partie concède la vente de tout le capital-actions d'une entreprise mise en cause dans une procédure judiciaire, alors que l'autre litigant concède la reconnaissance du droit de propriété litigieux en faveur de cette même entreprise. La première procède à un acte translatif alors que la seconde s'engage à effectuer un acte déclaratif.

Dès lors qu'en tout ou partie, l'accord amiable transactionnel crée des droits qui n'auraient pas pu exister sans sa conclusion, il est assujéti au régime juridique de l'acte translatif. Cette création d'obligations nouvelles, conséquence indirecte de la renonciation au droit d'action, n'en modifie pas moins le caractère intrinsèque du contrat. Du seul consentement des parties, elle confère un droit au bénéfice du règlement qui n'est pas un simple accessoire de droits préexistants, ou fait passer celui-ci du patrimoine d'un contractant à l'autre, et représente un titre opposable aux tiers. En conséquence, dans cette hypothèse, l'accord amiable transactionnel autorise le nouveau titulaire du bien à utiliser contre ces derniers les titres de son cocontractant. Les droits ainsi créés n'existent que du jour de l'entente. L'accord amiable transactionnel n'a d'effet que pour l'avenir.

855. Conclusion de la section II relative aux caractères généraux du contrat de transaction.

L'étude des caractères généraux de l'accord amiable transactionnel démontre que malgré le fait que l'accord amiable transactionnel soit soumis par le législateur à un régime

¹⁴²¹ C'est une éventualité qu'admettent d'ailleurs certains codes civils étrangers tels que le Code civil italien qui prévoit à son article 1965 que par un accord transactionnel, on peut « *créer, modifier ou éteindre des rapports autres que celui ayant été l'objet de la prétention et de la contestation des parties* » (nos italiques).

spécial, celui-ci est fortement marqué par l'emprise du droit commun des contrats. Il se voit appliquer, malgré une disposition spéciale relative à l'exigence de l'écrit au principe du consensualisme selon lequel le simple échange du consentement des parties suffit à caractériser sa formation et conclusion. L'accord amiable est en outre commutatif malgré le fait que la période de sa formation – négociations et conclusion – présente une incertitude. Laquelle période peut en être procéduralisée par le recours à des processus – conciliation, médiation ou procédure participative – permettant une « tentative », par nature aléatoire, de conclusion de l'accord amiable. Par ailleurs, l'accord amiable transactionnel présente, bien que ce caractère soit plus discuté, un caractère indivisible, qu'il nous semble utile de reconnaître, permettant d'affirmer que la condition de validité des concessions réciproques consistent en des engagements ou obligations réciproques et interdépendantes. Ces trois caractères peuvent être reconnus en définitive à l'accord amiable, de manière générale, peu important que celui-ci soit soumis ou non par les parties au régime spécial du contrat de transaction.

Reste que l'accord amiable transactionnel emporte un effet spécial, cette autorité de chose « jugée » initialement consacrée par les codificateurs du Code civil, reformulée pour s'attacher à la nature contractuelle de l'accord amiable transactionnel mais sans que les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle n'aient réellement consacré la notion d'autorité de chose « transigée ». L'accord amiable transactionnel implique au visa de l'article 2052 du Code civil que cet accord amiable « *fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». C'est dire que l'accord amiable transactionnel règle ou prévient – et ce, définitivement – le différend qui opposait les parties. De cet effet en découle le caractère déclaratif que l'accord amiable transactionnel, acte juridique, confinant à un acte juridictionnel, le jugement. C'est cet effet qui semble aujourd'hui justifier le maintien par les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle d'un régime spécial au contrat de transaction. Il est donc permis de s'interroger sur le point de savoir si, un accord réglant ou prévenant un différend, mais de manière non définitive, peut être considéré comme un accord amiable. Nous pensons à cet égard, à l'accord amiable issu de la conciliation en droit des entreprises en difficulté qui ne reçoit pas du législateur la qualification transactionnelle ou encore à l'accord amiable aménageant les conséquences du divorce ou de l'exercice de l'autorité parentale dont les aménagements peuvent évoluer dans le temps et nécessiter une révision de l'accord.

* *

*

856. Conclusion du Chapitre I relatif au référént à l'accord amiable : le contrat de transaction.

Le contrat de transaction, isolé de la matière procédurale de la résolution amiable des différends, cotoyant au sein du Code civil, les régimes spéciaux de la convention de procédure participative et de la convention d'arbitrage se distingue très nettement de ces dernières. Il consiste en un référént à l'accord amiable en ce qu'il fige définitivement la solution au différend né ou à naître. Ce différend, suppose nécessairement une *res litigiosa*, un droit d'agir actuel ou au moins certain mais peut également revêtir d'autres dimensions, psychologique, économique, fonancière, émotionnelle, ou encore politique qu'une négociation raisonnée doit permettre de purger afin de servir son efficacité, une résolution ou une prévention définitive du différend. Ce qui d'un point de vue procédurale consiste en la solution du différend. Celle-ci, d'un point de vue contractuel et transactionnel relève de la condition de l'existence de concessions réciproques analysées plus précisément comme des obligations ou engagements réciproques interdépendants. Ce critère permet de distinguer l'accord amiable transactionnel, et plus largement, tout accord amiable, d'autres conventions – de conciliation, de médiation, de procédure participative ou d'arbitrage – ne faisant qu'organiser le recours à la résolution du différend autre que devant le juge étatique. L'accord amiable transactionnel au regard de ses conditions de validité et de son effet consiste de fait en un contrat autonome et unitaire.

Toutefois, nous nous interrogeons. Si tout contrat de transaction est un accord amiable, tout accord amiable ne se voit pas forcément attribuer la qualification de contrat de transaction. Il s'agit donc de rechercher si, dès lors qu'un critère du contrat de transaction fait défaut, l'accord demeure amiable et/ou peut faire l'objet d'une qualification satellitaire sans être anéanti. Dans le silence du législateur, relatif à la qualification de l'accord issu d'un processus de résolution amiable des différends, quel qu'il soit, la question de l'opportunité du choix de la qualification transactionnelle se pose aux parties et plus particulièrement aux rédacteurs d'acte. C'est en observant le champ d'application de cet accord amiable que nous pouvons prendre la mesure de la préférence qui se révèle du choix de la qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable laquelle relève de la liberté contractuelle des cocontractants. Ces cocontractants qui, il y a peu étaient parties à un différend et deveniennent parties à un accord amiable.

CHAPITRE II – Des qualifications contractuelles et judiciaires satellitaires

857. Le polymorphisme de l'accord amiable non qualifié. Face au mutisme du législateur réticent à se prononcer sur l'accord issu des processus de résolution amiable, excepté dans certains domaines particuliers, et pour ce qui relève d'un principe de libre qualification découlant de la liberté contractuelle des cocontractants, la doctrine s'est montrée plus explicite, en dégagant une option de qualification. Ce mutisme n'a pas à être condamné car il relève, sauf exception, de la liberté contractuelle des parties. L'accord issu des processus de résolution amiable – médiation, conciliation, procédure participative – peut se voir attribuer par les parties, soit la qualification de contrat de transaction et être soumis aux articles 2044 et suivants du Code civil en sus du droit commun des contrats, soit consisté en un acte sous signature privée soumis uniquement au droit commun des contrats.

Le nouvel article 1100-1 du Code civil tel qu'issu de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations dispose à cet égard, que « *les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit* » et ajoute « *qu'ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux* ». L'accord amiable, de manière générale, qu'il soit qualifié ou non de transaction est donc un acte juridique caractérisant une manifestation des volontés des parties destinées à produire des effets de droit au regard du différend né ou à naître qu'elles entendent régler ou prévenir. Si les parties peuvent parfaitement attribuer la qualification de contrat de transaction à cet accord amiable, il est possible que certains accords, consistent en des actes juridiques conventionnels ou unilatéraux très proches du contrat de transaction sans toutefois répondre à tous ses critères de qualification. La question peut se poser ensuite de savoir s'ils servent alors le même but que le contrat de transaction : une résolution ou une prévention, définitives, du différend.

Dès lors, l'opération consistant à distinguer selon que l'accord amiable est un simple acte sous signature privée soumis ou un contrat de transaction paraît délicate, et cela pour deux raisons. En premier lieu, parce que nous avons pu constater que le domaine de l'accord amiable est très étendu et que la qualification transactionnelle qui peut lui être attribuée est imposée par le législateur que dans certains domaines particuliers, ceux servant pour but l'indemnisation des victimes. Par ailleurs, cette qualification transactionnelle est exclue par exemple en ce qui concerne l'accord amiable en droit des entreprises en difficulté issu de la conciliation ou encore pour l'accord issu de la médiation des conflits collectifs du travail consistant en des conventions collectives ou accords salariaux. Ainsi pour tous les autres domaines, le principe de libre qualification par les parties s'applique et l'accord amiable peut revêtir tantôt la

qualification transactionnelle, tantôt consister en un simple acte sous signature privée soumis au seul droit commun des contrats. Dans ce dernier cas, la question se pose de savoir en quoi consiste l'accord amiable non qualifié de contrat de transaction et s'il peut revêtir une autre qualification contractuelle. La réponse à cette question peut encore être compliquée par le fait qu'en second lieu, la transaction peut consister elle-même en une combinaison de techniques juridiques et opérer une fusion d'actes juridiques de nature à créer des confusions.

Il apparaît que l'accord amiable suppose avant tout une rencontre de volonté, de sorte que doivent être écartés un certain nombre d'actes unilatéraux pouvant néanmoins consister pour chacun en une concession réciproque transactionnel et faire pleinement partie d'une transaction. Certains actes, parce qu'il consiste en des accords sans remplir tous les critères relatifs au contrat de transaction, en revanche peuvent être pleinement considérés comme des accords amiables non transactionnels, soumis au droit commun des contrats.

Il nous paraît ainsi judicieux en premier temps d'examiner le jeu de requalification opéré par le juge afin de rechercher à travers le rejet de la qualification transactionnelle, des qualifications voisines (**Section I**). La qualification contractuelle relevant de la liberté contractuelle des parties au moment de la conclusion de l'accord amiable, il convient d'examiner le champ d'application de l'accord amiable transactionnel afin de révéler qu'en pratique, le choix de cette qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable s'exerce de manière générale (**Section II**).

Section I – Contrat de transaction et autres accords amiables

858. Le jeu de la requalification *judiciaire*. Le juge joue un rôle essentiel dans le contrôle de la qualification transactionnelle appliquée à l'acte sous signature privée. Pour cela, il opère un contrôle des conditions de validité de l'accord amiable transactionnel au titre de l'existence du différend, des concessions réciproques et, de manière ponctuelle, de la commune intention des parties. Dans le silence des dispositions spéciales du contrat de transaction en ce qui concerne la sanction de l'absence de condition de validité du contrat de transaction, il convient de rappeler qu'en droit commun des contrats, l'absence d'une condition de validité entraîne en principe la nullité du contrat. Toutefois, la jurisprudence a tendance à préférer à la sanction de la nullité générant l'anéantissement du contrat, la sanction de la requalification permettant le maintien d'une rencontre des volontés des parties. Afin de procéder à cette requalification de l'acte, le juge peut encore se référer à la qualité des parties ou au moment auquel l'accord a été conclu. Ce jeu de la requalification *judiciaire* révèle l'existence d'accords

des parties proches du contrat de transaction, ayant pour certains comme point commun de consister en des accords amiables (**Sous-Section I**). Alors que d'autres s'éloignent de cette dimension amiable (**Sous-Section II**).

Sous-Section I – Les qualifications satellitaires proches

859. L'existence d'accords amiables non transactionnels. Certains accords se rapprochent de l'accord amiable transactionnel, à l'instar du partage également dit « amiable » (§1) ou de la résiliation « amiable » relative à l'existence d'un contrat liant à l'origine les parties invitant dans le prolongement à s'interroger sur le caractère amiable des actes venant modifier le contrat initial (§2). L'accord amiable transactionnel connaît encore des relations étroites avec la remise de dette dont il peut être la matrice (§3) et enfin, être rapproché d'un acte probatoire bilatéral : l'arrêté de compte (§4).

§1. L'accord amiable transactionnel et le partage amiable

860. Position du problème. Si l'accord amiable transactionnel présente des similitudes avec le partage amiable (A), il doit en être soigneusement distinguer (B).

A. Les similitudes

861. Le caractère déclaratif de l'accord amiable transactionnel et du partage amiable. En théorie, la principale similitude tient au caractère déclaratif attribué à ces deux actes juridiques (1). En pratique, un rapprochement a pu être effectué au regard de la pratique de la conclusion du contrat de transaction sur simulation de différend (2).

1) L'effet déclaratif

862. Le caractère déclaratif du partage. Le partage est une opération à effet déclaratif par laquelle les copropriétaires d'un bien ou d'une universalité (succession, communauté) mettent fin à l'indivision, en attribuant à chaque copartageant, à titre privatif, une portion concrète de biens (terrain, titres, argent liquide, bijoux) destinés à composer son lot¹⁴²².

¹⁴²² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « Partage amiable ».

Dans le cadre d'un partage amiable et à la différence du partage judiciaire assujéti à diverses formalités, ce sont les copartageants, tous présents, majeurs et d'accord qui procèdent à cette opération dans la forme qu'ils jugent convenable¹⁴²³. Le partage est donc la voie normale pour mettre fin à tout ou en partie à l'indivision et suppose sa préexistence, peu importe qu'elle résulte d'une succession, d'un jugement, d'un contrat ou d'un texte législatif. Il n'y a partage qu'entre des personnes qui ont des droits antérieurs à l'acte. Le partage définitif est donc nécessairement déclaratif, un caractère au surplus consacré de manière générale, quels que soient ses modalités ou son contexte d'application, par le troisième alinéa de l'article 883 du Code civil lequel dispose que « [...] *les actes valablement accomplis soit en vertu d'un mandat des coïndivisaires, soit en vertu d'une autorisation judiciaire, conservent leurs effets quelle que soit, lors du partage, l'attribution des biens qui en fait l'objet* ».

863. Le caractère déclaratif de l'accord amiable transactionnel. La transaction a, tout comme le partage, un caractère déclaratif reconnu car sans impliquer une novation, elle se borne à constater des droits préexistants¹⁴²⁴. Le partage amiable a donc des points communs avec l'accord amiable transactionnel en ce qu'il évite le recours au juge et a un effet déclaratif. L'attributaire étant déjà propriétaire et dont les droits subissaient la concurrence de ses co-indivisaires avant le partage, la réalisation de celui-ci efface cette cause du différend.

La doctrine relève une similitude accrue en présence d'un partage amiable ayant pour objet d'éviter le recours à une procédure de partage judiciaire¹⁴²⁵. Dès lors, le partage amiable peut consister en un accord amiable des indivisaires.

2) La transaction sur simulation du différend : une pratique désuète

864. Un outil ancien de contournement des formalités légales du partage. Jusqu'à l'avènement de la réforme du droit des successions et des libéralités, opérée par la loi n° 2006-728 du 28 juin 2006 qui a permis une extension du recours au partage amiable, le montage juridique répandu – devenu depuis moins attrayant – consistait pour les indivisaires à simuler

¹⁴²³ Voy. l'art. 819 CCiv.

¹⁴²⁴ J. Raynard, J.-B. Seube, *Droit civil – Contrat Spéciaux*, Lexis Nexis, 8^{ème} éd., p. 492, n° 632 ; Sur l'effet déclaratif, R. Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Th. Toulouse, 1948 : L'acte juridique déclaratif de droit se distingue de l'acte créateur d'obligations (le contrat), de l'acte translatif de droits (la vente) ou extinctif (la novation).

¹⁴²⁵ P. Chauvel, *Rép. Civ. Dalloz* 2004, V° Transaction, 79 ; T. Clay, « Transaction et autres contrats relatifs aux litiges », in B. Mallet-Bricout, C. Nourrisat, *La transaction dans toutes ses dimensions* », *Dalloz* 2006, p. 29, n° 9.

un différend afin de se soustraire aux contraintes d'un partage judiciaire¹⁴²⁶. Le critère du contrat de transaction consistant en l'existence d'une contestation était donc apparent. Le contrat de transaction apparaissait comme un moyen efficace de contourner les formalités légales du partage, les parties simulant un différend entre elles afin de donner à leur accord, l'aspect d'un contrat de transaction. L'action en rescision pour lésion était ainsi écartée et l'autorité de chose jugée donnée à l'accord amiable, ainsi qualifié de transaction par les parties, sur le fondement de l'ancien article 2052 du Code civil. Les co-indivisaires contournaient ainsi les formalités lourdes du partage des biens indivis¹⁴²⁷.

Certains auteurs ont alors considéré que, le contrat de transaction sur une contestation supposée par les parties conclue dans le seul but de donner à un autre contrat – le partage amiable – la forme d'une transaction, devait être considérée comme un contrat simulé¹⁴²⁸. En revanche, dans l'hypothèse où existait une réelle opposition de prétentions juridiques, une contestation entre les indivisaires au moment du partage, et que toutes les formalités de ce dernier avaient été respectées, il n'y avait pas de raison que le même acte opère à la fois partage des biens et résolution du litige opposant les co-indivisaires.

A. Les critères de distinction

865. L'enjeu de la distinction entre transaction et partage amiable. La nécessité de distinguer l'accord amiable transactionnel du partage s'est imposée depuis la réforme du régime de l'indivision intervenue à l'occasion de la refonte du droit des successions et des libéralités, opérée par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006¹⁴²⁹. Dans le cadre de cette réforme, le législateur a fait le choix, dans le cadre des indivisions d'origine légale, de promouvoir le recours au partage amiable et ce, même en cas d'absence d'un indivisaire ou lorsque l'un d'eux est frappé d'une incapacité. Le principe retenu est celui de l'accord des indivisaires entre eux. Lorsqu'une personne est dans l'impossibilité de manifester sa volonté ou lorsqu'un mineur est placé sous l'administration légale pure et simple, l'homologation judiciaire est remplacée par une approbation du juge des tutelles. Par ailleurs, le législateur est allé encore plus loin en supprimant toute phase judiciaire dans le cas où le mineur ou le majeur incapable est placé sous tutelle.

¹⁴²⁶ Cass. Civ., 5 déc. 1887, *DP* 1888, 1, p. 241, note T. Poncet ; *S.* 1888, 1, p. 425, note E. Meynial.

¹⁴²⁷ *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, 2^{ème} éd., « Partage », par E. K., n° 1105, p. 82.

¹⁴²⁸ J. de Gavre, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, Bruylant, 1967, n°82, p. 118 : Selon l'auteur, « ce procédé doit être condamné comme constituant une fraude à la loi ».

¹⁴²⁹ R. le Guidec, « La loi du 26 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités – Vue Panoramique », *JCP G* 2006, I, 160 ; G. Yildirim, « La modernisation des opérations de partage », *D.* 2006, p. 2570.

866. La nécessité de dégager des critères de distinction. Il est difficile de dissocier la notion de l'accord amiable transactionnel de celle du partage amiable. La jurisprudence confrontée au problème de la qualification des actes a dégagé certains critères de distinction **(1)** toujours d'actualité au regard de l'enjeu qu'elle soulève, à savoir la sanction encourue : la lésion **(2)**.

1) Des critères jurisprudentiels

867. La recherche de trois critères. Classiquement, la jurisprudence oppose les deux institutions – contrat de transaction et partage amiable – en dégagant trois critères de distinction plus ou moins opérationnels¹⁴³⁰. Les juges contrôlent ainsi l'existence d'un différend **(a)**, mais prennent également en compte la qualité de la personne **(b)** et se réfère à un critère temporel : celui du moment d'intervention des actes **(c)**.

a) L'existence d'un différend

868. Le partage a-t-il un caractère paisible ? Un auteur a affirmé que « le partage amiable n'est pas en soi une transaction, car il n'implique pas le litige et les concessions réciproques qui caractérisent la transaction »¹⁴³¹. En effet et à la différence du contrat de transaction, le partage ne nécessite pas forcément l'existence d'un litige. La vocation des indivisaires, la formation de la masse indivise et le mode de répartition peuvent être tout à fait paisibles.

Néanmoins, le caractère opérationnel de ce critère consistant en l'existence ou non d'un litige peut *a priori* être discuté dans la mesure où comme le contrat de transaction, le partage amiable a pour objet d'éviter les contestations d'un partage judiciaire. De fait, la transaction et le partage amiable consiste tous deux en des accords amiables prévenant la survenance d'une contestation à naître. La matière est compliquée au regard d'une part, des difficultés liées à la caractérisation d'une contestation et, d'autre part, en raison de la richesse des techniques contractuelles qui peuvent présenter, à la fois des caractéristiques attachées au partage et à la

¹⁴³⁰ Cass. Req., 4 mai 1846, *DP* 1846, 1, p. 129 ; Cass. Civ., 12 fév. 1912, *S.* 1913, 1, p. 101 ; Cass. Civ., 10 déc. 1913, *S.* 1914, 1, p. 136.

¹⁴³¹ J. De Gavre, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 81, p. 116.

transaction¹⁴³².

869. L'application au cas de la donation-partage. Prévus aux articles 1075 et suivants du Code civil, le recours à la donation-partage a été également élargi par la réforme du droit des successions et des libéralités du 23 juin 2006¹⁴³³. Ce pacte de famille, à la nature hybride, a vocation tant à établir une donation en dépouillant immédiatement et irrévocablement son auteur et à répartir de manière anticipée les lots entre les futurs héritiers.

En pratique, se pose donc la question, dans le cas où son auteur a précisé dans l'acte qu'il a pour objet de « prévenir une instance en partage », de savoir si la donation-partage peut être qualifiée de contrat de transaction.

La jurisprudence règle cette difficulté au regard de l'existence ou non d'une contestation, afin d'identifier si un contrat de transaction a été valablement formé¹⁴³⁴. Les juges excluent en effet la qualification de transaction retenant l'absence de contestation dans la mesure où jusqu'au décès les héritiers n'ont pas de droits acquis, mais de simples expectatives. Ainsi la jurisprudence n'admet pas l'application de qualification de contrat de transaction à l'accord amiable consistant en une donation-partage dans la mesure où la contestation n'est pas née, bien que l'article 2044 du Code civil admette que la transaction puisse « *prévenir une contestation à naître* ». Les juges retiennent donc une conception restrictive de la qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable. Toutefois la conclusion du contrat de transaction reste admise dans le cas où la contestation est née et que les parties peuvent transiger sur des droits acquis.

b) La qualité de la personne

870. L'intervention d'un tiers : un critère d'exclusion du contrat de transaction. Le partage n'a vocation à jouer qu'entre les ayants cause du défunt. Ainsi, classiquement, la jurisprudence retient la qualification de transaction – et non de partage – dès lors qu'un tiers s'immisce dans le cadre de l'arrangement – l'accord amiable de famille – pour répartir les biens

¹⁴³² CA Douai, 7 déc. 1871, *DP* 1873, 2, p. 212 : Les juges du second degré ont ainsi considéré qu'un accord par lequel les héritiers s'engageaient uniquement à respecter le testament de leur auteur devait être considéré comme une transaction et comme un partage car il avait pour objet de prévenir les contestations qui auraient pu naître de l'application de l'acte juridique dont certaines clauses étaient obscures.

¹⁴³³ *Préc.*

¹⁴³⁴ Cass. req., 4 mai 1846, *DP* 1846, 1, p. 129, rapp. Mesnard : Les juges excluent la qualification de transaction retenant l'absence de contestation dans la mesure où jusqu'au décès les héritiers n'ont pas de droits acquis mais de simples expectatives.

d'une succession¹⁴³⁵.

Dans ce cadre, nous pouvons nous interroger sur l'hypothèse de la mise en œuvre d'une procédure amiable – conciliation, médiation, où procédure participative *extrajudiciaires* – aboutissant un accord amiable de partage. Dans ces cas, nous pouvons admettre que les rédacteurs d'actes sont à même de qualifier l'accord amiable opérant partage de contrat de transaction, dans la mesure où celui-ci a donné lieu à une contestation. En l'absence de contestation, et s'il ne s'agit que de négocier les modalités du partage, l'acte ne peut demeurer qu'un partage amiable.

c) Le critère temporel lié à la réalisation des actes

871. Un critère chronologique discuté. Selon la doctrine, ce critère est peu opérationnel au vue de la diversité des combinaisons possibles. Deux hypothèses doivent être ici distinguées : d'une part, celle dans laquelle le contrat de transaction et le partage donnent lieu à deux actes co-existants (**I**) et, d'autre part, celle dans laquelle transaction et partage résultent au contraire, d'un même et unique acte (**II**).

I. Le contrat de transaction et partage réalisés par actes séparés

872. Des combinaisons multiples. Plusieurs cas de figure peuvent se présenter permettant de discuter l'opportunité du choix de l'application de la qualification transactionnelle à l'acte juridique voulu par les parties.

Tout d'abord, une contestation peut apparaître avant tout partage, l'accord amiable étant alors qualifié de contrat de transaction. La survenance de l'accord transactionnel ne modifie en rien la qualification de l'acte juridique intervenant entre les parties – à savoir une répartition des biens indivis entre les indivisaires qui ne peut être qualifié que de partage – même s'il a pour effet d'éviter ou de mettre fin à un différend. Ensuite, un contrat de transaction peut être conclu suite à un partage pour mettre fin à un différend né de ce dernier. Et enfin, un partage peut intervenir après la conclusion d'un contrat de transaction¹⁴³⁶. Dans tous les cas, le contrat

¹⁴³⁵ CA Lyon, 28 nov. 1930, *S.* 1932, 2, p. 201, note R. Rodière.

¹⁴³⁶ P. ex. Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 1963, *Bull. civ.* I, 1963, n° 205 : Dans cette affaire, deux époux en procédure de divorce et en désaccord sur les modalités du partage de la communauté, décident de passer un accord sur la composition de l'actif et l'évaluation du passif. Comme cet acte n'est pas en mesure de mettre fin à l'indivision post-communautaire, il n'est pas un partage mais une transaction qui sera, par la suite, suivie d'une opération de partage amiable ou judiciaire. Cette situation donne donc lieu à la passation de deux actes distincts soumis à des

de transaction et l'acte de partage peuvent coexister de manière indépendante et être traités de façon tout à fait autonome.

II. *La transaction-partage*

873. Un acte complexe. Accord amiable transactionnel et partage peuvent résulter d'un acte unique et coexister de manière concomitante. L'acte complexe existe toutes les fois où, à l'occasion d'un même acte, les parties entendent mettre un terme à une contestation en attribuant à l'une d'entre elles un bien soumis à l'indivision. Quand un partage met fin, grâce à des concessions réciproques, à une indivision dont la répartition était litigieuse, il répond à la fois, au but de l'accord amiable transactionnel et au but qui caractérise un partage, puisqu'il substitue contractuellement, à cette indivision, des parts indivises.

Dans cette hypothèse, l'opération juridique donne ainsi lieu à un cumul de qualification et constitue alors une transaction-partage à l'égard de laquelle vont s'appliquer de manière combiner certaines règles issues du partage et celles tirées de la transaction¹⁴³⁷.

- 2) La disparition de l'enjeu de la distinction entre transaction et partage amiable : la sanction de la lésion

874. Position du problème. La transaction se fonde en grande partie sur un rapport de force des litigants, quand le partage est dominé par l'idée d'égalité entre les indivisaires imprégnant son régime juridique. Ainsi d'une part, chaque copartageant doit recevoir lors du partage ce qui correspond à ses droits et d'autre part, et contrairement au contrat de transaction, la convention de partage peut être annulée pour cause de lésion. La question de la distinction entre les notions de partage amiable et accord amiable transactionnel présente donc un enjeu pratique important car, de la qualification juridique retenue, dépend la sanction applicable : la lésion.

Cette sanction faisait l'objet, avant la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle, d'une contradiction dans les dispositions de l'ancien articles 2052 alinéa 2 et de l'article 890 alinéa 1^{er} du Code civil. Au sens de l'ancien article 2052 du Code civil, le contrat de transaction ne pouvait être attaqué pour cause de lésion **(a)**. Mais en réalité, il s'est avéré que

règles propres. Ainsi, la sanction de la lésion peut être envisagée à l'égard de l'acte de partage, mais pas à l'encontre de la transaction.

¹⁴³⁷ Cass. req., 29 mars 1852, *DP* 1954, 1, p. 392 ; Cass. civ., 5 déc. 1887, *DP* 1888, 1, p.241, note T. Poncet ; *S.* 1888, 1, p. 425, note E. Meynial.

l'action en rescision pour lésion, malgré cette exclusion était recevable contre un accord amiable transactionnel dès lors qu'il a pour effet de faire cesser une indivision **(b)**. En revanche, après le partage, l'action en rescision pour lésion était fermée contre un accord amiable transactionnel conclu sur les difficultés réelles présentées par un premier acte de partage, dans la mesure où ce premier acte a effectivement opéré le partage des biens visés dans le contrat de transaction¹⁴³⁸. Une nuance qui s'est avérée délicate d'autant que la jurisprudence admet la validité de l'accord amiable transactionnel sur les éléments antérieurs ou postérieurs au partage lui-même¹⁴³⁹. Néanmoins, la Cour de cassation a penché en faveur de la qualification de partage, afin justement de permettre l'action en rescision pour lésion¹⁴⁴⁰.

a) Le principe d'exclusion de la lésion en matière de transaction

875. Le domaine restrictif de la lésion. L'article 2052 alinéa second du Code civil prévoyait spécialement que les transactions ne peuvent être attaquées notamment pour cause de lésion. Cette disposition a alimenté sur le plan doctrinal le débat relatif au caractère aléatoire ou commutatif du contrat de transaction. Certains auteurs ont ainsi soutenu que le champ d'application naturellement restrictif de la lésion fait que son absence – au regard de l'adage « l'aléa chasse la lésion » – implique nécessairement la qualification d'acte juridique aléatoire au contrat de transaction¹⁴⁴¹.

Ainsi, la prise en compte de la lésion n'avait vocation à s'appliquer qu'à l'égard du partage et non au contrat de transaction lequel bénéficie d'un régime spécial qui excluait expressément, jusqu'à la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle, cette sanction. Ce texte rappelait inutilement que la sanction de la lésion n'existait pas pour l'accord amiable transactionnel au regard du droit commun des contrats.

b) Le tempérament : l'accord amiable transactionnel faisant cesser une indivision

876. L'admission large et légale de la lésion en matière de partage. Les dispositions relatives au partage retiennent une conception large de la sanction de la lésion en l'admettant même si l'opération juridique ne représente pas un partage au sens de l'article 883 du Code

¹⁴³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, n° 06-16.454, *Bull. civ. I*, n° 9 ; *RTD civ.* 2008, 342, obs. M. Grimaldi ; *JCP* 2009, I, 109, n° 6, obs. R. le Guidec.

¹⁴³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005, n° 02-19161, NP.

¹⁴⁴⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 6 juill. 1982, *Bull. civ. III*, n° 250 ; *Defrénois* 1983, 33104, n° 71, obs. G. Champenois – Cass. civ. 1^{ère}, 5 déc. 1978, *Bull. civ. I*, n° 376 ; *Defrénois* 1979, 31956, note A. Ponsard.

¹⁴⁴¹ F. Julienne, *JCI Civil Code*, Art. 2044 à 2058, Fasc.10, « Transaction – Notion », spéc. n° 67.

civil. Ces dispositions viennent tempérer le principe d'exclusion de la lésion en matière de contrat de transaction. Cependant, une condition est posée et tient à ce que la lésion dépasse le quart de la valeur à laquelle l'attributaire avait droit¹⁴⁴². La dernière réforme du régime légal de l'indivision a conservé cette conception large en conservant la rédaction de l'ancien article 888 alinéa premier¹⁴⁴³, dans les dispositions du nouvel article 890 aliéna premier du Code civil, lequel dispose que « *l'action en complément de part est admise contre tout acte, quelle que soit sa dénomination, dont l'objet est de faire cesser l'indivision entre les copartageants* »¹⁴⁴⁴. Est ainsi visé tout acte dont l'objet est de faire cesser une indivision, même s'il se révèle être en réalité une vente, un contrat de transaction ou tout acte juridique habituellement indifférent à la lésion. L'acte faisant cesser l'indivision peut donc consister en un accord amiable transactionnel.

877. Une conception jurisprudentielle souple de la sanction de la lésion. Outre une conception large de la lésion par le législateur reprise dans le cadre de la réforme des successions et des libéralités du 23 juin 2006 au titre de l'article 890 du Code civil, la jurisprudence fait également preuve de souplesse en élargissant encore les implications liées à cette disposition.

Cette souplesse transparaît à travers différentes solutions admises par les juges. Ainsi, le dispositif de l'article 890 du Code civil, s'applique indifféremment de la qualification de l'acte retenue par les parties¹⁴⁴⁵. Par ailleurs, peu importe que la lésion résulte d'un vice du consentement, qu'il s'agisse d'une erreur substantielle, d'un dol ou de la violence¹⁴⁴⁶ ou que l'acte ne concerne que certains biens ou certains héritiers¹⁴⁴⁷. Dans le même esprit, il n'est pas

¹⁴⁴² Voy. l'art. 889 CCiv. : « *Lorsque l'un des copartageants établit avoir subi une lésion de plus du quart, le complément de sa part lui est fourni, au choix du défendeur, soit en numéraire, soit en nature. Pour apprécier s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage. L'action en complément de part se prescrit par deux ans à compter du partage* ».

¹⁴⁴³ L'anc. art. 888 CCiv. disposait ainsi que « *l'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange, et de transaction, ou de tout autre matière* ».

¹⁴⁴⁴ F. Julienne, *JCl Civil Code*, « Art. 2044 à 2058 », Fasc.10, « Transaction – Notion », spéc. n° 68 : Comme le fait observer cet auteur, dans le cadre de cette réforme, les conditions de mise en jeu de la sanction restent inchangées. Néanmoins, la nature induite par la lésion a changé puisqu'elle ne consiste plus en une rescision dont les effets s'apparentent à ceux d'une nullité, mais en une action en complément de part qui présente l'avantage de sauvegarder la sécurité juridique des copartageants.

¹⁴⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 1982, n° 81-13.444, *Bull. civ. I*, n° 250 ; *RTD civ.* 1983, 769, obs. J. Patarin : en l'espèce, les parties avaient clairement qualifié l'opération juridique de transaction – Plus récemment : Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, *Bull. civ. I*, n° 447 ; *JCP* 2007, I, 142, n° 27, obs. A. Tisserand-Martin ; Defrénois 2007, 300, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 2007, 321, obs. J. Hauser.

¹⁴⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 19 oct. 1960, *Bull. civ. I*, n° 448.

¹⁴⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 5 déc. 1978, n° 77-12.330, *Bull. civ. I*, n° 376 ; *Defrénois* 1979, art. 31956, p. 645, note A. Ponsard : en l'espèce, le de cujus avait fixé par testament-partage les parts de la veuve et d'un de ses enfants tout

pris en compte le fait que l'acte se présente sous la forme d'une cession de ses droits par un héritier à ses cohéritiers, dès lors qu'il met fin à l'indivision et qu'il n'existait pas de difficultés réelles entre eux¹⁴⁴⁸. Enfin, l'acte peut se présenter sous la forme d'un acte contenant un abandon par l'un des indivisaires au profit de l'autre de sa part dans les lots immobiliers indivis entre eux pour éteindre une dette¹⁴⁴⁹.

878. L'application de la sanction de la lésion à la transaction mettant fin à une indivision. Au regard de cette admission large de la sanction de la lésion en matière de partage, un contrat de transaction, qui implique de mettre fin à une indivision, est susceptible d'être soumise à la sanction de la lésion¹⁴⁵⁰. Ce principe a été encore rappelé dans une décision rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation le 9 janvier 2008 dans le cadre d'un partage de communauté consécutif à un divorce¹⁴⁵¹. Dans cette affaire, les deux anciens époux en désaccord sur l'évaluation d'un immeuble avaient fait appel à un expert judiciaire puis avaient décidé de mettre fin à leur différend en se référant à la valeur fixée par ce dernier. Cet acte avait attribué le bien à l'époux qui, par la suite, avait revendu l'immeuble pour le double de la valeur retenue par l'expert. L'épouse a alors introduit une action tendant à sanctionner la lésion qui fut rejetée en appel au motif que les époux avaient conclu un acte de transaction exclusif de toute prise en compte de la lésion. Les juges de la Cour de cassation cassent cette décision en rappelant que peu importait que l'acte fût un contrat de transaction du moment qu'il mettait fin à l'indivision.

Certaines décisions semblent de prime abord, et de manière tout à fait ponctuelle, s'inscrire à l'encontre de cette analyse¹⁴⁵². Cependant, comme le fait observer un auteur, « la contradiction apparente entre ces décisions jurisprudentielles peut être dépassée si l'on relève que, dans les cas où la sanction de la lésion est rejetée, l'acte de transaction était en réalité distinct de l'acte de partage et lui était successif »¹⁴⁵³. Il y aurait ici une chronologie dans la réalisation des actes justifiant cette contradiction. Partant, nous pouvons admettre que « dans le cadre d'opérations juridiques autonomes, il apparaît logique de leur appliquer leurs règles propres et donc de rejeter la lésion pour la transaction » et, « ce n'est que lorsque la transaction forme un tout indivisible avec l'opération de partage, que l'action en complément de part pour

en laissant les autres enfants en indivision. L'arrangement amiable passé entre eux pour sortir de l'indivision constituait donc un partage)

¹⁴⁴⁸ Cass. req., 8 févr. 1869, *S.* 1869, 1, p. 361.

¹⁴⁴⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 1983, n° 81-13.214, *Bull. civ.* III, 1983, n° 120.

¹⁴⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 02-19.161, NP.

¹⁴⁵¹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, *Bull. civ.* I, 2008, n° 9 ; *Defrénois* 2008, p. 786, note Ph. Malaurie.

¹⁴⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 1963, *Bull. civ.* I, 1963, n° 205.

¹⁴⁵³ F. Julienne, *JCI Civil Code*, « Art. 2044 à 2058 », Fasc.10, « Transaction – Notion », spéc. n° 70.

lésion est envisageable »¹⁴⁵⁴.

879. En définitive, l'accord issu d'un processus de résolution amiable, en particulier dans le domaine familial, en matière divorce par exemple, peut aboutir à une transaction-partage des biens indivis et consister en un acte complexe. Dans la mesure où la transaction-partage met fin à une indivision, celle-ci peut être attaquée pour cause de lésion et par exception au droit commun des contrats.

§2. L'accord amiable transactionnel et l'existence d'un contrat originaire

880. Rapprochements. La conclusion de certains actes, accords de volonté peuvent découler de l'exécution d'un contrat liant à l'origine les cocontractants. Ainsi est-ce le cas de la résiliation amiable (A). D'autres viennent modifier le contrat initial (B). Dès lors, la question se pose de savoir si ces accords consistent systématiquement en des accords amiables transactionnels.

A. L'accord amiable transactionnel et la résiliation amiable

881. Un risque de confusion sensible en matière de droit du travail. Comme en atteste l'abondante jurisprudence en droit du travail, la situation de nature à soulever le plus de difficultés est celle de l'accord amiable transactionnel conclu consécutivement à la rupture du contrat de travail¹⁴⁵⁵.

Les finalités de deux opérations – contrat de transaction et résiliation amiable – sont différentes : l'accord amiable transaction n'a pour objet que de régler les conséquences conflictuelles de la rupture alors que la résiliation amiable se borne à organiser les conditions de la cessation des relations contractuelles¹⁴⁵⁶. Les juges se sont donc employés à dégager des critères de dissociation¹⁴⁵⁷ dont certains tiennent aux éléments de la définition classique de la transaction (1). Reste qu'un critère spécifique à la confrontation des deux notions a également pu être recherché (2).

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵⁵ H. Kenfack, « Transaction et autres risques de confusion (partage, résiliation amiable, désistement d'instance, remise de dette, reçu de solde de tout compte,...), in *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc. , n° 1 – H. Blaise, « Rupture amiable et transaction : une distinction délicate en droit du travail : *Dr. Soc. 1996*, p. 33 – J. Savatier « Résiliation amiable du contrat de travail et transaction, *Dr. soc.* 1996, 687 s.

¹⁴⁵⁶ P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Contrats spéciaux*, 4^{ème} éd. Litec, 2004, n° 545.

¹⁴⁵⁷ Bien que certaines décisions aient pu abonder dans le sens d'une assimilation de deux notions : Cass. soc., 14 janv. 1988, n° 85-46.469, *JCP E* 1988, II, 15191, F. Taquet ; *Dr. Soc.* 1988, p. 437, comm. H. Blaise.

1) Les critères de distinction tirés des éléments constitutifs du contrat de transaction

882. Le contrôle des conditions de qualification du contrat de transaction. Les juges du fond apprécient souverainement l'existence de la contestation **(a)** et des concessions réciproques **(b)** afin de qualifier l'accord amiable de contrat de transaction, plutôt que de retenir l'acte de rupture amiable.

a) L'existence d'un différend

883. L'application du critère de qualification transactionnelle. La rupture d'un contrat peut donner naissance ou être de nature à créer un litige. Dès lors, l'accord amiable conclu à la suite de la rupture du contrat de travail litigieuse, emporte la qualification de contrat de transaction.

Néanmoins, la rupture du contrat de travail peut intervenir d'un commun accord. Elle est alors exclusive de la caractérisation d'un différend et a uniquement pour objet d'organiser les modalités de la fin du contrat de travail. Les juges ont ainsi clairement distingué les notions en se fondant sur l'existence d'une contestation et rappelle régulièrement l'application de ce critère¹⁴⁵⁸. La Haute juridiction estime ainsi que « si les parties à un contrat de travail décident d'y mettre fin, elles se bornent à organiser les conditions de la cessation de leurs relations de travail, tandis que la transaction, consécutive à une rupture du contrat par l'une des parties, a pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation, née ou à naître résultant de cette rupture »¹⁴⁵⁹.

884. L'articulation entre la rupture amiable et le recours au contrat de transaction.

Le salarié et l'employeur ayant signé une convention de rupture amiable ont la possibilité de conclure un accord amiable transactionnel, même si celle-ci intervient postérieurement à l'homologation de la rupture amiable par l'autorité administrative. Dans cette hypothèse, le contrat de transaction doit régler un différend qui porte, non pas sur la rupture du contrat de

¹⁴⁵⁸ Cass. soc., 16 juill. 1997, n° 94-42.283, *Bull. civ.* V, 1997, n° 278 – Cass. soc., 16 mai 2000, n° 98-40.238, *Bull. civ.* V, 2000, n° 179 ; *D.* 2001, p. 273, note C. Puigelier – Cass. soc., 29 nov. 2000, n° 98-44.803, NP – Cass. soc., 26 juin 2013, n° 12-15.208, *Bull. civ.* V, n° 167 : Les juges précisant dans cette affaire que la clause intégrée dans une rupture amiable par laquelle le salarié renoncerait à tout recours serait réputée non écrite.

¹⁴⁵⁹ Cass. soc., 29 mai 1996, n° 92-45.115, *Bull. civ.* V, 1996, n° 215 ; *JCP G* 1996, II, 22711, p. 403, F. Taquet ; *JCP E* 1996, pan. 857 ; *D.* 1997, jurispr. P. 49, note J.-P. Chazal ; *Gaz. Pal.* 16-20 août 1996, n° 229-233, p. 191 – J. Savatier, « Résiliation amiable du contrat de travail et transaction : *Dr. Soc.* 1996, p. 687.

travail, mais sur l'exécution du contrat de travail et sur des éléments non compris dans la rupture conventionnelle¹⁴⁶⁰.

Néanmoins, les parties peuvent être tentées de dissimuler le différend qui les oppose et de déguiser leur véritable accord sous la forme d'une résiliation amiable afin de faire échapper l'acte au domaine restrictif et au régime stricte du contrat de transaction. Dans ce cas, les parties encourent le risque de voir le juge requalifier la rupture amiable en contrat de transaction qui, conclue avant la rupture du contrat de travail est alors frappée de nullité¹⁴⁶¹. Un enjeu d'autant plus important dans l'hypothèse où le salarié concerné par la rupture du contrat de travail relève de la catégorie des salariés protégés, à l'instar des délégués du personnel, pour lesquels la résiliation amiable n'est pas autorisée¹⁴⁶².

885. La limite de l'efficacité du critère d'existence d'un litige. Certaines ruptures conventionnelles du contrat de travail peuvent être ambiguës dans leur rédaction, de sorte que l'acte ne peut valablement relever d'aucune des deux catégories – rupture amiable ou contrat de transaction – et ce, même en présence d'un différend. Ainsi, en pratique, il n'est pas rare que certains accords amiables ne puissent être qualifiés ni de rupture amiable car il y a un litige entre les parties, ni de transaction car ils sont intervenus avant la fin du contrat de travail¹⁴⁶³.

b) L'existence de concessions réciproques

886. L'application du critère de qualification transactionnelle. L'exigence de l'existence de concessions réciproques, rappelée de manière récurrente par la jurisprudence, conditionne exclusivement l'existence d'un contrat de transaction et permet de distinguer la transaction du départ négocié en droit du travail¹⁴⁶⁴. Il revient ainsi aux juges du fond d'apprécier l'existence de concessions réciproques afin de légitimer la validité de l'acte¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶⁰ Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-21.136, *Bull. civ.* V, 2014, n° 91.

¹⁴⁶¹ P. ex. Cass. soc., 6 janv. 1999, n° 96-44.278, NP.

¹⁴⁶² Dès lors, lorsqu'il est avéré que l'acte juridique qualifié par les parties de transaction a pour véritable objet de résilier le contrat de travail, l'acte peut être déclaré nul : Cass. soc., 3 avr. 2001, n° 98-46.419, NP.

¹⁴⁶³ Cass. soc., 6 mai 1998, n° 96-40.610, *Bull. civ.* V, 1998, n° 236 ; *JCP G* 1998, IV, 2420 – Cass. soc., 5 juill. 2005, n° 03-40.757, NP : « [...] le protocole précité ne pouvait valablement constituer ni une rupture d'un commun accord en l'état du litige existant entre les parties, ni une transaction qui ne pouvait intervenir qu'une fois le licenciement prononcé dans les conditions requises par l'article L. 122-14 du Code du travail [...] ».

¹⁴⁶⁴ Cass. soc., 9 oct. 2007, n° 06-41.406, NP : « [...] au regard des stipulations qu'elles contenaient, les conventions conclues ente l'employeur et ses salariés ne constituaient pas des conventions de ruptures amiables des contrats de travail mais des transactions, comportant des concessions réciproques [...] »

¹⁴⁶⁵ Cass. soc., 21 juin 1995, n° 91-45.806, *Bull. civ.* V, 1995, n° 206.

2) Le critère de distinction spécifique à la confrontation des notions

887. Un critère d'ordre temporel. Il apparaît au travers de la jurisprudence que l'accord amiable transactionnel n'est concevable que dans la mesure où la rupture du contrat de travail est déjà acquise. De sorte que l'accord amiable transactionnel ne peut avoir pour objet de constater ou de régler cet événement. Les domaines respectifs sont donc clairement établis à travers une chronologie : l'accord amiable transactionnel vise à régler les conséquences pécuniaires découlant de la cessation du contrat de travail, alors que la rupture négociée concerne les conditions d'extinction des relations de travail.

888. Applications. Il ressort ainsi qu'une transaction qui aurait pour objet de déterminer l'auteur de la rupture du contrat est illicite et donc nulle¹⁴⁶⁶. De plus, ce critère suppose que le principe de la rupture du contrat de travail soit acquis pour que la transaction soit valable. Ainsi, en cas de licenciement, la transaction doit être postérieure à la notification du licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception¹⁴⁶⁷ et plus précisément, par la réception de cette lettre par le salarié¹⁴⁶⁸.

Ce critère temporel est donc simple d'application. Néanmoins, en pratique, peuvent se présenter des situations de concomitance entre la conclusion du contrat de transaction et la rupture du contrat de travail¹⁴⁶⁹. La jurisprudence dans cette hypothèse retient une conception stricte de l'ordre chronologique et a tendance à refuser la validité du contrat de transaction¹⁴⁷⁰, cette sanction rigoureuse semblant relever d'un souci de protection de la partie faible, le salarié.

B. L'accord amiable transactionnel et l'acte modifiant le contrat initial

889. Le critère jurisprudentiel lié à l'intention de résoudre ou de prévenir le différend. Il ne semble pas y avoir de risque de confusion entre l'accord des parties venant modifié le contrat initial et le contrat de transaction. À cet égard, il existe que peu de jurisprudence portant sur la question de la distinction entre l'acte utilisé afin de modifier simplement une convention préalable – traditionnellement appelé *mutuus dissensus* – et

¹⁴⁶⁶ Cass. soc., 21 mars 2000, n° 97-45.245, NP.

¹⁴⁶⁷ Cass. soc. 16 fév. 2005, n° 02-43502, NP – Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 03-43.646, NP.

¹⁴⁶⁸ Cass. soc., 16 mai 2007, n° 06-40.695, NP.

¹⁴⁶⁹ Que cette concomitance résulte d'une unité de texte entre la transaction et la rupture amiable : Cass. soc., 28 janv. 1998, préc. ; Ou bien qu'il s'agisse d'une simple concomitance de date entre les actes : Cass. soc. 24 janv. 2001, n° 98-43.011, NP.

¹⁴⁷⁰ Cass. soc., 28 janv. 1998, n° 95-41.369, *Bull. civ.* V, 1998, n° 49 ; *JCP E* 1998, pan. Rap. p. 4495 ; *JCP G* 1998, IV, 1591 ; *D.* 1998, inf. rap. p. 74 – Cass. soc., 26 mars 2002, n° 00-41.315, NP.

l'accord amiable transactionnel qui suppose l'existence d'un différend. Les juges ont ainsi pu estimer que les parties qui cherchent uniquement à modifier les conditions d'exécution de leur contrat initial, en dehors de véritables dissensions, établissent un nouvel acte sans recourir à une transaction¹⁴⁷¹. Néanmoins, dès lors que leur volonté consiste à mettre un terme ou à prévenir des difficultés d'exécution donnant lieu à des contestations, l'acte pourra être requalifié en transaction par le juge.

Ainsi, un processus de résolution amiable des différends peut être mis en œuvre – par exemple, par activation d'une clause de tentative obligatoire de résolution amiable *extrajudiciaire* – afin de prévenir la survenance d'un différend et conduire *in fine* à une modification du contrat originaire porteur de la clause.

§3. L'accord amiable transactionnel et la remise de dette

890. Position du problème. D'aucuns ont fait observer que « dans la remise de dette (articles 1282 à 1288 du Code civil), le créancier renonce au paiement de la créance qui lui est due ; ce n'est pas une renonciation unilatérale, mais une convention impliquant un accord entre créancier et débiteur, accord qui peut être tacite »¹⁴⁷². En conséquence, la nature conventionnelle de la remise de dette la rapproche de l'accord amiable transactionnel. Cette nature ressortait des termes de l'ancien article 1285 du Code civil qui désignait une « *décharge conventionnelle* ». La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 présente la remise de dette comme un véritable contrat puisqu'elle est définie au visa du nouvel article 1350 du Code civil comme « *le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation* »¹⁴⁷³.

Cependant, au vu de sa finalité, la remise de dette, à l'instar du contrat de transaction, est associée par la doctrine à l'idée de renonciation prise au sens large et ne se limitant pas à la technique *stricto sensu* de la renonciation constitutive d'un acte unilatéral. La jurisprudence, pour sa part, a dégagé des critères permettant de distinguer le contrat de transaction de la remise de dette **(A)**. Une distinction qui peut se révéler délicate dans l'hypothèse, fréquente en droit des affaires, d'une remise de dette consentie à l'occasion d'un contrat de transaction **(B)**.

¹⁴⁷¹ Cass. com, 27 mai 1963, *Bull. civ.* III, 1963, n° 252.

¹⁴⁷² Ph. Malaurie, Laurent Aynès, *Droit des obligations*, LGDJ, 7^{ème} éd. 2015, p. 653, n° 1170 – N. Picot, *La remise de dette en droit privé*, préf. C. Saint-Alary-Houin th. Toulouse, Dalloz, 2013 ...

¹⁴⁷³ Les nouvelles dispositions des articles 1350 à 1350-2 insérées dans un chapitre IV relatif à *l'extinction de l'obligation* se réfère à l'idée de libération, évoquée à sept reprises en l'espace de trois articles.

A. Les critères jurisprudentiels

891. Le recherche de deux critères non cumulatifs. Les juges distinguent la remise de dette du contrat de transaction en s'appuyant sur deux critères propres à ce dernier : d'une part, l'existence ou non d'une contestation **(1)** et, d'autre part, la caractérisation de l'existence de concessions réciproques **(2)**.

1) L'existence d'un différend

892. L'application du critère jurisprudentiel de qualification transactionnelle. La qualification contractuelle de l'acte peut dépendre du fait que la dette est soumise à une contestation ou non. Ainsi, si la dette est litigieuse, la remise de dette tend alors à mettre fin ou à prévenir un différend entre les parties, de sorte que la qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable intervenant entre le créancier et le débiteur doit être retenue.

En revanche, et dans le cas contraire où la dette n'est pas contestée, ni dans son montant, ni dans son existence, l'acte relève de la qualification de remise de dette¹⁴⁷⁴. À cet égard, l'accord amiable tel qui peut être conclu à l'issue de la conciliation en matière de droit des entreprises peut consister quand une semble remise de dette consentie par les créanciers et les cocontractants habituels au chef d'entreprise débiteur.

2) L'existence de concessions réciproques

893. L'application du critère jurisprudentiel de qualification transactionnelle. Il s'agit de déterminer si la diminution ou la disparition de la dette consentie par le créancier constitue la contrepartie de concessions faites par le débiteur ou non. Dans l'affirmative, la qualification transactionnelle l'emporte. Les juges rappellent régulièrement ce critère de distinction et considèrent ainsi que si la remise de dette, qui a un caractère gratuit ou onéreux peut être consentie lors d'une transaction, celle-ci implique l'existence de concessions réciproques¹⁴⁷⁵. Toutefois, il est difficile d'appliquer la qualification de contrat de transaction à l'accord amiable issu de la conciliation en droit des entreprises en difficultés dans la mesure où les créanciers seraient alors priver de leur droit de poursuite dans le cadre d'une procédure collective.

¹⁴⁷⁴ Cass. req., 13 août 1862, *DP* 1862, 1, p. 456.

¹⁴⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 2006, n° 05-19.792, NP.

B. La remise de dette consentie à l'occasion de la conclusion d'une transaction

894. Un critère unique. Lorsque la remise de dette a été consentie à l'occasion de la conclusion d'un contrat de transaction, la jurisprudence se réfère à l'intention des parties à la conclusion de l'acte **(1)**. Une application de ce critère trouve une application intéressante en droit des entreprises en difficulté **(2)**.

1) L'intention de mettre un terme au différend

895. L'application du critère jurisprudentiel de qualification transactionnelle. Une remise de dette peut en effet représenter un élément déterminant à la conclusion d'un accord amiable transactionnel. Dans ce cas, l'objectif prédominant recherché par les parties est avant tout de prévenir ou de mettre fin à un litige, plutôt que d'éteindre une obligation qui n'est qu'une conséquence induite.

Dans cette hypothèse fréquente, en particulier en droit des affaires, « la remise de dette a indirectement une contrepartie et se rattache à une opération plus vaste, dans laquelle elle se dissout »¹⁴⁷⁶. Dès lors, l'intégration de la remise de dette dans le contrat de transaction implique qu'elle soit traitée comme cette dernière, de sorte qu'elle ne peut se voir appliquer les règles propres aux actes gratuits. Le caractère indivisible du contrat de transaction l'emporte.

2) L'intérêt pratique

896. En matière de procédure collective. En pratique, cette solution présente un intérêt en matière de procédure collective afin de déterminer le sort des actes passés lors de la période suspecte¹⁴⁷⁷. Il se peut aussi que, sans attendre aucune contrepartie à sa remise, le créancier n'ait pas la volonté de gratifier le débiteur. Le créancier agit alors dans son propre intérêt en allégeant la dette, afin de permettre à son débiteur en difficulté de la payer. Ce type de remise de dette intervient, par exemple, dans le cadre de la conciliation en droit des entreprises en difficultés donnant lieu, comme nous l'avons constaté à un accord amiable. Ce

¹⁴⁷⁶ Ph. Malaurie, Laurent Aynès, *Droit des obligations, préc.*, p. 653, note sous n° 1170 : La remise de dette est toujours faite sans contrepartie en étant, tantôt une libéralité, tantôt un acte à titre onéreux. Elle constitue une libéralité lorsqu'elle est faite pour gratifier le débiteur et constitue alors une donation indirecte. Toutefois, elle n'est pas toujours une libéralité. Lorsqu'elle ne repose pas sur une intention libérale, elle peut constituer un autre acte, et donc par exemple, une transaction.

¹⁴⁷⁷ Cass. com., 2 oct. 2001, n° 98-19.694, *Bull. Civ. IV*, 2001, n° 154 ; *D.* 2001, p. 319, obs. A. Lienhard.

dernier consiste alors en une remise de dette.

§4. L'accord amiable transactionnel et l'arrêté de compte

897. L'arrêté de compte : un acte probatoire bilatéral. Par le biais d'un arrêté de compte, les parties s'entendent sur l'état de leurs dettes et de leurs créances. La finalité n'est donc pas de mettre fin à un différend et ne suppose pas de concessions réciproques, à l'instar du contrat de transaction. Cette absence de résolution ou de prévention du différend et d'engagements réciproques et interdépendants excluent l'arrêté de compte de la catégorie des accords amiables, indépendamment de toute qualification transactionnelle.

898. L'hypothèse de l'arrêté de compte préventif de difficultés. Dans certains cas, l'arrêté de compte peut se rapprocher de l'accord amiable transactionnel et poser un problème de qualification. Ainsi, les juges qualifient de contrat de transaction, l'arrêté de compte mettant fin à des difficultés réelles pouvant dégénérer en contestation judiciaire¹⁴⁷⁸. Toutefois, lorsque le différend subsiste, l'acte d'arrêté de compte ne peut recevoir la qualification transactionnelle¹⁴⁷⁹. Il revient aux juges du fond d'apprécier les éléments constitutifs du contrat de transaction afin de qualifier l'acte en cause¹⁴⁸⁰. Les difficultés de qualification entre l'accord amiable transactionnel et cet acte bilatéral probatoire sont donc moindres. L'arrêté de compte consiste, malgré son caractère bilatéral, en une qualification contractuel plus éloignée de l'accord amiable transactionnel sauf à ce qu'il vienne résoudre définitivement un différend.

Sous-section II – Les qualifications satellitaires lointaines

899. Des distinction évidentes. Certains actes dépourvus d'un caractère bilatérale se distinguent *a priori* nettement de l'accord amiable transactionnel qui suppose l'existence de « *concessions réciproques* » entendues comme des obligations ou engagements réciproques interdépendants. L'accord amiable transactionnel se distingue ainsi des actes probatoires unilatéraux (§1), de certains actes déclaratifs (§2) ou abdicatifs (§3). Toutefois, ces actes peuvent être intégrés au contrat de transaction et doivent alors être analysés au regard de l'opération globale de résolution définitive du différend.

¹⁴⁷⁸ Cass. soc., 8 déc. 1976, *Gaz. Pal.* 1977.

¹⁴⁷⁹ Cass. com., 28 avr. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 2, pan. juris., p. 343.

¹⁴⁸⁰ Cass. com., 18 mai 1971, n° 70-11.034, *Bull. civ.* IV, 1971, n° 137 : pour le cas d'un arrêté de comptes intervenu entre un mandant et son mandataire.

§1. L'accord amiable transactionnel et les actes probatoires unilatéraux

900. Position du problème et enjeux pratiques. L'accord amiable transactionnel doit être distingué des actes destinés à établir la preuve par le biais desquels une créance ou un paiement est établi, à l'instar de la reconnaissance de dette (**A**) et de la reconnaissance de paiement (**B**). La distinction entre ses actes juridiques et l'accord amiable transactionnel semble évidente à deux égards. De prime abord, le caractère unilatéral de certains actes probatoires les éloignent de l'accord amiable transactionnel lequel revêt un caractère synallagmatique. Ensuite, le but de l'accord amiable transactionnel ne consiste pas en la preuve d'une créance ou son extinction, mais en la résolution ou la prévention, définitives, d'un différend. En pratique, les difficultés de qualification peuvent résulter du fait qu'un acte unilatéral probatoire peut consister en une des concessions réciproques d'une partie à l'accord amiable transactionnel.

A. L'accord amiable transactionnel et la reconnaissance de dette

901. Autonomie et intégration. La jurisprudence veille à distinguer le contrat de transaction de la reconnaissance de dette en opérant un contrôle sur l'existence de concessions réciproques : critère de qualification contractuelle de l'accord amiable transactionnel (**1**). Toutefois, et tout comme la remise de dette, la reconnaissance de dette peut être intégrée à un accord amiable transactionnel (**2**).

1) Le critère de qualification transactionnelle : l'existence de concessions réciproques

902. Le contrôle de l'existence de concessions réciproques. La reconnaissance de dette se définit comme l'acte écrit par lequel une personne se reconnaît débitrice envers une autre¹⁴⁸¹. Consistant en un acte unilatéral, cet *instrumentum* est un moyen de preuve exigé par le créancier lorsqu'il consent un crédit à un débiteur. Il ne suppose pas, à la différence de l'accord amiable transactionnel, de concessions réciproques ou engagements réciproques interdépendants. La jurisprudence ne manque pas de rappeler de manière récurrente cette distinction¹⁴⁸².

¹⁴⁸¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Reconnaissance de dette ».

¹⁴⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, n° 03-12.305, NP : dans cette espèce, un employeur, suite à la rupture du contrat de travail, avait reconnu par écrit devoir une somme d'argent à son ancien salarié. Ce dernier l'avait assigné et

2) L'hypothèse de la reconnaissance de dette intégrée à l'accord amiable transactionnel

903. Position du problème. La reconnaissance de dette peut faire partie en ce qu'elle constitue un engagement réciproque et interdépendant de l'accord amiable transactionnel, s'insérant alors dans un ensemble contractuel synallagmatique. Cette situation implique que la reconnaissance de dette soit traitée comme un élément de la transaction.

904. Enjeux pratiques. La distinction entre la reconnaissance de dette autonome et la reconnaissance de dette intégrée dans le cadre d'un contrat de transaction impliquent plusieurs enjeux pratiques importants au regard de leur régime juridique variable dans les différentes branches du droit.

En premier lieu, en ce qui concerne les règles de forme *ad probationem* issues du droit civil, la reconnaissance de dette, qui se définit comme un acte unilatéral, est en principe soumise aux dispositions du nouvel article 1376 du Code civil issu de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹⁴⁸³, reprenant les dispositions de l'ancien article 1326 du Code. Le texte impose une mention manuscrite de la somme ou de la quantité pour les sommes d'argent ou tout autre bien fongible¹⁴⁸⁴. Toutefois, dès lors que la reconnaissance de dette apparaît comme une conséquence de l'accord amiable transactionnel, elle est soumise au nouvel article 1375 du Code civil, reprenant suite à la réforme, le contenu de l'ancien article 1325 du même Code, exigeant l'établissement d'un double original.

En second lieu et en ce qui concerne la procédure pénale, les différences se manifestent à l'égard de la constitution de partie civile. Alors que la conclusion d'un contrat de transaction en constitue un obstacle, la reconnaissance de dette n'a aucune incidence sur la constitution de partie civile¹⁴⁸⁵.

Enfin et en troisième lieu, un regard doit être porté sur les procédures collectives. Dans ce domaine, la jurisprudence ne tire pas les conséquences de l'absence d'effet novatoire pour les deux techniques au regard de la période suspecte. Alors que pour la reconnaissance de dette, les juges respectent son effet déclaratif en considérant que la créance constatée prend date au jour où elle est née et non au jour de l'acte de reconnaissance, et ce en dépit des nombreuses

l'employeur oppose la conclusion d'une transaction ayant mis fin au litige. Les juges, en l'absence de concessions réciproques ne retiendront pas la qualification transactionnelle, l'acte étant constitutif d'une reconnaissance de dette.

¹⁴⁸³ Disposition non modifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, entrée en vigueur au 1^{er} oct. 2018, *préc.*

¹⁴⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 1962, *Bull. civ. I*, 1962, n° 428.

¹⁴⁸⁵ Cass. crim., 5 nov. 1969, n° 68-93.575, *Bull. crim.* 1969, n° 286 ; *Gaz. Pal.* 1970, p. 113.

réformes intervenues en la matière¹⁴⁸⁶ ; pour l'accord amiable transactionnel, les juges semblent privilégier la date de sa conclusion en s'abstenant de respecter son caractère déclaratif.

Au surplus, l'existence d'une reconnaissance de dette ne suppose pas nécessairement la conclusion d'un contrat de transaction et réciproquement. Selon une jurisprudence constante, le fait de transiger ne vaut pas reconnaissance de dette ou de responsabilité¹⁴⁸⁷. *A fortiori*, une offre de transaction n'implique pas une reconnaissance de dette¹⁴⁸⁸.

B. Le contrat de transaction et la reconnaissance de paiement

905. Définition de la reconnaissance de paiement. La reconnaissance de paiement par le créancier s'effectue par le bais de la remise d'un reçu ou quittance ayant pour objet d'établir la preuve du paiement effectué par le débiteur. Elle se distingue nettement de l'accord amiable transactionnel au travers d'une double critère de qualification **(1)**. Toutefois, des difficultés de qualification peuvent s'élever dans certains domaines particulier, de par l'emprise d'un ordre public de protection, en droit du travail au regard du reçu de solde tout compte et en droit des assurance **(2)**.

1) Le double critère de qualification transactionnelle

906. L'existence d'un différend et de concessions réciproques. La distinction entre la reconnaissance de paiement et l'accord amiable transactionnel est en apparence simple : tout d'abord, le reçu n'intervient pas toujours à l'occasion d'un différend né ou à naître, mais souvent de manière paisible ; ensuite, il ne renferme pas automatiquement des concessions réciproques ; et enfin, une fois signé par les parties, il n'a pas pour effet d'emporter autorité de chose transigée et ne fait pas obstacle à des réclamations futures. Toutefois, certaines difficultés peuvent se révéler en pratique dans le cadre du droit du travail.

2) Les enjeux de la qualification transactionnelle

¹⁴⁸⁶ Cass. com., 22 oct. 1974, n° 73-13.897, *JurisData* n° 1974-097263 ; *Bull. civ.* IV, 1974, n° 263.

¹⁴⁸⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 18 févr. 1981, *JCP G* 1981, IV, 159 : en l'espèce, la transaction tendait à mettre fin au litige né entre une victime et l'auteur d'un accident.

¹⁴⁸⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 10 nov. 1971, n° 70-12.911, *Bull. civ.* III, 1971, n° 549 : afin de prévenir un procès avec un architecte qui lui réclamait des honoraires, un propriétaire lui avait accordé une somme forfaitaire à titre de transaction.

907. Illustrations. Les enjeux de la distinction entre l'accord amiable transaction et la reconnaissance de paiement est marquée en droit du travail pour ce qui concerne le reçu de solde de tout compte **(a)**, mais également et de manière moins marquée en droit des assurances **(b)**.

a) L'enjeu de qualification en droit du travail : le reçu de solde pour tout compte

908. Enjeux pratiques. Dans ce domaine, le reçu de solde de tout compte dressé entre l'employeur et le salarié à l'occasion de la rupture du contrat de travail afin de régler le paiement des indemnités est fréquent. Dès lors qu'il est établi, le salarié est alors rempli de ses droits et renonce à toute réclamation.

Pendant longtemps, il était reconnu au reçu de solde pour tout compte un effet libératoire qui rapprochait cet acte de l'accord amiable transactionnel. Mais la jurisprudence a finalement jugé que la signature d'un reçu pour solde de tout compte, rédigé en des termes généraux ne peut valoir renonciation du salarié au droit de contester le bien-fondé du licenciement, et que seul un contrat de transaction signé après le licenciement et comportant des concessions réciproques peut l'empêcher¹⁴⁸⁹. Par ailleurs, l'article L. 1234-20 du Code du travail atténue l'effet obligatoire de cet accord, le reçu de solde de tout compte pouvant être dénoncé par le salarié dans les six mois suivant sa signature. Le jeu de cette jurisprudence et de l'article L. 1234-20 du Code du travail engendrent que le reçu de solde de tout compte n'a plus que la valeur d'un simple reçu des sommes qui y figurent. Cette neutralisation des effets du reçu pour solde de tout compte évite dès lors toute difficulté quant à ses conséquences et, par la même, tout risque de confusion dans la coexistence avec le contrat de transaction qui ne bénéficie pas d'un tel tempérament.

909. L'hypothèse de la requalification de la reconnaissance de paiement en contrat de transaction. Qu'en est-il lorsqu'un accord amiable intervenu entre les parties contient leurs concessions réciproques, des obligations réciproques interdépendantes, alors qu'elles qualifient le document de « reçu pour solde de tout compte » ?

Dans une hypothèse certes exceptionnelle où l'acte remplirait les conditions de formation de l'accord amiable transactionnel, la qualification de contrat de transaction pourrait être retenue. Toutefois, la jurisprudence veille à contrôler la qualification de l'accord afin de

¹⁴⁸⁹ Cass. soc., 30 juin 1998, *Bull. civ. V*, n° 145 ; Cass. soc., 4 janv. 2000, n° 97-41.591, NP, *Bull. civ. V*, n° 8 ; Cass. soc., 19 janv. 1999, *Bull. civ. V*, n° 232 ; Cass. soc., 18 déc. 2001, n° 99-43.632, *Bull. civ. V*, n° 390 ; Cass. soc., 12 oct. 2005, n° 03-45486.

protéger le salarié si l'acte porte renonciation à des droits qui sont déjà en litige¹⁴⁹⁰. Les juges retiennent alors comme critère de qualification celui de l'existence de concessions réciproques. Dès lors que l'acte révèle l'existence de véritables concessions réciproques, le reçu est susceptible d'être qualifié de contrat de transaction, alors même que les parties ont désigné l'acte comme un reçu ou une quittance¹⁴⁹¹.

b) L'enjeu de la qualification en droit des assurances

910. L'emprise de l'ordre public de protection sur la qualification transactionnelle.

La question se pose également en droit des assurances lorsque l'assureur fait signer à la victime une quittance transactionnelle par laquelle cette dernière, assurée et signataire, s'engage à renoncer à tout recours ultérieur concernant les suites de l'accident. Dans un souci de protection de la partie faible, le législateur a entendu encadrer cette pratique en matière d'assurance-automobile obligatoire. Ainsi la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, dite « Loi Badinter », octroie à la victime assurée un droit de dénonciation du contrat de transaction enfermé dans un délai de quinze jours¹⁴⁹².

§2. L'accord amiable transactionnel et autres actes déclaratifs

911. L'autonomie des actes juridiques. Nous avons analysé que l'accord amiable transactionnel qui ne fait que constater un droit préexistant se distingue nettement, de par son caractère déclaratif, des actes translatifs tels que la vente ou la donation qui impliquent le transfert d'un bien d'un patrimoine à un autre.

En pratique, les deux techniques peuvent être associées mais, restant autonomes, il convient de les traiter de manière indépendante. En pratique, l'hypothèse se présente lorsqu'une transaction est suivie d'une vente ou d'une donation qui permet en définitive son exécution ou inversement, lorsqu'un contrat de transaction est conclu suite à un litige relatif à une vente ou à une donation préalable.

¹⁴⁹⁰ Cass. soc., 5 nov. 1987, *Bull. civ.* V, n° 619.

¹⁴⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 29 oct. 1963, *Bull. civ.* I, 1963, n° 463.

¹⁴⁹² Voy. l'art. L. 211-16 C. assur.

912. Difficultés de distinction marginales. Ce n'est que rarement que la question de la qualification de l'opération juridique soulève des difficultés quelle que soit la nature juridique de l'acte en jeu, que celui-ci soit réalisé à titre gratuit (A) ou à titre onéreux (B).

A. Le contrat de transaction et l'acte à titre gratuit : l'exemple de la donation

913. Position du problème en matière de donation. L'hésitation relative à la qualification juridique de l'acte se pose dans le cas où les parties conviennent de mettre un terme ou de prévenir une contestation par la remise d'un bien. Les enjeux de la qualification sont importants dans la mesure où les actes à titres gratuits et, notamment les donations, sont soumis à un régime dérogatoire, tenant à leur degré particulier de gravité, tant au stade de leur formation qu'au stade de leur exécution¹⁴⁹³.

914. L'appréciation de l'intention libérale. L'accord amiable transactionnel se distingue de la donation dans la mesure où cette dernière est animée d'une intention libérale avec une absence de réciprocité. Les juges du fond apprécient souverainement la détermination du motif impulsif et déterminant de l'opération juridique. Ainsi, lorsque l'intention libérale s'impose comme l'élément essentiel de l'opération, la qualification de donation doit l'emporter¹⁴⁹⁴. Nous pouvons ajouter que, dans ce cas, la donation ne constitue pas un accord amiable, dans la mesure où cet acte est marqué par une unilatéralité, la volonté, l'intention libérale émanant que d'une seule partie.

915. L'hypothèse de la remise d'un bien en vue du règlement d'un différend. À l'inverse, si l'acte avait pour objet principal de mettre un terme à une contestation, la qualification transactionnelle s'impose¹⁴⁹⁵, impliquant ainsi l'exclusion des règles propres aux libéralités¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁹³ S'agissant de la validité de la donation, l'art. 931 CCiv. impose par exemple d'un acte authentique ; S'agissant de leur exécution, les donations sont, entre autres, soumises à un principe d'irrévocabilité renforcé qui connaît un certain nombre de tempéraments prévus par la loi comme la révocation pour ingratitude ou pour survenance d'enfant si elle est prévue dans l'acte (art. 894 et 953 CCiv.).

¹⁴⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1976, *Bull. civ.* I, 1976, n° 157 : en l'espèce, les juges tirent les conséquences de la qualification d'une donation en prononçant la nullité de l'acte qui n'a pas été passé sous la forme d'un acte authentique.

¹⁴⁹⁵ Cass. req., 24 déc. 1900, *DP* 1901, 1, p. 135.

¹⁴⁹⁶ Cass. civ., 22 oct. 1951, *Bull. civ.* I, 1951, n° 265 : les juges excluent en l'espèce la révocation pour cause de survenance d'enfant.

B. La requalification de l'accord amiable transactionnel en un acte à titre onéreux

916. Position du problème et enjeux de la qualification. L'hypothèse est celle où un accord amiable transactionnel est conclu afin de régler un différend né de l'exécution d'un contrat à titre onéreux, tels une vente ou un bail. La transaction porte alors sur un contrat translatif de la jouissance d'un bien. Dès lors et en principe, les deux actes juridiques sont indépendants et chacun doit se voir logiquement appliquer ses règles spécifiques.

Ainsi, la Cour de cassation est allée dans le sens d'une cour d'appel ayant souligné que le contrat de transaction est un acte distinct et autonome de la vente qu'il est destiné à réitérer, de sorte que la validité du contrat de transaction doit être examinée indépendamment de la vente elle-même et jugé que l'erreur sur les qualités substantielles du tableau vendu ne se confond pas avec l'erreur sur l'objet de la contestation, ce dernier ne se confondant pas davantage avec la vente elle-même¹⁴⁹⁷.

Néanmoins en pratique, des problèmes de qualification peuvent se poser au regard de l'accord amiable transactionnel conclu à l'occasion de l'exécution d'un contrat translatif de la jouissance d'un bien. Les hypothèses concernent l'occupation précaire **(1)** et le bail **(2)**. Dans ces cas, l'enjeu est de déterminer si un tel accord amiable transactionnel peut induire le renouvellement du bail et le droit d'un maintien dans les lieux.

1) Le contrat de transaction et l'occupation précaire

917. L'hypothèse. Le cas se présente en pratique lorsqu'un propriétaire et un occupant précaire entendent mettre fin à leur conflit par un accord amiable en vertu duquel le propriétaire s'engage à laisser l'occupation perdurer pendant un certain délai, tandis que l'occupant de son côté s'engage à quitter les lieux au terme du délai consenti.

918. Le critère jurisprudentiel des engagements réciproques. Les juges dans le souci de faire respecter les engagements réciproques pris par chacune des parties refusent de voir dans ce type d'accord amiable un bail qui impliquerait un droit au maintien dans les lieux et considèrent que l'occupant ne peut prétendre se prévaloir du délai accordé, tout en refusant de

¹⁴⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 14-27.168, *Bull. inf.* 2016, n° 846, II, n° 1016 ; *D.* 2016, 705 ; *JCP G*, 2016, n° 585, obs. G. Deharo : En présence d'une transaction par laquelle les parties ont irrévocablement confirmé la vente d'un tableau dont l'attribution était controversée, et se sont désistées de toutes instances et actions relatives à celui-ci, l'annulation ultérieure de la vente du tableau n'est pas de nature à fonder l'annulation de la transaction.

respecter son obligation de partir à son terme¹⁴⁹⁸.

2) Le contrat de transaction et le contrat de bail

919. L'hypothèse du renouvellement du bail. La question de la qualification se complexifie lorsque le contrat de transaction porte sur la question du renouvellement du bail. Ainsi, dans le cas où le bailleur accepte le maintien du locataire dans les lieux, les juges ont pu en déduire la caractérisation d'un accord sur un nouveau bail¹⁴⁹⁹. L'accord consiste donc en un nouveau contrat de bail et non en un accord amiable susceptible de recevoir une qualification transactionnelle.

§3. Le contrat de transaction et les actes abdicatifs

920. La notion d'acte abdicatif. L'accord amiable transactionnel se rapproche des actes abdicatifs dans la mesure où il suppose pour les parties à l'acte, au visa de l'article 2052 du Code civil, de renoncer ou de poursuivre une procédure judiciaire¹⁵⁰⁰. Au sens général, l'acte abdicatif est en effet entendu comme un acte emportant une renonciation pure et simple à droit¹⁵⁰¹, alors que, plus spécialement, le contrat de transaction implique l'idée de renoncement à travers l'exigence de concessions réciproques.

C'est donc tout naturellement que la question de la distinction entre l'accord amiable transactionnel et d'autres actes juridiques impliquant un renoncement se pose. Nous avons ainsi examiné le cas de la remise de dette qui peut consister en un accord amiable. Néanmoins, d'autres actes abdicatifs et judiciaires ont un caractère unilatéral qui empêche l'attribution de la qualification d'accord amiable, fussent-ils transactionnels, bien qu'ils puissent être incorporés à un contrat de transaction au titre de la concession réciproque effectuée par l'une des parties. Ainsi est-ce le cas pour le désistement **(A)**, l'acquiescement **(B)**, la renonciation **(C)** ou la confirmation **(D)**.

A. L'accord amiable transactionnel et le désistement

¹⁴⁹⁸ P. ex. en matière de bail commercial : TGI Seine, 29 oct. 1959, *Gaz. Pal.* 1959, 2, p. 241 – P. ex. en matière de bail rural : Cass. soc., 6 avr. 1951, *Bull. civ.* III, 1951, n° 258.

¹⁴⁹⁹ Cass. soc., 6 avr. 1951, préc..

¹⁵⁰⁰ F. Julienne, *JCI Civil Code*, « Art. 2044 à 2058 », Fasc.10, « Transaction – Notion », spéc. n° 74 s.

¹⁵⁰¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.* V° « Abdication » ; Ég. Y. Saillan, « L'acte abdicatif », *RTD Civ.* 1966, p. 686.

921. Position du problème. Le désistement se définit comme un abandon volontaire d'un droit, d'un avantage ou d'une prétention.

Traditionnellement, deux catégories de désistements peuvent être mis en œuvre : d'une part le désistement d'action par lequel le demandeur principal ou le défendeur qui a formé une demande reconventionnelle déclare abandonner ses prétentions à l'encontre de son adversaire, et, d'autre part, le désistement d'instance qui emporte renonciation à l'action, tout en se réservant la faculté de faire valoir ses droits dans une autre instance¹⁵⁰². De tels actes, au même titre que la renonciation ne sont pas conventionnels. Ils ne se caractérisent pas par une rencontre de volontés, l'accord de l'adversaire n'ayant pas à être obtenu¹⁵⁰³, son intérêt étant d'ailleurs la clôture définitive du contentieux. Le désistement se rattache ainsi aux actes unilatéraux et s'oppose, par essence, à l'accord amiable transactionnel qui, relèvent de la catégorie des contrats synallagmatiques et suppose, pour sa part, l'existence de concessions réciproques.

922. Hypothèses pratiques sujettes à des difficultés de qualification. La pratique révèle néanmoins des situations complexes de nature à engendrer des difficultés de qualification. Ainsi est-ce le cas lorsqu'une demande comprend différentes prétentions, dont certaines seulement ont trouvé satisfaction **(1)**. Mais encore, lorsque l'accord amiable transactionnel et le désistement se retrouvent associés **(2)**.

1) L'hypothèse de la satisfaction partielle des prétentions

923. Le recours à l'appréciation de la volonté réelle du renonçant : l'intention de mettre un terme au litige. Un rapprochement entre l'accord amiable transactionnel et le désistement s'opère dans le cas d'une demande dont certaines prétentions seulement ont trouvé satisfaction. Dès lors, la distinction peut devenir délicate. Les juges s'emploient alors à apprécier l'existence d'une volonté pour les parties de mettre fin à un litige par renonciation. Le critère détaché par la jurisprudence est en effet celui de la volonté réelle du renonçant.

924. Les différentes hypothèses. Ainsi, dans un premier cas de figure, le renonçant

¹⁵⁰² G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.* V° « Désistement » – Ég. : Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-43.053, NP : La jurisprudence rappelle elle-même cette distinction en jugeant par exemple dans une espèce où un salarié s'était désisté d'une instance ouverte auprès d'un tribunal de grande instance après avoir introduit une action aux mêmes fins auprès du conseil des prud'hommes, que dans ce cas, il s'agit d'un désistement d'instance et non d'action, de sorte que le salarié n'avait pas entendu renoncer à son droit :

¹⁵⁰³ Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 1988, n° 86-17.757, *Bull. civ.* II, 1988, n° 131 ; *D.* 1988, p. 464, note N. S.

peut préférer s'arrêter à ce qu'il obtenu afin de mettre fin au procès, se contenter de la prétention satisfaite dans un souci de concession et un accord amiable transactionnel peut, en ce sens, intervenir.

Dans un second cas de figure, et dans la mesure où la renonciation se limite au chef de demande pour lequel le renonçant a obtenu satisfaction, il ne peut y avoir d'accord amiable transactionnel, mais un désistement d'action relatif à ce chef de demande et un désistement d'instance pour le surplus.

Enfin, si le demandeur se désiste sans aucune précision, il s'agit d'un simple désistement d'instance qui laisse intact le droit d'agir¹⁵⁰⁴.

2) L'incorporation du désistement au contrat de transaction

925. Les modalités. Lorsque l'accord amiable transactionnel et le désistement se retrouvent associés **(a)**, le désistement peut soit consister en une condition du contrat de transaction **(2)**, soit une de ses conséquences **(b)**.

a) Le désistement : condition du contrat de transaction

926. Position du problème. À l'instar de ce que nous avons constaté pour la remise de dette intégrée à une opération plus vaste, les parties peuvent convenir que le désistement de l'une constitue pour l'autre la condition de la transaction, une concession réciproque ou une obligation réciproque interdépendante.

927. L'obstacle de la prohibition des conditions purement potestatives. À première vue, l'ancien 1174 du Code civil lequel disposait que « *toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* » pouvait laisser douter de la validité de ce montage. Le nouvel article 1304-2 du Code civil tel qu'issu de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹⁵⁰⁵, disposant notamment « *qu'est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur* » abonde également en ce sens.

Cependant, la prohibition des conditions potestatives ne s'applique pas au désistement

¹⁵⁰⁴ H. Kenfack, « Transaction et autres risques de confusion (partage, résiliation amiable, désistement d'instance, remise de dette, reçu de solde de tout compte...) in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout, C. Nourissat, Dalloz 2006, p. 27.

¹⁵⁰⁵ Et non modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.*

dans la mesure où la condition dépend de la volonté du créancier, et non de celle du débiteur. La jurisprudence a donc reconnu la licéité de l'accord amiable consistant en une promesse unilatérale de transaction conférant une option¹⁵⁰⁶. Le désistement ne représente donc pas une obligation pour le contractant qui s'est uniquement engagé à transiger sur les bases convenues dans le cas où il déciderait de se désister dans la procédure en cours. Le dénouement de la situation dépend dès lors de la levée de l'option, laquelle demeure libre¹⁵⁰⁷. Dans le cas où le désistement intervient, l'accord amiable transactionnel est confirmé. Dans le cas contraire, l'accord amiable transactionnel est frappé de caducité.

b) Le désistement : conséquence du contrat de transaction

928. Position du problème. Comme le fait observer un auteur, si la transaction peut être passée sous condition de désistement, elle peut également être conclue avec obligation de désistement¹⁵⁰⁸. Dès lors, le désistement peut représenter une obligation imposée à l'une des parties dans le cadre d'une transaction, au titre de l'existence des concessions réciproques.

929. Position jurisprudentielle. Pour ce cas fréquent en pratique, la jurisprudence analyse le désistement comme une conséquence de l'accord amiable transactionnel. Le plaideur s'engage à se désister dans la procédure en cours¹⁵⁰⁹. Et pour la mise en œuvre de ce désistement, celle-ci n'a pas à répondre à des exigences de forme, car l'existence de l'obligation de se désister suffit à arrêter la procédure en cours¹⁵¹⁰. Néanmoins, la conclusion de l'accord amiable transactionnel doit être valable, c'est dire que l'obligation de la partie adverse à la procédure contentieuse et donc, réciproque et interdépendante, doit exister¹⁵¹¹.

Par ailleurs, si la partie qui s'est engagée à se désister venait à ne pas le faire, l'accord amiable transactionnel comme tout contrat synallagmatique pourra être remis en cause par le biais de la résolution pour inexécution ou de l'exception d'inexécution¹⁵¹².

¹⁵⁰⁶ Cass. com., 16 avr. 1953, *Bull. civ.* III, 1953, n° 129.

¹⁵⁰⁷ Cass. soc., 20 janv. 1982, n° 79-42.348, *Bull. civ.* V, 1982, n° 32.

¹⁵⁰⁸ F. Julienne, *JCI Civil Code*, « Art. 2044 à 2058 », Fasc.10, « Transaction – Notion », spéc. n° 78.

¹⁵⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 oct. 1963, *Bull. civ.* I, 1963, n° 421 ; *D.* 1964, p. 337 ; *JCP G* 1963, II, 13413, 2^{ème} esp., P. Esmein.

¹⁵¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 1977, n° 76-10.762, *Bull. civ.* I, 1977, n° 340 ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 1980, n° 78-13.467, *Bull. civ.* I, 1980, n° 236 ; Cass. soc., 17 févr. 1960, *Bull. civ.* IV, 1960, n° 180.

¹⁵¹¹ Cass. crim., 23 déc. 1965, *Bull. crim.* 1965, n° 293 ; *D.* 1966, p. 378 : Elle ne joue pas si les parties n'ont pas dépassé le stade des pourparlers – Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 1979, n° 77-13.678, *Bull. civ.* I, 1979, n° 88.

¹⁵¹² CE, 20 janv. 1899, *Compagnie franco-algérienne, concl. Romieu, DP* 1899, 3, p. 49.

B. L'accord amiable transactionnel et l'acquiescement

920. Définition et incorporation. Une définition de la notion d'acquiescement doit être avancée (1) pour ensuite nous permettre d'envisager l'hypothèse d'une incorporation de cet acte unilatéral au sein de la conclusion de l'accord amiable transactionnel (2).

1) La notion d'acquiescement

931. Définition. L'acquiescement se définit comme l'acte juridique unilatéral par lequel une partie au procès met fin à l'instance en se soumettant à la demande de son adversaire ou au jugement du tribunal¹⁵¹³.

932. Les catégories d'acquiescements. La notion d'acquiescement se dédouble ainsi en deux catégories : d'une part l'acquiescement à la demande qui emporte reconnaissance du bien-fondé des prétentions de l'adversaire ainsi que la renonciation à l'action et, d'autre part, l'acquiescement au jugement qui consiste à se soumettre aux chefs du jugement et de renoncer aux voies de recours, sauf si postérieurement, une autre partie a régulièrement formé un recours.

2) L'acquiescement : conséquence de l'accord amiable transactionnel

933. L'acquiescement consenti au titre d'une concession réciproque. L'acte d'acquiescement consiste donc en une forme de renonciation et est, tout comme le désistement, un acte unilatéral qui ne requièrent pas – à la différence de l'accord amiable qualifié de transactionnel ou non – d'accord de volontés des parties. L'acquiescement n'est donc pas une convention qui éteint le droit d'action, mais une simple décision unilatérale.

Néanmoins en pratique, des situations plus complexes peuvent se présenter. L'acquiescement peut en effet être une conséquence procédurale d'un accord amiable transactionnel s'il y a contrepartie. Dès lors, l'acquiescement apparaît comme une concession d'une partie faite à l'autre et la qualification transactionnelle l'emporte. L'accord amiable transactionnel n'est alors valable que dans la mesure où la partie adverse concède une obligation réciproque et interdépendante.

¹⁵¹³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Acquiescement ».

C. L'accord amiable transactionnel et la renonciation

934. Définition et application particulière. Une définition de la renonciation doit être avancée afin de prendre la mesure du contexte de son intervention **(1)**, et d'analyser l'hypothèse particulière de son intervention en droit du travail **(2)**.

1) Définition et contexte de la renonciation

935. Définition. La renonciation se définit comme un acte de disposition par lequel une personne – abandonnant volontairement un droit déjà né dans son patrimoine (droit substantiel ou action en justice) – éteint ce droit (renonciation à une créance, à un usufruit, à une servitude) ou s'interdit de faire valoir un moyen de défense ou d'action (renonciation à une prescription acquise, à une exception de nullité, etc.)¹⁵¹⁴.

936. Contexte et rapprochement des notions. La renonciation tout comme le contrat de transaction intervient dans des domaines variés, mais alors que l'accord amiable transactionnel a vocation à intervenir dans un cadre litigieux, la renonciation peut intervenir à tout moment, y compris en l'absence de litige opposant les parties et n'est, par ailleurs soumise à aucun formalisme. Si comme l'accord amiable transactionnel, la renonciation implique, au regard même de son étymologie, l'idée de renoncement, elle s'en différencie d'un point de vue technique : si l'accord amiable transactionnel implique, pour sa part, des concessions réciproques et relève de la catégorie des contrats synallagmatiques, la renonciation s'inscrit quant à elle dans celle des actes unilatéraux car sa caractérisation ne repose que sur l'existence de concessions unilatérales.

L'essence de la renonciation apparaît donc dans son unilatéralité car la partie qui souhaite se débarrasser d'un droit qui lui appartient peut le faire sans avoir besoin de l'accord de l'autre, puisqu'elle ne nuit qu'à elle-même. L'accord amiable transactionnel a, quant à lui, un caractère éminemment conventionnel au regard de ses obligations qui doivent être réciproques et interdépendantes.

2) Le rapprochement des notions en droit du travail

¹⁵¹⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Renonciation ».

937. Les hésitations jurisprudentielles en droit du travail. La distinction entre l'accord amiable transactionnel et la renonciation s'avère particulièrement délicate en matière de droit du travail. Les juges retiennent, par exemple, la qualification de renonciation pour identifier l'attitude d'un cadre ayant accepté d'être rémunéré pendant plusieurs années selon un barème inférieur à celui auquel il pouvait légitimement prétendre¹⁵¹⁵. En revanche, les juges privilégient la qualification transactionnelle pour un accord intervenu entre un employeur et un salarié, dont l'emploi ne correspondait pas à une catégorie de rattachement¹⁵¹⁶.

938. Le critère jurisprudentiel de distinction : l'existence de concessions réciproques. Le critère de distinction selon lequel l'accord amiable transactionnel suppose des concessions réciproques, entendues comme des « renoncements » réciproques, a pour conséquence que toute prohibition de renoncer implique celle de conclure un accord amiable transactionnel. Cette solution transparait notamment dans les dispositions du Code civil relatives à l'administration légale des biens des mineurs. L'article 387-1 du Code civil, tel qu'issu de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 *portant simplification et modernisation du droit de la famille*¹⁵¹⁷, dispose dorénavant, que « *l'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge : [...] 4° Renoncer pour le mineur à un droit, transiger ou compromettre en son nom* ». Les parents ne peuvent donc librement renoncer à un droit ou transiger pour le mineur. La conclusion de l'accord amiable transactionnel ou la renonciation à un droit est donc soumise à l'autorisation du juge. La règle inverse n'est toutefois pas vraie : toute prohibition de conclure un accord amiable transactionnel n'empêche pas nécessairement celle de renoncer à un droit. Sous l'égide de l'ancien article 389-5 du Code civil et dans une affaire où des parents avaient transigé pour leur fille, victime d'un viol, sur ses intérêts relevant du droit civil et alors que la cour d'assise avait validé ce contrat, la Cour de cassation réunie en chambre mixte a cassé cette décision au motif que « tout en se présentant comme une transaction, l'acte analysé par l'arrêt attaqué constitue une renonciation à un droit au sens de l'alinéa 3 de l'article 389-5 du Code civil »¹⁵¹⁸.

¹⁵¹⁵ Cass. soc., 17 janv. 1957, *Bull. civ.* 1957, n° 62 ; *JCP G* 1957, II, 2^{ème} esp., 10090, G. B.

¹⁵¹⁶ Cass. soc., 5 avr. 1957, *Bull. civ.* 1957, n° 432 ; *JCP G* 1957, II, 10090, 3^{ème} esp., G. B.

¹⁵¹⁷ *JO* 16 oct. 2015, n° 0240, p. 19304.

¹⁵¹⁸ Cass. ch. mixte, 29 janv. 1971, n° 67-93.320, *Bull. civ. ch. mixte*, 1971, n° 1 ; *JCP G* 1971, II, 16718 ; *D.* 1971, p. 301, concl. Lindon, note E. Abitbol et J. Hauser ; *RTD civ.* 1971, p. 616, obs. R. Nerson et p. 689, obs. H. Hébraud ; *Deffrénois* 1971, art. 298881, p. 647, obs. J. Massip. – Dans le même sens : Cass. Civ. 1^{ère}, 23 févr. 1999, n° 97-15.098, *Bull. civ.* I, 1999, n° 66 ; *D.* 1999, IR, p. 79 ; *RTD civ.* 1999, p. 601, obs. J. Hauser.

D. L'accord amiable transactionnel et la confirmation

939. Position du problème. Nous savons que certaines techniques juridiques interfèrent avec l'existence d'un contrat. Elles peuvent – à l'instar de la confirmation – conforter l'existence du contrat, mettre fin à son exécution comme, nous l'avons vu la résiliation amiable ou encore adapter l'exécution du contrat par le biais de modifications. Ces interférences rendent parfois difficile le choix de qualification de l'acte au regard de plusieurs techniques se rapprochant de l'accord amiable transactionnel. Il convient en conséquence d'analyser les convergences de nature et de fonctions des notions de confirmation et de contrat de transaction **(1)** afin d'en dégager les divergences au regard de leurs conditions et effets **(2)**.

1) La convergence des notions

940. Définition légale de la confirmation. La confirmation est définie comme l'acte par lequel une personne renonce unilatéralement à se prévaloir de la nullité relative d'un acte juridique et qui, exprès ou tacite, peut résulter d'une exécution spontanée¹⁵¹⁹. L'article 1182 du Code civil – tel qu'issu de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016¹⁵²⁰ – en propose une définition légale : « *la confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce* ». Deux points communs rapprochent l'accord amiable transactionnel de la confirmation au regard de leur nature d'une part et de leur fonction d'autre part.

941. Convergence de nature. Au regard de leur nature, la confirmation et l'accord amiable transactionnel consistent en des actes juridiques, en d'autres termes, en une manifestation de volonté destinée à créer des effets de droit. La confirmation est donc un acte juridique devant se soumettre pour sa validité aux règles du droit commun des contrats.

942. Convergence de fonction. Au regard de leur fonction, la confirmation et l'accord amiable transactionnel mettent un terme toutes deux à une situation litigieuse. Toutefois, la confirmation ne porte que sur l'invalidité d'un acte juridique. Le second alinéa de l'article 1182 du Code civil dispose ainsi que « *la confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du*

¹⁵¹⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Confirmation » ; F. Julienne, *JCl Civil Code*, « Art. 2044 à 2058 », Fasc.10, « Transaction – Notion », spéc. n° 93 et 94 ; *Répertoire notarial*, V° « Contrats et obligations », fasc. 149.

¹⁵²⁰ Disposition non modifiée par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.*

contrat ». Son champ d'application est donc plus restreint que celui du contrat de transaction. Plus précisément, elle requiert de la part de celui qui s'engage, un abandon de ses prétentions ayant trait à une demande en annulation de l'acte. Cette technique de confirmation suppose donc que la personne ait le droit de renoncer à une telle demande, ce qui limite, en principe, son domaine d'application à la nullité relative, à l'exclusion de la nullité absolue. Concernant le contrat de transaction, celui-ci peut incontestablement couvrir la nullité d'un acte ou encore stopper, prévenir une action en annulation d'un acte juridique.

Malgré le rapprochement entre la confirmation et l'accord amiable transactionnel tenant à leur nature et fonction, les deux notions s'opposent.

2) La divergence des notions

943. Divergences au regard des conditions. Si la transaction relève de la catégorie des contrats synallagmatiques, la confirmation elle, s'intègre dans celle des actes unilatéraux. En effet, aucun accord n'est exigé de celui qui renonce à se prévaloir de la nullité et de celui qui en est le bénéficiaire. Un tel accord en pratique est possible mais n'est en aucune façon élevé au rang des conditions de validité de la confirmation. Par ailleurs, aucun engagement réciproque et interdépendant n'est exigé en matière de confirmation. Les bénéficiaires de la renonciation ne doivent pas de leur côté abandonner une partie de leurs prétentions pour que l'acte litigieux soit validé.

944. Divergences au regard des effets. La confirmation engendre deux conséquences : l'une repose sur la renonciation au droit d'agir en nullité, l'autre découle du jeu de la rétroactivité qui permet de rendre valide un acte initialement annulable. Pour sa part, le contrat de transaction est un contrat spécial produisant à la fois des effets attachés aux contrats – une force obligatoire – et des effets attachés à un jugement, de sorte qu'elle engendre à la fois un effet extinctif reposant sur l'article 2052 du Code civil et un effet déclaratif car elle ne fait que constater une situation préalable sans créer de droit.

945. Conclusion de la Section I relative au contrat de transaction et autres accords amiables

Certains accords de volontés revêtent un caractère amiable parce qu'ils préviennent la survenance de différends plus qu'ils ne les résolvent. Ils soulèvent ainsi des difficultés quand à l'application de la qualification transactionnelle. La difficulté tient principalement à ce que la

définition du contrat de transaction vise tout à la fois la résolution définitive mais également la prévention définitive de la contestation ou du différend supposant nécessairement et *a minima* une *res litigiosa*, entendu comme un droit d'agir actuel et certain. La jurisprudence veille, au travers du contrôle des critères de l'accord amiable transactionnel, à l'application de la juste qualification appliquée à l'accord des parties. Par le jeu de la requalification, les conditions du contrat de transaction apparaissent moins comme des conditions de validité, dont l'inexistence est susceptible d'entraîner la nullité de l'accord amiable, que comme des conditions de formation susceptibles de caractériser la conclusion d'un accord qui sans constituer pour autant un accord amiable transactionnel. Ces accords s'en rapprochent, notamment par leur caractère amiable. Ce souci du contrôle de la qualification applicable à l'accord amiable découle de l'effet spécial attribué à l'accord amiable transactionnel : une autorité de chose transigée, rapprochant ce contrat, acte juridique, du jugement, acte juridictionnel. Une autorité initialement qualifiée par les codificateurs du Code civil « de chose jugée » et paraphrasée aujourd'hui à l'article 2052 du Code par les réformateurs de la justice du XXIème s'attachant davantage à la nature contractuelle de cet accord amiable, plus qu'à son effet, sans toutefois impacter ce dernier. Sans viser l'autorité de chose « transigée » qui remettrait en cause les distinctions classiques, les réformateurs rappellent que dans son effet, l'accord amiable transactionnel est bien un contrat confiant, dans son effet, à un acte juridictionnel puisqu'interdisant l'introduction ou la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet. L'appréciation de la commune intention des parties est donc nécessaire afin de faire apparaître le but recherché et de ne pas dévoyer la notion de contrat de transaction. Certains accords, sans revêtir la qualification de contrat de transaction, conserve un caractère amiable, à l'instar du partage « amiable », de la résiliation « amiable », de l' « accord amiable » en droit des entreprises en difficulté.

Par ailleurs, la jurisprudence a tendance à exclure la qualification transactionnelle applicable à l'accord des parties, dès lors que l'existence d'un différend n'est pas rapporté. Nous avons ainsi pu constater que ce critère permet de distinguer l'accord amiable transactionnel du partage amiable. Néanmoins, de manière tout à fait étonnante, nous rappelons que le législateur attribue spécialement la qualification de contrat de transaction à l'accord amiable indemnitaire des victimes d'accident alors même que l'existence du différend n'est pas établie. Le but de cet accord consiste non pas à résoudre définitivement une contestation, mais à fixer une indemnisation rapide de la victime, sauf à considérer que la fixation de l'indemnisation sous-tend tout de même un droit d'action ou qu'il est conclu afin de prévenir la survenance de différends relatifs à la fixation de l'indemnité. L'inexistence d'un différend ne

semble pas pour autant privé l'accord de volontés des parties de son caractère amiable.

Reste, que certains actes, notamment de part leur caractère unilatéral, se distinguent nettement de l'accord amiable transactionnel relevant de la catégorie des contrats synallagmatique, mais peuvent y être incorporés. Certains actes, soit parce qu'ils sont unilatéraux, soit parce qu'ils consistent en des actes judiciaires, peuvent être incorporés à l'accord amiable transactionnel et constitués l'une des concessions réciproques ou engagement réciproque et interdépendant d'une partie. Ils sont alors appréhendés au regard de l'opération globale de l'accord amiable transactionnel dont le but est de résoudre ou prévenir définitivement le différend délimité par les parties. Une indépendance qui doit permettre de caractériser l'indivisibilité de l'accord amiable transactionnel. Nous comprenons toute l'utilité de l'application du principe d'indivisibilité permettant de considérer l'opération de la résolution ou de la prévention, définitives, du différend, dans sa globalité. L'accord amiable transactionnel apparaissant, en lui-même, comme un contrat autonome et unitaire.

Le juge dispose d'un véritable pouvoir de requalification lorsqu'un accord amiable pathologique lui est soumis et que l'une des parties conteste la qualification appliquée à l'accord lors de sa conclusion. C'est dire que les rédacteurs doivent être particulièrement attentifs à l'intention commune des parties ainsi qu'à la délimitation tant du différend que des engagements réciproques et interdépendants sur lequel ils se fondent. Ceux-ci doivent diriger le choix de la qualification entraînant pour le contrat de transaction un force particulière : l'autorité de chose « transgée » confinant à l'autorité de chose « jugée » de l'acte juridictionnel. Le choix de la qualification transactionnel appliquée par les parties et les rédacteurs d'acte à l'accord de volontés est révélateur en pratique d'un domaine très étendu de l'accord amiable transactionnel.

Section II – L'étendue du domaine de l'accord amiable transactionnel

946. L'absence de délimitation légale du contrat de transaction. Dès que nous prenons lecture des articles 2044 et suivants du Code civil afin de rechercher le domaine d'intervention de ce contrat spécial, nous ne pouvons que constater les lacunes des textes, somme toute anciens. En effet, seul l'article 2046 du Code civil précisant qu'« *on peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit* » et que « *la transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public* » s'attache uniquement à régler le sort de l'accord amiable transactionnel portant sur les intérêts civils en cas de poursuite pénale. Outre ce texte, particulier puisque attestant de la réception de la technique transactionnelle par la matière

pénale¹⁵²¹, les codificateurs n'ont pas délimité le domaine du contrat de transaction laissant à la doctrine, se fondant sur la jurisprudence, le soin de préciser les contours de son application matière par matière. Ce flou législatif explique par ailleurs les incertitudes qui entachent cette question et les débats doctrinaux relatifs à une approche plus ou moins extensive de la transaction¹⁵²².

947. Le vaste domaine d'application d'un « petit » contrat. Ainsi qualifié par la doctrine du XIX^{ème} siècle¹⁵²³, le contrat de transaction connaît aujourd'hui une extension de son domaine d'application. En effet, intervenant en toute discrétion entre les parties, sans qu'un processus de résolution amiable ne soit mis en œuvre – le différend qu'il règle n'étant alors pas porté à la lumière de la justice étatique – le contrat de transaction est longtemps passé inaperçu. Ce n'est pas tant que des litigants n'y avaient pas recours. Cela tient davantage au fait qu'aucune politique législative développant les recours conventionnels permettant *in fine* d'aboutir à un accord amiable pouvant être qualifié de transaction n'avait été instaurée. Il convient de relever également que le contentieux relatif aux transactions était assez résiduel jusqu'à connaître à partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle un essor significatif en droit du travail, domaine particulièrement marqué par la protection de la partie faible, la jurisprudence pratiquant, en conséquence, un contrôle plus sévère de l'accord amiable transactionnel conclus par le salarié.

Il convient donc, et à l'aune du peu d'études doctrinales menées en ce sens, de mesurer le rôle de la transaction en droit civil constituant le droit commun de ce contrat qui, nous l'avons compris peut intervenir indépendamment de la mise en œuvre d'un processus de résolution amiable (**Sous-Section I**). Si nous avons pu observer une multiplication des droits spéciaux de la résolution amiable judiciaire et extrajudiciaire, il s'avère que le contrat de transaction fait également l'objet de droits spéciaux (**Sous-Section II**), à l'instar de ce que nous avons examiné en ce qui concerne l'accord amiable indemnitaire des victimes d'accidents, seul domaine pour lequel le législateur a spécifiquement attribué la qualification transactionnelle à l'accord amiable indemnitaire conclu entre la victime et l'assureur du responsable. Il convient ainsi de mesurer l'étendue du domaine du contrat de transaction et de rechercher en filigrane,

¹⁵²¹ Sur ce phénomène : J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, *op. cit.*, spéc. p. 215 s.

¹⁵²² W. Dross, « Ordre public et transaction » in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz 2006, p. 63.

¹⁵²³ En ce sens, J. Carbonnier, Variation sur les petits contrats, *Flexible Droit*, 1988, p. 292 ; *Voy. ég.* F. Collart-Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2002, n° 292.

une concordance avec l'accord amiable non qualifié de contrat de transaction, tel qu'il peut être issu des processus de résolution amiable.

Sous-Section I – L'étendue du domaine d'application du contrat de transaction de *droit commun*

948. Distinction entre droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux en matière civile. Le régime du contrat de transaction spécialement prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil ne précise pas les contours du domaine de la transaction. La seule limite variable tient aux exigences du respect de l'ordre public par application du droit commun des contrats que celui-ci soit l'aboutissement ou non d'une procédure de résolution amiable des différends. En effet, la résolution amiable des différends permettant par des procédures contractuelles de négociation et de formation de l'accord amiable est elle-même soumise – de par les conventions qui organisent sa mise en oeuvre – est soumise aux exigences du respect de l'ordre public tel qu'édicté à l'article 6 du Code civil et pour le contenu des conventions au regard de l'article 1162 du Code civil. En d'autres termes, l'application de l'accord amiable transactionnel est large et limitée par le caractère disponible ou non des droits des parties sur lesquels il porte. Or, l'importance des droits entachés d'indisponibilité peut varier en fonction des matières. Traditionnellement, la doctrine établit une distinction entre les droits extrapatrimoniaux (§1) pour lesquels l'ordre public très présent rend résiduelle la faculté de conclure un accord amiable fût-il qualifié de contrat de transaction et les droits patrimoniaux (§2), pour lesquels les aménagements conventionnels sont plus ouverts¹⁵²⁴. Le droit commun du contrat de transaction trouve au surplus, et parce qu'il met en jeu des droits patrimoniaux, à s'appliquer dans le domaine du droit des affaires (§3).

§1. L'admission restrictive de l'accord amiable transactionnel portant sur des droits extrapatrimoniaux

949. Le principe d'exclusion de la conclusion du contrat de transaction. Les droits extrapatrimoniaux, touchant à la personne¹⁵²⁵, sont naturellement réfractaires à la pratique de la résolution amiable. Cela se justifie par l'emprise de l'ordre public de direction en ce domaine.

¹⁵²⁴ P. ex. X. Lagarde, « Transaction et ordre public », D. 2000, chron. p. 217 ; Ég. F. Julienne, *JCl. Civil Code*, « Art. 2004 à 2058 », Fasc. 20, « Transaction – Domaine », 8 janv. 2010

¹⁵²⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Extrapatrimonial ».

En effet, le rattachement de ces droits à la personne justifie leur indisponibilité. En d'autres termes, moins les droits concernent la personne, et plus il devient possible d'admettre la conclusion de l'accord amiable transactionnel.

Cette résistance à la conclusion du contrat de transaction et, plus largement à tout accord amiable, s'illustre jusqu'à la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, en matière d'état des personnes. L'ancien article 1128 du Code civil, le rendait « *hors commerce* » et, par conséquent, excluait, en raison de son caractère onéreux, la conclusion du contrat de transaction. Les réformateurs n'ont pas repris cette formulation et édicté un texte plus général au titre du contenu du contrat. L'article 1162 dispose dorénavant que *le contrat ne peut déroger à l'ordre public, ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non des parties* ».

Par ailleurs, nous relevons l'existence d'une autre illustration nette de l'emprise de l'ordre public de direction excluant tout recours à la conclusion du contrat de transaction en matière de nationalité, sans être soumise à contestation ou débat doctrinal¹⁵²⁶.

Dans ces domaines fortement par l'ordre public de direction, la mise en oeuvre d'une procédure de résolution amiable *judiciaire ou extrajudiciaire* des différends de droit commun, laquelle permettrait la conclusion de l'accord amiable est donc exclue.

950. L'existence de tempéraments : l'illustration atypique des sépultures. Celles-ci bien que « *hors commerce* » au sens de l'ancien article 1128 du Code civil ont pu faire l'objet de « *contrat judiciaire* » afin de régler le litige lié à l'utilisation d'une concession funéraire pour d'inhumation de certains membres d'une famille, lequel n'est pas nécessairement qualifié de contrat de transaction¹⁵²⁷. Dans ce cadre, nous pourrions très bien imaginer que le juge saisi du litige, propose aux litigants une procédure de médiation *judiciaire* de droit commun afin de permettre aux parties, en cours d'instance, de tenter de conclure un accord amiable soumis au contrôle du juge et qualifié de contrat judiciaire. Les assouplissements au principe de l'exclusion des accords amiables portant sur des litiges mettant en jeu des droits touchant à la personne paraissent aini et de prime abord totalement ponctuels.

¹⁵²⁶ Cass. ch. réunies, 2 févr. 1921, *DP* 1921, 1, p. 1, note A Colin ; *S.* 1921, 1, p. 113, note E. Audinet : La nationalité ne laisse aucune place à la transaction car elle constitue un élément de l'état des personnes relevant d'un ordre public de direction.

¹⁵²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 22 févr. 1972, n° 70-13.192, *Bull. civ.* I, 1972, n° 56 ; *D.* 1972, jurispr. p. 513, note R. Lindon : Ce contrat judiciaire n'était pas, en l'espèce, qualifié de transaction.

951. Vers un assouplissement de l'admission de la conclusion de l'accord amiable.

Certains auteurs s'interrogent sur cette approche classique en matière de droits extrapatrimoniaux et « sur le maintien d'une présentation aussi tranchée dans un contexte juridique de conventionnalisation des rapports familiaux qui aménage toujours plus de place à l'autonomie de la volonté dans l'exercice des droits et obligations attachés aux rapports familiaux »¹⁵²⁸. Car nous avons en effet constaté que les processus de résolution amiable – conciliation, médiation, procédure participative – sont largement développés en droit de la famille. Ceci, nous amène à prendre la mesure de l'admission de la conclusion d'accords amiables, et de l'opportunité de leur soumission au régime spécial du contrat de transaction et ce, dans les relations extrapatrimoniales dans le couple (A), en matière de filiation (B) et enfin, dans un domaine autre que le droit de la famille, en matière de droits d'auteurs (C).

A. La place de l'accord amiable transactionnel dans les relations extrapatrimoniales dans le couple

952. Le phénomène de contractualisation des relations familiales. Classiquement, cette problématique était traitée par rapport à la place réservée à l'ordre public dirigeant le mariage (1). Toutefois, la multiplication des modèles familiaux déplace cette question sur le terrain du pacte civil de solidarité (2) et du concubinage (3). Il s'agit de déterminer la place réservée à l'autonomie des volontés justifiant la conclusion d'accords amiables et d'observer dans quelle mesure ceux-ci sont qualifiés de contrat de transaction.

1) L'accord amiable transactionnel dans le cadre du mariage

953. Le rejet de l'accord amiable : la dimension d'ordre public des devoirs extrapatrimoniaux du couple. Les devoirs pesant sur les époux, tels que le devoir de fidélité, de cohabitation et d'assistance relevant de l'article 212 du Code civil s'intégrant au régime primaire impératif, relèvent d'un ordre public de direction, de sorte que tout accord amiable, qualifié ou non de contrat de transaction est prohibé¹⁵²⁹. Partant, un accord amiable qualifié ou non de transactionnel et qui aménagerait, par exemple, le devoir de fidélité serait frappé d'une nullité absolue. En effet, le premier alinéa de l'article 1179 du Code civil, tel qu'issu de la

¹⁵²⁸ F. Julienne, *JCl. Civil Code*, « Art. 2004 à 2058 », Fasc. 20, « Transaction – Domaine », *préc.*

¹⁵²⁹ J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, Armand-Colin, 2e éd. 2001, n°149 : Concernant ces devoirs, les seuls aménagements possibles émanent du juge qui seul peut limiter, retirer des pouvoirs ou agir sur les obligations des époux en vertu des mesures d'urgence, prévues à l'article 220-1 du Code civil.

réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016¹⁵³⁰, dispose que « *la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général* ».

954. L'admission de l'accord amiable dans le cadre de la rupture du mariage.

Néanmoins, la question du recours à l'accord amiable se pose en pratique lorsqu'il y a séparation du couple. À cet égard, la faculté de recourir à la conclusion du contrat de transaction a été longtemps restreinte par la prohibition du divorce et de la séparation de corps par consentement mutuel¹⁵³¹. Depuis, nous l'avons constaté, le législateur a favorisé par le biais de réformes successives introduisant en premier lieu le divorce par consentement mutuel¹⁵³², les accords amiables, et ce même en cours d'instance¹⁵³³. Très récemment et parachevant l'admission des accords amiables des époux, les réformateurs de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, opérée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016¹⁵³⁴ ont introduit aux articles 229-1 à 229-3 du Code civil le divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*, autrement intitulé « *divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contrasigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* ». Nous avons d'ailleurs constaté que dans le cadre de ce dernier cas de divorce, la mise en œuvre d'une procédure participative entre les parties assistées de leurs avocats respectifs, serait de nature à favoriser la conclusion de cet acte sous signature privée. Dès lors la question se pose de savoir si la convention de divorce par consentement mutuel dans le cadre du divorce par consentement mutuel *judiciaire* et l'acte sous signature privée contresigné par avocats peuvent consister en des accords amiables susceptibles de recevoir la qualification contractuelle spéciale de contrat de transaction.

Sur le point de savoir si ces conventions de divorce consiste en des accords amiables, la question de l'existence d'un *différend* se pose. En effet, plus que la résolution ou la prévention d'un différend, ces conventions prennent pour objet l'aménagement des conséquences de leur séparation pour le prononcé *judiciaire* ou la constatation de leur divorce. Il n'existe pas alors de

¹⁵³⁰ Disposition non modifiée par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018, *préc.*

¹⁵³¹ Sous l'empire de cette ancienne législation, les juges annulaient certaines transactions : P. ex. Cass. civ., 25 nov. 1901, *DP* 1902, 1, p. 31 ; S. 1903, 1, p. 353, note E. Pilon, pour une transaction par laquelle, une femme, séparée de corps, qui s'était engagée, en contrepartie « d'assurances données par son mari » de s'en remettre à la justice pour la demande de conversion de la séparation de corps que son mari envisageait d'introduire – Ég. CA Aix, 30 janv. 1950, *JCP* 1950, éd. G, II, 5478 pour l'annulation d'une convention aux termes de laquelle une femme, en instance de divorce, renonçait à interjeter appel en contrepartie d'une somme d'argent alors que l'acquiescement était interdit dans le cadre du divorce.

¹⁵³² Loi n° 75-617 du 11 juill. 1975 portant réforme du divorce, *préc.*

¹⁵³³ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *préc.*

¹⁵³⁴ Loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, *préc.*

véritable « contentieux » dans le cadre de ces divorces, bien que le fait que les époux s'entendent sur leurs intérêts pécuniaires, ne soit pas révélateur de l'existence d'un conflit conjugal aux dimensions psychologique, social ou émotionnel. En la matière, il semble possible d'admettre l'accord amiable de manière large et l'existence, indépendamment de la catégorie des accords amiables résolutif ou préventif du différend, d'un type d'accord amiable prenant pour but l'aménagement des conséquences du divorce. La seule limite tenant à ce que les droits extrapatrimoniaux des époux restent en dehors du champ de la conclusion de l'accord amiable. Reste que l'application de la qualification contractuelle spéciale de contrat de transaction se pose.

955. La question de l'application de la qualification spéciale de contrat de transaction aux accords amiables en matière de divorce. Le contrat de transaction, consiste en un référent à l'accord amiable puisqu'il implique prend pour résoudre un *différend* – terminer la contestation née ou prévenir la contestation à naître – en figeant sa solution caractérisée par les concessions réciproques des parties. Dans une certaine mesure et en forçant l'analyse, face à l'absence de contestation en matière de divorce par consentement mutuel, nous pourrions considérer afin d'admettre la possibilité de la conclusion du contrat de transaction que les conventions de divorce par consentement mutuel prennent pour but la prévention de la contestation des époux. Mais la véritable discussion porte sur l'effet spécial du contrat de transaction prévu à l'article 2052 du Code civil et reformulé dans le cadre de la réforme de la justice du XXIème siècle : « *la transaction fait obstacle à l'introduction entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». Dès lors, en attribuant la qualification de contrat de transaction aux conventions de divorce, la répartition des intérêts pécuniaires par les concessions réciproques ne devrait plus pouvoir être mis en cause.

2) L'accord amiable transactionnel dans le cadre du pacte civil de solidarité

956. Une admission *a priori* plus large du contrat de transaction. Le Pacte civil de solidarité (PACS), consacré par la loi n° 99-944 du 15 nov. 1999¹⁵³⁵ est défini à l'article 515-1 du Code civil comme « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe*

¹⁵³⁵ Loi n° 99-944, 15 nov. 1999 du 15 novembre 1999 *relative au pacte civil de solidarité*, JO 16 nov. 1999, n° 265, p. 16959.

différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune »¹⁵³⁶. La notion de vie commune suppose, non seulement une cohabitation et une communauté d'intérêts, mais aussi une vie de couple. Ce type particulier de contrat instauré en principe pour permettre un règlement des intérêts patrimoniaux des partenaires, ne comporte – par opposition au mariage – aucune obligation d'ordre extrapatrimonial, telle qu'une obligation de fidélité ou d'assistance. Dès lors, la conclusion de l'accord amiable pourrait être admise, en théorie, de manière beaucoup plus large qu'en matière de mariage.

957. Le rapprochement des régimes du mariage et du PACS. En pratique, le recours à l'accord amiable – fut-il qualifié de contrat de transaction – en matière de PACS semble limité comme en atteste l'absence de jurisprudence. Un auteur avance plusieurs raisons justifiant cette absence de recours à l'accord amiable transactionnel¹⁵³⁷.

La première raison tient au fait que le régime du PACS connaît un phénomène d'attraction au regard du régime du mariage, généré par la législation relative au droit fiscal et aux droits des successions et des libéralités. Tout d'abord, la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006¹⁵³⁸ reconnaît au partenaire survivant un droit légal de jouissance d'un an sur le logement d'habitation, à l'instar du droit attribué au conjoint survivant par l'article 763 du Code civil. Ensuite, le régime fiscal des droits successoraux du partenaire est soumis au même principe de non-imposition que ceux du conjoint survivant. Selon l'auteur, si ces rapprochements entre les deux catégories de couple s'illustrent essentiellement par des règles d'ordre patrimonial, ils remettent en question toutefois l'idée d'une absence de dimension extrapatrimoniale du PACS en imposant comme modèle le régime du mariage et donc, en impliquant une restriction des aménagements conventionnels. Toutefois, nous avons constaté que les conventions en matière de divorce peuvent consister en des accords amiables ne prenant pas tant pour but la résolution ou la prévention d'un *différend*, mais l'aménagement des conséquences liés à la séparation. Dès lors, il serait possible d'admettre la possibilité de la conclusion d'un accord amiable transactionnel dans la mesure où un litige portant sur des droits patrimoniaux serait né de la rupture du PACS.

La seconde raison, avancée par l'auteur, tient quant à elle au fait que l'intérêt de recourir à la transaction est restreint en raison du mode de dissolution de cet acte juridique qui –

¹⁵³⁶ Cons. const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC ; *D.* 2000, p. 424, obs. S. Garneri ; *JCP G* 2000, I, 261, obs. B. Mathieu et M. Verpeaux.

¹⁵³⁷ F. Julienne, *JCl. Civil Code*, « Art. 2004 à 2058 », Fasc. 20, préc., spéc. n° 25.

¹⁵³⁸ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JO* 24 juin 2006, n° 145, p. 9513.

contrairement au mariage – ne suppose pas de passer par la voie judiciaire. Cependant, nous constatons le législateur a institué un cas de divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*. Nous comprenons toutefois l'idée, qui a notre sens doit être traduite par le fait que le critère de contestation, propre à l'accord amiable transaction, sous-tend un droit d'action. Et l'auteur relève à cet égard que la rupture du PACS est, en effet, beaucoup plus souple puisqu'elle peut résulter d'une volonté unilatérale et ne donner lieu à aucune justification. Dans ces conditions, la mise en place du recours à la conclusion d'un accord amiable au surplus qualifié de contrat de transaction ne s'imposerait pas. Toutefois, le Conseil constitutionnel est venu affirmer la faculté reconnue au partenaire auquel la rupture est imposée, notamment en cas de faute tenant aux conditions de la rupture du PACS, d'agir en responsabilité délictuelle au regard de l'exigence constitutionnelle posée à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Dès lors, dans le cadre d'une rupture fautive et de la possibilité pour l'un des partenaires d'agir en responsabilité civile délictuelle pour faute dans la rupture du PACS, nous pourrions parfaitement concevoir qu'un accord amiable transactionnel, issu ou non d'une procédure de résolution amiable des différends *extrajudiciaire* ou *judiciaire*, par exemple une médiation, puisse être conclu. Les partenaires sur la base de l'existence du différend doivent alors consentir des concessions réciproques et s'engager de manière réciproque interdépendante : le partenaire titulaire de son droit d'action y renonçant en contrepartie d'une indemnisation de son préjudice à la charge de l'autre.

3) L'accord amiable transactionnel dans le cadre du concubinage

958. Un recours à la transaction largement ouvert. Le régime du concubinage n'est pas encadré par la loi, malgré une définition intégrée à l'article 515-8 du Code civil par la loi relative au pacte civil de solidarité selon lequel « *le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ». Sa caractérisation suppose, comme pour le PACS, une vie commune, c'est-à-dire, nous l'évoquions, des relations stables et continues, sans donner lieu à obligation légale d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial. De fait, la jurisprudence rejette toute référence aux textes issus du régime primaire, appliqué en matière de mariage¹⁵³⁹. Cependant, la jurisprudence tend, sur le fondement du droit commun, à reconnaître certaines obligations à l'égard des concubins en

¹⁵³⁹ P. ex. Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 1979, n° 77-12.991, *Bull. civ. I*, 1979, n°11, excluant l'obligation de contribution aux charges du ménage à la charge du concubin.

sanctionnant les ruptures abusives, constitutives d'une faute¹⁵⁴⁰ ou les atteintes à l'honneur¹⁵⁴¹.

Dès lors, et en l'absence de toutes obligations, le recours à l'accord amiable et au contrat de transaction est largement envisageable dans le cadre du concubinage¹⁵⁴². Ainsi, un accord amiable venant régler le litige relatif aux circonstances de la rupture est admis. Néanmoins, pour être qualifié de contrat de transaction, les concubins doivent avoir consenti des concessions réciproques, à défaut de cette condition, l'accord peut se voir requalifier en un simple acte d'apurement des comptes entre les partenaires¹⁵⁴³.

B. La place de l'accord amiable transactionnel en matière de filiation

959. Les voies d'un assouplissement. La filiation est un élément rattaché à l'état des personnes, de sorte qu'en cas de litige, elle ne laisse en principe aucune place à la résolution amiable des différends, la voie judiciaire restant ouverte. Toutefois, nous avons constaté que des conventions entre parents relatives l'autorité parentale peuvent intervenir afin d'aménager son exercice. La question de la possibilité de conclure l'accord amiable et de lui attribuer la qualification contractuelle spéciale de contrat de transaction se pose en ce qui concerne l'établissement de la filiation **(1)** et l'exercice de l'autorité parentale découlant de la filiation **(2)**.

1) La question de l'aménagement conventionnel de l'établissement de la filiation

960. Rappel du principe d'exclusion de la transaction. En toute logique, toutes les actions ayant trait à l'établissement d'une filiation, c'est-à-dire les actions en recherche de

¹⁵⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 1977, n° 75-12.386, *Bull. civ. I*, 1977, n° 449.

¹⁵⁴¹ CA Aix-en-Provence, 22 juin 1978, *JurisData* n° 1978-600027 ; *D.* 1979, p. 172, note J. Prévault : est ainsi sanctionné le fait pour un concubin de vivre avec une autre femme dans le domicile commun.

¹⁵⁴² P. ex. CA Rouen, 5 mars 2014, *JurisData* n° 2014-026819 : pour une transaction signée par devant notaire afin de régler les conséquences pécuniaires du concubinage – Ég. CA Rennes, 20 juin 2014, *JurisData* n° 2014-014647 : en l'espèce, les concubins également associés dans une SARL, ont conclu lors de leur rupture une transaction afin d'établir et solder leurs comptes. Aux termes de cet accord, le concubin était créancier de 6200 euros. Or la concubine lui avait versé 28500 euros, fondant ainsi une action en répétition de l'indu. Le concubin n'a pu sérieusement invoquer l'intention libérale de la concubine puisque, d'une part, la séparation était conflictuelle et, d'autre part, la libéralité invoquée se trouvait contredite par la volonté actée dans le mois précédent de solder les comptes entre les parties, selon les termes d'un protocole précis et circonstancié englobant les rapports professionnels et personnels des ex-concubins.

¹⁵⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2003, n° 00-20.772, NP : À défaut de concessions réciproques, les juges estiment en effet que l'acte ne peut être qualifié de transaction, mais de simple acte d'apurement de comptes entre les concubins. En l'espèce, les juges d'appel, pour qualifier de transaction, un acte sous seing privé signé entre des concubins et prononcer son homologation avaient relevé les avantages respectifs que chaque partie avait reçus de l'autre au cours de la vie commune, le probable déséquilibre à l'avantage de l'une des parties et l'engagement compensateur pris par celle-ci de souscrire deux contrats d'assurance vie au bénéfice de l'autre partie. La Cour de cassation a considéré que la Cour d'appel faisait ressortir certes un apurement de comptes, mais no des concessions réciproques.

maternité ou de paternité et en contestation de maternité ou de paternité, restent hors champ de l'accord amiable. Cette solution, réaffirmée de manière récurrente par la jurisprudence n'a pas été remise en question par la dernière réforme de la filiation intervenue par le biais de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juill. 2005¹⁵⁴⁴. Ainsi, de manière générale, et sans exception, tout accord amiable, fut-il qualifié de contrat de transaction relative à la filiation est nulle, et de nullité absolue en application de l'article 1179 du Code civil. En conséquence, toute renonciation par voie d'un accord amiable transactionnel à réclamer une filiation ou à contester l'état d'une autre personne est prohibée¹⁵⁴⁵.

L'emprise de l'ordre public de direction dans le domaine de l'état des personnes ne fait l'objet d'aucune remise en question et justifie la prohibition des transactions. Seules sont concernées par cette exclusion radicale les actions qui ont pour objet de modifier l'état des personnes. Par exception, les actions relatives aux incidences patrimoniales de la filiation peuvent être régulées conventionnellement par le biais transactionnel¹⁵⁴⁶. Il s'agit alors d'un accord amiable d'aménagement des incidences patrimoniales de la filiation et non à proprement parler d'un accord amiable résolutif d'un différend. Tout au plus, pouvons-nous y voir un accord amiable préventif d'un différend pouvant être qualifié de contrat de transaction.

2) La question de l'aménagement conventionnel de l'autorité parentale

961. Une matière relevant par principe de l'ordre public de direction. L'autorité parentale est définie à l'article 371-1 alinéa premier du Code civil comme « *un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* ». Son établissement est lié à la filiation et se trouve en principe partagé entre les deux parents¹⁵⁴⁷. Dans la mesure où l'autorité parentale est un devoir, son existence ne devrait pas pouvoir faire l'objet de conventions.

¹⁵⁴⁴ Ord. n° 2005-759, 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation, JO 6 juill. 2005, n° 156, p. 11159 ; D. 2005, p. 1925.

¹⁵⁴⁵ Voy. Cass. civ. 1^{ère}, 25 sept. 2013, n° 12-24.588, inédit : Les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation ; Ég. Cass. req., 26 févr. 1924, DP 1925, 1, p. 124, 1^{ère} esp. : dans cette espèce, les juges ont interdit une transaction consistant pour une mère naturelle à s'engager à ne pas rechercher la paternité en justice, en échange d'un secours versé par le père de son enfant ; Ég. Cass. req., 9 mai 1864, S. 1864, 1, p. 305 : les juges ont ici prohibé le contrat judiciaire établissant une filiation adultérine dont la reconnaissance, à l'époque était prohibée.

¹⁵⁴⁶ P. ex. Cass. civ. 1^{ère}, 3 oct. 2006, n° 04-14.388, Bull. civ. I, n° 428, p. 368 ; RTD civ. 2007, p. 98, note J. Hauser ; Plus récem., CA Versailles, 15 janv. 2015, JurisData 2015-000442 : pour l'exemple d'un protocole d'accord transactionnel ayant vocation à mettre fin à l'action en recherche de paternité après dépôt d'un rapport d'expertise concluant à la paternité prévoyant l'engagement du père de reconnaître l'enfant et de verser immédiatement un capital de 20 000 euros à la mère ainsi qu'une pension alimentaire de 750 euros mensuels pour l'enfant.

¹⁵⁴⁷ Voy. l'art. 372 CCiv. : « *Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant* ».

962. Rappel du phénomène de conventionnalisation de l'exercice de l'autorité parentale. Nous avons constaté que le législateur a autorisé que les modalités d'exercice de l'autorité parentale puissent faire l'objet arrangements entre parents au visa de l'article 373-3-7 du Code civil¹⁵⁴⁸. Par ailleurs, au visa de l'article 373-2-10 du Code civil, qu'« *en cas de désaccord* » sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales « *s'efforce de concilier les parties* ». Le texte ajoutant qu'« *à l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder* ». Dès lors, la médiation consiste à permettre aux parents de parvenir à un accord amiable aménageant l'exercice de l'autorité parentale.

963. La question de l'application de la qualification transactionnelle à l'accord amiable organisant l'exercice de l'autorité parentale. Nous relevons en effet une absence de précisions légales sur le régime applicable à la convention par laquelle les parents organisent l'exercice de l'autorité parentale. L'accord amiable pourrait soit : consister en un acte sous signature privée soumis uniquement au droit commun des contrats et consister en un *contrat sui generis* ; soit, si les parents consentent des concessions, consister en acte sous signature privée pouvant recevoir la qualification spéciale de contrat de transaction.

Toutefois, l'accord amiable qualifié ou non de contrat de transaction reste dans tous les cas soumis à l'homologation du juge aux affaires familiales. Cette intervention judiciaire se justifie principalement par la nécessité de préserver les intérêts de l'enfant concerné, leur appréciation ne pouvant incomber qu'à un tiers à la sphère familiale dont l'impartialité est acquise. En conséquence, l'accord amiable conclu entre les parents peut relever des hypothèses rarissimes de transactions homologuées¹⁵⁴⁹. La question se pose néanmoins de savoir si à l'occasion de l'homologation judiciaire, l'acte juridique perd sa dimension contractuelle pour être englobé par le jugement d'homologation. En principe, il est acquis que les deux opérations gardent leur indépendance et que l'accord amiable transaction conserve donc sa qualification contractuelle. La question se pose de savoir s'il est nécessaire pour les parties d'attribuer la qualification transactionnelle à l'accord amiable dans la mesure où celui-ci fait

¹⁵⁴⁸ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale, préc.*

¹⁵⁴⁹ CA Versailles, 22 juin 1992, *Jurisdata* n° 1992-047173 : pour l'illustration dans le cadre d'un litige relatif à l'enlèvement des enfants par le père pendant la procédure de divorce, d'une transaction ayant été conclue entre les parents confiant provisoirement à la mère l'autorité parentale sur les enfants, fixant la résidence habituelle des enfants à l'étranger en Allemagne, les droits de visite du père s'exerçant à l'étranger.

systématiquement l'objet d'une homologation et consiste donc en un *contrat judiciaire* et qu'en outre, il peut être sujet à révision.

En effet, au regard du principe d'irrevocabilité des contrats renforcé par l'effet spécial de l'accord amiable transactionnel tenant à l'autorité de chose jugée – certes reformulée à l'article 2052 du Code civil – qui lui a été conférée par le législateur, l'accord amiable transactionnel ne pourrait être unilatéralement remis en cause au regard de son contenu. Or, l'article 313-2-13 du Code civil, tel que modifié par les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle dispose que « *les conventions homologuées ou dans la convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contesignée par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire, ainsi que les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande des ou d'un parent ou du ministère public, qui peut être lui-même être saisi* ». Ainsi l'ensemble de ces conventions pourraient consister en des accords amiables, contrats *sui generis*, prenant la forme d'acte sous signature privée. La qualification spéciale de contrat de transaction, au regard des possibilité de révision et de modification paraît en effet peu adaptée.

C. L'admissibilité relative de l'accord amiable portant sur les droits d'auteurs

964. La distinction entre les intérêts patrimoniaux et les intérêts extrapatrimoniaux. Dans le domaine des droits d'auteur, la jurisprudence s'est attachée à fixer une frontière nette distinguant au sein des intérêts rattachés à l'œuvre, ceux relevant des intérêts patrimoniaux pouvant faire l'objet de la conclusion d'un accord amiable transactionnel, et ceux, présentant une dimension extrapatrimoniale, qui en sont exclus. En conséquence et à titre d'illustration, le différend portant sur le droit au respect du nom et de la qualité de l'œuvre ne peut pas être réglé par le biais d'un accord amiable transactionnel. En revanche, les conséquences pécuniaires résultant de la méconnaissance par une partie des droits d'auteur de l'autre sont susceptibles d'être réglées par la conclusion d'un contrat de transaction, lequel peut-être l'aboutissement d'une procédure *judiciaire* ou *extrajudiciaire* de résolution des différends¹⁵⁵⁰.

§2. L'admission de l'accord amiable portant sur des droits patrimoniaux

¹⁵⁵⁰ P. ex. très récemment, Cass. com. 2 févr. 2016, n° 14-19.874, Chanel c/ Stevil, inédit, NP ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2015, n° 14-22.915, inédit ; Ég. Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 1991, n° 89-21.494 ; *Bull. civ. I*, 1991, n° 119 ; *D.* 1991, inf. rap. p. 142 et 144. – CA Paris, 1^{er} mars 1988, *JurisData* n° 1988-020835 ; *D.* 1989, somm. p. 48, obs. C. Colomert. – X. Lagarde, « Transaction et ordre public », préc. p. 217.

965. La tendance à l'assouplissement des règles impératives. L'ordre public est présent dans les relations d'ordre patrimonial. Néanmoins, la tendance générale est à un assouplissement de ces règles impératives et corrélativement, à une admission extensive de l'accord amiable résolutif des différends pouvant être qualifié de transaction et en conséquence à l'admission corrélatrice des procédures de résolution amiables permettant sa négociation et sa conclusion. Ce travail d'assouplissement résulte d'une part de la politique législative favorisant le recours à des processus ou procédures de résolution amiable sécurisante et trouve d'autre part, une origine jurisprudentielle, reposant sur l'établissement de distinctions entre les droits patrimoniaux considérés tout en demeurant encadré par des critères et des conditions d'application. Ce mouvement trouve des illustrations en matière de droit patrimonial de la famille **(A)** et en matière d'obligations contractuelles **(B)**.

A. L'accord amiable en droit patrimonial de la famille

966. L'extension du rôle des règlements conventionnels. Le domaine du droit patrimonial de la famille connaît un recul contemporain des contraintes de l'ordre public, de sorte qu'une place plus grande est accordée à l'autonomie de la volonté et au règlement amiable des différends. Ce constat se traduit, en toute logique, par un accroissement plus ou moins important des possibilités offertes à la conclusion d'un accord amiable auquel la question de l'application de la qualification spéciale transactionnelle se pose, comme le démontrent les solutions retenues dans le cadre du droit du divorce **(1)**, des créances alimentaires **(2)**, du droit des successions et des libéralités **(3)**.

1) L'accord amiable aménageant les conséquences de la rupture du mariage

967. La promotion des règlements conventionnels. Les réformes du droit du divorce intervenues en 1975 et en 2004 ainsi que la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle opérée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 consacrant le divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire* – nous l'avons examiné – ont eu pour objectif de développer la résolution amiable en ce domaine par le biais de la conciliation obligatoire, de la médiation mais également de la procédure participative, ce qui implique une plus grande marge de manœuvre laissée à la conclusion de l'accord amiable et à la possibilité de qualifier ce

dernier de contrat de transaction¹⁵⁵¹. Cette évolution a débuté par la reconnaissance du divorce par consentement mutuel *judiciaire*, et s'est affirmée, par la suite, par une généralisation du rôle des conventions dans la liquidation du régime matrimonial et finalement par la consécration du divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*.

968. Le recours à l'accord amiable organisant la liquidation du régime matrimonial. Ainsi, la dernière réforme a étendu la possibilité de conclure des accords amiables relatifs à une liquidation anticipée comme le démontre l'article 265-2 du Code civil selon lequel « *les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial* ». Ce texte, qui concerne principalement les régimes de communauté, permet donc aux époux d'organiser la liquidation de leur régime matrimonial et ce, sans l'exigence d'une homologation, le juge pouvant néanmoins en modifier le contenu lors du jugement du divorce. Partant, cette disposition offre, selon la doctrine la faculté de conclure un contrat de transaction qui aurait pour objet de mettre un terme au litige relatif à la répartition des biens¹⁵⁵², bien que le texte ne précise pas le régime applicable à ces « conventions » qui pourrait très bien être seulement soumis au droit commun des contrats, des *accords amiables*, contrats *sui generis*. La jurisprudence, quant à elle, n'octroie pas systématiquement la qualification de contrat de transaction à l'accord amiable portant sur la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux du couple¹⁵⁵³.

969. Le recours à l'accord amiable résolutif des conséquences patrimoniales de la rupture de l'union. De la même façon, la doctrine admet que les époux ont la faculté de recourir à la conclusion d'un accord amiable qualifié de transactionnel afin de régler les conséquences patrimoniales de la rupture de leur union¹⁵⁵⁴.

Tout d'abord, en matière de prestation compensatoire, à la condition que la conclusion de l'accord amiable ne concerne que les droits actuels et qu'elle respecte le caractère révisable des obligations alimentaires. La Cour de cassation est venue encore préciser que « si les époux ne peuvent valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire lorsqu'aucune instance en divorce n'est engagée, ils peuvent renoncer en tout ou partie aux

¹⁵⁵¹ J. Massip, « Le nouveau droit du divorce », *Defrénois*, 2005.

¹⁵⁵² F. Julienne, *JCl. Civil Code*, « Art. 2004 à 2058 », Fasc. 20, *préc.*, spéc. n° 40.

¹⁵⁵³ P. ex. Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 2015, n° 14-15.608, inédit : La Cour de cassation censure dans cette espèce la Cour d'appel qui avait retenu que l'acte sous seing privé portant sur la liquidation et les intérêts patrimoniaux des époux litigieux constituait une transaction, sans avoir caractérisé le différend auquel cette transaction aurait mis fin, ni les concessions réciproques que les parties se seraient consenties.

¹⁵⁵⁴ F. Julienne, *JCl. Civil Code*, Art. 2004 à 2058, Fasc. 20, *préc.*, spéc. n° 40.

effets de celle qui a été fixée judiciairement »¹⁵⁵⁵.

Ensuite en ce qui concerne les libéralités, notamment à l'égard des donations de bien à venir un place est faite à l'accord amiable transactionnel des époux. Ces libéralités sont, en principe, révoquées de plein droit par l'effet du divorce au visa de l'alinéa second de l'article 265 du Code civil¹⁵⁵⁶, sauf à ce que le donateur exprime sa volonté contraire, ce qui laisse, éventuellement et selon la doctrine, une place à la conclusion d'un contrat de transaction sur cette question¹⁵⁵⁷. Néanmoins, la qualification spéciale transactionnelle applicable à l'accord amiable des époux n'est pas systématique. Les réformateurs de la justice du XXIème siècle visent en effet, à l'alinéa second de l'article 265 modifié, « *la convention signée par les époux et contresigné par les avocats* », visant le cas du divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*, lequel peut donner lieu, en amont de la signature de l'accord amiable, à une procédure participative fondée sur une convention pour sa mise en oeuvre. Dans ce cas, nous avons constaté, que la doctrine estime que l'accord amiable n'a pas pas être qualifié de contrat de transaction dès lors que les parties ont la libre disponibilité de leurs droits. L'accord amiable consiste alors en un acte sous signature privée soumis au seul droit commun des contrats.

2) L'accord amiable organisant le règlement des créances alimentaires

970. L'admission progressive de l'accord amiable en matière de créances alimentaires. L'obligation alimentaire se définit comme un devoir de verser des aliments résultant soit de la loi, soit de la volonté individuelle¹⁵⁵⁸. Elle intéresse, dès lors, les intérêts patrimoniaux liés aux relations familiales et représente une manifestation de la solidarité familiale.

À l'égard de la loi, cette obligation se manifeste entre époux, entre ascendants et descendants¹⁵⁵⁹, et entre certains alliés en ligne directe, uniquement dans les rapports entre

¹⁵⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, n° 03-17.923, *Bull. civ.* I, 2005, 70, p. 62 ; *Defrénois*, 2005, n° 22, jurispr. 83, p. 1841, obs. J. Massip : En l'espèce, à la suite de son licenciement survenu postérieurement au prononcé du divorce sur demande conjointe, l'époux réduit le montant de la prestation compensatoire stipulée dans la convention définitive homologuée par le juge. L'ex-épouse met alors en œuvre une procédure de paiement direct afin de recouvrer l'intégralité de sommes dues en vertu de la convention définitive homologuée et dénie l'existence d'un « accord amiable » intervenu entre les parties sur une réduction du montant de la prestation compensatoire. La Cour d'appel avait énoncé que les dispositions relatives à la prestation compensatoire sont d'ordre public et qu'en conséquence, il n'est pas possible d'y renoncer. Ils seront censurés les juges d'appel sur le fondement de l'article 1134 du Code civil.

¹⁵⁵⁶ Art. 265 al. 2 CCiv.

¹⁵⁵⁷ F. Julienne, *JCl. Civil Code*, « Art. 2004 à 2058 », Fasc. 20, préc., spéc. n° 40.

¹⁵⁵⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Alimentaire »

¹⁵⁵⁹ Voy. l'art. 205 CCiv.

beau-père et belle-mère avec leur gendre et belle fille¹⁵⁶⁰. Cette obligation a une dimension d'ordre public, puisqu'au-delà du créancier, elle concerne l'intérêt général. Par conséquent, elle est en principe incessible, insaisissable et ne peut faire l'objet d'une renonciation par anticipation¹⁵⁶¹. De fait, pendant un temps, la conclusion de l'accord accord, fut-il qualifié de contrat de transaction, était exclue en raison de l'empreinte de l'ordre public de direction¹⁵⁶².

Néanmoins cette position tranchée n'est plus admise et aujourd'hui, les accords amiables sont susceptibles d'intervenir dans cette matière en portant, soit sur le contenu de la créance, soit sur ses modalités d'exécution¹⁵⁶³. Toutefois, le rôle de l'accord amiable soulève diverses difficultés liées à la nature de l'obligation alimentaire **(a)** et à son régime **(b)**.

a) L'accord amiable à l'épreuve de la nature de l'obligation alimentaire

971. Une dimension indemnitaire. L'admission de l'accord amiable est susceptible d'être plus ou moins étendue en fonction de la nature de l'obligation alimentaire considérée. Certaines créances alimentaires présentent en effet un caractère indemnitaire.

À titre d'exemples, nous pouvons citer les subsides dus à l'enfant naturel prévus à l'article 342-5 du Code civil ou la prestation compensatoire sous forme de rente en matière de divorce dont le régime a été refondu par une loi n° 2000-596 du 30 juin 2000¹⁵⁶⁴ et ajusté par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004¹⁵⁶⁵. Pour ces dernières, leur double caractère à la fois alimentaire et indemnitaire justifie un traitement dérogatoire qui s'illustre, notamment, en matière de transmissibilité. Si les dettes alimentaires sont, en principe et en raison de leur caractère personnel très marqué, intransmissibles passivement aux héritiers, ce n'est pas le cas des obligations alimentaires et indemnitaires. Selon un auteur, de la même manière, la dimension indemnitaire de certaines créances alimentaires devrait permettre une admission plus large du contrat de transaction qui pourrait porter sur des droits à venir¹⁵⁶⁶. Cependant, cette analyse n'est pas retenue et la jurisprudence affirme la solution faisant prévaloir le caractère alimentaire de ces obligations en refusant la validité des accords amiables transactionnels

¹⁵⁶⁰ Voy. l'art. 206 CCiv.

¹⁵⁶¹ A. Bénabent, *Droit civil, La famille*, 11^{ème} éd. Litec 2003, n° 659.

¹⁵⁶² P. ex., Cass. civ., 12 déc. 1921, *DP* 1921, 1, p. 153, note H. Capitant ; S. 1923, 1, p. 353, note E. Audinet – Ég. Cass. req., 26 juin 1928, *DP* 1928, p. 463.

¹⁵⁶³ CA Lyon, 19 mai 1952, *D.* 1953, p. 48 – CA Colmar, 13 avr. 1951, *D.* 1951, p. 384 : en l'espèce, la transaction avait pour objet de fixer un terme extinctif à la créance.

¹⁵⁶⁴ Loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 *relative à la prestation compensatoire en matière de divorce*, *JO* 1^{er} juill. 2000, n° 151, p. 9946.

¹⁵⁶⁵ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 *relative au divorce*, *préc.*

¹⁵⁶⁶ F. Julienne, *JCl. Civil Code*, « Art. 2004 à 2058 », Fasc. 20, *préc.*, spéc. n° 32.

anticipés portant sur des droits à venir¹⁵⁶⁷.

b) L'accord amiable à l'épreuve du régime de l'obligation alimentaire

972. Les spécificités du régime des obligations alimentaires. Les possibilités offertes de conclusion d'un accord amiable transactionnel dans le cadre des créances alimentaires sont conditionnées par le régime de ces dernières. Deux aspects de leur régime doivent être pris en compte : la faculté d'établir facilement une distinction entre droits actuels et droits éventuels (*I*), et leur caractère variable (*II*).

I. La distinction entre droits actuels et droits éventuels

973. L'admission de l'accord amiable transactionnel portant sur des droits actuels. Le domaine de l'accord amiable transactionnel en matière d'obligation alimentaire est délimité par la distinction entre les droits éventuels et les droits actuels, seuls ces derniers pouvant faire d'une accord amiable transactionnel.

Cette dichotomie est établie clairement par la jurisprudence qui, de manière récurrente, annule les contrats de transaction portant sur des droits alimentaires à venir, et valide, au contraire, celles qui ont trait à des droits déjà existants. Cette solution est particulièrement mise en évidence dans une décision rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation le 29 mai 1985, en matière d'obligation alimentaire à l'égard des enfants naturels. Dans cette affaire, les juges déclarent valable une transaction passée entre les parents, portant sur des dépenses d'éducation déjà avancées par la mère pour l'éducation de l'enfant, tout en déclarant nulle la renonciation de la mère à l'exercice ultérieur d'une action alimentaire contre le père¹⁵⁶⁸. La jurisprudence sur cette question est abondante et constante comme en témoignent des arrêts anciens¹⁵⁶⁹ ou plus récents¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁷ Principalement en matière de divorce à l'égard, tout d'abord, des pensions de l'article 301 du Code civil, sous l'empire du droit antérieur : Cass. civ. 1^{ère}, 28 févr. 1949, *JCP G* 1949, II, 4888, note E. Esmein ; *D.* 1949, p. 301, note G. Ripert – Ég. à l'égard des prestations compensatoires depuis la loi n° 75-617 du 11 juill. 1975 portant réforme du divorce, *JO* 12 juill. 1975, n° 0161, p. 7171 ; Cass. civ. 2^{ème}, 21 mars 1988, n° 86-16.598, *Bull. civ. II*, 1988, n° 74, *Gaz. Pal.* 1989, 1, 38, note J. Massip.

¹⁵⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 1985, *Bull. civ. I*, 1985, n° 167.

¹⁵⁶⁹ P. ex., Cass. civ., 12 déc. 1921, *DP* 1922, 1, p. 153, note H. Capitant.

¹⁵⁷⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 21 mars 1988, n° 86-16.598, *préc.*: Aucune procédure de divorce n'ayant été engagée, les époux ne pouvaient valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire – Ég. Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 1991, n° 90-1100, *Bull. civ. II*, n° 140 – Par ailleurs, cette solution se rapproche des décisions jurisprudentielles qui reconnaissent le caractère cessible des arrérages échus : P. ex. Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 1973, *Bull. civ. I*, 1973, n° 164 ; *D.* 1973, p. 478.

974. L'absence de difficultés de caractérisation des droits en matière de créance alimentaire. L'opposition entre les droits éventuels et les droits actuels ne soulève pas de difficultés majeures de caractérisation en matière de créances alimentaires. En effet, ces dernières peuvent être dissociées en deux types de créances distinctes. La première apparaît comme une créance virtuelle qui naît du simple lien de parenté. Elle peut potentiellement donner lieu à un versement, si les conditions sont réunies, à savoir l'état de besoin du créancier et la possibilité pour le débiteur d'en assumer financièrement le paiement. La seconde s'analyse en une créance actuelle effectivement due après évaluation et donnant lieu à un versement. Il convient de relever que la conclusion d'un accord amiable transactionnel peut avoir des implications sur la qualification de créance à venir ou actuelle. Ces conséquences se manifestent dans l'hypothèse d'une obligation alimentaire naturelle à l'égard de laquelle la conclusion du contrat de transaction a pour effet de la transformer en une créance civile effectivement due, soumise à une obligation d'exécution de la part du créancier¹⁵⁷¹.

II. L'accord amiable transactionnel et le caractère variable de l'obligation alimentaire

975. Position du problème. La portée de la conclusion du contrat de transaction intervenant en matière d'obligation alimentaire est conditionnée par le caractère variable de cette dernière. En effet, ce type d'obligation présente la spécificité d'être révisable en fonction de l'évolution des besoins du créancier et de la situation financière du débiteur. En conséquence, l'accord amiable transactionnel est susceptible d'être soumis à une demande de révision de la part du créancier ou du débiteur et présente alors un caractère temporaire. Cette solution est appliquée par la jurisprudence de manière constante et pour toutes les catégories de créances alimentaires¹⁵⁷². Le caractère révisable de l'accord amiable transactionnel s'applique qu'elle que soit la source de l'obligation alimentaire qui en constitue l'objet, qu'elle soit légale ou conventionnelle.

¹⁵⁷¹ CA Paris, 20 janv. 1988, *D.* 1988, inf. rap. p. 72.

¹⁵⁷² P. ex. Cass. civ., 21 janv. 1930, *S.* 1930, 1, p. 122 : pour une transaction intervenue en matière de pension alimentaire due à un enfant naturel ; Cass. civ. 2^{ème}, 30 janv. 1958, *D.* 1958, p. 689, note G. Cornu ; *S.* 1958, p. 359, note R. Meurisse : pour une transaction intervenue en matière de divorce ; Cass. civ. 2^{ème}, 23 juin 1967, *D.* 1967, p. 711, en matière de divorce toujours, le caractère révisable de la transaction est reconnu alors même que la transaction n'aurait pas pour unique objectif de régler le sort de la créance alimentaire née entre époux mais, dans ce cas, la révision est évidemment limitée aux dispositions relatives aux questions d'ordre alimentaire ; Cass. civ. 2^{ème}, 18 mars 1954, *D.* 1954, p. 398 : pour une illustration en matière de séparation de corps.

976. À l'égard des créances d'origine contractuelle. La solution est a pu être discutée¹⁵⁷³ dans la mesure où elle se heurte au principe de l'effet obligatoire des conventions posé à l'ancien article 1134 alinéa premier, devenu l'article 1103 du Code civil lequel dispose, au titre des principes directeurs du droit des contrats, que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »¹⁵⁷⁴. Cependant, les juges se réservent le droit de réviser ces créances contractuelles en application du droit commun¹⁵⁷⁵.

Par ailleurs, la prise en considération de la dimension révisable de l'accord amiable transactionnel soulève des difficultés pratiques lorsque l'accord a pour objet de régler la répartition de la créance entre codébiteurs. Ces derniers doivent toujours en effet, prévoir une clause de révision afin de prendre en compte les modifications susceptibles de faire évoluer leur situation respective ou celle du créancier. À défaut, le juge peut, éventuellement, réviser lui-même le montant de la pension et ses modalités de répartition entre les différents débiteurs, au nom de la règle de variabilité des créances alimentaires¹⁵⁷⁶. De manière générale, tout accord amiable transactionnel ne peut, sous peine de nullité, comporter de clause excluant une révision¹⁵⁷⁷.

- 3) L'assouplissement de l'admission de l'accord amiable transactionnel en droit des successions et des libéralités

977. L'emprise de l'ordre public de direction. Le droit des successions et des libéralités comprend de nombreuses règles relevant de l'ordre public de direction limitant la possibilité de conclure des accords amiables. Ceux-ci peuvent paraître suspects dans la mesure où ils permettent des montages ayant pour objet de contourner certaines interdictions. Les dispositions légales visent à établir un ordre public familial et concernent, dans le domaine successoral, les droits réservataires et la prohibition des pactes sur successions futures ainsi que des pactes fidéicommissaires non prévus par la loi. Dans le cadre du droit des libéralités, elles ont trait principalement aux conditions de validité de capacité et de forme des donations.

¹⁵⁷³ F. Julienne, *JCl. Civil Code*, « Art. 2004 à 2058 », Fasc. 20, préc., spéc. n° 35.

¹⁵⁷⁴ Tel qu'issu de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 et non modifié par la loi de ratification 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.*

¹⁵⁷⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 25 janv. 1984, *Bull. civ.* II, 1984, n° 13 ; *D.* 1984, p. 442, note C. Philippe ; *JCP* 1986, II, 20540, note A. Batteur – Voy. P. Chauvel, *Transac.*, *Rép. civ. Dalloz* 2004, n° 133 : La révision de la créance peut cependant être entravée en pratique par l'insertion d'une clause d'invariabilité.

¹⁵⁷⁶ T. civ. Pithiviers, 19 mars 1953, *D.* 1953, p. 294.

¹⁵⁷⁷ Cass. civ., 28 juin 1949, *D.* 1949, p. 301, note G. Ripert ; *JCP* G 1949, II, 4888, note P. Esmein. – Cass. civ., 23 mai 1949, *D.* 1949, p. 443 : en l'espèce, une femme, séparée de corps, avait renoncé à une pension alimentaire allouée par le juge en contrepartie du versement d'un capital et ce, à titre définitif.

Malgré les dernières réformes intervenues en en 2001¹⁵⁷⁸ et, surtout, en 2006¹⁵⁷⁹ ayant contribué à favoriser l'anticipation successorale en étendant la validité des pactes fidéicommissaires ou des pactes sur succession future et en supprimant les droits réservataires des ascendants, l'ordre public reste très présent en droit des successions et des libéralités. La question de la possibilité du recours à la conclusion de l'accord amiable fut-il qualifié de contrat de transaction se pose à l'égard de la réserve **(a)**, des pactes prohibés **(b)** et des conditions de validité des libéralités **(c)**.

a) La question de l'admission de l'accord amiable aménageant les droits réservataires

978. Position du problème. La question de la possibilité de la conclusion d'un accord amiable aménageant la réserve héréditaire se pose. Si le principe est celui du rejet de tout accord amiable **(I)**, l'admission résiduelle de la conclusion d'un accord amiable transactionnel par lequel l'héritier réservataire consent par une concession réciproque à une atteinte à la réserve se pose **(II)**.

I. Le rejet de principe de l'accord amiable aménageant la réserve héréditaire

979. L'affirmation du principe du rejet de la conclusion de l'accord amiable aménageant la réserve héréditaire. Le principe est que compte tenu du fait que la réserve est un pilier du droit des successions, tout accord amiable, fut-il qualifié de contrat de transaction et qui y porterait atteinte sans l'accord de son bénéficiaire est prohibé¹⁵⁸⁰. Le droit français reste très attaché à la réserve, définie à l'article 912 du Code civil comme étant « *la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent* ». Néanmoins, en ce qui concerne la réserve, un glissement s'est opéré, l'ordre public passant d'un ordre public de direction à un ordre public de protection. En effet, si la réserve a classiquement pour objectif de traduire une exigence sociale supérieure de protection de la famille, seul le réservataire a le droit de demander la réduction d'une libéralité portant atteinte à la réserve ou de renoncer par

¹⁵⁷⁸ Loi n° 2001-1135 du 3 déc. 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions du droit successoral, JO 4 déc. 2001, n° 281, p. 19279.

¹⁵⁷⁹ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JO 24 juin 2006, n° 145, p. 9513.

¹⁵⁸⁰ Cass. req., 5 mars 1867, DP 1868, 1, p. 70 : est nulle une transaction intervenue sur une demande en nullité d'un arrangement familial, signé entre un père et l'un de ses enfants, qui avait pour conséquence de priver ses autres descendants de leurs droits réservataires

anticipation à exercer une telle action à l'occasion d'un pacte successoral. Dès lors, ce glissement autorise la question de la possibilité de la conclusion d'un accord amiable aménageant la réserve. La doctrine s'est en effet interrogée sur le point de savoir si cette évolution est susceptible de donner lieu à une place accrue à la conclusion du contrat de transaction¹⁵⁸¹.

II. *L'exception : le consentement de l'héritier réservataire*

980. Le critère temporel de la conclusion de l'accord amiable transactionnel.

L'hypothèse concerne donc le cas où l'héritier réservataire consent à cette atteinte à l'occasion de la conclusion d'un accord amiable transactionnel. Tout dépend, alors, du moment d'intervention de son consentement.

Lorsque l'accord amiable transactionnel est conclu une fois que les droits du réservataire sont acquis, il est valable à l'instar d'une renonciation consentie dans les mêmes circonstances¹⁵⁸². En revanche, un tel accord amiable transactionnel ne peut être validé lorsqu'il procède par anticipation. Cette solution peut être discutée au regard de la réforme de 2006 consacrant les pactes successoraux ayant pour objet de consolider des libéralités portant atteinte aux droits futurs des réservataires, en permettant à ces derniers de s'engager, dès la rédaction de la libéralité, à ne pas exercer d'action en réduction. Toutefois, la reconnaissance d'un tel pacte de renonciation anticipée, au vu des conditions restrictives qui cantonnent son application, prévues à l'article 929 alinéa premier du Code civil, n'implique pas la faculté de recourir à l'accord amiable, fut-il qualifié de contrat de transaction. En effet, le pacte n'est valable qu'à la condition que la renonciation d'agir en réduction formulée par l'héritier réservataire ne s'accompagne d'aucune contrepartie de la part du *de cuius* et, ce afin d'éviter que les héritiers ne monnayent leur engagement. Or, cette exigence s'inscrit à l'encontre des conditions de qualification du contrat de transaction qui supposent forcément une contrepartie par le biais de concessions réciproques. Reste qu'un accord amiable pourrait être conclu sans être qualifié par les parties de contrat de transaction en raison de l'absence de concessions réciproques. Cependant, la renonciation anticipée à l'action en réduction est soumise au visa de l'article 930 du Code civil à authentification des notaires, lesquels encadre le formalisme de la renonciation.

¹⁵⁸¹ F. Julienne, *JCl. Civil Code*, « Art. 2004 à 2058 », Fasc. 20, préc., spéc. n° 37.

¹⁵⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1975, n° 73-14.300, *Bull. civ.* I, 1975, n° 311 : concernant une renonciation tacite.

- b) L'admission progressive de l'accord amiable transactionnel dans le cadre de la transmission de biens

981. L'accord amiable transactionnel et les pactes prohibés. Le droit des successions restreint la marge de manœuvre du *de cuius* dans l'organisation de la transmission de ses biens en prohibant certains pactes de famille. Si ces interdictions limitant le recours à la conclusion du contrat de transaction étaient nombreuses à l'origine du Code civil, elles ont été assouplies par la dernière réforme de 2006. Cette évolution est marquante à l'égard de différents types de libéralités : les libéralités graduelles **(I)**, résiduelles **(II)**, et peu à peu en matière de pactes sur successions futures **(III)**.

I. En matière de libéralités graduelles

982. Une admission conditionnée de la conclusion de l'accord amiable transactionnel. Les substitutions fidéicommissaires – aujourd'hui appelées libéralités graduelles – consistent pour le disposant, à charger le gratifié, de conserver sa vie durant les biens donnés ou légués et de les transmettre, après son décès, à une personne désignée. Initialement, la loi n'autorisait de tels arrangements que par exception. Dès lors, tout accord amiable, fut-il qualifié de contrat de transaction, tendant à consacrer une substitution prohibée par la loi était nulle¹⁵⁸³.

Aujourd'hui, les libéralités graduelles sont, par principe autorisées avec une limite toutefois, lorsque le grevé est un réservataire du disposant¹⁵⁸⁴. Dans ce cas, la charge ne peut être imposée que sur la quotité disponible, sauf acceptation du grevé¹⁵⁸⁵. Dès lors, la doctrine admet qu'en dehors du respect de cette condition quant au contenu de la substitution, la conclusion de l'accord amiable transactionnel peut être envisagée à l'égard de ce montage¹⁵⁸⁶.

II. En matière de libéralités résiduelles

983. L'admission de la conclusion de l'accord amiable transactionnel. Le même

¹⁵⁸³ Cass. req., 8 nov. 1892, *DP* 1893, p. 92 : en l'espèce, la transaction consacrait une substitution fidéicommissaire entre deux légataires.

¹⁵⁸⁴ Voy. l'art. 1048 CCiv. : « Une libéralité peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte ».

¹⁵⁸⁵ Voy. l'art. 1054 CCiv. al. 1^{er}.

¹⁵⁸⁶ F. Julienne, *JCl. Civil Code*, « Art. 2004 à 2058 », Fasc. 20, préc., spéc. n° 38.

mouvement d'assouplissement peut être constaté en matière de libéralités résiduelles, par le biais desquelles le bénéficiaire, sans être obligé de conserver les biens reçus, doit transmettre les biens subsistants.

Avant la réforme, ces libéralités n'étaient envisageables que sous la forme testamentaire, ce qui excluait la validité des accords amiables transactionnels visant une telle libéralité prise sous la forme de donation. Désormais, cette prohibition étant levée, une telle transaction est possible sur le fondement de l'article 1058 du Code civil¹⁵⁸⁷.

III. En matière de pactes sur succession future

984. Le rejet de la conclusion de l'accord amiable. L'évolution est moins marquée concernant les pactes sur succession future, mais progresse néanmoins.

Ces pactes, qui pourraient consister en un accord amiable, ont pour objet de reconnaître des droits sur une succession non encore ouverte. Or, le droit positif maintient un principe d'interdiction. L'article 722 du Code civil dispose en effet que « *les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans le cas où elles sont autorisées par la loi* ». Par ailleurs, l'ancien article 1130 du Code prévoyait que « *les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation* » ajoutant qu'« *on ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi* ». Néanmoins la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 supprime, au sein du nouvel article 1163 du Code civil relatif au contenu du contrat, la référence au principe de prohibition des pactes sur successions futures¹⁵⁸⁸. Toutefois ce texte rappelle à son alinéa premier que « *l'obligation a pour objet une prestation présente ou future* ». Ce principe qui apparaissait à l'ancien article 1130 alinéa 2 du Code civil semblait, en effet, avoir une portée symbolique dans la mesure où la loi du 23 juin 2006 portant réforme de successions le maintenait certes, mais permettait de renoncer de manière anticipée à la réserve successorale. Ne reste donc plus que l'article 722 du Code civil, dernier rempart à la prohibition des pactes sur successions futures. Néanmoins, même si ce principe ne semble plus tenir qu'à un fil, ce

¹⁵⁸⁷ Voy. l'art. 1058 CCiv. al. 1^{er} : « *La libéralité résiduelle n'oblige pas le premier gratifié à conserver les biens reçus. Elle l'oblige à transmettre les biens subsistants* ».

¹⁵⁸⁸ Disposition non modifiée par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018, préc.

n'est que par exception que de tels pactes sont autorisés par la loi. La jurisprudence restrictive traditionnelle à l'égard des accords amiables transactionnels conclus en la matière reste donc toujours d'actualité¹⁵⁸⁹.

c) Le rejet des accords amiables aménageant les conditions de validité des libéralités

985. La forte emprise de l'ordre public de direction. Le droit des libéralités comporte un certain nombre de conditions de validité impératives tant sur la forme que sur le fond. D'une manière générale, est nul et de nullité absolue, tout accord amiable transactionnel intervenu sur les demandes en nullité pour non-respect d'une de ces règles d'ordre public de direction. La jurisprudence a par exemple retenu cette solution à l'encontre d'un contrat de transaction portant sur une demande en nullité d'une donation ne respectant pas l'exigence de forme de la rédaction d'un acte authentique¹⁵⁹⁰. Dans le même esprit, l'accord amiable transactionnel relatif à une donation violant les règles de capacité encourt la nullité¹⁵⁹¹.

B. L'accord amiable transactionnel et les obligations contractuelles

986. Position du problème. Le droit des contrats, matière où domine le principe de l'autonomie des volontés, est largement ouvert au recours à la conclusion d'accords amiables. Cependant, il convient de prendre en compte les limites posées par l'ordre public contractuel rappelées à l'article 6 du Code civil, mais également au nouvel article 1102 alinéa 2 du Code civil issu de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, lequel dispose que « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ». Ces restrictions se manifestent essentiellement à l'égard du régime des nullités **(1)** et à l'égard de certains contrats spéciaux, tels que les baux soumis à encadrement législatif important pour lesquels, nous l'avons constaté, des processus de résolution amiable des différends ont été mis en place par le législateur afin de réguler les litiges portant sur le montant des loyers, les charges et travaux **(2)**.

1) L'admission conditionnée de l'accord transactionnel en matière de nullité

¹⁵⁸⁹ CA Montpellier, 4 déc. 1951, *D.* 1952, p. 117.

¹⁵⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 1967, *Bull. civ.* I, 1967, n° 208 ; *D.* 1967, p. 584, note A. Breton.

¹⁵⁹¹ Cass. civ., 5 févr. 1895, *DP* 1895, 1, p. 199.

987. La distinction classique entre nullité absolue et nullité relative. Le rôle du contrat de transaction dépend selon la doctrine des caractères de la nullité¹⁵⁹². En effet, même si la dernière réforme intervenue en matière de prescription par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 a atténué les enjeux de cette distinction en imposant un délai de prescription de cinq ans quelle que soit la nullité considérée¹⁵⁹³, elle se justifie encore au regard de la faculté de confirmation qui est uniquement reconnue en matière de nullité relative. Or, ce critère d'opposition explique que la conclusion de l'accord amiable transactionnel est uniquement envisageable pour la nullité relative et ce, sous deux conditions.

988. Les conditions de la conclusion de l'accord amiable transactionnel réglant un différend relatif sur une nullité relative. En premier lieu, l'accord amiable transactionnel doit émaner des personnes ayant la faculté de couvrir cette nullité et, en second lieu, elle doit être exempte du vice qui entachait l'acte d'origine.

En dehors de cette hypothèse relative à la nullité relative, la conclusion d'un contrat de transaction ne peut porter sur une contestation relative à une nullité absolue car elle serait frappée, au nom de l'ordre public, de la même nullité que l'acte originel¹⁵⁹⁴. Une solution régulièrement rappelée par les juges, et ce, quelle que soit la matière concernée¹⁵⁹⁵. Toutefois, il est possible de recourir à un accord amiable transactionnel afin de supprimer la cause de la nullité absolue de l'acte, l'opération donnant lieu alors, selon la doctrine, à une réfaction de l'acte¹⁵⁹⁶.

2) L'admission de l'accord transactionnel en matière de baux

¹⁵⁹² F. Julienne, *JCl. Civil Code*, « Art. 2004 à 2058 », Fasc. 20, *préc.*, spéc. n° 42.

¹⁵⁹³ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 *portant réforme de la prescription en matière civile*, JO 18 juin 2008, n° 0141, p. 9856.

¹⁵⁹⁴ En ce sens : Cass. civ., 18 déc. 1893, *DP* 1894, 1, p. 64 – M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, n° 1581 – H., L., et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. III, 2^{ème} vol., 2^{ème} partie, n° 1648.

¹⁵⁹⁵ P. ex. Cass. civ., 17 nov. 1908, *DP* 1909, 1, p. 381 ; S. 1914, 1, p. 443 : pour un exemple relatif à une transaction portant sur le prix de cession d'un office ministériel alors que la fixation de ce prix n'est pas libre – Cass. req., 2 juill. 1888, *DP* 1889, 1, p. 184 : pour un exemple relatif au contrat de mandat à propos d'une transaction entravant la libre révocabilité du mandataire par l'exigence du versement par le mandant d'une indemnité très élevée – Cass. civ., 8 janv. 1900, *DP* 1904, 1, p. 606 pour un exemple issu du droit de la responsabilité délictuelle avec une transaction ayant pour objet de renoncer de manière anticipée à engager la responsabilité civile pour autrui – Cass. req., 8 nov. 1892, *DP* 1893, p. 92 pour un exemple tiré du droit patrimonial de la famille avec une transaction ayant pour objet de reconnaître la validité de pactes prohibés par la loi, en l'espèce, la transaction consacrait une substitution fidéicommissaire prohibée.

¹⁵⁹⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès et P-Y Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 8^{ème} éd. 2016, n°1115, prenant appui sur T. com. Rouen, 7 juin 1971, *JCP G* 1971, II, 16918 : Si la transaction constitue une réfaction de l'acte, en l'expurgant de la cause de nullité, elle est valable, mais constitue, en réalité, une source nouvelle des droits des parties.

989. L'emprise d'un ordre public de protection. Le principe de l'exclusion de la conclusion de l'accord amiable se justifie par une législation protectrice de la partie faible au contrat : le preneur. Le droit des baux est caractérisé par une législation très protectrice du preneur, le locataire perçu comme la partie faible au contrat. Dès lors, ces mesures impératives restreignent sensiblement les possibilités offertes au recours à la conclusion de l'accord amiable transactionnel. Celui-ci pose en effet le problème de la renonciation par le preneur à ses droits. L'accord amiable qui reviendrait à contourner les dispositions d'ordre public protectrices est en principe frappée de nullité absolue¹⁵⁹⁷.

990. L'assouplissement au regard de la distinction entre les droits actuels et les droits éventuels. Cependant, la rigueur de cette solution est atténuée par la mise en œuvre de la distinction entre droits actuels et droits éventuels, afin de délimiter le possibilité de conclure un accord amiable et ce, quelle que soit la catégorie de bail considérée. Ce tempérament permet de valider l'accord amiable transactionnel ayant trait à des droits actuels lequel peut être issu d'une prcessus de conciliation devant la Commission départementale des baux.

Toutefois, comme le fait observer un auteur, la mise en jeu de la distinction entre les droits éventuels et les droits actuels présente des difficultés de caractérisation¹⁵⁹⁸. Des doutes apparaissent, en effet, quant à la détermination du moment à partir duquel on peut estimer qu'un droit est acquis ou ne l'est pas. Cette difficulté est apparue, par exemple, à l'égard de l'indemnité pour amélioration en matière de baux ruraux. L'enjeu est de déterminer si, pour le preneur, le droit à cette indemnisation est acquis dès la réalisation des travaux ou si elle ne l'est qu'en fin de bail. La jurisprudence s'est prononcée en estimant que le preneur avait un droit actuel à compter de l'amélioration réalisée et qu'il pouvait donc transiger sans attendre l'extinction de son bail¹⁵⁹⁹.

991. Illustrations de l'admission de l'accord amiable transactionnel en matière de baux ruraux. La conclusion de l'accord amiable transactionnel est admise dès lors qu'il porte sur des droits actuels, par exemple lorsque sa conclusion intervient dans le cadre du non-

¹⁵⁹⁷ P. ex. Cass. ch. réunies, 17 mars 1954, *Bull. civ.* 1954, n° 1 ; *JCP G* 1954, II, 8208, note P. Ourliac et M. de Juglart : annulation d'une transaction entérinant une sous-location interdite par la loi – Cass. soc., 24 avr. 1952, *Bull. civ.* III, 1952, n° 327 ; *D.* 1952, p. 721, note R. Savatier ; *RTD civ.* 1953, p. 126, obs. J. Carbonnier : pour l'annulation d'une transaction contrevenant aux règles impératives du statut du fermage relativement à la charge des impôts à venir.

¹⁵⁹⁸ F. Julienne, *JCl. Civil Code*, « Art. 2004 à 2058 », Fasc. 20, préc., spéc. n° 42.

¹⁵⁹⁹ Cass. soc., 10 déc. 1954, *Bull. civ.* IV, 1954, n° 806.

renouvellement du bail décidé après l'expiration de ce dernier¹⁶⁰⁰ ou qu'il porte sur la charge d'un impôt échu¹⁶⁰¹. Il est encore valable lorsqu'il entraîne la réduction de la durée du bail en cours¹⁶⁰² ou qu'il prévoit la renonciation au droit de préemption au moment de la vente de l'immeuble¹⁶⁰³.

992. Illustrations de l'admission de l'accord amiable transactionnel en matière de baux d'habitation. Dans la même logique qu'en matière de baux ruraux, les juges ont validé la conclusion de l'accord amiable transactionnel impliquant la renonciation au droit au maintien dans les lieux après l'expiration du bail¹⁶⁰⁴ ou modifiant le montant du loyer en cours de bail¹⁶⁰⁵. Par ailleurs, nous avons constaté la mise en place de processus de conciliation en matière de baux d'habitation et de baux commerciaux permettant le règlement amiable de litiges portant sur le montant d'un loyer ou encore sur les charges et travaux.

Enfin, si la grande majorité des solutions pose le problème de la renonciation de ses droits par le preneur, elles concernent ponctuellement les droits du bailleur. Ainsi a été frappée de nullité, l'accord amiable transactionnel par lequel un bailleur renonçait par anticipation à exercer son droit de reprise¹⁶⁰⁶.

§3. L'accord amiable transactionnel au service des différends économiques

993. Présentation. L'admission de l'accord amiable portant sur des différends économiques semble de principe en droit des affaires (A). Toutefois, nous ne pouvons faire l'économie de la recherche des limites à l'admissibilité large du recours à la résolution amiable *judiciaire* ou *extrajudiciaire* des différends et, en conséquence à la conclusion d'accords amiables (B).

A. Le principe de l'admission de la conclusion d'accords amiables

994. Une large admissibilité. L'accord amiable est très utilisé en droit des affaires et ne fait pas l'objet d'un encadrement spécifique dans la mesure où les parties en présence sont des

¹⁶⁰⁰ Cass. soc., 9 mai 1952, *Bull. civ.* III, 1952, n° 290.

¹⁶⁰¹ Cass. soc., 3 janv. 1952, *Bull. civ.* IV, 1952, n° 1 ; *D.* 1952, p. 434, note R. Savatier.

¹⁶⁰² Cass. soc., 16 mai 1952, *Bull. civ.* III, 1952, n° 430 ; *D.* 1952, p. 721, note R. Savatier.

¹⁶⁰³ Cass. soc., 6 mai 1954, *Bull. civ.* IV, 1954, n° 284.

¹⁶⁰⁴ Cass. soc., 21 avr. 1955, *Bull. civ.* IV, 1955, n° 320.

¹⁶⁰⁵ Cass. soc., 16 nov. 1960, *Bull. civ.* IV, 1960, n° 1033.

¹⁶⁰⁶ Cass. soc., 23 nov. 1956, *Bull. civ.* IV, 1956, IV, n° 870.

professionnels. Cela ne signifie pas néanmoins que les parties au différend soient sur le même pied d'égalité que ce soit par exemple, juridiquement ou économiquement. L'affaire *Ikea* illustre ce propos. On attribue souvent au domaine familial un rôle précurseur dans le développement des processus de résolution amiable, notamment en ce qui concerne la médiation permettant d'aboutir à un accord amiable. Cependant, la négociation en droit des affaires est l'essence même de la matière, de sorte que c'est à pas feutrés, couvert par le principe de confidentialité. La conclusion de l'accord amiable transactionnel intervient ainsi, soit suite à une négociation directe entre les parties en relations d'affaires, soit par la mise en œuvre d'un processus de résolution *judiciaire* ou *extrajudiciaire* permettant la tentative de la négociation du différend ainsi que des besoins et intérêts des parties et la conclusion de l'accord amiable qu'il prend pour objectif. En atteste par exemple l'affaire LVMH/hermès ayant donné lieu à une conciliation judiciaire menée par M. Gentin alors président du tribunal de commerce de Paris.

995. Une typologie des litiges soumis à la transaction en droit des affaires. La résolution amiable en droit des affaires intervient souvent dans le domaine de contrats commerciaux, dans le cadre du recouvrement de créances et en droit des sociétés. Il ressort de l'examen de la jurisprudence, des entretiens menés avec des professionnels et des dossiers traités dans le cadre de la médiation inter-entreprises au Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, que le contrat de transaction, tout comme l'accord amiable non qualifié, peut porter sur n'importe quel type de litige né ou à naître dans la mesure où l'ordre public et la disponibilité des droits des parties sont respectés.

En droit de la distribution, un accord amiable transactionnel peut être conclu pour mettre fin à des contrats commerciaux à long terme, par exemple dans le cadre de contrats de distribution afin de sécuriser la rupture et de purger le conflit ou de permettre de fixer les solutions trouvées à des impayées, ou encore pour réguler des agissements de concurrence déloyales. Le droit de la concurrence connaît à cet égard des procédures de clémence, de non-contestation des griefs ou encore d'engagement qui se rapprochent de la résolution amiable par conclusion d'un accord amiable transactionnel. Elles s'en distinguent toutefois en ce qu'elles n'aboutissent pas à l'extinction du litige et à la fin des poursuites. Ainsi, la législation développée en droit économique donne lieu à des mécanismes particuliers se rapprochant de l'accord amiable transactionnel soulevant la question de leur qualification¹⁶⁰⁷.

¹⁶⁰⁷ J.-P. Viennois, « Transaction et droit de la concurrence et droit de la distribution », in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat, *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc. p. 123.

En droit des sociétés, l'accord amiable transactionnel présente plusieurs avantages. Dans le cadre d'un conflit d'associés, sa conclusion permet de perpétuer une relation constructive entre les parties malgré l'existence d'un différend générateur, d'autant plus lorsque l'accord amiable est conclu au terme de la mise en œuvre d'un processus de résolution amiable. La résolution amiable des différends participe en ce sens au développement de politiques de gestion optimisée des risques de conflits et évite que ceux-ci, par phénomène d'escalade, ne dégénèrent en litige que les parties ne soumettraient qu'au juge en raison de l'impossibilité de manifester des volontés amiables. La conclusion de l'accord amiable transactionnel peut également intervenir dans le cadre de contentieux de fusion-acquisition où les parties redoutent souvent de devoir exposer des données complexes et confidentielles à un juge ordinaire. Ce dernier type de différend est par ailleurs souvent soumis à l'arbitrage qui garantit à la fois la confidentialité et la spécialisation d'un juge privé, mais qui réduit toutefois le différend à sa dimension juridique, le litige et aboutit à une solution imposée par l'arbitre aux parties.

Néanmoins, et en toute logique, dans l'hypothèse où la conclusion d'un accord amiable transactionnel aurait pour objet de couvrir un acte frappé de nullité absolue car étant contraire au droit économique, il serait à son tour frappée de nullité, en application de ce que nous avons constaté en matière d'obligations contractuelles¹⁶⁰⁸.

996. Illustration d'une transaction intervenue dans le cadre d'une médiation extra-judiciaire inter-entreprises. Un dossier pour lequel nous avons été désignés en tant que médiateurs, offre une illustration intéressante de l'aboutissement d'une médiation inter-entreprises par l'élaboration d'un accord amiable transactionnel soumis au régime des articles 2044 et suivants du Code civil. Dans cette affaire, un chef d'entreprise, M. X, avait créé et développé son entreprise de bâtiment au début des années 70's. En 2007, la SARL X emploie alors près d'une cinquantaine de salariés et réalise un chiffre d'affaire avoisinant les neuf millions d'euros. Parallèlement, un membre de sa famille crée une société dans le même secteur d'activité du bâtiment. M. X est alors approché par M. Y qui crée, après étude de marché, une holding – la SARL Y – afin d'acquérir la SARL X.

En 2008, M. X et les membres de famille parties prenantes à l'entreprise, cèdent les actions de la SARL X transformée en SAS, à la holding SARL Y. M. X demeure néanmoins employé moyennant rémunération dans la SARL acquise par M.Y, afin comme il est d'usage,

¹⁶⁰⁸ P. ex. : T. com. Rouen, 7 juin 1971, *JCP G* 1971, II, 16918 dans le cas d'une infraction à la législation sur le crédit – Cass. com., 26 mars 1979, n° 77-11.290, *Bull. civ.* IV, 1979, n° 113 ; *JCP G* 1979, II, 19249, note F.-C. Jeantet pour une infraction à la législation communautaire en droit de la concurrence.

d'accompagner l'acquéreur M. Y dans la reprise de l'entreprise. Ce dernier est par ailleurs informé, dans l'acte de cession, de l'existence d'une société appartenant à un consort X exerçant dans le même secteur d'activité du bâtiment et bénéficie, à ce titre, d'un droit de préférence en cas de cession de cette société. L'acte de cession d'actions pour un montant de 2 millions d'euros comportait en cas de litige une clause de méd-arb, organisée sous l'égide du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP). C'est dans le cadre de l'activation de cette stipulation que nous avons été désignés afin d'accompagner les parties en co-médiation dans le règlement amiable de leur différend.

En effet, en 2009, soit deux ans après la cession, M. X, en raison d'une mauvaise entente quitte son poste au terme de huit mois d'une collaboration difficile. En 2010, la SARL Y est placée en redressement judiciaire, convertie en 2011 en liquidation judiciaire par jugement du tribunal de commerce. En avril 2010, M. Y, ses administrateurs et mandataire judiciaires assignent les consorts X, en nullité de la convention de cession d'actions de la SAS X, pour dol, et subsidiairement pour erreur. Le liquidateur judiciaire demande alors la restitution du prix de deux millions d'euros, 105 000 euros au titre de remboursement de frais, 150 00 euros au titre du passif et 12 500 euros dans le cadre de l'application de l'article 700 du Code de procédure civile.

Suite à huit années de procédure et trois contentieux en cours, les parties tentent de s'entendre à l'amiable par le biais d'une médiation *judiciaire* rendue possible grâce à la mise en œuvre de la clause de méd-arb présente à l'acte de cession de titres de la société X, consistant en une clause de tentative obligatoire de médiation préalable à la saisine du juge présente à l'acte de cession. À cet égard, le juge du tribunal de commerce devant se prononcer sur la nullité de l'acte de cession de titres, a en effet déclaré la demande de M. Y et des administrateurs judiciaires irrecevable en raison de la présence de la clause de méd-arb, obligeant la mise en œuvre de la tentative préalable de médiation.

Au terme de plus de vingt heures d'échanges et deux réunions de médiation organisées de manière séparée en présence des conseils – les parties ne souhaitant pas se rencontrer – un projet d'accord amiable transactionnel est établi portant sur les solutions présentées et acceptées par chacune des parties. Les parties consentent alors des obligations réciproques interdépendantes.

Les concessions de liquidateur judiciaire de la SARL Y et de M. Y ont consisté à renoncer à leur droit d'agir contre les consorts X, en nullité de l'acte de cession des titres de la SAS X. M.Y reconnaissait que le prix de vente avait été surestimé par rapport au prix du marché, aux pratiques de cessions dans ce secteur d'activité, et ce malgré des résultats positifs

communiqués sur 3 ans et une liste de chantiers en cours. Ils acceptaient par conséquent qu'un versement soit effectué par les consorts X au titre d'une réduction de la valeur des titres afin de compenser ce préjudice. En contrepartie, Le liquidateur judiciaire de la SARL Y et M. Y entendaient obtenir le versement d'une somme au titre d'une réduction de la valeur des titres pour un minimum de 500 000 euros. Ils autorisaient également la main levée d'un nantissement et acceptaient qu'une négociation soit menée entre les conseils afin de mettre également un terme aux conflits les opposants sur d'autres contentieux par le biais d'un accord amiable.

Les concessions réciproques des consorts X consistaient, quant à elles, à renoncer à poursuivre leur défense dans le cadre d'une poursuite de la procédure visant à les voir condamnés et faire prononcer la nullité de l'acte de cession. Mais également à reconnaître d'une part, que la cession intervenue en 2008 au profit de M. Y avait été faite au plus « offrant », ayant eu à cette époque deux autres propositions d'achat importantes, et que, d'autre part, dans le contexte d'une entreprise familiale bâtie en 1971, employant 49 salariés, le départ de « l'homme clé », M. X, pouvait amener des difficultés au repreneur quant au maintien identique de sa clientèle sur la première année. Les consorts s'engageaient à accepter la restitution d'une somme de 200 000 euros au titre d'une réduction de la valeur des titres calculée au moment du compromis signé 2008. Les consorts X acceptaient en outre de ne plus poursuivre deux contentieux relatifs à une action en extension de la procédure collective fondée sur le passif de la SARL détenu par un des consorts X et l'action au titre de travaux réalisés contre le même consort X. Les engagements des consorts X étant pris qu'à la condition expresse qu'un accord amiable transactionnel négocié par les conseils soit effectué dans le courant du premier semestre 2016.

Cette affaire illustre ainsi l'intérêt du recours à la tentative de résolution amiable par médiation en droit des affaires et éclaire sur l'étendue des solutions que peut renfermer l'accord amiable transactionnel et en l'espèce, dans le cadre d'une séparation et d'une procédure collective. Ce cas soulève également une question au regard de l'existence d'une condition suspensive. En effet, les parties ont soumis leur accord amiable transactionnel à une condition suspensive consistant en la négociation d'un second accord amiable transactionnel portant sur les contentieux autres que celui relatif à la nullité de l'acte de cession de 2008.

En raison du manque de mobilisation du liquidateur judiciaire et malgré la volonté des parties accompagnées de leurs conseils de transiger, la tentative de médiation enfermée dans un délai de quatre mois n'a malheureusement pas abouti. Cette fin de médiation pourant ayant aboutit à une réussite illustre l'importance de l'influence de certains tiers sur la conclusion de l'accord amiable entre les parties au différend.

B. Les exceptions à l'admission de la qualification transactionnel applicable à l'accord amiable en droit des affaires et en droit du travail

997. Deux exclusions discutées de l'application du régime transactionnel à l'accord amiable. Certains accords amiables en droit des affaires ne se voient pas attribuer la qualification de contrat de transaction. Il s'agit tout d'abord de l'accord amiable issu de la conciliation judiciaire en droit des entreprises en difficulté (1) et ensuite, de l'accord amiable conclu en matière de conventions réglementées (2).

1) L'accord amiable en droit des entreprises en difficultés

998. L'exclusion de l'application de la qualification transactionnelle à l'accord amiable issu de la conciliation judiciaire. En droit des entreprises en difficulté, nous avons constaté au titre de la mise en œuvre de la conciliation *judiciaire* que l'« accord amiable » est réglementé de manière spécifique au Code de commerce. Le législateur n'attribue pas, comme il a pu le faire en matière d'accord amiable indemnitaire des victimes, la qualification de contrat de transaction à l'accord amiable conclu entre le chef d'entreprise débiteur et ses principaux créanciers et cocontractants habituels. Cet accord amiable issu de la conciliation en droit des entreprises en difficulté sert en réalité un but particulier, qui ne consiste pas tant en la résolution définitive d'un différend, mais davantage en la prévention de difficultés allant jusqu'à servir le redressement de l'entreprise. La conclusion d'un accord amiable transactionnel emporte un effet particulier au visa de l'article 2052 du Code civil interdisant l'introduction ou la poursuite entre les parties d'une action en justice. Nous comprenons qu'il serait contreproductif par le recours à la conciliation demandé au juge à l'initiative du chef d'entreprise débiteur, d'inciter les créanciers à conclure un accord amiable qui les priverait de leur droit de poursuite. Ceux-ci nullement tenus de conclure l'accord amiable ne s'y engageraient évidemment pas. L'idée est de favoriser l'aide des créanciers au soutien des difficultés du chef d'entreprise. Afin de favoriser la conclusion de l'accord amiable et la participation des créanciers à la conciliation demandée par le débiteur, le législateur attribue une récompense aux apporteurs de trésorerie et aux créanciers fournisseurs et prestataires de services dans le cadre de l'homologation de l'accord amiable. Sont ainsi favorisés ceux qu'il est habituel de qualifier de « fonds spécialisés dans le retournement », et venant en même temps au secours d'un débiteur qui a déjà, dans l'immense majorité des cas, épuisé toutes ses

possibilités de fournir des garanties, parce ce que par exemple, ses immeubles sont déjà hypothéqués, son fonds de commerce et son matériel d'équipement déjà nantis. L'idée est donc de privilégier ceux qui soutiennent l'entreprise en difficulté, au détriment du vieux principe de traitement égalitaire des créanciers en cas de « faillite » de leur débiteur¹⁶⁰⁹. Ce privilège est ainsi prévu à l'article L.611-11 du Code de commerce. En outre, et depuis l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014¹⁶¹⁰, les créances bénéficiant du privilège de conciliation échappent aux contraintes du plan. Plus précisément, et par dérogation aux dispositions des articles L. 626-18 et L. 626-19 du Code de commerce, les créances garanties par le privilège ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais qui n'auraient pas été acceptés par les créanciers. Par ailleurs, l'accord amiable issu de la conciliation en droit des entreprises en difficulté intervient dans le cadre *judiciaire*, de sorte que celui-ci peut être constaté ou homologué garantissant par la même un contrôle du contenu de l'accord amiable par le juge. Un contrôle sécurisant pour les créanciers et qui pallie le défaut de qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable.

L'accord amiable en droit des entreprises en difficulté se trouve ainsi exclu de l'application du régime spécial du contrat de transaction prévu par le sarticle 2044 et suivants du Code civil et consiste en un acte sous signature privée pouvant être qualifié de contrat *judiciaire* soumis au droit commun des contrats au regard de ses conditions de validité.

L'admission de l'accord amiable transactionnel conclu au cours de la période suspecte. Il convient toutefois de relever que l'article L. 622-7 II du Code de commerce, en ce qui concerne la période suspecte dispose, entre autres, que « *le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou à compromettre ou transiger* ». Cette disposition a donné lieu à une jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi, les hauts magistrats ont précisé que l'autorisation du juge-commissaire est nécessaire quel que soit l'objet du contrat de transaction, dès lors que cette qualification est retenue¹⁶¹¹. Par ailleurs, ils ont également indiqué que l'autorisation devait nécessairement intervenir avant la conclusion du contrat de transaction sous peine de nullité de l'acte¹⁶¹². Le professeur Nicolas Borga considère à cet égard que la conclusion de ce type de contrat de transaction présente une dangerosité

¹⁶⁰⁹ A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2015, p. 74 s.

¹⁶¹⁰ Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 *portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives*, JO n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5249.

¹⁶¹¹ Cass. com., 5 janv. 1989, *JCP E* 1999, 809, obs. R. Cabrillac.

¹⁶¹² Cass. com., 26 nov. 2002, n° 99-18007, NP ; *Dict. perm. difficultés des entreprises*, janv. 2003, n° 73.

potentielle pour le patrimoine du débiteur justifiant ces prises de position jurisprudentielle, certes limitées¹⁶¹³.

2) En droit des sociétés

999. L'hypothèse du contrat de transaction relevant des conventions réglementées.

Les conventions réglementées sont prévues à l'article L. 225-38 du Code de commerce. La question se pose de savoir si un accord amiable transactionnel peut consister en une convention réglementée ? Par un arrêt du 1^{er} mars 2011¹⁶¹⁴, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que la transaction aux termes de laquelle l'ancien PDG révoqué par le conseil d'administration a obtenu d'importantes indemnités est une convention réglementée dès lors que l'intéressé a conservé son mandat d'administrateur. En l'espèce, la convention litigieuse n'ayant pas été approuvée en assemblée générale, les juges ont dû rechercher si elle n'avait pas eu des conséquences préjudiciables pour la société. Dans ce cas, le refus d'approbation peut conduire à la restitution des indemnités, mais pas à une annulation de la convention.

1000. En définitive, on peut se demander s'il existe, en droit des entreprises en difficulté et dans le cadre des conventions réglementées, des droit spéciaux de l'accord amiable transactionnel exorbitants du droit commun, déjà spécial, du contrat de transaction prévu à l'article 2044 du Code civil. Nous pensons qu'en ces domaines, l'accord amiable se voit soumis au régime du contrat de transaction tel que prévu au Code civil, la jurisprudence se chargeant par des décisions d'un encadrement des moments de l'admission de sa conclusion.

Sous-Section II. Le développement de droits spéciaux de la transaction

1001. Un rayonnement de l'accord amiable transactionnel dans l'ensemble des branches du droit. Originellement prévu en matière civile, la possibilité de conclure un contrat spécial de transaction s'est immiscée dans l'ensemble des branches du droit dans le cadre d'un mouvement global favorable au développement de la résolution amiable des différends. La généralisation du recours à l'accord amiable transaction, aboutissement d'un processus de

¹⁶¹³ N. Borga, « La transaction en droit des affaires », in W. Dross, B. Mallet-Bricout, *La transaction : Propositions en vue de la réforme du titre XV, Livre troisième du Code civil « Des transactions »*, La documentation Française, Perspectives sur la justice, 2014, p. 289 s.

¹⁶¹⁴ Cass. com., 1^{er} mars 2011, n° 10-13.993, inédit ; *JCP E*, 2011, n° 18, p. 155, obs. M. Roussille.

résolution amiable ou d'une négociation informelle entre les parties soulève en effet la question des modalités de mise en œuvre et d'adaptation aux spécificités de chaque matière, certaines étant marquées d'une forte emprise de l'ordre public. Dans la majorité des hypothèses, l'extension du champ d'intervention de l'accord amiable transactionnel s'est réalisée par le biais d'une transposition du son régime spécialement prévu aux 2044 et suivants du Code civil. Cependant, dans certains domaines – à l'instar de ce que nous avons pu déceler en droit des affaires – la transaction est susceptible de présenter des particularités telles, que celles-ci engendrent des adaptations. Il existe ainsi des régimes spéciaux à un accord amiable de référence bénéficiant déjà, à l'origine d'un régime spécial : des régimes spéciaux pour un accord amiable spécial par nature. Dès lors, le régime, bien que spécial de l'accord amiable transactionnel, peut encore varier en fonction des domaines dans lesquels elle est appliquée pour le règlement des différends.

1002. Les constats. Nous avons constaté que l'accord amiable est spécialement qualifié de contrat de transaction dans certains domaines. En premier lieu, l'accord amiable est systématiquement qualifié de transactionnel par les praticiens au regard de certains litiges du droit du travail comme le révèle une jurisprudence abondante en la matière (§1). En second lieu, en droit de l'indemnisation, c'est le législateur lui-même qui a prévu la conclusion de l'accord amiable transactionnel soumis au régime des articles 2044 et suivants du Code civil tout en connaissant des adaptations eu égard à son caractère indemnitaire (§2). En troisième lieu et de manière remarquable, la transaction se voit attribuer une place en droit pénal, sur le fondement de l'article 2046 du Code civil (§3). Enfin, il convient de ne pas occulter le fait que le domaine de l'accord amiable transactionnel a vocation à s'étendre au-delà des branches du droit privé (§4). Un essor remarquable appuyé par la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle.

§1. La place de l'accord amiable en matière de droit du travail

1003. L'encadrement de la conclusion de l'accord amiable par l'ordre public de protection des salariés. Le droit du travail a largement contribué à l'extension de la conclusion d'accord amiable et représente une source abondante de contentieux relative au contrat de transaction en matière de conflits individuels du travail (A). Cette qualification doit en revanche être discutée en matière de conflits collectifs du travail, dans le cadre de l'instauration dès les années 50 de la médiation favorisant au titre du Décret n° 55-478 du 5 mai 1055 à « la

conclusion de conventions collectives et d'accords salariaux » et de la conciliation **(B)**. La prégnance de l'ordre public de protection du salarié n'interdit donc pas, et ce depuis fort longtemps, le développement d'une justice amiable, celui-ci justifie toutefois l'encadrement de la conclusion d'accords amiables.

A. L'accord amiable résolutif des conflits individuels du travail

1004. La faveur à la qualification transactionnelle de l'accord amiable. En l'absence, de disposition particulière du Code du travail consacrée à la possibilité pour les employeurs et les salariés de transiger, la jurisprudence a, en premier temps pris le relais en droit du travail et soumis l'accord amiable consenti par l'employeur et le salarié à la qualification transactionnelle¹⁶¹⁵ **(1)**. Dès lors, les juges ne se sont pas contentés d'appliquer le droit commun de la transaction, et sont allés plus loin, en mettant en œuvre un encadrement jurisprudentiel renforcé, sans commune mesure avec l'encadrement légal de droit commun du contrat de transaction prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil, duquel il est possible de dégager trois principales règles **(2)**. Cependant, dans un second temps et de manière tout à fait contemporaine, nous assistons à une reconnaissance de la qualification transactionnelle de l'accord amiable en droit du travail opérée par le législateur dans le cadre de la loi de sécurisation de l'emploi, mais également dans le cadre du recours à la médiation prenant assise sur l'action de groupe en matière de discrimination au travail **(3)**.

- 1) La reconnaissance jurisprudentielle de la qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable

1005. La licéité de principe de conclusion de l'accord amiable transactionnel en droit du travail. La possibilité de conclure un accord amiable transactionnel en droit du travail a été très rapidement admise par la chambre sociale de la Cour de cassation qui s'est prononcée en faveur d'une licéité de principe et a élaboré un régime juridique prétorien afin d'encadrer les conditions de validité et la portée de ce contrat en droit du travail. Cette construction jurisprudentielle propre à l'accord amiable transactionnel en droit du travail destinée à régler les conséquences d'une rupture a été initiée dans un arrêt du 18 mai 1953 qui a admis la validité des transactions en considérant que le reçu pour solde de tout compte « ne supprime pas pour autant la possibilité entre employeur et employé d'une transaction obéissant aux règles des

¹⁶¹⁵ F. Khodri-Benamrouche, « La transaction en droit du travail », préc., p. 257 s. ; Ég., F. Julienne, *JCl. Civil Code*, « Art. 2004 à 2058 », Fasc. 20, préc., spéc. n° 57.

articles 2052 et 2053 du Code civil »¹⁶¹⁶. Comme le fait observer un auteur, depuis cet arrêt, un régime juridique du contrat de transaction en droit du travail s'est développé avec des exigences jurisprudentielles « contextualisées » notamment pour ce qui concerne l'exigence des concessions réciproques spécifiques à ce champ des relations sociales¹⁶¹⁷. Dès lors, la question du recours à la technique contractuelle transactionnelle issu du Code civil dans le domaine des relations au travail a été discutée¹⁶¹⁸.

Les auteurs réticents à la conclusion de contrat de transaction en droit du travail ont avancé deux séries d'arguments. Tout d'abord, ils ont soulevé l'incompatibilité de cet accord amiable avec les dispositions du Code du travail qui interdisent au salarié de renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles protectrices en matière de licenciement. Ensuite, une partie de la doctrine a avancé l'argument tenant au fait que la réglementation du reçu de solde de tout compte a précisément pour objet d'établir à l'occasion de la rupture du contrat de travail ce qui est dû au salarié et doit être payé par l'employeur, de sorte que l'accord amiable transactionnel serait inutile. Ces critiques ont néanmoins perdu de leur vigueur à partir du moment où la jurisprudence a dégagé certaines règles, œuvrant ainsi au développement d'un droit spécial du contrat de transaction – déjà spécial de par son régime – en droit du travail.

À cet égard, nous constaterons que les juges exercent un contrôle important sur le contenu du contrat de transaction, en particulier en ce qui concerne l'existence de concessions réciproques. Mais la jurisprudence a également dégagé plusieurs règles relatives au moment auquel la conclusion de la transaction peut intervenir.

2) L'encadrement de la conclusion de l'accord amiable transactionnel

1006. Trois règles de principe. Ces règles viennent limiter la possibilité de conclusion d'un accord amiable transactionnel entre l'employeur et le salarié et partant, le recours aux processus de résolution amiable permettant d'y parvenir, à savoir, la conciliation prud'homale obligatoire et la médiation judiciaire de droit commun encouragée à être développée par les magistrats. Elles rendent, sans l'exclure, plus délicate la faisabilité de la résolution amiable ou plus spécifiquement l'indemnisation amiable du salarié. Elles consistent à prohiber la conclusion de l'accord amiable transactionnel portant sur la rupture même du contrat de travail

¹⁶¹⁶ Cass. soc., 18 mai 1953, *Dr. soc.*, 1953, p. 602.

¹⁶¹⁷ F. Khodri-Benamrouche, « La transaction en droit du travail », préc., p. 260.

¹⁶¹⁸ F. Khodri-Benamrouche, *Le code civil dans les relations du travail*, th. dact. Saint-étienne, 2002, n° 14 s. : Le débat a ainsi opposé d'une part les partisans de l'autonomie du droit du travail et, d'autre part, les défenseurs de sa nécessaire complémentarité avec le droit commun des contrats.

(a), ainsi que celle de l'accord portant sur des droits à venir (b) ou intervenant dans le cadre de la rupture unilatérale du contrat de travail (c). Malgré ces prohibitions, le recours à la conclusion de l'accord amiable transactionnel, que celle-ci ait donné lieu ou non à un processus de résolution amiable des différends, demeure possible.

- a) La prohibition de l'accord amiable transactionnel portant sur la rupture du contrat de travail

1007. L'admission de l'accord amiable transactionnel lorsque la rupture du contrat de travail est acquise. L'interdiction de conclure – et en conséquence d'avoir recours à un processus de résolution amiable des différends quel qu'il soit pour y parvenir – est une solution tout à fait classique en droit du travail.

Bien qu'il soit concevable de conclure un accord amiable transactionnel pour mettre fin à un différend en cours d'exécution du contrat de travail¹⁶¹⁹, par exemple en matière de rémunération¹⁶²⁰, nous constatons, au regard de la jurisprudence, que le recours à la conclusion de l'accord amiable transactionnel est surtout mobilisé au moment de la rupture du contrat de travail. À cet égard, la Cour de cassation confrontée à un ordre public de protection prégnant impose certaines exigences. Ainsi, la chambre sociale estime qu'une transaction ne peut avoir pour objet de mettre fin à un contrat de travail¹⁶²¹ et donc ne peut porter sur la rupture du contrat de travail elle-même¹⁶²². À partir de 1995, la Haute juridiction n'admet les transactions qu'une fois la rupture décidée. Cela implique en pratique une notification du licenciement. L'arrêt *Purier* du 29 mai 1996 l'exprime clairement : « la transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut être valablement conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive »¹⁶²³. Cette prohibition suppose donc de distinguer la rupture négociée du contrat de travail et le contrat de transaction. En conséquence, un accord amiable

¹⁶¹⁹ En ce sens, C. Radé, « l'autonomie du droit du licenciement (Brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions) », *Dr. soc.* 2000, p. 178 s., spéc. 180 ; J.-M. Sportouch, « Transaction, rupture amiable et chronologie », in *Analyses juridiques et valeurs en droit social – Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, p. 511 s., spéc. 524 ; F. Khodri, « Du particularisme de la transaction destinée à régler les conséquences d'une rupture », *RDT* 2011, p. 689 s., spéc. p. 690.

¹⁶²⁰ P. ex. Cass. soc., 10 mars 1998, n° 95-43.094, *RJS* 1998, n° 456 : pour un rappel de salaires.

¹⁶²¹ Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-15.471, *Bull. civ. V*, 2012, n° 329 ; *D.* 2012, 2970 ; *Mensuel du droit du travail de la Cour de cassation*, déc. 2012, n° 38 : nullité d'un acte ayant pour double objet de rompre le contrat de travail et de transiger.

¹⁶²² Pour un rappel récent, Cass. soc. 5 déc. 2012, n° 11-15.471, *Bull. civ. V*, 2012, n° 329 : « Une transaction ne peut avoir pour objet de mettre fin à un contrat de travail »

¹⁶²³ Cass. soc. 29 mai 1996, n° 92-45115, *Bull. civ. V*, n° 215 ; *D.* 1997, 49, note J.-P. Chazal – Pour un rappel récent, Cass. soc., 28 nov. 2012, n° 11-17.013, inédit : la transaction « doit être conclue postérieurement à la notification du licenciement et c'est à l'employeur qu'il revient d'en apporter la preuve ».

transactionnel qui aurait pour finalité de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne pourra être valablement conclu qu'une fois la rupture du contrat acquise¹⁶²⁴. Est ainsi dégagé un critère chronologique relatif au moment de la conclusion de l'accord amiable transactionnel¹⁶²⁵. Dans ce cadre, un processus de résolution amiable des différends, en particulier *judiciaire* peut être mis en oeuvre afin de faciliter le rapprochement du salarié et de l'employeur et la conclusion de l'accord amiable.

1008. Le cas particulier du contrat d'apprentissage. Pour rappel, au visa de l'article L. 6222-39 du Code du travail, le législateur a prévu que « dans les entreprises ressortissant des chambres consulaires, un médiateur désigné par celles-ci peut être sollicité par les parties pour résoudre les différends entre les employeurs et les apprentis ou leur famille, au sujet de l'exécution ou de la rupture du contrat d'apprentissage ». Concernant l'accord amiable issu de cette médiation, la doctrine distingue deux types d'accord pouvant être conclus au-delà des deux premiers mois de l'apprentissage¹⁶²⁶.

En premier lieu, un simple accord de résiliation du contrat d'apprentissage peut être conclu à l'issue de la médiation. Les parties conviennent alors d'une résiliation du contrat d'apprentissage par « *accord signé des deux parties* »¹⁶²⁷, sans autre renonciation que celle relative à la continuation de la relation contractuelle, ce qui peut se concevoir notamment en cas de mésentente entre les parties comme en cas de désintérêt de l'apprenti à l'égard de la formation choisie. Doit alors être respecté le principe selon lequel la résiliation doit alors « être constatée par écrit signé par l'employeur, par l'apprenti ainsi que, s'il est mineur, par son représentant légal »¹⁶²⁸. Cette exigence de l'écrit relève d'un « parallélisme de forme »¹⁶²⁹ avec les exigences relatives à la formation du contrat d'apprentissage qui doit au visa de l'article R. 6222-2 du Code du travail « être signé par l'employeur, l'apprenti ainsi que par le représentant légal de celui-ci ». Par ailleurs, au regard de cette hypothèse, l'article L. 6222-21 du Code dispose qu'une telle résiliation convenue à l'issue de la médiation consulaire « ne peut

¹⁶²⁴ Cass. soc., 24 janv. 2007, n° 05-42.333, NP.

¹⁶²⁵ A. Jeammaud, « Retour sur une transaction en quête de stabilité », *Dr. soc.* 1999, p. 251 s., spéc. p. 353 ; S. Frossard, « III. L'objet de la transaction endroit du travail », in F. Khodri-Benamrouche, « La transaction en droit du travail », in W. Dross, B. Mallet-Bricout, *La transaction : Propositions en vue de la réforme du titre XV, Livre troisième du Code civil « Des transactions »*, préc., p. 275 s.

¹⁶²⁶ B. Pons, *Contrat de transaction – Solutions transactionnelles : Conciliation – Médiation – Procédure participative*, *op. cit.*, n° 521.251s., p. 993 s.

¹⁶²⁷ Voy. l'art. L. 6222-18 CTrav.

¹⁶²⁸ Cass. soc. 1^{er} févr. 2005, n° 03-40.605, *Bull. civ. V*, n° 40 ; *Dr. soc.* 2005, p. 682, obs. C. Roy-Loustaunau : en l'espèce, aucun écrit n'avait été signé des parties et était intervenue une « démission » acceptée – Dans le même sens, Cass. soc., 5 févr. 1992, n° 88-44.370, *Bull. civ. V*, n° 63 ; *JCP* 1992 II 21878, note F. Taquet : en l'espèce, l'écrit ne portait que la signature de l'employeur.

¹⁶²⁹ C. Roy-Loustaunau, *Dr. soc.* 2005, p. 682, *op. cit.*

donner lieu à une indemnité à moins d'une stipulation contraire dans le contrat ». Le médiateur ou le rédacteur de l'acte devront en conséquence attirer l'attention des parties sur cette règle et veiller à ce que l'effectivité de cette information soit relatée dans l'acte écrit de résiliation.

En second lieu, au terme de la médiation consulaire, la conclusion d'un accord amiable transactionnel de continuation ou de résiliation du contrat d'apprentissage peut intervenir. L'hypothèse concerne le cas où l'apprenti mineur renonce à une de ses prétentions à l'origine du différend. Il peut s'agir par exemple du paiement d'heures supplémentaires. L'article L. 6222-39 du Code du travail dans sa rédaction conduit à distinguer selon le contenu de l'accord amiable. Dans un premier cas de figure, l'accord amiable peut consister à convenir cumulativement d'une résiliation et d'une indemnisation versée par l'employeur. À cet égard, l'article L. 6222-21 dispose que la résiliation « *en application de l'article L. 6222-39* », et donc issu de la médiation consulaire, « *ne peut donner lieu à indemnité* ». Ce texte peut être interprété en ce sens qu'un tel accord ne pourrait valablement être conclu à l'issue de la médiation. Il reviendrait alors au médiateur d'inviter les parties soit à rechercher un accord amiable en dehors de sa présence, soit à saisir la juridiction prud'homale. Un auteur relève cette solution curieuse en ce qu'il en résulte que la conclusion d'un accord de résiliation avec indemnisation devant le médiateur serait ainsi exclue alors que la conclusion d'un accord de résiliation sans indemnisation est admise par la loi¹⁶³⁰. Toutefois, elle peut se concevoir si l'on considère que la double prétention de l'une des parties – en particulier celle de l'apprenti – à l'obtention cumulativement d'une résiliation et d'une indemnisation est perçue comme un litige aux enjeux trop lourds pour être réglé par le processus de médiation et appelle l'intervention du juge. Dans un second cas de figure, l'accord consiste à convenir d'une continuation du contrat d'apprentissage et d'une renonciation de la part de l'apprenti à tout ou partie de ses demandes initiales, telles ces demandes en paiement de salaires. Dans cette hypothèse, l'article L. 6222-21, en ce qu'il ne vise que la résiliation en application de l'article L. 6222-39, est sans incidence, de sorte qu'un tel accord pourrait être valablement conclu à l'issue de la médiation consulaire. La doctrine critique cette distinction « en ce qu'elle conduit à distinguer selon l'étendue de l'accord transactionnel, même si l'on peut concevoir de la soutenir en observant que l'accord qui maintient le contrat est susceptible d'être considéré comme étant moins porteur de risque pour l'apprenti que l'accord qui résilie le contrat »¹⁶³¹.

¹⁶³⁰ B. Pons, *Contrat de transaction – Solutions transactionnelles : Conciliation – Médiation – Procédure participative* », *op. cit.*, spéc. n° 521.253, p. 994.

¹⁶³¹ *Ibid.*

1009. Le cas de l'accord issu des tentatives obligatoires de médiation ou conciliation *extrajudiciaires* devant un professionnel prédéterminé relevant du secteur d'activité : marin et notaire salarié. Nous avons étudié le cadre légal de ces processus de résolution amiable des différends. Mais force est de constater que ni les dispositions qui y sont consacrées, ni la doctrine n'apportent d'éclairage relatif à la qualification et au régime applicable à l'accord amiable issu de ces tentatives de médiations ou conciliations imposées au marin et au notaire salarié. Il convient donc de se référer au droit commun procédural de la résolution amiable *extrajudiciaire* des différends – médiation et conciliation dites conventionnelles – lequel, nous l'avons constaté, n'apporte aucune précision quant au régime applicable à l'accord amiable qui en est issu. Il semble toutefois, qu'en matière de droit du travail, l'accord amiable est systématiquement qualifié de contrat de transaction tout en restant encadré par des adaptations jurisprudentielles.

b) La prohibition de l'accord amiable transactionnel portant sur des droits à venir

1010. L'admission de l'accord amiable transactionnel portant sur les droits acquis du salarié. La prohibition de la conclusion du contrat de transaction portant sur des droits à venir n'interdit pas que l'accord amiable puisse porter que sur les droits acquis du salarié. La conclusion de l'accord amiable transactionnel peut ainsi valablement porter sur des salaires déjà échus ou des indemnités de licenciement déjà fixées¹⁶³². En revanche, le salarié ne peut pas être considéré comme ayant renoncé à un droit à la priorité de réembauchage qui ne constitue, à la date de la signature de l'accord amiable transactionnel, qu'un droit dont l'exercice est éventuel¹⁶³³. De même, lorsqu'aucune stipulation du contrat de transaction n'exclut le droit à l'intéressement du salarié, ce droit ne peut être inclu dans l'objet de l'accord amiable, dès lors qu'au jour de la conclusion le montant de ce droit n'était ni déterminé, ni déterminable¹⁶³⁴.

Par ailleurs, et toujours en ce qui concerne la détermination de l'objet de l'accord amiable transactionnel, la Cour de cassation considère que, dès lors que le salarié a consenti à un accord amiable transactionnel forfaitaire et définitif, renonçant à toutes réclamations de quelque nature qu'elles soient à l'encontre de l'employeur relatives tant à l'exécution qu'à la

¹⁶³² Cass. soc., 18 mai 1953, *Dr. soc.* 1953, p. 602 – Cass. soc., 19 déc. 1979, *Bull. civ.* V, 1979, V, n° 1022.

¹⁶³³ Cass. soc. 29 nov. 2000, n° 98-43.518, NP.

¹⁶³⁴ Cass. soc. 9 mars 1999, n° 96-43.602, *Bull. civ.* V, n° 107.

rupture de son contrat de travail, il peut se voir opposer un refus à la demande de prime d'intéressement qu'il réclamait¹⁶³⁵. Dans le même sens, et plus récemment, les hauts magistrats ont considéré que pareille contrat de transaction exclut la demande de paiement de sommes à titre de dommages et intérêts pour pertes des salaires et d'une indemnité compensatrice de préavis¹⁶³⁶. L'effet spécial de l'autorité de chose transigée joue ainsi pleinement au visa de l'article 2052 du Code civil.

- c) La prohibition de l'accord amiable transaction dans le cadre de la rupture unilatérale du contrat de travail

1011. L'ordre public de protection des salariés et la rupture unilatérale du contrat de travail. L'ordre public de protection des salariés justifie, outre certaines prohibitions, des aménagements à l'intervention dans le cadre de la rupture unilatérale du contrat.

Ainsi et en premier lieu, les accords amiables transactionnels consistant à renoncer au bénéfice d'une procédure collective¹⁶³⁷, ou à renoncer par avance aux mesures protectrices des mandats des salariés protégés¹⁶³⁸, sont strictement prohibées.

En second lieu, la défense de l'ordre public de protection des salariés justifie d'encadrer le recours à la conclusion de l'accord amiable transactionnel dans le cadre de la rupture unilatérale du contrat de travail. En ce qui concerne la résiliation du contrat de travail, la Cour de cassation considère « qu'en l'absence de licenciement prononcé dans les formes légales, la transaction portant sur la résiliation du contrat de travail est nulle »¹⁶³⁹. À cet égard, « la nullité d'une transaction résultant de ce qu'elle a été conclue avant la notification du licenciement est une nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié, et elle ne peut, dès lors, être invoquée par l'employeur »¹⁶⁴⁰. Dans le sens d'une protection accrue du salarié, la jurisprudence exige par

¹⁶³⁵ Ass. plén., 4 juill. 1997, *Bull. civ.* n° 10 ; *BICC* 1^{er} nov. 1997, concl. M. Monnet ; *D.* 1998, 101, note D. Boulmier ; *JCP* 1997, II, 22952, note D. Corrignan-Carsin ; *RTD civ.* 1998, n° 134, obs. P.-Y. Gautier.

¹⁶³⁶ Cass. soc. 5 nov. 2014, n° 13-18.984, *Bull. civ.* V 2014, n° 260.

¹⁶³⁷ Cass. soc., 9 déc. 1998, n° 96-41.911, NP ; *Gaz. Pal.* 1999, 1, pan. p. 48.

¹⁶³⁸ Cass. soc., 2 déc. 1992, n°91-42.326, *Bull. civ.* V, 1992, n° 578 ; *D.* 1993, somm. p. 264, obs. J. Frossard ; *JCP E* 1993, II, 404, note E. Taquet.

¹⁶³⁹ Cass. soc. 2 déc. 1997, n° 95-42.981, *Bull. civ.* V, n° 416 – Cass. soc. 13 janv. 1998, n° 95-40.958, *Bull. civ.* V, n° 12 – Cass. soc. 28 janvier 1998, n° 95-41.369, *Bull. civ.* V, n° 49 – Cass. soc., 6 mai 1998, n° 96-40.610, *Bull. civ.* V, n° 236 – Cass. soc. 30 juin 1998, n° 96-40.394, *Bull. civ.* V, n° 352, *D.* 1999, somm. 172, obs. I. Desbarats – Cass. soc. 26 oct. 1999, n° 97-42.846, *Bull. civ.* V, n° 411 ; *D.* 2000, somm. 384, obs. P. Fadeuilhe – Cass. soc. 18 févr. 2003, n° 00-42.948, *Bull. civ.* V, n° 61, *JCP* 2004, I, 145, n° 8 obs. F. Bousez.

¹⁶⁴⁰ Cass. soc. 28 mai 2002, n° 99-43.852 et n° 99-43.853, *Bull. civ.* V, n° 182 ; *D.* 2003, 1464, note A. Devers ; *JCP* 2002, II, 10147, note D. Corrignan-Carsin ; *Defrénois* 2002, 1253, obs. R. Libchaber – Cass. soc. 14 janv. 2003, *Bull. civ.* V, n° 6 : Cette nullité relative se prescrit par cinq ans – Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-40.301, *Bull. civ.* V, n° 249 ; *D.* 2003, 1464, note A. Devers ; *JCP* 2003, II, 10018, note E. Mazuyer : mais consiste en une nullité absolue lorsque la transaction litigieuse concerne un salarié protégé.

ailleurs que le salarié ait une connaissance effective des motifs du licenciement¹⁶⁴¹.

1012. L'admission limitée de la conclusion de l'accord amiable transactionnel. La référence à l'ordre public est parfois ainsi moins contraignante et laisse une place à la transaction tout en délimitant la liberté conventionnelle quant à la détermination de son contenu. Une illustration de cette idée peut être encore trouvée dans le cadre des contrats liant les gérants de succursales prévoyant une clause de prévention des litiges selon laquelle ils acceptent la retenue sur leur rémunération, la valeur des marchandises disparues sans avoir été vendues. La jurisprudence a considéré qu'une telle concession n'était pas en elle-même contraire à l'ordre public à la condition, toutefois, que sa mise en œuvre n'implique pas une rémunération inférieure au salaire minimum garanti¹⁶⁴².

- 3) Une reconnaissance légale du contrat de transaction en matière de conflits individuels du travail ?

1013. La qualification transactionnelle évoquée par le législateur. L'article L. 1235-1 du Code du Code de travail, tel que modifié par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017¹⁶⁴³, que nous citons, dispose pour rappel à son premier alinéa qu'« *en cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1, l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation proposer d'y mettre un terme par accord* » et ajoute, « *que cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié* ». Par suite, l'alinéa second dispose que « *le procès-verbal constatant l'accord vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail prévues au présent chapitre* ». Ainsi, le législateur ne qualifie pas expressément l'« accord » des parties, de contrat de transaction. Néanmoins, en prévoyant que le procès-

¹⁶⁴¹ Cass. soc., 14 juin 2006, *Bull. civ. V*, n° 215 ; *RDT* 2006, 172, obs. B. Lardy-Pélissier – Cass. soc. 24 janv. 2007, n° 05-42.135, *Bull. civ. V*, n° 10 ; *D.* 2007, pan. 2268, obs. Ch. Reynès : pour illustrer un cas de notification irrégulière du licenciement – Plus récemment, Cass. soc. 31 mai 2011, n° 10-14.313, *Bull. civ. V*, *D.* 2011, 1623 : La transaction, ayant pour objet de mettre fin à toute contestation résultant de la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, est valablement conclue par le salarié licencié lorsqu'il a eu connaissance effective des motifs de cette rupture par la réception de la lettre recommandée lui notifiant son licenciement, même lorsque l'effet de la rupture est différé du fait de la signature d'une convention de reclassement personnalisé.

¹⁶⁴² Cass. soc., 9 avr. 1962, *Bull. civ. IV*, 1962, n° 375.

¹⁶⁴³ Ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 *relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail*, *JO* du 23 sept. 2017, n° 0223.

verbal ayant vocation à constater l'accord des parties au terme de la conciliation a pour conséquence cette « *renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités* » relatives au licenciement irrégulier ou abusif prévues aux articles L. 235-1 à L. 1235-7 du Code du travail¹⁶⁴⁴, le législateur attache un effet transactionnel à l'accord amiable des parties¹⁶⁴⁵. De plus, ce procès-verbal constatant l'accord de conciliation a pu être analysé comme « un acte judiciaire dressé en la forme authentique non susceptible de recours »¹⁶⁴⁶. En d'autres termes, l'accord amiable qui entraîne un désistement d'instance et d'action semble avoir acquis avec la nouvelle procédure de l'article L. 1235-1 du Code du travail, la valeur d'un accord amiable transactionnel qui a, entre les parties, une autorité confinante à l'autorité de la chose jugée. En effet, les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle opérée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 ont réécrit ce texte, lequel dispose dorénavant que « *la transaction fait obstacle ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». Certains auteurs critiquent cette nouvelle formulation de l'article L. 1235-1 du Code du travail qui serait source d'inégalité entre salariés et biaiserait le principe de la réparation intégrale¹⁶⁴⁷, posant par là-même des difficultés au regard de l'exigence des concessions réciproques particulièrement marquée en matière de droit du travail. Nous relevons par ailleurs, que la doctrine s'interroge sur les difficultés que soulève l'indemnité transactionnelle au regard de l'assiette des cotisations de sécurité sociale¹⁶⁴⁸. Reste que le contrat de transaction, en droit du travail, se présente comme un accord amiable indemnitaire.

B. La qualification de l'accord issu de la médiation des conflits collectifs du travail

1014. Position du problème. La question de l'application de la qualification transactionnelle à l'accord issu de procédures de résolution amiable spécialement instituées par le législateur afin de réguler les conflits collectifs du travail se pose tant pour l'accord de groupe issu de la médiation intervenant dans le cadre d'une action de groupe en matière de discrimination au travail (1), que pour l'accord issu de la conciliation ou de la médiation en matière de conflits collectifs du travail (2).

¹⁶⁴⁴ Les indemnités de rupture et les autres sommes éventuellement dues ne sont pas visées.

¹⁶⁴⁵ F. Khodri-Benamrouche, « La transaction en droit du travail », *op. cit.*, p. 273.

¹⁶⁴⁶ P. Estoup, *La pratique de la juridiction prud'homale*, Litec, 1991, n° 215.

¹⁶⁴⁷ F. Khodri-Benamrouche, « La transaction en droit du travail », *préc.*, p. 273.

¹⁶⁴⁸ G. Vachet, « La transaction en droit de la sécurité sociale », in W. Dross, B. Mallet-Bricout, *La transaction : Propositions en vue de la réforme du titre XV, Livre troisième du Code civil « Des transactions »*, La documentation Française, Perspectives sur la justice, 2014, p. 283.

1) L'accord de groupe issu de la médiation en matière de discrimination

1015. Le rappel du cadre de la médiation de groupe en matière de discrimination au travail. Les réformateurs de la justice du XXIème ont institué aux vises des articles L. 1134-6 et suivants du Code du travail des dispositions relatives à l'action de groupe en matière de discriminations au travail. Cette action peut tendre à la cessation du manquement et, le cas échéant, en cas de manquement à la réparation des préjudices subis. À cet égard, l'article L. 1134-10 du Code précise que « *lorsque l'action tend à la réparation des préjudices subis, elle s'exerce dans le cadre de la procédure individuelle de réparation définie au chapitre Ier du titre V de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle* ». Cette disposition renvoie ainsi au droit commun de l'action de groupe institué par les réformateurs lequel prévoit la médiation de groupe. Par application de ce droit commun, en l'absence de précision relative à la médiation de groupe dans le cadre de l'action de groupe en matière de discrimination au travail, il convient de se référer aux articles 75 et 76 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016. L'article 76 de la loi traite en particulier de l'accord amiable négocié au nom du groupe. Si cette disposition précise que l'accord de groupe doit d'une part, être homologué par le juge exerçant un contrôle sur son contenu et lui attribuant force exécutoire et, d'autre part, préciser les mesures de publicité pour informer de son existence les personnes susceptibles d'être indemnisées sur son fondement ainsi que les délais et modalités pour en bénéficier. En revanche, le texte n'apporte aucune précision quant au régime contractuel applicable à cet accord amiable négocié au nom du groupe issu de la médiation.

1016. Le renvoi au droit commun de la conciliation en matière de conflit individuel du travail. Il convient donc de se référer aux dispositions relatives à la conciliation en matière de conflit individuel du travail, la médiation n'étant en la matière seulement développée de manière prétorienne.

En ce qui concerne l'accord issu de la tentative obligatoire en matière conflit individuel du travail, les dispositions des articles L. 1454-1 et suivants du Code du travail n'apportent aucune précision en ce qui concerne l'accord amiable pouvant être conclu par le salarié et l'employeur devant le bureau de conciliation et d'orientation. Toutefois, l'article L. 1235-1 du Code, tel que modifié par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017¹⁶⁴⁹ précise qu'en cas de litige, lors de la conciliation, l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de

¹⁶⁴⁹ Ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017 *relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail*, JO du 23 sept. 2017, n° 0223.

conciliation et d'orientation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié¹⁶⁵⁰. Force est de constater que cette disposition ne précise aucunement le régime contractuel applicable à l'accord amiable trouvé par les parties à l'issue de la conciliation. Par ailleurs, si l'on se réfère au droit commun procédural de la conciliation *judiciaire*, nous constatons que les dispositions des articles 130 et 131 du Code de procédure civile n'apporte aucune précision quant à la qualification contractuelle et au régime applicable à l' « *acte de conciliation* ».

- 2) La question de la qualification contractuelle de l'accord issu de la médiation de la médiation des conflits collectifs du travail

1017. Un accord amiable consistant en un convention collective ou un accord salarial. Si l'on se réfère cette fois-ci aux dispositions relatives à la conciliation¹⁶⁵¹ et à la médiation¹⁶⁵² en matière de conflit collectif du travail, le législateur précise que l'accord de conciliation et l'accord des parties sur la recommandation du médiateur sont applicables dans les conditions prévues par l'article 2524-5 du Code du travail. L'alinéa premier de ce texte précise que les accords ainsi intervenus ont les mêmes effets que les conventions collectives et accords salariaux du travail lesquels sont prévus aux articles L. 2261-1 et suivants du Code du travail.

Il existe ainsi une distorsion de régime entre l'accord amiable issu de la tentative obligatoire de conciliation ou de la médiation prétorienne en matière de conflit individuel du travail, qui au regard de la jurisprudence est qualifié de contrat de transaction soumis au régime des articles 2044 et suivants du Code civil, et l'accord amiable issu de la conciliation ou de la médiation en matière de conflit collectif du travail soustrait au régime du contrat de transaction. Celui-ci se voit appliquer le régime des conventions et accords collectifs emportant une obligation d'exécution¹⁶⁵³, une obligation d'information et de communication¹⁶⁵⁴ ainsi que les possibilités de révision¹⁶⁵⁵ et de dénonciation¹⁶⁵⁶. Dans la mesure où l'accord négocié au nom

¹⁶⁵⁰ Voy. l'art. D. 1235-21 C. trav. précisant le barème.

¹⁶⁵¹ Voy. les art. L. 2522-1 et s. C. trav. et spéc. l'art. L. 2522-5 *in fine*.

¹⁶⁵² Voy. les art. L. 2523-1 et s. C. trav. et spéc. l'art. L. 2523-6 *in fine*.

¹⁶⁵³ Voy. les art. L. 2262 -1 et s. C. trav.

¹⁶⁵⁴ Voy. les art. L. 2262-5 et L. 2262-6 C. trav.

¹⁶⁵⁵ Voy. les art. L. 2261-7 et L. 2262-8 C. trav.

¹⁶⁵⁶ Voy. les art. L. 2261-9 et s. C. trav.

du groupe dans le cadre de la médiation de groupe en matière de discrimination viserait à réparer un préjudice et à fixer une indemnisation, il est permis de penser que l'accord amiable négocié au nom du groupe puisse être qualifié de contrat de transaction soumis au régime des articles 2044 et suivants du Code civil.

1018. Définitions de la convention collective et de l'accord salarial. La convention collective se définit comme « la convention conclue entre groupements ou organisations afin de définir le comportement respectif de leurs adhérents »¹⁶⁵⁷. La convention collective a trait à l'ensemble des conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que des garanties sociales des salariés¹⁶⁵⁸. L'accord salarial, quant à lui, est circonscrit à un ou plusieurs sujets déterminés de cet ensemble¹⁶⁵⁹. Plus précisément, il se définit comme la « convention conclue entre un employeur ou un groupement d'employeurs et un ou plusieurs syndicats représentatifs de salariés en vue de déterminer les conditions de travail et de rémunération qui s'imposeront aux employeurs adhérant au groupement, envers leur personnel »¹⁶⁶⁰.

1019. Des accords amiables ? La convention collective ou, de manière plus restrictive, l'accord salarial, ne suppose pas, à la lecture de leur définition, l'existence lors de leur conclusion, d'un conflit collectif, d'un différend ou d'un litige. L'accord amiable est quant à lui « amiable » en ce qu'il prend pour but de terminer, voir de prévenir, définitivement un différend. Les conflits collectifs en droit du travail naissent de l'exécution de ces conventions collectives ou accords salariaux. La médiation mise en œuvre ne servirait donc qu'à une renégociation de ces conventions et accords sur la base de l'existence d'un conflit collectif qu'ils génèrent. L'article 1195 du Code civil tel qu'issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016¹⁶⁶¹, admettant de manière innovant la théorie de l'imprévision jusqu'alors rejetée en droit français, dispose que « *si un changement dans les circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du cocontractant* ». Étant précisé, au surplus et devant se concilier avec le respect du droit de grève du salarié en droit du travail, qu'« *elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* ».

¹⁶⁵⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « Convention collective ».

¹⁶⁵⁸ Voy. l'art. L. 2221-1 CTrav.

¹⁶⁵⁹ Voy. l'art. L. 2221-2 CTrav.

¹⁶⁶⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « Convention du travail ».

¹⁶⁶¹ Disposition non modifiée par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018.

1020. La question se pose de savoir si la médiation en matière de conflits collectifs du travail peut aboutir un accord amiable transactionnel. Nous pouvons, à cet égard, nous référer à une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 11 juillet 2016.

Dans cette affaire, la Société Air France s'était vu imposé, par un Règlement européen, de nouvelles contraintes réglementaires prévoyant que tout mécanicien ou technicien d'avion devait posséder une licence de maintenance d'aéronef pour pouvoir prononcer une Approbation pour la remise en service (APRS). La compagnie aérienne envisage alors de soumettre à la signature des organisations syndicales représentatives du personnel un projet d'accord « relatif à la prise en compte des exigences de la partie 66 du règlement européen CE n° 2042/2003 dans l'exercice du métier de mécanicien d'avion » lequel prévoyait l'octroi de points de rémunération supplémentaires pour les mécaniciens titulaires de la licence et disposant d'une qualification de type avion, appelés à signer l'APRS. Les salariés concernés ont alors distribué des tracts appelant à un boycott de la signature sur les bons de travail. La société Air France agit en référé et le juge de l'urgence du tribunal de grande instance se prononce faisant défense aux syndicats (CGT Air France, UGICT-CGT Air France, FO Air France (SGFOAF), Sud aérien, CFDT Groupe Air France SPASAF et SYNAF CFTC) d'appeler, sous quelque forme que ce soit, les salariés de la société Air France à refuser de signer les bons de travail relevant de leurs compétences, sous astreinte de 7 000 euros par infraction constatée. Le mouvement se poursuivant, la Société Air France saisit le tribunal de grande instance aux fins de condamnation de ces syndicats, *in solidum*, au paiement de la somme de 484 719,32 euros, à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par le mouvement qu'ils avaient déclenché. La Société Air France a alors signé un contrat de transaction avec tous les syndicats, à l'exception du syndicat Sud aérien, et s'est désistée de son instance et de son action à leur égard. Ce syndicat, non partie à l'accord amiable transactionnel, conteste sa condamnation à payer à la société Air France des sommes pour perte d'heures productives et pour le recours à la sous-traitance. La Cour de cassation rejette le pourvoi de ce syndicat en rappelant que « la grève est la cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles ; qu'elle ne peut dès lors être limitée à une obligation particulière du contrat de travail »¹⁶⁶². Si cette jurisprudence a trait au caractère illicite des conditions d'exercice du droit

¹⁶⁶² Cass. soc., 11 juill. 2016, n° 14-14.226, PB ; A. Bugada, « Conflit collectif : responsabilité civile du syndicat appelant à l'exécution défectueuse du contrat de travail », note ss. *Gaz. Pal.* n° 35, p. 47 – Voy. ég. A. Bugada, « Sept incitations à la médiation en droit du travail », in *La médiation civile : alternative ou étape du procès*, A. Leborgne (ss. dir.), PUAM 2018 : l'auteur présente les encouragements à la médiation que sont l'incitation législative par la levée des freins à la médiation, l'incitation temporelle par la suspension des prescriptions courtes, l'incitation économique par le barème de l'indemnisation institué par l'ordonnance n° 2017-1387 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations du travail, JO 23 sept., 2017, l'incitation procédurale par la

de grève, l'affaire révèle la possibilité de recourir à la conclusion d'un accord amiable transactionnel en matière de conflit collectif du travail.

Dans le cadre des conciliation et médiation relatives au traitement des conflits collectifs du travail, ces procédures peuvent à certains égards consister en des procédures de régulation de l'imprévision.

§2. Le droit spécial de la transaction dans le cadre de régimes particuliers d'indemnisation

1021. Accidents de la circulation, actes de terrorisme, risque médical, pollution aux hydrocarbures. L'accord amiable s'est imposée dans les régimes d'indemnisation en raison du fait qu'il présente l'avantage de permettre une accélération du règlement des indemnités. Plus qu'un accord amiable résolutif du différend, celui-ci se présente comme un accord amiable indemnitaire. L'accord amiable apparaît comme un outil de régulation du contentieux de la réparation¹⁶⁶³ et participe d'une combinaison entre les règles du droit des assurances et celles de la responsabilité civile. Dans ces domaines et à la différence de tout autre, l'accord amiable est qualifié légalement de contrat de transaction. Ce n'est que récemment, comme nous avons pu le constater dans le domaine du droit de la santé, que l'accord amiable apparaît comme l'aboutissement d'un processus de résolution amiable : la conciliation menée devant la Commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux des affections iatrogènes et des infections nosocomiales.

Le recours à la conclusion du contrat de transaction en matière indemnitaire a débuté avec la loi dite Badinter du 5 juillet 1985 en matière d'accident de la circulation ayant donné lieu aux articles L. 211-15 et suivants du Code des assurances¹⁶⁶⁴. Cette loi qui vise expressément, non pas un accord amiable indemnitaire non qualifié, mais attribue la qualification de « transaction » à l'accord amiable, a par la suite, inspiré d'autres régimes d'indemnisation. Ainsi est-ce le cas pour l'indemnisation d'actes de terrorisme spécialement prévue à l'article L. 422-2 et suivants du Code des assurances¹⁶⁶⁵, pour l'indemnisation des

possibilité d'un rôle actif pour le juge prud'homal, l'incitation contractuelle par le recours aux clauses de médiation, l'incitation paritaire par les Commissions paritaires régionales interprofessionnelles (CPRI) et enfin, l'incitation managériale afin de faire de la médiation, un élément des politiques RH.

¹⁶⁶³ M.-A. Frison-Roche, « Le contrat et la responsabilité : consentement, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.* janv.-mars 1998, p. 43 s.

¹⁶⁶⁴ Loi n° 85-677 du 5 juill. 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, *JO* 6 juill. 1985, p. 7584 ; *D.* 1985, p. 371.

¹⁶⁶⁵ Loi n° 86-1020 du 9 sept. 1986, dite loi Chalandon, relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, *JO* 10 sept. 1986, n° 0210, p. 10956 : À ce titre, l'augmentation des actes terroristes et de la

victimes de pollution par des hydrocarbures par le fonds international d'indemnisation spécifique (FIPOL)¹⁶⁶⁶ et, de manière contemporaine, pour l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux à l'égard desquels l'accord passé avec la victime « vaut transaction »¹⁶⁶⁷. Cependant, la doctrine relève et discute un certain nombre de difficultés au regard de la qualification transactionnelle attribuée par le législateur à l'accord amiable dans les domaines de l'indemnisation¹⁶⁶⁸.

1022. L'enjeu de la protection de la partie faible : la victime. La première difficulté concerne la juste indemnisation. Il peut exister, en pratique, un phénomène de décrochage entre le principe de la réparation intégrale des dommages reconnus aux victimes et le montant des réparations effectivement obtenu par elles dans le cadre des transactions. Il apparaît ainsi très souvent, que l'indemnisation accordée par la voie de la conclusion d'un accord amiable transactionnel soit largement inférieure au montant réel des préjudices subis par la victime. Cette difficulté pratique soustend le problème de la protection des intérêts des victimes qui ne sont pas forcément en mesure d'apprécier l'ensemble de leurs chefs de préjudice et de négocier en pleine connaissance de cause avec les compagnies d'assurance. D'autant qu'elles doivent également faire face aux expertises et au jeu des offres d'indemnisation¹⁶⁶⁹.

1023. Le particularisme du régime des transactions en matière d'indemnisation : un accord amiable indemnitaire. Les accords amiables transactionnels d'indemnisation des victimes se démarquent nettement du régime de droit spécial commun des transactions prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil. La difficulté tient ici à la nature même du règlement conclu entre les victimes et les compagnies d'assurance ou les Fonds d'indemnisation. Les différentes adaptations que connaissent ces accords amiables par rapport au régime de droit

quantité malheureuse de victimes laisse présager un développement de la transaction dans le cadre de l'indemnisation des victimes d'attentats.

¹⁶⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2007, n° 06-18.049, *Bull. civ.* I, 2007, n° 383 ; L. Leveur, « Marée noire de l'Érika : transaction entre le FIPOL et un pêcheur à pied », *Contr., concur., conso.*, 2008, n° 4, comm. 90 ; M. Hautereau-Boutonnet, « Le préjudice écologique, comment renforcer l'efficacité de sa réparation ? », *Rev. Energ., Envir., Infr.*, dossier n° 12, 2016 ; Ég. J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, LGDJ, 2014, n° 165, p. 147 : la récente consécration de la transaction pénale dans le domaine environnemental pourrait à certaines conditions, être vue comme une première pierre vers une véritable transaction favorable à la réparation du préjudice écologique ; Ég. sur le FIPOL : www.iopcfunds.org.

¹⁶⁶⁷ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, dite loi anti-Perruche *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, *JO* 5 mars 2002 p. 4118 – Ég., Y. Lambert-Faivre, « La loi du 4 mars 2002 et l'indemnisation des accidents médicaux », *D.* 2002, p. 1367.

¹⁶⁶⁸ S. Porchy-Simon, « Transaction et droit de l'indemnisation », *in* (ss dir.) B. Mallet-Bricout et C. Nourissa, *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 111.

¹⁶⁶⁹ P. ex. en matière d'accidents médicaux : F. Arhab-Girardin, *L'effectivité de la procédure de règlement amiable des accidents médicaux*, préc., p. 1093.

commun du contrat de transaction impliquent légitimement la question de leur éventuelle requalification et d'un dévoiement du concept du contrat de transaction.

Ainsi, la principale originalité apparaît en ce qui concerne la formation du contrat de transaction. À titre d'illustration, en matière d'accident de la circulation¹⁶⁷⁰, une obligation est en effet imposée à l'assureur du conducteur auteur de l'accident de présenter une offre de transaction aux victimes alors, qu'en droit commun, une telle offre est volontaire et peut émaner conjointement des deux parties au différend. Au surplus, et afin de protéger les victimes contre les abus des compagnies d'assurance, cette offre est strictement encadrée. Elle est, notamment, soumise au respect d'un délai maximal de huit mois à compter de l'accident et doit répondre à un certain nombre d'exigences sur le fond. Ainsi, elle doit indiquer l'ensemble des chefs de préjudice indemnifiables en précisant le montant proposé pour chacun d'eux, le juge pouvant condamner l'assureur qui présenterait un montant dérisoire¹⁶⁷¹. Mais des adaptations du régime sont également à relever quant à la portée des accords amiables transactionnels en matière d'accident de la circulation. En effet, non seulement l'indemnité allouée ne peut concerner que le préjudice présent, mais au surplus, le contrat de transaction ne peut être dénoncée que par la victime dans un délai de quinze jours suivant sa conclusion¹⁶⁷².

Ces particularités touchent également les autres régimes d'indemnisation qui ont pris pour modèle celui de la loi Badinter. À cet égard, il peut être relevé que, pour les victimes d'actes de terrorisme, le fonds de garantie est obligé de faire une nouvelle offre en cas d'aggravation du dommage¹⁶⁷³.

1024. Une qualification transactionnelle contestée. Les différents points de divergence entre les règles régissant l'accord amiable transactionnel en matière d'indemnisation et celles prévues dans le droit commun du contrat spécial de transaction, alimentent le débat sur la pertinence de leur qualification¹⁶⁷⁴.

Deux arguments principaux sont avancés dans le sens de la dénonciation d'une facilité de langage. Tout d'abord, est soulignée l'absence de concession de la part des assureurs qui constitue pourtant une condition essentielle de qualification de l'accord amiable en contrat de

¹⁶⁷⁰ Voy. les art. L. 211-9 à L. 211-14 C. assur.

¹⁶⁷¹ À ce titre, l'art. L. 211-14 C. assur. prévoit que l'assureur peut être condamné à verser au fonds de garantie automobile une somme pouvant représenter jusqu'à 15 % de l'indemnité allouée.

¹⁶⁷² Voy. l'art. L. 211-16 C. assur.

¹⁶⁷³ Voy. l'art. L. 422-2 C. assur.

¹⁶⁷⁴ P. ex. en matière d'accidents médicaux, F. Arhab-Girardin, « L'effectivité de la procédure de règlement amiable des accidents médicaux », *RDSS* 2011, p. 1093.

transaction¹⁶⁷⁵. Une exigence consacrée par les réformateurs de la justice du XXIème au sein de la définition du contrat de transaction de l'article 2044 du Code civil. Ensuite, est relevée l'inadaptation en matière d'indemnisation de l'autorité de la chose « transigée » ou « jugée » reformulée par les mêmes réformateurs à l'article 2052 du Code civil et donc en principe rattachée au contrat de transaction¹⁶⁷⁶. Ces objections trouvent un écho dans certaines décisions jurisprudentielles qui restent isolées. Les juges du fond ont ainsi pu remettre en question la qualification transactionnelle attribuée à un accord amiable conclu sous l'égide de la loi Badinter au motif que les concessions majeures consenties par la victime ne trouvaient pas de contrepartie¹⁶⁷⁷. De la même façon, de manière ponctuelle, les juges de la Cour de cassation semblent abonder dans le sens d'une requalification à défaut de concessions réciproques¹⁶⁷⁸.

§3. L'illustration indicative de la transaction en matière pénale

1025. Enjeux. La transaction occupe, en matière pénale, une place dans le cadre des suites attachées à la commission d'une infraction pénale¹⁶⁷⁹. Pourtant, la conclusion des accords amiables transactionnels devrait se trouver *a priori* fortement limitée par les principes généraux régissant l'action publique qui, au contraire de l'action civile, est frappée d'indisponibilité. Cette opposition entre les catégories d'action est confortée par l'article 2046 du Code civil, unique disposition relative au domaine d'application de la transaction, prévoyant que l' « *on peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit* », et que « *la transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public* ». Les actions civile et publique ont en effet des finalités divergentes : alors que le procès civil vise à trancher un litige en prononçant une réparation en cas d'atteinte à un droit, le procès pénal tend, quant à lui, à apaiser un trouble social, né de la commission d'une infraction par le biais d'une sanction.

Dès lors, si la transaction peut être largement envisagée à l'égard de l'action civile **(A)**, elle se trouve au contraire, en principe, exclue à l'égard de l'action pénale **(B)**. Cependant,

¹⁶⁷⁵ F. Julienne, *JCl. Civil Code*, « Art. 2044 à 2058 », Fasc. 10, *préc.*, spéc. n° 19.

¹⁶⁷⁶ Ch. Jarrosson, « La transaction comme modèle », *in* ss dir. P. Ancel et M.-C Rivier, *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica 2001, p. 58. – S. Porchy-Simon, « Transaction et droit de l'indemnisation », *op. cit.*, n° 14 ;

¹⁶⁷⁷ CA Aix-en-Provence, 10^{ème} ch., 14 avr. 2004, n° 01/18944, *JurisData* n° 2004-249831 ; *Gaz. Pal.* 29 et 30 déc. 2004, n° 6 ; *D.* 2004, p. 2959, note C. Bloch.

¹⁶⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003, n° 01-11.963, *Bull. civ.* I, 2003, n° 174 : « qu'en statuant ainsi, sans rechercher si l'action en annulation pour dol ou violence économique introduite par la société FII ne devait pas être requalifiée en annulation pour défaut de concessions réciproques, la cour d'appel, qui a pourtant constaté, par motifs propres, outre l'absence de limitation contractuelle à l'indemnité, la volonté des parties, portée sur la quittance du solde, de soumettre "la présente transaction" aux articles 2044 et suivants du Code civil, et, par motifs adoptés, "l'écart important entre le montant transactionnel et celui prévu au contrat ».

¹⁶⁷⁹ J.-B. Perrier, *La transaction en matière pénale*, préf. S. Cimamonti, LGDJ, 2014.

l'article 6 du Code de procédure civile apporte une atténuation à ce principe d'exclusion en disposant qu'« elle [l'action publique] peut, en outre, s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément ; [...] il en est de même, en cas de retrait de plainte, lorsque celle-ci est une condition nécessaire de la poursuite ».

Par ailleurs, la question du rôle de l'accord amiable en procédure pénale est aujourd'hui renforcé par l'introduction et la multiplication des modes alternatifs aux poursuites pénales, telle que la composition pénale. Tout l'enjeu du débat consiste à déterminer si ces techniques constituent réellement en des accords amiables transactionnels ou si le rapprochement avec ces dernières ne représente qu'une facilité de langage (C). Une problématique relevant de la qualification de l'acte.

A. L'admission souple de la transaction en matière d'action civile

1026. L'objet de la transaction pénale. L'action civile a un caractère disponible justifiant la possibilité de recourir à la transaction¹⁶⁸⁰. Une fois la transaction conclue, la victime est privée du droit de se constituer partie civile. Cette solution s'applique quand elle a été indemnisée suite à une transaction passée avec l'auteur de l'infraction ou quand elle s'est engagée, par voie de transaction, à ne pas déposer plainte ou à la retirer¹⁶⁸¹. Une faculté offerte que la victime ait déposé une plainte avec constitution de partie civile ou qu'elle ait agi par voie de citation directe¹⁶⁸². Toutefois, la volonté de retirer la plainte doit être sans équivoque ce qui n'est pas le cas lorsque l'indemnité versée ne correspond pas à celle convenue¹⁶⁸³ ou lorsque le retrait de la plainte est soumis à condition¹⁶⁸⁴.

En outre et afin que l'extinction de l'action civile soit opérante, la transaction doit avoir été conclue entre l'auteur de l'infraction et la victime, et non pas entre coauteurs ou complices de l'infraction qui auraient souhaité régler la question de la contribution à la réparation de la victime en « liquidant entre eux les conséquences du délit »¹⁶⁸⁵. Enfin, l'effet extinctif de la transaction à l'encontre de l'action civile se trouve conditionné par son objet. Elle doit, en effet,

¹⁶⁸⁰ P. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 5^{ème} éd. Cujas, 2001, t. 2, n° 65. – P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, 4^{ème} éd., Armand Colin 2002. – Cass. civ., 3 nov. 1924, *DP* 1925, 1, p. 137.

¹⁶⁸¹ CA Rennes, 10 juill. 1912, *Gaz. Pal.* 1912, 2, p. 497 – CA Toulouse, 9 nov. 1959, *D.* 1960, p. 105, note N. Catala.

¹⁶⁸² Cass. crim., 20 mars 1958, *Bull. crim.* 1958, n° 275 ; *Gaz. Pal.* 1958, 2, p. 31.

¹⁶⁸³ Cass. crim., 23 déc. 1965, *Bull. crim.* 1965, n° 293.

¹⁶⁸⁴ Cass. crim., 16 janv. 1979, *Bull. crim.* 1979, n° 27.

¹⁶⁸⁵ Cass. req., 7 nov. 1865, *DP* 1866, 1, p. 204 – CA Paris, 3 déc. 1925, *Gaz. Pal.* 1926, 1, p. 212.

porter sur les faits à l'origine des poursuites pénales¹⁶⁸⁶.

1027. Une paralysie des effets de la transaction. L'effet extinctif attaché à la transaction à l'égard de l'action civile peut être remis en cause lorsque des circonstances particulières paralysent d'une manière globale sa mise en œuvre.

En premier lieu, cette hypothèse se vérifie, lorsque la transaction est annulée pour vice du consentement¹⁶⁸⁷, étant précisé que l'erreur relative aux simples modalités de la transaction est indifférente¹⁶⁸⁸. L'appréciation de la validité de la transaction peut relever de la compétence du juge pénal en vertu de la règle selon laquelle « *le juge de l'action est le juge de l'exception* » et en l'absence de texte contraire¹⁶⁸⁹ ce qui permet d'éviter les questions préjudicielles¹⁶⁹⁰. À cet égard, il convient de relever la tendance des juges en matière pénale à apprécier strictement l'erreur en substituant à la conception de droit commun, celle plus restrictive, prévue par l'article 2053 du Code civil en matière de transaction ne reconnaissant la nullité de la transaction qu'en cas d'erreur sur l'objet de la contestation. Toutefois, les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle ont abrogé cette disposition et ramènent à l'application du droit commun des contrats.

En second lieu, l'effet extinctif à l'égard de l'action civile est paralysé lorsque la transaction n'a pas été exécutée. Par le jeu de l'exception d'inexécution, la victime se trouve alors libérée de ses obligations ce qui lui ouvre la faculté d'exercer son action civile¹⁶⁹¹.

B. L'assouplissement de la prohibition de la transaction en matière d'action publique

1028. Le principe de prohibition de la transaction. Le recours à la transaction à l'égard de l'action publique se heurte au principe d'indisponibilité de cette dernière¹⁶⁹². Une règle qui joue à l'encontre des deux types de transaction possibles : celle relative aux intérêts civils **(1)** et celle relative à la poursuite pénale **(2)**.

¹⁶⁸⁶ P. ex., Cass. crim., 6 oct. 1964, *Bull. crim.* 1964, n° 256 : une transaction conclue par un employeur portant sur le montant des indemnités de départ dues à un salarié, ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse par la suite se constituer partie civile contre ce salarié dans le cadre d'une action tendant à réparer son préjudice dû à une escroquerie ou un abus de confiance

¹⁶⁸⁷ Cass. crim., 20 févr. 1969, *Bull. crim.* 1969, n° 49. – Cass. crim., 28 oct. 1976, *Rev. sc. crim.* 1977, p. 354, obs. J.-H. Robert.

¹⁶⁸⁸ CA Toulouse, 17 déc. 1954, *D.* 1955, p. 122.

¹⁶⁸⁹ Cass. crim., 23 janv. 1958, *Bull. crim.* 1958, n° 86. – Cass. crim., 27 juin 1983, *Bull. crim.* 1983, n° 198.

¹⁶⁹⁰ Cass. crim., 24 mai 1960, *Bull. crim.* 1960, n° 275.

¹⁶⁹¹ Cass. crim., 13 avr. 1899, *D.* 1900, 1, p. 533.

¹⁶⁹² Cass. req., 14 nov. 1883, *DP* 1884, 1, p. 201 – Cass. civ., 17 mai 1901, *DP* 1902, 1, p. 103.

1) L'exclusion de la transaction relative aux intérêts civils

1029. Un principe d'exclusion légal. L'article 2046 du Code civil exclut la transaction conclue sur les intérêts civils entre la victime et le prévenu. La transaction n'a ainsi aucune implication sur l'action publique que celle-ci soit déclenchée par le ministère public ou, par exception, par une administration particulière comme l'administration fiscale¹⁶⁹³. Cette règle s'applique même si la transaction signée à l'occasion d'un redressement fiscal peut laisser espérer au contribuable un abandon des poursuites contre lui¹⁶⁹⁴, ou si la transaction prévoit une renonciation de la victime à toute réparation de son préjudice¹⁶⁹⁵.

1030. L'exception. Cependant, cette solution de principe connaît une exception fondée cette fois-ci sur l'article 6 alinéa 3 du Code de procédure pénale dans l'hypothèse des infractions pour lesquelles l'action publique est conditionnée par une plainte de la victime. Dans ce cas, si la victime transige sur l'action civile, la transaction a un effet extinctif sur l'action publique. Ce tempérament est, dès lors, susceptible d'intervenir en matière de diffamation et d'atteinte à la vie privée¹⁶⁹⁶, en matière de chasse sur le terrain d'autrui¹⁶⁹⁷, ou encore en matière d'atteinte aux droits des titulaires de brevet¹⁶⁹⁸.

2) L'exclusion de la transaction relative à la poursuite pénale

1031. Le principe d'exclusion. Une transaction qui aurait pour objet de faire cesser directement l'action publique est en principe inconcevable. En effet, le ministère public n'a pas le pouvoir d'arrêter les poursuites qu'il a enclenchées. Pareille transaction devrait alors être sanctionnée par la nullité et serait donc frappée de nullité.

1032. Des exceptions marginales. La possibilité du recours à la transaction pénale est cependant reconnue exceptionnellement par le législateur pour certains délits particuliers, tels que certaines infractions relatives aux contributions indirectes, les délits douaniers¹⁶⁹⁹ ou

¹⁶⁹³ Cass. req., 14 nov. 1883, *op. cit.*

¹⁶⁹⁴ Cass. crim., 24 avr. 1971, *Bull. crim.* 1971, n° 118.

¹⁶⁹⁵ Cass. crim., 16 juill. 1898, *S.* 1900, 1, p. 109.

¹⁶⁹⁶ Cass. crim., 8 déc. 1992, *Bull. crim.* 1992, n° 406. – Art. 226-1, 226-2 et 226-6 C. pén.

¹⁶⁹⁷ Voy. l'art. L. 422-1 et L. 428-3 C. env.

¹⁶⁹⁸ Voy. l'art. L. 623-33 CPI.

¹⁶⁹⁹ Voy. l'art. 350 C. douanes.

encore en matière forestière et d'environnement¹⁷⁰⁰. Dans ces situations tout à fait ponctuelles, l'administration compétente se voit reconnaître, après accord du ministère public, le pouvoir de transiger sur la poursuite de certains délits ou contraventions¹⁷⁰¹. La tendance est d'ailleurs à une extension de ces exceptions, le législateur cherchant lorsque cela est possible à promouvoir la transaction pénale qui autorise à une autorité administrative, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, de transiger sur les poursuites avec les auteurs d'infractions. Dans cette hypothèse, l'autorité administrative dresse une proposition de transaction précisant, notamment, le montant de l'amende transactionnelle que la personne devra payer. Le législateur a ainsi reconnu le pouvoir de transiger à l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation, pour un certain nombre de contraventions et de délits pour lesquels aucune peine d'emprisonnement n'est encourue¹⁷⁰². La faculté de recours à la transaction pénale a également été étendue, à l'ensemble des infractions prévues par le Code de l'environnement¹⁷⁰³. Son encadrement a par ailleurs été précisé au sein du titre VI du livre premier de la partie réglementaire du Code de l'environnement où sont détaillés le contenu de la proposition de transaction, les modalités de son homologation et l'autorité compétente pour chaque infraction¹⁷⁰⁴.

C. La transaction et les modes alternatifs aux poursuites en matière pénale

1033. Débat relatif à la qualification transactionnelle. L'évolution récente de la procédure pénale est marquée par l'introduction et le développement de modes alternatifs aux poursuites pénales ou de procédures simplifiées dont la qualification peut être discutée¹⁷⁰⁵, à l'image du développement de la résolution amiable dans les autres branches du droit pour lesquels nous avons pris soin de distinguer les processus en eux-même de négociation et de conclusion de l'accord amiable, de ce dernier qui en constitue l'objectif.

¹⁷⁰⁰ Voy. les art. L. 173-12 C. env. et art. L. 161-25 C. for.

¹⁷⁰¹ P. ex. Cass. crim., 18 avr. 1983, *JurisData* n° 1983-916, en matière de délit fiscal ; CE, 28 févr. 1986, *Min. fin. c/ Seignolle*, *Rec. CE*, p. 52 ; *D.* 1986, p. 394, concl. M. Delon, en matière de prix.

¹⁷⁰² Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 *en faveur des petites et moyennes entreprises*, loi dite « Dutreil », *JO* 3 août 2005, p. 12639.

¹⁷⁰³ Voy. l'art. L. 173-12 C. env. et l'Ord. n° 2012-34 du 11 janv. 2012 *portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du Code de l'environnement*, *JO* 12 janv. 2012, n° 0010, p. 564.

¹⁷⁰⁴ Décr. n° 2014-368 du 24 mars 2014 *relatif à la transaction pénale prévue à l'article L. 173-12 du Code de l'environnement*, *JO* 26 mars 2014, n° 0072, p. 5957 – Voy. ég. les art. R. 173-1 à R. 173-4 C. env.

¹⁷⁰⁵ P. ex. E. Gherardi, « Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales », *RFD adm.* 1999, p. 705 – A.-S. Chavent-Leclere, « La transaction existe-t-elle en droit pénal ? » *in* ss dir. B. Mallet-Bricout et C. Nourissat, *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc. p. 147.

1) Transaction et composition pénale

1034. Définition de la composition pénale. La composition pénale introduite par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999¹⁷⁰⁶ visant à renforcer l'efficacité de la procédure pénale est souvent qualifiée par la doctrine de procédure transactionnelle¹⁷⁰⁷.

Ce mécanisme consiste pour le procureur de la République à proposer une mesure de composition à une personne reconnaissant la commission d'une infraction et à abandonner les poursuites en cas de bonne exécution de la mesure¹⁷⁰⁸.

1035. Divergence de but. Si lors des débats parlementaires, le terme de transaction a été souvent employé pour désigner ce mode alternatif aux poursuites pénales, ce qualificatif ne fait pourtant pas l'unanimité. À son encontre, certains auteurs soulignent que l'objectif poursuivi dans le cadre de la composition pénale n'est pas de transiger sur l'action publique qui n'est pas encore mise en mouvement, mais consiste uniquement à opter pour des mesures applicables préalablement à son exercice¹⁷⁰⁹. Elle revêt à certains égards, un caractère préventif.

2) Transaction et plaider coupable

1036. Définition du plaider coupable. Le débat de la qualification transactionnelle anime également l'application de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, autrement dénommée « le plaider coupable ». Cette procédure simplifiée, consacrée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite « Perben II »¹⁷¹⁰ permet de juger immédiatement un individu ayant reconnu au préalable sa culpabilité et connaissant la peine qu'il se verra appliquée à l'issue de la procédure. Le procureur de la République s'est vu ainsi octroyer la faculté pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans, de proposer une ou plusieurs peines à une personne majeure qui reconnaît sa culpabilité¹⁷¹¹.

¹⁷⁰⁶ Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 *renforçant l'efficacité de la procédure pénale*, JO 24 juin 1999, n° 144, p. 9247.

¹⁷⁰⁷ En ce sens : J. Leblois-Happe, « De la transaction pénale à la composition pénale – Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *JCP G* 2000, I, 198 – J. Pradel, « Une consécration du *Plea bargaining* à la française : la composition pénale », *D.* 1999, p. 379.

¹⁷⁰⁸ Voy. les art. 41-2 et 41-3 CPP.

¹⁷⁰⁹ M. Redon, « Transaction », *Rép. Pénal*, n° 2. – P. Chauvel, « Transaction », *Rép. civ. Dalloz* 2004, n° 136.

¹⁷¹⁰ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, loi dite « Perben II », JO 10 mars 2004, p. 4567.

¹⁷¹¹ Voy. les art. 495-7 à 495-16 CPP.

1037. Le rejet de la qualification transactionnelle. Néanmoins, la qualification de transaction ne peut être retenue dans la mesure où cette procédure ne permet pas d'éviter le litige puisqu'elle ne suppose pas l'abandon des poursuites et qu'en conséquence, il ne peut être fait application de l'article 2052 du Code civil.

3) Transaction et médiation pénale

1038. Définition de la médiation pénale. Si la qualification transactionnelle doit être exclue pour la composition pénale et pour la procédure du plaider coupable car elles n'ont aucune implication sur l'action publique, elle doit être retenue à l'égard de la médiation pénale qui « en dehors de toute procédure pénale tend à régler les différends »¹⁷¹². La justification de cette qualification transactionnelle se trouve dans le fait que l'auteur de l'infraction prend un certain nombre d'engagements auprès de la victime qui, de son côté, renonce à porter plainte et le cas échéant, à une indemnisation intégrale.

1039. L'admission encadrée de la transaction. La médiation pénale est cependant soumise à des conséquences juridiques adaptées puisque ses effets diffèrent selon la matière concernée, civile ou pénale. Alors qu'au civil les implications sont celles du droit commun de la transaction car l'action est éteinte, au pénal, en revanche, l'accord de médiation est dépourvu d'incidence sur l'action publique, cette dernière ayant un caractère indisponible.

§4. L'extension du domaine de l'accord amiable transactionnel au-delà du droit privé

1040. Droit administratif et fiscalité. Pour autant que ces domaines paraissent éloignés du droit privé, il apparaît que le droit de la résolution amiable des différends transcendent les clivages et repousse les limites de l'ordre public. Force est de constater que dans certaines matières marquées par l'ordre public de direction, une place est faite à l'autonomie des volontés et à la possibilité de conclure des accords amiables. À cet égard, nous constatons que les réformateurs de la justice du XXIème siècle ont consacré, en droit administratif, la médiation non seulement *judiciaire* mais également *extrajudiciaire* en prenant appui sur la définition posée à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 fondant un droit au recours à

¹⁷¹² Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, n° 12-13.673 ; *JCP G* 2013, 467 ; *D.* 2013, p. 1663, note J.-B. Perrier.

la résolution amiable des différends. Dès lors la question de la qualification et du régime contractuel applicable à l'accord amiable qui en est issu se pose (A). Par ailleurs, la conclusion de l'accord amiable transactionnel a pu être admise par la jurisprudence en matière fiscale (B).

A. La consécration de la médiation en droit administratif

1041. Le développement des processus de résolution amiable en droit administratif et la possibilité incidente de conclure l'accord amiable. Nous avons constaté par une analyse jurisprudentiel du champ d'application du contrat de transaction, que celui-ci vient à être admis dans des domaines fortement marqués par l'ordre public, que celui-ci soit de direction ou de protection. C'est encore le cas en matière de droit administratif où la conclusion de l'accord amiable transactionnel a été consacrée très tôt et bénéficie non seulement d'une application large, mais connaît également un nouvel essor¹⁷¹³. Cette admission révèle que l'accord amiable transactionnel n'a pas uniquement vocation à intervenir dans les rapports entre particuliers. Dans ce domaine, le juge administratif a procédé à une transposition du régime de droit civil du contrat de transaction prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil pour la mise en œuvre de la transaction en droit public¹⁷¹⁴.

Venant parfaire l'admission de la conclusion de l'accord amiable en matière administrative, les réformateurs de la justice du XXIème siècle ont encouragé sa conclusion sécurisé en introduisant un nouveau chapitre III relatif à *la médiation* au titre Ier du livre IIème du Code de justice administrative¹⁷¹⁵. Ainsi, au titre des dispositions générales, l'article L. 213-1 du Code de justice administrative reprend la définition de la médiation telle que prévue en

¹⁷¹³ CE, 23 déc. 1887, *De Dreux-Brézé, évêque de Moulins*, Recueil Lebon, p. 842, concl. M. le Vasseur de Précourt ; S. 1889, 3, p. 57 ; D. 1889, 3, p. 1 : Le juge administratif a ainsi consacré la transaction pour le règlement des litiges entre les particuliers et l'administration dès la fin du XIXème siècle – Plus récemment et attestant de son nouvel essor, le pouvoir exécutif a inciter au recours à la transaction par une circulaire du 6 févr. 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, JO 15 févr. 1995, n° 39, p. 2518 ; JCP G 1995, III, 67306 ; Rev. Arb. 1997, p. 267-270 – Ég. Rapport du Conseil d'État, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Documentation française, 1993 pour une valorisation générale des modes alternatifs de règlement des litiges

¹⁷¹⁴ Pour une vision d'ensemble des difficultés soulevées par la mise en jeu de la transaction en droit administratif : B. Plessix, « Transaction et droit administratif », in Mallet-Bricout et C. Nourissat, *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz 2006, p. 133 – J.-M. Auby, « La transaction en matière administrative », *AJDA*, 1956, p. 1-4 – A. Lyon-Caen, « Sur la transaction en droit administratif » : *AJDA* 1987, p. 48-53 – G. Chavrier, « Réflexions sur la transaction en droit administratif », *RFD adm.* 2000, p. 548-566 : À cet égard, un certain nombre de difficultés relatives à la nature juridique de l'acte passé et à la compétence du juge pour apprécier sa validité. Certaines adaptations du régime de droit civil de la transaction en droit public se sont imposées. Il a été ainsi admis que la transaction passée en droit public conserve sa nature contractuelle et que la détermination de l'ordre judiciaire compétent est conditionnée par le litige. Dès lors, la transaction relève de la catégorie des contrats administratifs lorsqu'elle met un terme à un litige qui aurait dû relever normalement du juge administratif.

¹⁷¹⁵ Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc. ; Voy. art. L. 213-1 s. CJA.

droit privé au titre de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, sans toutefois la citer et dispose que : « la médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction »¹⁷¹⁶. En prévoyant, les médiations administratives dites « à l'initiative des parties »¹⁷¹⁷ et « à l'initiative du juge »¹⁷¹⁸, le législateur admet que des accords amiables puissent être conclus dans les cadres *extrajudiciaire* et *judiciaire*. Toutefois, nous constatons que les réformateurs de la justice du XXIème ne qualifient pas l'« accord » des parties intervenant en de fin de médiation administrative, de contrat de transaction soumis au articles 2044 et suivants du Code civil. La définition de la médiation de l'article L. 213-1 du Code de justice administrative se réfère à un « accord » et sans plus de précisions relative à une éventuelle qualification contractuelle, d'autres dispositions évoque l'« accord ». Ainsi l'article L. 213-3 du Code, rappelant les exigences du respect de l'ordre public, dispose que « l'accord auquel sont parvenu les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition ». L'article L. 213-4 précise à la suite que dans tous les cas – de médiation *judiciaire* ou *extrajudiciaire* – le juge peut homologuer et donner force exécutoire à l'« accord » issu de la médiation. Enfin, dans le cadre de la médiation administrative *judiciaire* et au visa de l'article L. 213-9 du Code la justice administrative, le médiateur doit informer le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à un *accord*.

Reste qu'au regard de l'admission par la jurisprudence administrative de la conclusion d'accords amiables transactionnels, l'accord issu d'une médiation *judiciaire* ou *extrajudiciaire* peut être qualifié de contrat de transaction soumis au régime des articles 2044 et suivants du Code civil. Ce contrat spécial intégrant le domaine du droit public dans la mesure où les conditions de sa conclusion sont réunies : l'existence d'un différend né ou à naître et des obligations réciproques interdépendantes ainsi qu'une commune intention des parties de mettre fin ou de prévenir définitivement le différend.

B. L'admission de l'accord amiable transactionnel en matière fiscale

¹⁷¹⁶ Pour rappel, l'art. 21 de la loi n° 95-125 du 8 févr. 1995, *préc.* dispose que « la médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige ».

¹⁷¹⁷ Voy. les art. L. 213-5 et art. L. 213-6 CJA.

¹⁷¹⁸ Voy. les art. L. 213-7 à L. 213-10 CJA.

1042. Une reconnaissance jurisprudentielle. Dans le même ordre d'idées, la conclusion du contrat de transaction fait l'objet d'une application extensive en droit fiscal alors même que celle-ci ne s'impose pas d'évidence au regard du caractère d'ordre public de l'impôt et des principes fondamentaux régissant la matière¹⁷¹⁹. Le Conseil d'État a ainsi naturellement, en premier temps, condamné le principe du recours à la conclusion de la transaction fiscale¹⁷²⁰. C'est en définitive un décret-loi du 24 juillet 1934¹⁷²¹ qui reconnaît la validité et la portée d'autorité de la chose jugée des transactions conclues entre le contribuable et l'administration fiscale¹⁷²². Il est dès lors possible d'imaginer que la médiation administrative *judiciaire* ou *extrajudiciaire* puisse permettre la négociation et la conclusion de l'accord amiable des parties en matière fiscale. En revanche, l'impôt proprement dit – qui est d'ordre public – est exclu de tout accord amiable.

1043. Conclusion de la section II relative à l'étendue du domaine de l'accord amiable transactionnel.

Le rayonnement de l'accord amiable transactionnel transcende les différentes branches du droit et l'étude de son champ d'application permet d'avancer deux observations.

La première tient à l'existence de recoupements avec le domaine de la résolution amiable procéduralisée. L'accord amiable peut ainsi parfaitement être l'aboutissement d'un processus de résolution ou de prévention amiable des différends quel qu'il soit – conciliation, médiation, procédure participative, droit collaboratif – et ce, en toute matière, dès lors que les parties disposent de la libre disponibilité de leurs droits. La loi n° 95-125 du 8 février 1995 fondant le droit à un recours effectif à la résolution amiable, et servant de référent tant pour le droit commun procédural *judiciaire* et *extrajudiciaire* que pour les droits spéciaux de la résolution amiable des différends, pose clairement ce principe à son article 21-5 en visant l'accord issu de la médiation entendu largement. Le constat est sans appel. Le garde-fou de

¹⁷¹⁹ C. de la Marnière, « La transaction, regard fiscal », in Mallet-Bricout et C. Nourissat, *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc., p. 169 : En effet, dans ce domaine, la transaction devrait rester marginale car son application contrevient aux principes fondamentaux d'égalité devant l'impôt, de légalité des impôts et à la prohibition du contrat dans les relations entre le fisc et le contribuable.

¹⁷²⁰ CE 23 déc. 1887, *Évêque de Moulins*, S.1889, III, 57 ; Par ailleurs, le recours à l'arbitrage est prohibé en matière fiscale dans la mesure où l'arbitre présente moins de garanties que le juge, CE avis du 6 mars 1986, *EDCE* 1987, 178.

¹⁷²¹ Décr.-loi du 24 juill. 1934 *relatif à l'organisation du Conseil d'État*, JO 25 juill. 1934, p. 7498.

¹⁷²² La transaction est susceptible d'être mise en jeu dans deux circonstances : En premier lieu lorsqu'il y a commission d'une infraction pénale, l'administration fiscale détient le pouvoir exorbitant de transiger ; En second lieu, l'administration fiscale est autorisée à recourir à la transaction pour le traitement des sanctions fiscales et les intérêts de retard applicables au contribuable – Ég. CAA Lyon, 13 déc. 2001, *Dame Audebert*, *RJF* 2002, p. 710 ; *LPA* 2002, p. 16, concl. A. Bonnet : Les intérêts de retard doivent à ce titre être visés expressément dans le contrat pour être copris dans l'objet de la transaction.

l'ordre public est poussé dans ses retranchements car dans nombres de domaines où il vise à protéger ou diriger, place est faite par le législateur à l'autonomie des volontés et aux recours à des procédures facilitant les négociations et la conclusion de l'accord amiable.

La seconde observation, révélée par l'examen de la jurisprudence dans ces divers domaines, tient à ce que l'accord amiable conclu est largement qualifié par les parties de contrat de transaction. Toutefois, les juges confrontés à des accords amiables transactionnels remis en cause au titre de leur validité exercent un contrôle sur les critères permettant de retenir cette qualification particulière, en ce qu'elle entraîne un effet spécial, une force confinante à celle du jugement : l'autorité de chose transigée. Ainsi, malgré un champ d'application vaste de l'accord amiable transactionnel, les juges n'hésitent pas, sous couvert du contrôle de son contenu, sans pour autant le modifier, à procéder à une requalification de l'acte. Ce contrôle révèle le maintien d'une certaine diversité des accords amiables : tout accord amiable n'étant pas forcément un contrat de transaction.

* *
*

1044. Conclusion du Chapitre II relatif aux qualifications contractuelles et judiciaires satellitaires.

Le contrat spécial de transaction suppose la réunion de trois conditions apparentes de validité. En premier lieu, l'existence de ce que les codificateurs ont dénommé la « *contestation* ». Une condition dont l'existence est avérée avant même la formation du contrat, préexistante à la phase prétransactionnelle de négociation du différend et de rencontre de l'offre et l'acceptation de transiger. La notion de *contestation* n'étant pas définie par le législateur, les auteurs contemporains s'accordent pour affirmer que la contestation s'entend d'un litige, une *res litigiosa*, supposant l'existence d'un droit d'action fut-il futur mais devant être certain. À l'heure de la modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, il aurait été souhaitable d'un point de vue procédural de préférer la notion de *différend* à celle de *contestation*. Celui-ci dans le cadre de la conclusion de l'accord amiable transactionnel doit avoir nécessairement une dimension juridique – une *res litigiosa* supposant l'existence d'un droit d'action – mais peut également avoir d'autres composantes – économique, financière, psychologique, émotionnelle, politique – devant être traitées afin de favoriser la conclusion d'un accord amiable transactionnel efficace et satisfaisant pour l'ensemble des parties au regard de leurs besoins et intérêts. C'est dire toute la modernité de la justice amiable, appréhendant non seulement la

dimension juridique du différend – le litige – mais également toutes les dimensions complémentaires qui peuvent le consister. La justice amiable appréhende plus largement le conflit, qui ne se réduit pas seulement à sa dimension juridique. Nous regrettons à ce titre que les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle n'aient pas harmonisé sur ce point la définition du contrat de transaction, alors même que certains textes du régime spécial du contrat de transaction se réfèrent au *différend*, et qu'au surplus, ce terme a été choisi dans le cadre de l'adoption des textes relatifs à la « *résolution amiable des différends* » ainsi dénommée au titre du livre cinquième du Code de procédure civile. Reste que cette première condition – le *différend* – doit être précisément délimité lors de la rédaction de l'accord amiable transactionnel, en particulier au regard de la *res litigiosa* irréductible, bien que nous constatons que certains accords amiables qualifiés légalement de contrat de transaction, à l'instar de l'accord amiable indemnitaire des victimes d'accidents suppose moins l'existence d'un différend, qu'un préjudice réparable. La conclusion d'accords amiables en l'absence de différend marque une certaine diversité de qualification contractuelle. Mais encore, la *res litigiosa* – les prétentions initiales de parties – sert de support à la détermination des « *concessions réciproques* ».

La seconde condition de l'accord amiable transaction tient donc à l'existence de « *concessions réciproques* », lesquelles consistent d'un point de vue procédural, en la solution au différend ou en la solution consistant en un aménagement des conséquences d'un événement. Dans la mesure où l'accord amiable transactionnel prend pour but la résolution ou la prévention, définitives, du différend, il est apparu essentiel que cette exigence face l'objet d'une consécration légale dans le cadre de la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle. Sous couvert de l'appréciation souveraine des juges du fond, la notion de concessions réciproques a en effet connu une évolution remarquable. La jurisprudence a très tôt entendu en faire une condition de validité du contrat spécial de transaction en n'en contrôlant l'existence au moment de la signature l'acte. Un contrôle que les juges exercent : d'une part, au regard de leur fondement même puisqu'elles doivent porter sur des éléments de fond en étroite liaison avec la matière du différend et les prétentions originaires des parties, et, d'autre part au regard de leur caractère réciproque. À cet égard, la jurisprudence affine aujourd'hui la notion de « *concessions réciproques* » entendues comme des « *engagements réciproques interdépendants* ». Mais les juges vont au-delà encore, admettant avec souplesse que les concessions réciproques puissent être indirectes. Si les concessions réciproques sont érigées, au même titre que l'existence de la contestation sur laquelle elles reposent, comme une condition de validité de l'accord amiable transactionnel, reste que les juges ont tendance à ne pas

prononcer la nullité entraînant un anéantissement du contrat. Dans nombre de cas, les juges font le choix d'une requalification de l'acte permettant de rapprocher le contrat de transaction de notions satellitaires. L'existence des concessions réciproques, et nous préférons parler d'obligations ou d'engagements réciproques interdépendants, permet d'affirmer les caractères synallagmatique et indivisible de l'accord amiable transactionnel, faisant de cet accord amiable un contrat autonome au régime unitaire se distinguant d'actes unilatéraux. Ces derniers pouvant être néanmoins intégrés au contenu global d'un accord amiable transactionnel au titre de la concession réciproque de l'une des parties. Ainsi aurions-nous souhaité que les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle aillent plus loin en consacrant à l'article 2044 du Code civil relatif à la définition du contrat de transaction non pas l'expression « *concessions réciproques* », mais celle d'obligations ou d'« *engagements réciproques interdépendants* ».

Enfin, une troisième condition relative à la commune intention des parties ne doit pas être négligée. Elle relève du contrôle du but du contrat de transaction qui se dédouble soit en la résolution définitive du différend né, soit en la prévention définitive du différend à naître. Le but de la prévention définitive du différend à naître permet d'appliquer de manière large la qualification transactionnelle à des accords amiables venant aménager les conséquences liées à certains événements – divorce, séparation, accidents, rupture du contrat de travail – sauf à vouloir échapper à l'effet définitif de la prévention du différend, en d'autres termes au caractère abdicatif du contrat de transaction. La liberté contractuelle autorise le rejet de la qualification transactionnelle emportant comme conséquence, au visa de l'article 2052 du Code civil, l'interdiction pour les parties d'introduire ou de poursuivre une action en justice ayant le même objet. Il s'agit alors de conclure un accord amiable seulement soumis au droit commun des contrats, privé d'une autorité confinante à celle d'un acte juridictionnel, permettant une remise en cause plus aisée. Nous trouvons l'illustration de ce rejet de la qualification transactionnelle au sujet de l'accord amiable issu de la conciliation en droit des entreprises en difficultés.

Le contrôle de l'ensemble de ces exigences relatives au contrat de transaction tel que défini à l'article 2044 du Code civil permet aux juges de contrôler et d'ajuster la qualification contractuelle attribuée à l'acte par les parties et les rédacteurs d'actes. Ce contrôle met en exergue l'existence d'accords amiables satellitaires – partage amiable, résiliation amiable – proches du contrat de transaction alors que d'autres actes, de par leur caractère unilatéral s'en éloignent, excepté à être intégrés à l'opération plus globale de l'accord amiable transactionnel. D'autres actes, judiciaires, se distinguent de l'accord amiable transactionnel emportant un effet procédural spécifique.

1045. Conclusion du Titre I relatif à l'expression de cette diversité : la pluralité des qualifications contractuelles

Le contrat de transaction apparaît indéniablement comme le référent tout désigné à l'accord amiable. Sa conclusion peut intervenir en matière familiale dans le cadre de l'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale, des conséquences du divorce sur ses aspects patrimoniaux, ou encore pour le règlement de créances alimentaires telles que la prestation compensatoire, mais également en matière de PACS et de concubinage, ainsi qu'en matière de droit de successions et des libéralités. Les restrictions à la conclusion de l'accord amiable transactionnel tiennent à certains droits extrapatrimoniaux indisponibles pour les parties marquant l'emprise de l'ordre public de direction. Cette admission de l'accord amiable transactionnel se retrouve également dans le domaine des droits d'auteurs dès lors qu'il concerne des droits patrimoniaux. Enfin sa conclusion est largement admise en droit des affaires en vue du maintien de la relation commerciale coûteuse à établir. Une qualification transactionnel de l'accord de volontés des parties qui emporte un effet remarquable au regard de son régime, interdisant l'introduction ou la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet.

Toutefois, deux atténuations à la conclusion à l'accord amiable de manière générale et à l'accord amiable transactionnel de manière particulière, apparaissent en droit de la famille. Tout d'abord, et ce de manière générale, au regard de la conclusion de tout accord amiable, fut-il qualifié de contrat de transaction, nous constatons, certes de manière résiduelle, que l'ordre public de direction conserve son emprise dès lors que sont en jeu des droits extrapatrimoniaux. Ensuite, et précisément concernant la qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable, nous constatons que son effet « juridictionnel » est limité dans le cas où l'accord de volontés prend pour but, non pas la résolution du différend, mais l'aménagement des conséquences d'un événement tels que divorce, séparation, exercice de l'autorité parentale. En effet, dans la mesure où les aménagements consentis par le biais d'engagements récripoques interdépendants sont appelés à évoluer, ceux-ci doivent pouvoir faire l'objet d'une révision judiciaire. Dès lors en pratique, les conventions de divorce et les conventions relatives à l'exercice de l'autorité parentale ne sont généralement pas qualifiées par les parties et rédacteurs d'actes, de contrat de transaction. En cas de difficultés, le juge prend alors le relais au titre de l'homologation, quitte à inciter au recours à des processus de résolution amiable, tels que la médiation, afin de favoriser la conclusion d'accords lors de la survenance de différends relatifs à l'évolution des conséquences conventionnellement aménagées. Dès lors, ces conventions consistent en des actes sous signature privée soumis au seul droit commun des

contrats dont les dispositions sont réformées aux articles 1101 et suivants, et particulièrement en ce qui concerne l'acte sous signature privée dont les règles sont prévues aux articles 1374 et suivants du Code civil. L'intitulé du nouveau cas de divorce par consentement mutuel est à cet égard révélateur. En visant le « *divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* », le législateur, dans le cas de ce divorce *extrajudiciaire*, se montre très précis quand à l'accord conclu par les parties au regard notamment du contresigning d'avocats et de l'authentification par notaire, sans préciser aucunement que cet accord amiable consiste en un contrat de transaction. La qualification transactionnelle semble ici exclue, ou tout moins, ne s'impose pas naturellement.

En revanche, le rejet de la qualification transactionnelle s'impose naturellement en matière d'accord amiable issu de la conciliation en droit des entreprises en difficulté où il paraîtrait contreproductif d'inciter les créanciers du chef d'entreprise débiteur à négocier et aider à la résolution des difficultés, tout en les privant de leur droit de poursuites sur le fondement de l'article 2052 du Code civil. Dans ce domaine, la résolution des difficultés doit servir le redressement de l'entreprise et le législateur incite à la négociation de la conclusion d'accord amiable par le biais de la récompense du privilège attribué aux créanciers dès lors que l'acte de volontés est homologué. Si l'accord amiable ne revêt pas la qualification transactionnelle, il demeure possible pour les parties de le faire constater ou homologuer par le juge, permettant de garantir pour l'un sa force probante et pour l'autre un certain contrôle sur son contenu.

Enfin, et toujours au titre du rejet de la qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable, il apparaît que la conclusion de l'accord amiable à l'issue de la conciliation ou de la médiation en matière de conflits collectifs du travail n'offre pas le choix de la qualification transactionnelle. Le législateur soumet expressément ces accords amiables au régime des conventions ou accords collectifs, lequel permet la révision, mais également la dénonciation de l'accord de volontés. C'est sans doute la révision qui justifie là encore le rejet de la qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable. La jurisprudence récente semble toutefois admettre que l'accord amiable venant résoudre un conflit collectif du travail puisse consister en un contrat de transaction. Par ailleurs, exception au rejet de la qualification transactionnelle est faite en matière d'indemnisation des victimes pour les accords amiables indemnitaires dont la qualification transactionnelle est légalement imposée et a pu être discutée au regard de la révision de l'indemnisation en cas d'évolution du préjudice de la victime. Cette dernière illustration atteste du fait que le rejet de la qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable est en définitive résiduel car dans bon nombre de domaines, celle-ci s'impose.

Ainsi est-ce le cas en droit des affaires où l'accord amiable peut être soumis au régime spécial du contrat de transaction.

Au-delà encore, le régime spécial de l'accord amiable transactionnel connaît un encadrement jurisprudentiel dans certains domaines marqués par un ordre public de protection, à l'instar du droit du travail et des conflits individuels du travail où la qualification transactionnelle appliquée à l'accord amiable reste en pratique maintenue. Il en est de même en matière de pénale, le législateur faisant place à l'autonomie des volontés en consacrant des dispositions relatives à la transaction. Dans ces domaines, le législateur ou la jurisprudence ne se contentent alors pas d'une application du régime spécial du contrat de transaction « de droit commun », mais font réellement évoluer son régime selon les matières, afin de répondre aux enjeux de l'ordre public.

De fait, en pratique, les rédacteurs d'actes doivent veiller à attribuer la juste qualification à l'accord amiable cristallisant la solution du différend ou la solution permettant un aménagement équilibré des conséquences liées à un événement ayant affecté les parties, et ce, au regard de la force particulière de l'accord amiable transactionnel. Cet accord amiable particulier empêche dès sa conclusion une remise en cause *judiciaire* du différend, caractérisant une autorité de chose « transigée ». Un effet justifiant le maintien d'un régime spécial à l'accord amiable transactionnel qui, pour le reste, subit l'influence du droit commun des contrats.

TITRE II – Une diversité tempérée : le rôle fédérateur du droit commun des contrats

1046. L'accord amiable transactionnel sous influence. Dans nombre de situations, l'accord amiable conclu par les parties peut être soumis au régime du contrat spécial de transaction dès lors que les parties disposent de la libre disponibilité de leurs droits et qu'elles se consentent, au visa de l'article 2044 du Code civil, des « *concessions réciproques* » reposant sur le différend et plus particulièrement sur la *res litigiosa*, constituée des prétentions initiales des parties. La doctrine admet toutefois que l'accord amiable puisse échapper à la qualification transactionnelle, la simple disponibilité des droits des parties permettant alors la conclusion d'un accord amiable seulement soumis au droit commun des contrats¹⁷²³. Il existerait ainsi des accords amiables consistant en des contrats de transaction et des accords amiables *sui generis*, soumis au seul droit commun des contrats. Reste que l'accord amiable transactionnel subit l'influence du droit commun des contrats. À cet égard, l'article 1105 du Code civil, tel qu'issu de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et non modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018, dispose que les contrats qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales. Indépendamment de cet objet sur lequel il porte – le différend – en principe objet du jugement lorsqu'il est traité par une procédure judiciaire, le contrat de transaction à la différence de ce dernier, a une nature éminemment contractuelle. Il se trouve ainsi soumis par nature aux règles du droit commun des contrats. C'est dire que les règles générales du droit commun des contrats s'appliquent à l'accord amiable transactionnel sous réserve des règles de son régime spécial édicté au articles 2044 et suivants du Code civil.

1047. Les apports de la réforme de la justice du XXIème siècle en matière d'accord amiable transactionnel. Les réformateurs ont procédé à un important élagage des dispositions du régime du contrat de transaction institué par les codificateurs du Code civil en 1804 et jamais jusqu'alors réformées. Des quinze dispositions initialement prévues, n'en reste

¹⁷²³ N. Fricero (dir.), C. Butruille-Cardew, L. Benraïs, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 757, n° 514.33 : ces auteurs soutiennent que l'accord amiable issu d'une procédure participative devrait échapper à l'exigence des concessions réciproques équilibrées propre au contrat de transaction. Ainsi, ces auteurs soutiennent que l'accord participatif reste soumis au droit commun des conventions et que « dans la mesure où il porte sur des droits dont les parties ont la libre disposition, l'existence de concessions réciproques ne devrait pas faire partie des conditions de validité ou des éléments de qualification de l'accord » - Voy ég. Cass. soc. 28 mars 2000, n° 97-42.419, *Bull. civ. V*, n° 135 ; *D.* 2000, jur. 537, note J. Savatier, D. Boulmier, « Le bureau de conciliation », *Dr. ouvriers* 2004, p. 98. : la Cour de cassation introduit le respect de droits des parties dans les conditions de validité du contrat.

aujourd'hui que neufs, au titre desquelles l'article 2052 qui lui confère une autorité confinante à celle d'un acte juridictionnel. L'article 2044 qui en donne une définition permet de préciser, sous l'angle du droit commun des contrats, son contenu constitué au titre de l'article 1162 du Code civil de ses stipulations et but. Reste qu'au titre des conditions communes à tout contrat, les dispositions de son régime spéciale ne se réfèrent aucunement au consentement des parties, ni à la capacité de contracter. À cet égard, les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle ont abrogé nombre de dispositions spéciales qui, jusqu'alors, traitaient des vices du consentement. Il convient ainsi de procéder à un renvoi au droit commun des contrats en ce qui concerne les conditions de validité de l'accord amiable transactionnel. Par ailleurs, si l'effet spécial du contrat de transaction demeure à l'article 2052 du Code civil, les réformateurs ont procédé à une reformulation de la chose jugée qui lui était initialement attribuée valorisant ainsi la nature contractuelle de la transaction prenant pour objet le différend. Reste que comme tout contrat, la transaction dispose de sa force obligatoire découlant de son essence contractuelle et qu'en outre, sa force peut encore varier à titre probant et exécutoire. Le droit commun des contrats marque ainsi son emprise sur le contrat de transaction. Or ce dernier côtoie les accords amiables seulement soumis à ce seul droit commun. C'est dire que le droit commun des contrats joue un rôle fédérateur venant tempérer la relative diversité des accords amiables et constitue un socle essentiel garantissant la validité de l'accord amiable peu important sa qualification transactionnelle (**Chapitre I**), tout en permettant de fédérer les forces qui l'animent (**Chapitre II**). Les réformateurs de la justice du XXI^{ème} n'ont pas entendu faire tomber tout entier ce contrat spécial dans le droit commun au regard de son effet particulier relatif son objet au sens matériel, la chose relativement à laquelle ce contrat est conclu : le différend. Une chose généralement appréhendée par le droit processuel.

Chapitre I – Le droit commun des contrats fédérateur de la validité des accords amiables

1048. Les apports de la réforme du droit commun des contrats. Les réformateurs du droit commun des contrats ont procédé à une innovation au titre des conditions de validité des contrats. Sans doute la plus discutée. Si les conditions du consentement des parties et leur capacité de contracter n'est qu'un rappel des dispositions de l'ancien article 1108 du Code civil, l'objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation ont disparu. Leur a été préféré « *un contenu certain et licite* ». Ces conditions de validité du droit commun des contrats ne s'appliquent que dans le silence des dispositions du droit spécial du contrat de transaction prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil relativement aux conditions de validité de ce contrat spécial.

1049. Les apports de la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle. Nombre de dispositions initialement instituées par les codificateurs du Code civil fixaient des règles relatives aux vices du consentement. Dans la mesure où celles-ci apparaissaient comme des redites du droit commun des contrats, les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle les ont abrogées (**Section I**). Par ailleurs, aucune disposition relative à la capacité des parties dès l'édition du Code civil n'était prévue au titre du régime spécial de l'accord amiable transactionnel appelant encore un renvoi à l'application des règles du droit commun des contrats (**Section II**). Enfin, si l'article 2049 du Code civil évoque que dans une certaine mesure le contenu du contrat de transaction en ce qu'il règle les différends qui s'y trouve compris, il convient de faire application des dispositions du droit commun des contrats relatives à la nouvelle condition de validité du contrat tenant à l'exigence d'un contenu licite et certain (**Section III**). C'est dire que le droit commun joue un véritable rôle fédérateur de la validité des accords amiables.

Section I – Un caractère fédérateur généralisé au titre de l'existence et de l'intégrité du consentement

1050. Les apports de la réforme de droit commun des contrats en matière de consentement. Comme tout contrat, le consentement des parties donné à l'accord amiable transactionnel doit exister et être exempt de vices.

Concernant l'existence du consentement, le nouvel article 1129 du Code civil issu de la réforme du droit des contrats dispose que « *conformément à l'article 414-1, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat* »¹⁷²⁴. L'absence de trouble mental est en effet une condition de formation du contrat, indépendamment de toute question relative à l'existence d'une mesure de protection¹⁷²⁵.

Concernant les vices du consentement, si l'ancien article 1109 du Code civil disposait qu'« *il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* », le nouvel article 1130 du Code civil prévoit, dorénavant, que « *l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* » étant ajouté que « *leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* »¹⁷²⁶. Les réformateurs du droit des contrats ont ainsi insisté sur le caractère déterminant du vice.

La sanction commune à ces irrégularités est par ailleurs prévue – compte tenu du caractère privé des intérêts protégés – à l'article 1131 du Code précisant que « *les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat* ».

1051. Les apports de la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

Cette réforme a notablement impacté le régime spécial du contrat de transaction resté inchangé depuis l'édition du Code civil, en supprimant pas moins de sept articles qui ne faisaient que reprendre les règles du droit commun des contrats.

À cet égard, l'ancien article 2053 alinéa second disposait que la transaction pouvait être « *rescindée* » « *dans tous les cas où il y a dol et violence* », et prévoyait en outre une adaptation à son alinéa premier en précisant que « *néanmoins une transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation* ». D'aucuns ont relevé la maladresse rédactionnelle de ce texte ancien qui visait la sanction d'une rescision devant être entendue comme une nullité, et une nullité relative applicable en droit commun aux vices du consentement¹⁷²⁷. Un débat doctrinal a alors porté sur le point de savoir si le régime des vices du consentement s'applique dans les mêmes conditions qu'en droit commun des contrats ou si la

¹⁷²⁴ Non modif. par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018, *préc.*

¹⁷²⁵ Rapport au Président de la République *relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JO du 11 févr. 2016, n° 0035.

¹⁷²⁶ Disposition non mod. par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.*

¹⁷²⁷ Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^{ème} siècle » - Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 », *JCP G*, 28 nov. 2016, n° 48, doct. 1295, spéc. n° 47 s.

nature duale de la transaction suppose une adaptation. Afin de répondre à cette interrogations, doivent être appréhendés les différents vices du consentement – erreur (**Sous-Section I**), dol (**Sous-Section II**) et violence (**Sous-Section III**) – pouvant affecter l'accord amiable soumis au seul droit commun des contrats. Il s'agit de recherche si la qualification transactionnelle qui peut lui être appliquée, implique des adaptations particulières. En conséquence, nous proposons de conduire cet examen en prenant appui sur le contrat de transaction, référent à l'accord amiable.

Sous-Section I – L'erreur en matière d'accord amiable transactionnelle

1052. Antérieurement à la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle. Pas moins de six dispositions relatives au contrat spécial de transaction traitaient du vice de consentement de l'erreur.

En premier lieu, au visa de l'ancien alinéa second de l'article 2052 du Code civil, l'erreur de droit était exclue. Ainsi, un contractant à l'accord amiable transactionnel ne pouvait invoquer la nullité du contrat sur ce fondement.

En second lieu, l'alinéa premier de l'ancien article 2053 précisait – maladroitement puisque visant la rescision en principe uniquement applicable à la lésion – que le contrat de transaction pouvait être, en réalité annulé, s'il était affecté d'un vice du consentement consistant soit en une erreur sur la personne, soit en une erreur sur l'objet de la contestation.

En troisième lieu, l'ancien article 2054 prévoyait la même sanction de la « rescision » au contrat de transaction portant sur un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément souhaiter par le biais de leur accord amiable traiter de la nullité du titre. À cet égard, la jurisprudence jugeait, que le fait de transiger sur un titre nul consistait au fond en une erreur de droit¹⁷²⁸, de sorte que cette disposition paraissait comme une redite ou une illustration de l'alinéa premier de l'ancien article 2053.

En quatrième lieu, l'ancien article 2055, ne visant plus rescision mais la nullité, sanctionnait le contrat de transaction conclu sur des pièces qui après la signature s'avéraient fausses. La jurisprudence retenait toutefois la validité du contrat de transaction lorsque les parties traitaient expressément de la nullité dans le cadre de leur accord amiable.

En cinquième lieu, l'ancien article 2056 prévoyait la nullité du contrat de transaction portant sur un litige ayant fait l'objet d'un jugement passé en force de chose jugée, dont les

¹⁷²⁸ Cass. com. 26 nov. 1957, *Bull. Civ.* III, n° 326.

parties ou l'une d'elle n'avaient pas eu connaissance, à moins que ce jugement ne soit susceptible d'un recours en appel. Il s'agissait alors d'une erreur de droit.

Enfin, l'ancien article 2058 du Code civil prévoyait que l'erreur de calcul dans une transaction devait être réparée, ce qui semble aller de soi.

1053. L'impact de la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème}. Les réformateurs, non sans débat, ont supprimé l'ensemble de ces articles, réduisant le régime initialement prévu au contrat de transaction de près d'un tiers de ses dispositions.

Certains auteurs se sont montrés hostiles à pareil élagage à l'instar du professeur Loïc Cadiet dont l'audition devant la Commission des Lois est citée dans les travaux parlementaires. Celui-ci pointait du doigt le risque de « faire tomber la transaction dans le droit commun des contrats, gommant ainsi sa spécificité, notamment en ce qui concerne la nullité, et risquant de réduire le degré de sécurité juridique qui s'attache à cet outil »¹⁷²⁹. Le « démantèlement » du contrat de transaction était ainsi redouté¹⁷³⁰. D'autres, au contraire, à l'instar du rapporteur aux échanges en séance publique au Sénat, le sénateur Yves Détraigne, et la garde des Sceaux d'alors, Madame Christiane Taubira, considéraient ces articles comme « superfétatoires par rapport aux fondements mêmes de notre droit des obligations »¹⁷³¹. Ceux-ci restant soucieux que les dispositions spécifiques relatives à la transaction soient maintenues. Mais un auteur en particulier est allé encore plus loin proposant d'abroger l'ensemble du régime du contrat spécial de transaction, n'y voyant qu'un contrat de droit commun¹⁷³². Le changement de garde des Sceaux n'ayant pas modifié la volonté gouvernementale, l'Assemblée nationale a adopté l'amendement déposé par le rapporteur Jean-Yves Le Bouillonnet¹⁷³³. La suppression de ces articles aura donc été successivement proposée par le Gouvernement, écartée en Commission des Lois au Sénat, repropo- sée par amendement gouvernemental, puis rejetée par le vote des sénateurs pour être enfin rétablie à l'Assemblée nationale. Afin de défendre la suppression de ces dispositions « superfétatoires » le garde des Sceaux Jean-Jacques Urvoas cite ainsi Planiol au cours des débats parlementaires : « Le gouvernement est favorable à cet amendement qui vise à supprimer des dispositions dont le professeur Marcel Planiol, auteur du Traité

¹⁷²⁹ Y. Détraigne, Rapport, Commission des Lois du Sénat, 28 oct. 2014, spéc. p. 47 ; Ég. B. Mallet-Bricout, « Vices et transaction » in *La transaction dans toutes ses dimensions*, op. cit., p. 35 : en faveur d'une refonte du régime de l'erreur dans le cadre de la transaction par le biais d'une suppression des erreurs particulières.

¹⁷³⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gauthier, *Droit des contrats spéciaux*, Lextenso, coll. Droit civil, 8^{ème} éd., 2016, spéc. n° 1103 ; Th. Clay, « La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le Code civil », *JCP G* 2014, I, p. 492.

¹⁷³¹ *JO Sénat CR*, 4 nov. 2015, p. 10352.

¹⁷³² L. Mayer, « La transaction, un contrat spécial », *RTD civ.* 2014, p. 523, spéc. n° 16-29.

¹⁷³³ Amendement n° CL362.

élémentaire de droit civil, disait en 1899 qu'elles sont inutiles. La patience est récompensée... »¹⁷³⁴.

1054. L'emprise du droit commun des contrats sur le traitement des vices du consentement affectant le contrat spécial de transaction. Par la suppression de ces dispositions, le régime du contrat de transaction perd de sa spécificité, si tant est qu'elle ait existée, dans la mesure où elles n'étaient que des redites du droit commun des contrats. Ce dernier n'ayant pas manqué de faire l'objet d'une réforme d'envergure quelque mois avant que ne soit entérinée la réforme de la justice du XXIème siècle, il convient donc de traiter le domaine d'application (§1) et la sanction (§2) du vice du consentement de l'erreur au regard du nouveau droit commun des contrats, lequel a gagné en clarté.

§1. La soumission de l'accord amiable au droit commun des contrats

1055. Une approche uniformisée par application du droit commun des contrats. La combinaison des anciens articles 2052 alinéa second et 2052 du Code civil permettait de déterminer un domaine général d'application de l'erreur en matière de contrat de transaction qui rappelait les hypothèses de mise en œuvre de ce vice du consentement dans le droit commun des contrats. Cependant l'approche était plus restrictive en l'absence de référence à la notion générale d'erreur sur la substance et en présence de l'exclusion spécifique de l'erreur de droit par l'ancien alinéa second de l'article 2052 du Code civil. Désormais, ces adaptations n'ont plus lieu d'être. Le régime de l'accord amiable transactionnel donne lieu à la mise en œuvre de la sanction de l'erreur telle qu'elle est prévue en droit commun des contrats aux articles 1132 et suivants du Code civil issus de la réforme sur droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018.

Il convient donc, en tout premier lieu, d'analyser les apports de la réforme du droit des contrats en matière de vice de consentement de l'erreur **(A)**, pour ensuite envisager l'application de ces solutions à l'accord amiable transactionnel **(B)**. Enfin, il s'agit de rechercher sous le prisme de l'application du droit commun des contrats, le traitement des erreurs spécifiques qui, jusqu'à la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle, faisaient l'objet d'un certain nombre de dispositions au sein du régime spécial du contrat de

¹⁷³⁴ J.-J. Urvoas, *Audition devant la Commission des Lois AN*, 3 mai 2016, spéc. p. 39

transaction (C).

A. La convergence de solution entre l'ancien et le nouveau droit des contrats

1056. L'évolution de la notion d'erreur. Le Code civil, jusqu'à la réforme du droit des contrats ne consacrait qu'une seule disposition à l'erreur. Ainsi, l'ancien article 1110 du Code civil disposait que « *l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet* » ajoutant « *qu'elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention* ». L'erreur – des trois vices du consentement du Code civil – est celui le plus invoqué. Elle a donné lieu à une jurisprudence abondante, que la doctrine s'efforce d'interpréter¹⁷³⁵. En général, l'erreur consiste à se tromper, à croire qu'est vrai ce qui est faux ou inversement. Au sens plus juridique, « on peut dire qu'elle est le fait de se représenter inexactement l'objet d'une obligation, ou bien, plus techniquement encore, qu'elle est une discordance entre la volonté interne et la volonté déclarée »¹⁷³⁶. En droit commun des contrats, la question se pose donc de savoir si toute erreur entraîne systématiquement la nullité du contrat ou s'il est des cas où l'erreur n'est pas constitutive d'un vice du consentement. Instinctivement, nous présentons qu'il existe des erreurs indifférentes et des erreurs substantielles. Cette distinction trouve son fondement dans deux principaux arguments : tout d'abord, les relations contractuelles doivent avoir un minimum de stabilité et ne pas être à la merci de remises en question systématiques, en raison de la mauvaise représentation d'un contractant et dont le cocontractant n'est pas responsable ; ensuite, la justice contractuelle commande qu'on ne puisse obliger quelqu'un si la contre-prestation qui lui est due ou celle qu'il doit n'est pas celle qu'il a voulue. Le consentement n'oblige qu'à ce qui a été réellement voulu. La doctrine considère qu'« il est nécessaire que l'erreur ne soit une cause de nullité que si elle porte sur une qualité objectivement « essentielle » ou « entrée dans le champ contractuel », expression imagée qui désigne ce qui a fait l'accord des parties et détermine les éléments sur lesquels les parties acceptent le risque d'une remise en cause du contrat »¹⁷³⁷.

¹⁷³⁵ J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, th. Paris, LGDJ, 1963, préf. J. Boulanger ; G. Vivien, « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTD civ.*, 1992, p. 305.

¹⁷³⁶ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p 283, n° 497.

¹⁷³⁷ *Ibid.* p. 284, n° 499.

1057. Les apports de la réforme du droit commun des contrats. Les réformateurs ont consacré cinq dispositions au vice de l'erreur. La première de ces dispositions, l'article 1132 du Code civil reformule la rédaction négative de l'ancien alinéa 1^{er} de l'article 1110 qui, bien que critiquée, présentait l'avantage d'indiquer qu'il n'y a *a priori* aucune raison de faire supporter les conséquences de l'erreur commise par l'une des parties à l'autre, en privant celle-ci du contrat. Certaines erreurs portant sur « la substance » ont vocation à entraîner l'anéantissement de l'accord de volontés des parties, alors que certaines attentes particulières propres à chaque contractant sont indifférentes et doivent être supportées par l'*errans*. Ainsi, le nouvel article 1132 du Code civil reformule l'ancienne tournure qui trompait sur la place qu'à prise l'erreur en droit contemporain. Les réformateurs remplacent le terme « *substance* » par l'expression « *qualités essentielles de la prestation due ou celles du cocontractant* ». Cette disposition consacre le droit positif antérieur essentiellement jurisprudentiel. Comme le font observer les professeurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès, c'est sur le mot « *substance* » que c'était polarisée l'attention et qu'a joué l'évolution. Elle permet aujourd'hui de déterminer ce que sont les qualités essentielles.

B. L'application du droit commun des contrats à l'accord amiable transactionnel

1058. Des erreurs substantielles et des erreurs indifférentes. Le terme de « *substance* » présent à l'ancien article 1110 du Code civil avait, depuis 1804, évolué. Le débat a tout d'abord porté sur le fond du droit puis s'est déplacé sur le terrain de la preuve, ouvrant la voie à l'avènement des « *qualités essentielles* »¹⁷³⁸.

Sur le fond du droit, la « *substance* » a d'abord été entendue de manière objective¹⁷³⁹ pour être ensuite comprise de manière subjective. La substance est dématérialisée : il s'agit de la qualité « substantielle », c'est-à-dire la qualité déterminante que la victime de l'erreur avait en vue dans la contre-proposition. Par exemple, dans une vente de terrain à construire, elle est sa constructibilité ou dans la vente d'objets d'arts, elle est l'authenticité. En retenant, cette conception subjective de la substance, les autres erreurs, autres que substantielles sont indifférentes. Il s'agit donc de rechercher en matière d'accord amiable transactionnel, les erreurs substantielles **(1)** et les erreurs indifférentes **(2)**.

¹⁷³⁸ G. Vivien, « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTDCiv.* 1992, p. 305 – P. Jourdain, « Le devoir de se renseigner », *D.* 1983, chron. p. 139 – P. Chauvel, « Erreur substantielle, cause et équilibre des prestations dans les contrats synallagmatiques » *Droits*, 1990/12, p. 93.

¹⁷³⁹ Argent et argenté, selon l'exemple légendaire de Pothier : l'acheteur commet une erreur substantielle, constitutive d'un vice du consentement, s'il achète des flambeaux en bronze argenté alors qu'il les croyait en argent. La substance est alors uniquement la matière.

1) Les erreurs substantielles : vices de consentement de l'accord amiable

1059. Variété des erreurs substantielles. L'article 1132 tel qu'issu de la réforme de droit des contrats et non modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018 dispose que « *l'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant* ». En matière d'accord amiable transactionnel, les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle ont supprimé l'article 2052 alinéa second qui excluait l'erreur de droit. Dès lors, la question se pose de savoir si les réformateurs ont entendu admettre que l'accord amiable transactionnel puisse être attaqué pour erreur de droit **(a)**. L'admission du vice de consentement de l'erreur se pose également lorsque celle-ci porte sur l'objet de la contestation **(b)** ou encore sur les qualités essentielles du cocontractant **(c)**.

a) L'admission de l'erreur de droit en matière d'accord amiable transactionnel

1060. Le rejet de l'erreur de droit antérieur à la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle. En disposant que l'erreur de droit n'était pas une cause de nullité du contrat de transaction, l'ancien alinéa second de l'article 2052 du Code civil s'opposait frontalement au droit commun des contrats qui, lui, l'a toujours pris en considération.

Il convenait dès lors de justifier cette exclusion spécifique à l'accord amiable transactionnel au regard d'arguments plus ou moins convaincants. Certaines études menées sur le contrat de transaction tendaient à révéler que cet aménagement légal de l'admissibilité des vices du consentement résultait d'une maladresse rédactionnelle et non d'une exclusion véritablement souhaitée par les rédacteurs du Code civil¹⁷⁴⁰. Par ailleurs, était classiquement avancée la maxime du droit pénal *nemo consentur ignorare legem*, qui cependant se trouvait contredite par l'admission de l'erreur de droit dans la théorie générale des contrats. De manière plus pertinente, pouvait être mis en avant l'objet particulier du contrat de transaction présentant une nature duale, à la fois contrat et un *instrumentum* de règlement amiable des différends. L'idée est que les parties, souhaitant régler leurs intérêts à l'amiable, ne se préoccupent pas de leurs droits véritables et du droit positif applicable. En édictant leurs propres règles qu'elles s'engagent à respecter, elles ne peuvent par la suite se prévaloir d'une mauvaise application du

¹⁷⁴⁰ C. Accarias, *Études sur la transaction en droit romain et en droit français*, th. Paris, 1863 ; Ég. B. Mallet-Bricout, *Vices et transaction*, *op. cit.*, n° 49.

droit¹⁷⁴¹. C'étaient ainsi les notions de risque et de doute, liées à l'objet du contrat de transaction qui expliquaient le mieux cette solution dérogatoire au droit commun des contrats¹⁷⁴².

1061. Les difficultés de distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait. Si l'exclusion de l'erreur de droit trouvait sa motivation dans le particularisme du contrat de transaction, sa mise en œuvre était rendue délicate en pratique par la difficulté à la distinguer clairement de l'erreur de fait.

L'erreur de droit portant sur l'existence d'une norme ou sur sa portée, ne devait pas, en effet, être assimilée à une erreur sur les droits subjectifs qui trouve son origine dans une erreur de fait¹⁷⁴³. De la même façon, un accord amiable transactionnel peut être annulé lorsqu'il porte sur le règlement d'une créance dont l'une des parties se croyait débitrice alors qu'elle était en réalité créancière¹⁷⁴⁴. En revanche, l'ignorance par un souscripteur d'assurances de l'inopposabilité d'un délai de carence invoqué par sa compagnie constitue une erreur de droit¹⁷⁴⁵.

1062. Les contradictions jurisprudentielles remarquées relatives à l'erreur de droit et l'erreur de fait. La subtilité de la frontière entre l'erreur de droit et l'erreur de fait trouvait une illustration dans des solutions jurisprudentielles contraires rendues relatives à des cas d'espèces très proches. Ces affaires concernaient la conclusion du contrat de transaction entre une banque et une caution relativement à une créance éteinte suite à sa non-déclaration par le créancier lors de la procédure de redressement judiciaire. Si cette problématique n'a certes plus lieu d'être depuis la dernière réforme des procédures collectives qui a supprimé le principe d'extinction de la créance en cas de défaut de déclaration¹⁷⁴⁶, elle garde tout son intérêt au regard de la distinction entre erreur de droit et erreur de fait.

¹⁷⁴¹ F. Julienne, *JCl. Code civil*, « Art. 2044 à 2052 », Fasc. 30, « Transaction – Formation », spéc. n° 63.

¹⁷⁴² L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, *op. cit.*, spéc. n° 211 ; Ég. X. Lagarde, « Les spécificités de la transaction consécutive à un licenciement », *JCP G*, 2001, I, 337 ; Ég. L. Boyer, *La notion de transaction*, *op. cit.*, n° 1100 ; Ég. B. Mallet-Bricout, « Vices et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, *op. cit.*, p. 35 ; Ég. C. Boillot, *La transaction et le juge*, th Paris, préf. Le Cannu, LGDJ, 2003, n° 669.

¹⁷⁴³ P. ex. CA Nancy, 16 janv. 1930, *JCP* 1930, p. 700 pour une erreur portant sur l'étendue d'un préjudice constitue une erreur de fait.

¹⁷⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 1972, *Bull. civ.* I, n° 290.

¹⁷⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, n° 04-11.130, *Bull. civ.* I, n° 332 ; *D.* 2006, p. 1512, note R. Chaaban.

¹⁷⁴⁶ Voy. Loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JO* 27 juill. 2005, p. 12187 – Ég. P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, cahier spécial, supplément, n° 33.

Alors que la première chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée pour l'annulation d'un règlement amiable du litige sur le fondement de l'erreur de fait¹⁷⁴⁷, cette même chambre l'a refusée au nom de l'exclusion de l'erreur de droit¹⁷⁴⁸. Comme le fait observer Madame Frédérique Julienne, cette distorsion des solutions trouve sa justification dans l'existence d'un jugement de condamnation de la banque au remboursement qui impliquait que la transaction portait sur les modalités d'exécution de ce jugement, justifiant la qualification d'erreur de droit. Tandis qu'en l'absence d'un tel jugement, l'erreur résultant d'un simple défaut de connaissance de l'ouverture de la procédure collective est constitutive d'une erreur de fait¹⁷⁴⁹.

1063. L'admission de l'erreur de droit sous couvert de l'erreur sur l'objet.

L'opposition entre l'erreur de droit et l'erreur de fait se trouvait par ailleurs opacifiée par certaines décisions jurisprudentielles tendant à admettre de manière détournée la sanction de l'erreur de droit sous le couvert d'une sanction de l'erreur sur l'objet. Cette démarche avait été suivie, notamment, lors d'un contrat de transaction conclu entre un employeur et son salarié, l'erreur commune, consistant à croire que l'indemnité légale de licenciement pouvait être réclamée par le salarié. Cette erreur avait été prise en compte sous la qualification d'erreur sur l'objet de la contestation¹⁷⁵⁰.

Dans le même esprit, pouvait être mentionnée une décision relative au sort d'un contrat de transaction conclu entre une banque et un client pour mettre un terme à un litige né à la suite d'une ouverture de crédit. Le fait que, postérieurement à la signature de l'accord amiable transactionnel, l'absence des agréments nécessaires à l'exercice des opérations de banque en France avait été dévoilée, avait poussé les clients emprunteurs à demander la nullité de l'accord amiable transactionnel sur le fondement de l'erreur. Alors que la cour d'appel avait considéré qu'il s'agissait d'une erreur de droit, les juges de la Cour de cassation avaient estimé qu'il y avait eu une erreur sur l'existence même de la créance privant le contrat de transaction de son objet et justifiant la nullité¹⁷⁵¹.

Les juges allaient parfois jusqu'à confirmer la qualification d'erreur de droit mais en mettant en exergue ses implications sur l'objet de la contestation afin de légitimer la nullité de

¹⁷⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, *D.* 2001, p. 1944, note V. Avena-Robardet et p. 2193, note Ph. Soustelle ; *JCP G* 2011, I, 356, n° 9, obs. Ph. Simler ; *RTD civ.* 2001, p. 909, obs. P.-Y. Gautier.

¹⁷⁴⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2000, n° 98-12.015, *Bull. civ. I*, n° 334 ; *D.* 2001, p. 629, note V. Avena-Robardet et p. 2193, note Ph. Soustelle ; *RTD civ.* 2001, p. 380, note P.-Y. Gautier ; *JCP G* 2001, I, 356, obs. Ph. Simler.

¹⁷⁴⁹ F. Julienne, *JCl. Code civil*, « Art. 2044 à 2052 », Fasc. 30, « Transaction – Formation », spéc. n° 63.

¹⁷⁵⁰ Cass. soc., 24 nov. 1998, n° 95-43.523, *Bull. civ. V*, n° 515 ; *D.* 1999, somm. p. 174, obs. P. Fadeuilhe.

¹⁷⁵¹ Cass. com., 16 nov. 2004, n° 02-19.674, NP.

l'accord amiable transactionnel¹⁷⁵². Cette logique avait été appliquée dans le cadre d'un accord amiable transactionnel visant à mettre fin à un litige entre un vendeur d'immeuble et son acquéreur suite à une erreur de superficie. Cette dernière, calculée conformément aux exigences du décret en vigueur avait été analysée comme étant constitutive d'une erreur de droit par hauts magistrats, mais ils avaient cependant annulé le contrat de transaction au motif que cette erreur avait affecté l'objet de la contestation .

Cette tendance jurisprudentielle à jouer sur la qualification des erreurs pour sanctionner en réalité l'erreur de droit était analysée diversement par la doctrine. Certains auteurs en trouvaient de multiples illustrations, notamment en droit du travail, l'erreur sur le motif de licenciement considérée comme une erreur de fait pouvant être en réalité assimilable à une erreur de droit¹⁷⁵³ .

1064. L'appréciation large de l'erreur de droit. En dehors de cette problématique liée à la distinction avec l'erreur de fait, l'erreur de droit était largement entendue puisqu'elle était susceptible de porter sur toutes les sources de droit. Ainsi, peut-il s'agir d'une erreur portant sur une norme internationale, une règle de droit étranger¹⁷⁵⁴, un texte réglementaire¹⁷⁵⁵, une convention collective du travail¹⁷⁵⁶, ou encore, le sens d'une jurisprudence¹⁷⁵⁷.

1065. En définitive, et au vu des multiples interrogations induites par le régime spécifique de l'accord amiable transactionnel à l'égard de l'erreur de droit, l'abrogation de l'article 2053 a été dans le sens d'une simplification et d'une clarification de l'appréciation de l'erreur en cette matière. Par ailleurs, l'accord amiable non transactionnel se trouve soumis au droit commun des contrats de sorte que le droit commun des contrats s'applique de manière unitaire aux accords amiables, peu important qu'ils soient qualifiés ou non de contrats de transaction.

b) L'erreur sur l'objet sanctionnée sur le fondement du droit commun des contrats

¹⁷⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 06-19.643, *Bull. civ. I*, n° 151 ; *D.* 2008, p. 1551, obs. Lavric ; *D.* 2009, p. 272, note F. Ludwiczac ; *RLDC* 2008/51, n° 3050, obs. V. Maugeri ; *CCC.* 2008, comm. 225, obs. L. Leveneur ; *Dr. et patrimoine* févr. 2009, p. 126, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck.

¹⁷⁵³ X. Lagarde, « Les spécificités de la transaction consécutives à un licenciement », *JCP G*, 2001, I, 337.

¹⁷⁵⁴ T. civ. Seine, 7 janv. 1949, *D.* 1949, somm. p. 19.

¹⁷⁵⁵ Cass. soc., 27 janv. 1960, *Bull. civ. IV*, n° 91.

¹⁷⁵⁶ Cass. soc., 14 nov. 1963, *Bull. civ. IV*, n° 790.

¹⁷⁵⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 17 févr. 1960, *Bull. civ. I*, n° 113.

1066. Antérieurement à la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle. L'alinéa premier de l'ancien article 2053 du Code civil prévoyait explicitement la sanction de l'erreur portant sur l'objet de la contestation. Cette erreur était le vice le plus souvent caractérisé et invoqué en matière de contrat de transaction.

En l'absence de définition légale, il revenait à la jurisprudence de la distinguer d'autres notions avec plus ou moins de clarté. D'une manière générale, l'erreur sur l'objet portait sur la consistance et l'étendue de la *res litigiosa* que l'accord amiable transactionnel¹⁷⁵⁸ a pour objectif de régler. Étaient ainsi annulés les contrats de transaction conclus suite à une erreur de fait, comme, par exemple, celle visant à déterminer les conséquences civiles d'un délit alors que celui-ci n'a pas été commis ou comme celle relative à une erreur sur la nature des lésions subies par une victime d'un accident corporel¹⁷⁵⁹. De la même manière, étaient sanctionnés les contrats de transaction lorsqu'il y avait eu une erreur sur la nature des droits¹⁷⁶⁰.

Si la délimitation de la notion d'erreur sur l'objet de la contestation tendait à être clairement fixée à l'égard d'erreurs relatives à la situation présente **(I)**, elle se révélait plus problématique lorsqu'il s'agissait de qualifier une erreur relative à une situation à venir **(II)**.

I. L'erreur sur l'objet de la contestation relative à une situation présente

1067. Une définition jurisprudentielle négative de l'erreur sur l'objet de la contestation. Le travail de délimitation de la notion d'erreur sur l'objet de la contestation avait amené les juges à la définir de manière négative en excluant certaines causes d'erreur. Notamment, elle devait être dissociée de l'erreur relative aux prestations réciproques des parties prévues dans le contrat de transaction¹⁷⁶¹. Par ailleurs, elle n'était pas caractérisée lorsque le contractant s'est uniquement trompé sur l'étendue de ses droits, situation qui relève de la qualification de la lésion, non sanctionnée en matière de contrat de transaction et plus largement en droit commun des contrats¹⁷⁶².

¹⁷⁵⁸ CA Aix, 22 avr. 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 2, p. 638, note G. Raymond.

¹⁷⁵⁹ CA Caen, 11 juill. 1928, *Gaz. Pal.* 1928, 2, 851.

¹⁷⁶⁰ Cass. civ., 17 nov. 1930, *S.* 1932, 1, p. 17 : en l'espèce une partie avait renoncé à ses droits successoraux en se trompant sur la nature de ces derniers.

¹⁷⁶¹ CA Paris, 10 avr. 1987, *D.* 1987, IR p. 134.

¹⁷⁶² P. ex. CA Paris, 10 avr. 1987, *D.* 1987, IR p. 134 : pour le cas de l'acheteur d'un véhicule d'occasion qui a transigé avec le vendeur après la découverte de vices dont il a sous-estimé l'importance – Cass. civ. 3^{ème}, 28 oct. 1974, *Bull. civ.* III, 1974, n° 383 et Cass. civ. 3^{ème}, 20 juin 1978, *Bull. civ.* III, 1978, n° 256 : pour le cas d'un propriétaire exproprié qui avait sous-estimé la valeur de son terrain à l'occasion d'une transaction passée avec l'Administration afin de fixer son indemnité. Ou encore le cas d'une victime d'accident qui s'est trompée sur la nature de la somme reçue par le biais d'une transaction signée avec le responsable du dommage, l'acompte escompté se trouvant être en fait le montant global de l'indemnisation.

1068. L'erreur sur l'étendue des obligations. De la même manière, l'erreur sur l'objet du contrat de transaction n'était pas constituée quand il y avait une erreur relative à l'étendue des obligations comme l'atteste, entre autres, le refus de mettre en œuvre la nullité pour un accord amiable indemnitaire et transactionnel conclu par un auteur de blessures volontaires avec la victime en se croyant, à tort, entièrement responsable¹⁷⁶³ ou pour le même type d'accord amiable conclu entre la Caisse de sécurité sociale et un tiers responsable d'un accident, sous-estimant sa part de responsabilité¹⁷⁶⁴. Dans la même logique, il peut être fait mention d'une décision refusant l'action en nullité pour erreur sur l'objet, engagée par une compagnie d'assurances alors qu'elle avait versé une indemnité à une victime d'accident de la circulation qui grâce à un témoignage postérieur a été convaincue d'une faute exonérant l'assuré¹⁷⁶⁵.

II. L'erreur sur l'objet de la contestation relative à une situation à venir

1069. Position du problème. L'enjeu consiste à déterminer si l'accord amiable transactionnel réglant l'indemnisation d'une victime peut être annulé à la suite d'une aggravation de sa situation.

L'étude des solutions jurisprudentielles démontre une tendance à accepter de manière plus souple la mise en œuvre de la nullité uniquement dans le cas d'une erreur portant sur la situation présente des parties. Cette position favorable trouve son illustration par l'annulation d'accords amiables transactionnels fixant une indemnisation pour des malfaçons en matière immobilière suite à la découverte par le maître d'ouvrage de nouvelles malfaçons justifiant la démolition de l'immeuble¹⁷⁶⁶ ou suite à l'inefficacité des travaux, réalisés par l'entrepreneur, pour réparer les malfaçons¹⁷⁶⁷.

1070. Les difficultés liées à l'aggravation de l'état d'une victime de préjudices corporels. La problématique présentait ses principaux enjeux dans le cas d'une aggravation de l'état d'une victime de préjudices corporels intervenue postérieurement à la conclusion d'un accord amiable indemnitaire et transactionnel ayant pour objet de fixer le montant de la

¹⁷⁶³ Cass. req., 31 mars 1931, *DH* 1931, p. 250.

¹⁷⁶⁴ Cass. soc., 18 janv. 1968, *Bull. civ.* V, n° 45.

¹⁷⁶⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} avr. 1998, *Bull. civ.* I, n° 210 ; *D.* 1998, IR p. 126.

¹⁷⁶⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 24 mai 1978, *Bull. civ.* III, n° 221.

¹⁷⁶⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 3 mai 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 2, pan. jurispr. p. 429.

réparation. La révision de l'indemnité se heurte alors à l'effet obligatoire des contrats et à l'autorité de chose « transigée » impliquant la renonciation par la victime à tout recours ultérieur.

À titre liminaire, il convient de relever que ce problème ne se pose pas quand le préjudice corporel trouve son origine dans un accident de la circulation ou dans un acte de terrorisme, les articles L. 211-19 et L. 422-2 du Code des assurances aménageant au bénéfice de la victime la possibilité de demander un complément de réparation en cas d'aggravation de son état. De la même façon, il n'a pas lieu d'être quand les parties n'ont souhaité transiger que sur les conséquences présentes de l'accident, l'annulation du contrat de transaction indemnitaire s'impose alors logiquement en cas de découverte de nouvelles lésions¹⁷⁶⁸.

La question demeure cependant pour tous les autres cas d'accidents corporels à l'égard desquels la jurisprudence était tentée d'accepter la remise en question de l'accord amiable indemnitaire transactionnel sur le fondement de l'erreur sur l'objet de la contestation. Nous pensons à cet égard à la victime d'un accident médical, aux victimes d'actes de terrorisme ou de pollution aux hydrocarbures. Cette solution favorable supposait cependant que la victime apporte la preuve préalable de deux éléments : la réalité de l'aggravation de son état et le lien de causalité entre cette aggravation et l'accident. Ainsi, ne constituait pas un état d'aggravation, des frais supplémentaires liés à des opérations de chirurgie esthétique¹⁷⁶⁹.

Par ailleurs, l'application extensive de la sanction de l'erreur en matière d'aggravation de la situation de la victime apparaissait dans certaines solutions dans lesquelles les juges ont annulé l'accord amiable indemnitaire et transactionnel alors que celle-ci réglait expressément les conséquences présentes et à venir de l'accident¹⁷⁷⁰.

De manière plus subtile, certaines solutions jurisprudentielles se sont orientées vers la construction d'une distinction basée sur un critère objectif entre l'erreur sur l'aggravation des lésions non prise en considération¹⁷⁷¹ et l'apparition de lésions ultérieures qui, elles, sont prises en compte sur le fondement de l'erreur sur l'objet de la contestation¹⁷⁷².

Toutefois, la tendance dominante reposait plus opportunément sur un critère subjectif : le caractère prévisible ou non de l'évolution des lésions, l'accord amiable indemnitaire et transactionnel n'étant annulable qu'en cas d'imprévisibilité de l'aggravation de l'état de la

¹⁷⁶⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 10 janv. 1990, *Bull. civ.* II, n° 9 : dans cette espèce des troubles épileptiques sont apparus alors que la transaction n'avait pour objet que de réparer des troubles de mémoire.

¹⁷⁶⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 19 déc. 1977, *Bull. civ.* II, n° 243.

¹⁷⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1986, *Bull. civ.* I, n° 164.

¹⁷⁷¹ Cass. civ., 1^{er} déc. 1942, *DC* 1943, p. 47, note MF – Ég. Cass. civ. 1^{ère}, 21 févr. 1979, *Bull. civ.* 1979, I, n° 72.

¹⁷⁷² Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1966, *Bull. civ.* 1966, I, n° 171 ; *JCP* 1966, II, 14664, concl. Lindon – Ég. Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1971, *Bull. civ.* 1971, I, n° 35 ; *D.* 1971, somm. 112.

victime¹⁷⁷³. Ces solutions sont appréciées diversement en doctrine, certains dénonçant plutôt un forçage de l'erreur sur l'objet des contestations alors que d'autres considèrent que celle-ci reste appliquée de manière restrictive en matière d'indemnisation¹⁷⁷⁴.

1071. En définitive, le principal enjeu de la délimitation de la notion d'erreur sur l'objet de la contestation était de la dissocier de la caractérisation de l'erreur développée en droit commun des contrats. Cette problématique présente un intérêt accru suite à la réforme du droit commun des contrats qui a défini l'erreur à l'article 1132 du Code civil comme portant sur « *les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du contractant* ». Cette définition correspond à l'analyse retenue par la jurisprudence sous l'empire du droit antérieur à l'occasion de l'analyse de l'erreur sur la substance, caractérisée par l'existence d'une erreur déterminante sur les qualités substantielles de la chose. Au vu de cette approche extensive, les solutions qui étaient jusque-là retenues en matière d'accord amiable transactionnel sur le fondement de l'erreur sur l'objet peuvent être maintenues sur le fondement, désormais du droit commun des contrats. Cette affirmation apparaît d'autant plus défendable que l'opposition avec le droit commun des contrats était obscurcie par certaines décisions manifestant la tendance des juges à préférer l'application, même en matière de contrat de transaction, de la nullité sur le fondement du droit commun des contrats. Pour se faire, ils relevaient une erreur sur la substance¹⁷⁷⁵, une erreur substantielle sur la cause¹⁷⁷⁶ ou encore une erreur, cause déterminante du consentement¹⁷⁷⁷.

c) L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant

1072. L'hypothèse des contrats conclus *intuitu personae*. L'article 1134 du Code civil, tel qu'issu de la réforme du droit des contrats¹⁷⁷⁸, dispose que « *l'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne* ». L'ancien article 2053 du Code civil prévoyait que la transaction pouvait être « *rescindée* » lorsqu'il y a erreur sur la personne. Les réformateurs de

¹⁷⁷³ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1986, *Bull. civ.* 1986, I, n° 164 – Ég. Cass. civ. 2^{ème}, 8 nov. 1978, *D.* 1979, p. 135 – Ég. CA Paris, 5 déc. 1985, *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm. p. 37.

¹⁷⁷⁴ Voy. sur cette question : S. Porchy-Simon, « Transaction et droit de l'indemnisation » in *La transaction dans toutes ses dimensions*, *op. cit.*, p. 111 et s. – Ég. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, éd. 2005, n° 1121

¹⁷⁷⁵ Cass. crim., 20 févr. 1968, *Bull. crim.*, n° 49.

¹⁷⁷⁶ Cass. crim., 12 mars 1957, *Bull. crim.*, n° 242.

¹⁷⁷⁷ Cass. crim., 7 juin 1968, *Bull. crim.*, n° 305 – CA Aix, 6 févr. 1995, *Bull. inf. C. cass.*, 15 avr. 1995, n° 441.

¹⁷⁷⁸ Non mod. par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.*

la justice du XXIème siècle ont abrogé cette disposition. L'accord amiable n'en demeure pas moins soumis au droit commun des contrats en application de l'article 1105 du Code civil. Il convient donc de cerner comment la jurisprudence apprécie en matière d'accord amiable transactionnel l'erreur sur la personne.

1073. L'absence de dimension d'intuitu personae de l'accord amiable transactionnel. La sanction de la nullité relative pour vice d'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant est rare en pratique dans le cadre du contrat de transaction qui ne présente pas, selon certains auteurs, une dimension d'intuitu personae suffisamment importante¹⁷⁷⁹.

L'erreur prise en compte porte, en matière d'accord amiable transactionnel, sur l'identité même de la personne ce qui constitue, en théorie générale des contrats, une hypothèse d'erreur obstacle. Celle-ci constitue une absence de consentement plus qu'un vice. Les volontés ne se sont pas rencontrées. Les parties peuvent ainsi s'être méprises sur la nature du contrat, par exemple si l'une croyait faire une vente, et l'autre un bail, ou sur son objet lorsque par exemple l'un des cocontractant croyait vendre un immeuble et l'autre voulait acheter un autre. D'aucuns font ainsi observer qu'il n'y a alors pas de réelle différence avec l'erreur sur les qualités essentielles, dans la mesure où l'inexistence ne se distingue pas, en droit positif de la nullité¹⁷⁸⁰. Cette situation exceptionnelle donnant lieu à une jurisprudence peu abondante en matière d'accord amiable transactionnel¹⁷⁸¹. Les hypothèses d'annulation sur ce fondement sont d'autant plus rares que cette erreur relative à l'identité de la personne ne doit pas être inexcusable et donc, ne doit pas avoir pu être décelée grâce à un minimum de diligence de la part de la partie victime. Cette exigence est appréciée de manière plus ou moins stricte en fonction de la qualité de la partie victime, à savoir s'il s'agit d'un professionnel ou non¹⁷⁸². Une erreur qui peut être au surplus évitée dans le cadre de la mise en œuvre d'une procédure de résolution amiable des différends supposant l'intervention d'un conciliateur, d'un médiateur, ou encore d'avocats collaboratifs dans le cadre d'une procédure participative permettant la conclusion de l'accord amiable transactionnel.

2) Les erreurs indifférentes

¹⁷⁷⁹ L. Boyer, *La notion de transaction*, *op. cit.*, n° 160.

¹⁷⁸⁰ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 288, n° 503.

¹⁷⁸¹ CA Rouen, 4 mars 1969, *JCP G* 1969, II, 15911, note M.A : pour l'annulation d'une transaction entre une compagnie d'assurances et un assuré sur le fondement de l'erreur sur la personne commise par la courtier, cet assuré ayant un nom proche de celui du véritable intéressé.

¹⁷⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 27 févr. 2007, n° 05-11.603, NP : Dans cette affaire, l'erreur sur la personne était invoquée par un service de contentieux d'une banque qui avait les moyens d'opérer les vérifications requises sur l'identité de la personne. Les juges refusent donc de caractériser une telle erreur.

1074. Définition. Les erreurs indifférentes sont celles qui ne portent pas sur les qualités essentielles¹⁷⁸³. Elles sont précisément visés par les réformateurs du droit commun des contrats. Il s'agit de l'erreur relative au motif ou à la valeur **(a)**, de l'erreur essentielle lorsqu'elle est inexcusable pour des raisons de loyauté du commerce **(b)** et enfin l'erreur matérielle laquelle était jusqu'à la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle spécialement prévue au régime spécial du contrat de transaction **(c)**.

a) L'erreur sur le motif, la valeur ou la rentabilité

1075. L'erreur sur le motif. L'article 1135, tel qu'issu de la réforme du droit des contrats et non modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018, dispose à son alinéa premier, par principe, que « *l'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant n'est pas une cause de nullité* ». Ce même alinéa prévoit une exception générale tenant au cas où les parties n'en aient fait un élément déterminant de leur consentement. Le second alinéa tient à une exception spéciale consistant en l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé. Dans ces deux derniers cas, le contrat peut être sanctionné par la nullité.

1076. L'erreur sur la valeur. Au visa cette fois-ci de l'article 1136 du Code civil, tel qu'issu de la réforme du droit des contrats et non modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018, « *l'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité* ». Admettre pareille erreur reviendrait à concevoir une rescision pour lésion généralisée. En pratique, une erreur sur les qualités essentielles peut entraîner une mauvaise appréciation de la valeur de la prestation, mais c'est alors au titre de la première que la nullité est encourue¹⁷⁸⁴.

1077. L'erreur sur la rentabilité de l'opération économique. De même, l'erreur sur la rentabilité de l'opération économique a longtemps été jugée comme une erreur indifférente,

¹⁷⁸³ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 288, n° 505.

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*

excepté dans un contrat de distribution lorsqu'elle consiste en une erreur sur les qualités essentielles¹⁷⁸⁵.

1078. En définitive, l'erreur sur le motif, la valeur ou la rentabilité deviennent des vices du consentement que dans la mesure où elles portent sur les « *qualités essentielles* ». Ce n'est donc que dans le cas où une erreur sur le motif, la valeur ou encore la rentabilité de l'accord amiable porterait sur les qualités essentielles que celui-ci pourrait être affecté par la sanction de la nullité.

b) L'erreur inexcusable

1079. De non vigilantibus non curat praetor. Une erreur qui porte sur les qualités substantielles mais qui est facilement évitable, et donc inexcusable, cesse d'être une cause de nullité. Le juge ne s'occupe pas de ceux qui ne s'occupent pas de leurs affaires. Le nouvel article 1132 relatif à l'erreur de droit ou de fait portant sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant inclut cette réserve, dès l'énoncé de la règle de principe.

Toutefois, il convient de relever que la règle ne s'applique pas à l'erreur de droit, même inexcusable, laquelle entraîne systématiquement la nullité du contrat¹⁷⁸⁶. De même, des manoeuvres dolosives rendent excusable une erreur qui sans elles ne l'aurait pas été¹⁷⁸⁷.

c) L'erreur de calcul ou de compte

1080. L'erreur matérielle en droit commun des contrats. Les erreurs purement arithmétiques peuvent être rectifiées. La sanction n'est donc pas la nullité mais la rectification de l'erreur matérielle ou arithmétique chaque fois que les éléments de calcul ont été connus et pris en considération par les parties. Toutefois, la partie qui, par sa faute, a créé une erreur

¹⁷⁸⁵ Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.956, NP ; *RDC* 2012, obs. Th. Genicon ; *JCP G* 2012, p. 135, note J. Ghestin et p. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki.

¹⁷⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, n° 09-66.113, *Bull. civ.* III, n° 192 ; *JCP G* 2011, p.63, n° 4, obs. Y.-M. Serinet ; *RDC* 2011, p. 412, obs. Y.-M. Laithier ; *D.* 2011, p. 387, O. Tournafond, « Excuser l'inexcusable » : malgré son caractère inexcusable, entraîne la nullité l'erreur de droit à l'origine d'une offre à un destinataire que l'offrant croyait bénéficiaire d'un droit de préemption.

¹⁷⁸⁷ P. ex. pour un arrêt remarqué, Cass. civ. 3^{ème}, 21 févr. 2001, n°98-20.817, *Bull. Civ.* III, n° 20 ; *JCP G* 2002.II.10027, note, Ch. Jamin ; *D.* 2001, p. 2702, note D. Mazeaud et somm. 2326, obs. L. Aynès ; *Defrénois* 2001, p. 764, obs. R. Libhaber ; *RTD civ.* 2001, p. 355, obs. J. Mestre et B. Fages : « une réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée ».

matérielle qui lui cause un préjudice, ne peut la faire rectifier, si l'autre partie n'a pu s'en rendre compte. Dans ce cas, selon qu'il y a eu ignorance ou connaissance, les tribunaux accordent ou refusent la rectification¹⁷⁸⁸.

1081. L'inutilité de l'ancien article 2058 du Code civil. L'ancien article 2058 du Code civil évoquait expressément le sort réservé à l'erreur de calcul en matière de contrat de transaction en imposant qu'elle soit réparée. L'emploi du terme de réparation supposait l'exclusion de l'annulation de la transaction au profit d'une rectification. Cette disposition, au regard de la réforme du droit commun des contrats apparaissait comme une redite justifiant son abrogation par les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle. Il convient toutefois d'examiner les positions jurisprudentielles relatives à l'erreur matérielle en matière d'accord amiable transactionnel.

L'erreur de calcul prise en compte concerne l'erreur purement mathématique intervenue dans l'acte de transaction ou dans ses annexes. Elle n'est donc pas invocable lorsque les parties, préférant une solution forfaitaire, ont renoncé à consacrer le solde d'un compte comme ont pu le rappeler des solutions relatives au compte de gestion entre un mandant et un mandataire¹⁷⁸⁹ ou entre un assureur et un assuré¹⁷⁹⁰. De la même façon, l'erreur de calcul ne s'assimile pas à l'erreur d'appréciation des contractants dans l'évaluation de leur demande et de leurs concessions respectives. Cette hypothèse correspond, en effet, à une lésion qui n'est pas sanctionnée en matière de transaction, ni plus généralement en droit commun des contrats. Cette solution est rappelée régulièrement par la jurisprudence et ce, quel que soit l'objet du contrat de transaction¹⁷⁹¹.

Cette position se trouve cependant infléchie par certaines décisions ponctuelles qui, au vu de circonstances particulières, ont justifié la sanction de l'évaluation erronée en la qualifiant d'erreur sur l'objet de la contestation¹⁷⁹². Certaines décisions tendent à prendre en considération cette erreur d'évaluation par le biais de l'absence de concessions réciproques¹⁷⁹³. De même, ce

¹⁷⁸⁸ Pour un refus de rectification : Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1987, *Bull. Civ. I*, n° 182 ; *JCP G*, 1987.IV.276 – Pour une admission de la rectification : Cass. civ. 1^{ère}, 24 févr. 1998, NP ; *Defrénois* 1999, art. 36953, obs. D. Mazeaud.

¹⁷⁸⁹ Cass. com., 18 mai 1971, *Bull. civ.* 1971, IV, n° 137.

¹⁷⁹⁰ CA Paris, 7^{ème} ch., sect. B, 5 févr. 1988, *JurisData* n° 1988-020407.

¹⁷⁹¹ Cass. com., 13 févr. 1956, *Bull. civ.* III, 1956, n° 66 : concernant une transaction relative à la cession de parts sociales – Cass. com., 27 oct. 1958, *Bull. civ.* III, n° 365 ; *D.* 1965, p. 727 : pour une transaction conclue entre un fournisseur et son client – CA Bordeaux, ch. soc., 5 nov. 1986, *JurisData* n° 1986-044834 : pour une transaction conclue entre un employeur et son salarié.

¹⁷⁹² CA Colmar, 12 août 1981, *Gaz. Pal.* Tables 1980-82, V° « Transaction », n° 17 : les juges relèvent un oubli portant sur un élément essentiel d'une créance.

¹⁷⁹³ Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003, n° 01-11.963, *Bull. civ.* I, n° 174, p. 136 : dans le cadre d'une transaction fixant une indemnisation suite à un incendie, la victime avait demandé le versement d'une indemnité forfaitaire. Les

type d'erreur est susceptible d'être sanctionné sur le fondement du dol s'il trouve son origine dans la dissimulation d'un élément par l'une des parties¹⁷⁹⁴.

C. La suppression de cas spécifiques d'erreur au régime du contrat de transaction

1082. L'élagage des articles 2052, 2055, 2056 et 2057 du Code civil. Le régime spécial du contrat de transaction énumérait jusqu'à la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle des types d'erreur susceptibles d'être sanctionnés de manière spécifique. Étaient ainsi visées l'erreur sur la validité des titres **(1)**, l'erreur sur la véracité des pièces **(2)**, l'erreur sur l'existence d'un jugement antérieur **(3)**, ainsi que l'erreur sur l'existence de titres antérieurs **(4)**. Ces textes aujourd'hui abrogés présentaient, en plus de leur caractère succinct, des imprécisions. En effet, alors qu'il n'était pas fait expressément référence au terme d'erreur, cette condition était exigée dans tous les cas.

1) L'erreur sur la validité des titres

1083. L'appréciation de l'erreur sur la validité des titres antérieure à la réforme de la justice du XXIème siècle. L'ancien article 2054 prévoyait la « *rescision* » du contrat de transaction qui a été conclu en exécution d'un titre nul. En dépit du silence du texte, la jurisprudence de manière récurrente impose la caractérisation d'une erreur de l'une des parties. Plus précisément, l'un des cocontractants doit avoir ignoré la nullité du titre suite à une erreur de fait et non à une erreur de droit¹⁷⁹⁵. Ainsi, notamment, avait été annulée sur ce fondement un accord amiable transactionnel conclu par un auteur d'un accident sur la base d'un rapport d'expertise établissant de façon erronée sa responsabilité¹⁷⁹⁶ ou par une compagnie d'assurances ignorant la nullité du contrat d'assurance pour fausse déclaration intentionnelle de l'assuré¹⁷⁹⁷.

Si la condition de l'erreur de fait restreint le champ d'application de l'ancien article 2054, la jurisprudence en revanche appréciait de manière large le terme de titre nul. Celui-ci était entendu comme tout acte ou fait sur lequel repose les droits d'une des parties et qui est frappé d'inefficacité indifféremment de la cause de celle-ci. Le dispositif législatif prévoyait, par

juges de la Cour de cassation reprochent aux juges du fond de ne pas avoir recherché si la différence importante entre le montant de l'indemnité versée par le biais de la transaction et les prévisions du contrat d'assurances ne caractérisait pas une absence de concessions réciproques

¹⁷⁹⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} avr. 1971, *Bull. civ.* III, 1971, n° 242 ; *JCP G* 1971, IV, 126.

¹⁷⁹⁵ Cass. req., 14 nov. 1838, *DP* 1839, 1, p. 19 – Ég. Cass. com., 26 nov. 1957, *Bull. civ.* III, 1957, n° 326.

¹⁷⁹⁶ T. civ. Seine, 7 juin 1943, *RTD civ.* 1944, p. 37, obs. H. et L. Mazeaud.

¹⁷⁹⁷ CA Lyon, 1^{er} juin 1976, *D.* 1977, IR p. 461, obs. C.-J. Berr et H. Groutel.

ailleurs, une exclusion de son intervention lorsque les parties ont expressément envisagé la nullité du titre dans la transaction¹⁷⁹⁸.

1084. La sanction de l'erreur sur la validité des titres au titre de l'erreur de fait portant sur les qualités essentielles de la prestations due. La réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle ayant abrogé cette disposition, l'erreur sur la validité des titres est aujourd'hui en mesure d'être sanctionnée sur le fondement du droit commun des contrats au titre de l'erreur de fait portant sur les qualités essentielles de la prestation.

2) L'erreur sur la véracité des pièces

1085. L'appréciation de l'erreur sur la véracité des pièces antérieure à la réforme de la justice du XXIème siècle. L'ancien 2055 du Code civil organisait un cas de nullité du contrat de transaction quand il y avait erreur sur la véracité des pièces au vu desquelles l'accord amiable a été conclu. Sa mise en œuvre, restrictive, supposait une erreur portant sur la véracité de l'acte instrumentaire et non sur les actes ou les faits en fonction desquels ce dernier a été dressé¹⁷⁹⁹. Par ailleurs, la jurisprudence excluait de son champ d'intervention l'hypothèse où les parties ont expressément traité de la nullité dans la transaction¹⁸⁰⁰. Parmi les hypothèses d'application peu répandues de ce dispositif, peut être mentionnée la nullité d'un contrat de transaction réglant une situation de captation de testament, ce dernier s'étant révélé faux¹⁸⁰¹ ou celle d'une transaction établie au regard d'un faux rapport d'expertise¹⁸⁰².

1086. La sanction de l'erreur sur la véracité des pièces au titre de l'erreur de fait portant sur les qualités essentielles de la prestations due. La réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle ayant abrogé cette disposition, l'erreur sur la véracité des pièces, au même titre que celle sur la validité des titres, est aujourd'hui en mesure d'être sanctionnée sur le fondement du droit commun des contrats au titre de l'erreur de fait portant sur les qualités essentielles de la prestation.

3) L'erreur sur l'existence d'un jugement antérieur

¹⁷⁹⁸ Cass. req., 15 déc. 1902, *DP* 1904, 1, p. 209.

¹⁷⁹⁹ Cass. com., 13 févr. 1956, *Bull. civ.* III, 1956, n° 66.

¹⁸⁰⁰ Cass. req., 14 avr. 1877, *DP* 1878, 1, p. 298.

¹⁸⁰¹ Cass. req., 1^{er} août 1877, *DP* 1878, 1, p. 298.

¹⁸⁰² Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 1972, *Bull. civ.* 1972, I, n° 290 ; *D.* 1973, IR p. 28.

1087. L'appréciation de l'erreur sur l'existence d'un jugement antérieur avant la réforme de la justice du XXI^{ème} siècle. En application de l'ancien article 2056 du Code civil, le contrat de transaction ayant pour objet de régler un différend en méconnaissance d'un jugement passé en force de chose jugée était nul. Cette règle souffrait cependant d'un tempérament légal lorsque le jugement est susceptible d'appel. Par ailleurs, les juges avaient précisé le champ d'application de cette nullité en laissant une place à la faculté, par la voie de la conclusion d'un accord amiable transactionnel, de régler les difficultés de mise en en exécution d'une décision judiciaire, par hypothèse connue des parties¹⁸⁰³.

Ces dispositions ne posaient pas de difficulté particulière et se trouvaient justifiées par le fait que le différend auquel les parties entendent mettre un terme par le biais d'un règlement amiable n'existe plus, un jugement définitif étant intervenu. Notons que cette solution s'étend à la sentence arbitrale à la condition qu'elle ne soit pas susceptible d'appel¹⁸⁰⁴.

1088. La sanction de l'erreur sur l'existence d'un jugement antérieur au titre de l'erreur de droit portant sur les qualités essentielles de la prestations due. Aujourd'hui, l'erreur sur l'existence d'un jugement antérieur peut être sanctionnée par l'erreur de droit portant sur les qualités essentielles de la prestation due. Néanmoins, les solutions jurisprudentielles antérieurement admises restent applicables.

4) L'erreur sur l'existence des titres antérieurs

1089. L'appréciation de l'erreur sur des titres antérieurs avant la réforme de la justice du XXI^{ème} siècle. Le régime spécial du contrat de transaction envisageait une hypothèse de vice du consentement propre à cet accord amiable en reconnaissant l'erreur relative à l'existence de titres antérieurs. Cette sanction visait la situation dans laquelle les parties sont confrontées, postérieurement à la conclusion d'une transaction, à la découverte de nouveaux titres remettant en question leurs droits respectifs.

Toutefois, le domaine d'application de cette erreur particulière était défini de manière restrictive, l'ancien article 2057 distinguant deux hypothèses : le cas où les parties ont entendu opérer un règlement global de leur situation respective et celui où elles ont souhaité ne régler qu'un élément précis.

¹⁸⁰³ Cass. req., 12 nov. 1902, *DP* 1902, 1, p. 566.

¹⁸⁰⁴ L. Boyer, *La notion de transaction*, *op. cit.*, n° 160.

Dans la première hypothèse, la découverte de titres inconnus au moment de la conclusion de la transaction n'était pas une source de nullité, sauf si ces titres avaient été sciemment cachés par l'une des parties. Auquel cas, la manoeuvre pouvait être constitutive d'une réticence dolosive.

Dans la deuxième hypothèse, au contraire, cette découverte justifiait la nullité du contrat de transaction à la condition que ces nouveaux titres permettent d'attester que l'une des parties n'avait aucun droit¹⁸⁰⁵. L'opposition des solutions retenues s'expliquait par la portée différente de l'accord amiable transactionnel : le caractère forfaitaire et aléatoire attaché à un règlement global implique que les parties renoncent nécessairement à se prévaloir de la découverte de nouveaux titres¹⁸⁰⁶. Précisant les conditions de mise en application, la jurisprudence avait indiqué que les titres en question devaient, en toute logique, avoir trait à l'objet de la transaction¹⁸⁰⁷. De plus, le titre découvert devait avoir été ignoré de la partie à laquelle il aurait été utile et peu importe qu'il ait été dissimulé par l'autre contractant¹⁸⁰⁸. Ainsi, par exemple, la nullité du contrat de transaction avait été prononcée après la découverte d'un titre en vertu duquel un mur que les parties pensaient mitoyen, était en réalité la propriété exclusive de l'une d'elles¹⁸⁰⁹.

1090. La sanction de l'erreur sur des titres antérieurs au titre l'erreur de fait portant sur les qualités essentielles de la prestations due. L'erreur sur des titres antérieurs devrait aujourd'hui être sanctionnée en application du droit commun des contrats au titre de l'erreur de fait portant sur les qualités essentielles de la prestation due. Par ailleurs, les solutions jurisprudentielles jusqu'alors admises devraient être maintenues.

§2. La sanction naturelle de l'erreur : la nullité relative de l'accord amiable

1091. Les maladroites rédactionnelles antérieures à la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle. Antérieurement à la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle, et ce, quelle que soit la catégorie d'erreur considérée, la sanction reposait sur la nullité relative du contrat de transaction, comme en droit commun des contrats. Cette solution s'imposait en dépit des maladroites rédactionnelles de certains articles qui utilisaient comme

¹⁸⁰⁵ CA Bordeaux, 27 mai 1980, *JCP G* 1981, IV, 394 ; *D.* 1980, IR p. 488.

¹⁸⁰⁶ P. Chauvel, *Rép. civ. Dalloz*, V° « Transaction », 2004, n° 291.

¹⁸⁰⁷ Cass. req., 10 avr. 1888, *S.* 1889, 1, p. 457.

¹⁸⁰⁸ Cass. req., 28 juill. 1908, *S.* 1911, 1, p. 388.

¹⁸⁰⁹ CA Bordeaux, 27 mai 1980, *préc.*

synonymes la rescision et la nullité. Ainsi, alors que l'ancien article 2054 du Code civil relatif à l'erreur sur la validité d'un acte évoquait la notion de rescision, l'article suivant, ayant trait à l'erreur sur la véracité des pièces mentionnait quant à lui le terme de nullité. Aucune conséquence technique n'était cependant attachée à l'emploi de l'une ou de l'autre des sanctions.

1092. L'application du droit commun des contrats. À l'instar des solutions en vigueur en théorie générale des contrats, la nullité constituait, avant même la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle en l'unique sanction possible, l'octroi de dommages et intérêts n'étant pas envisageable dans le cas d'une erreur autonome, non provoquée par un comportement fautif. Toutefois, cette unicité de sanction connaissait un tempérament dans le cadre de l'erreur de calcul, expressément prévue en matière de contrat de transaction à l'ancien article 2058 du Code civil. Ce dernier présentait en effet la particularité de ne pas faire référence aux termes de rescision ou de nullité, mais à celui de réparation. La jurisprudence et la doctrine analysent cette réparation comme consistant en une rectification mathématique¹⁸¹⁰.

Cette convergence de la sanction, quelle que soit la catégorie d'erreur caractérisée, a alimenté le débat autour de la réelle légitimité de maintenir la diversité des textes relatifs à ce vice de consentement en matière de transaction¹⁸¹¹. Voici chose faite. La sanction applicable au vice de l'erreur, quelle qu'elle soit consiste en la nullité relative de l'accord amiable transactionnel. Excepté en matière d'erreur de calcul où la sanction de la rectification s'applique.

Sous-Section II – L'appréciation du dol en matière d'accord amiable transactionnel

1093. L'application des apports de la réforme du droit commun des contrats. Le dol, prévu dans le cadre du droit commun des contrats – anciennement à l'article 1116 du Code civil¹⁸¹² – et aujourd'hui aux articles 1137, 1138 et 1139 du Code – se définit comme « *le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou mensonges* »¹⁸¹³. Les réformateurs ont encore précisé à l'article 1137 alinéa second que «

¹⁸¹⁰ P. ex., Cass. com., 27 oct. 1958, D. 1958, p. 727.

¹⁸¹¹ En ce sens : B. Mallet-Bricout, « Vices et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, op. cit., p. 35 s., spéc. n° 19 s.

¹⁸¹² Voy. l'anc. art. 1116 CCiv : « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. IL ne se présume pas, et doit être prouvé* ».

¹⁸¹³ Voy, l'art. 1137 al. 1^{er}.

constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant par l'autre partie » et à l'article 1138 que « le dol est également constitué s'il émane d'un représentant, gérant d'affaires, préposé ou porteur du contractant ». Enfin les dispositions de l'article 1139 du Code précise que « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat ».

Ainsi, dans le cadre de la réforme du droit des contrats, le droit positif est pour l'essentiel repris : exigence d'un comportement intentionnel, prise en compte du dol émanant du représentant ou d'un tiers complice, caractère toujours excusable de l'erreur provoquée par un dol et admission de l'erreur sur la valeur. En conséquence, le régime du dol, précisé par la jurisprudence, s'applique sans adaptation particulière à l'accord amiable transactionnel. Ainsi, la caractérisation de manœuvres dolosives doit donc être recherchée en matière d'accord amiable transactionnel (§1) afin de pouvoir être sanctionnées (§2).

§1. La caractérisation des manœuvres dolosives

1094. Preuve et caractère déterminant du dol. Par application du droit commun des contrats, la partie au différend, cocontractante à l'accord amiable et victime, est tenue de rapporter la preuve de manœuvres dolosives. À cet égard, le constat de l'assouplissement relatif à la position de faiblesse de la victime admis en droit commun des contrats se vérifie en matière d'accord amiable transactionnel (A). Au surplus, le caractère déterminant du dol doit être recherché (B).

A. La prise en compte de la position de faiblesse du cocontractant à l'accord amiable

1095. Le constat d'un assouplissement similaire au droit commun des contrats. La partie au différend qui invoque l'existence d'un dol viciant son consentement à l'accord amiable transactionnel est tenue d'apporter la preuve de manœuvres dolosives. Nous constatons que les conditions de caractérisation de cet élément constitutif ont été assouplies en matière d'accord amiable transactionnel sous l'impulsion des solutions retenues en droit commun des contrats. Ainsi, en fonction du degré de position de faiblesse de la partie au différend cocontractante, les juges exerçant leur appréciation souveraine exigent avec plus ou moins de

rigueur l'existence de véritables manœuvres¹⁸¹⁴.

Il convient ainsi de distinguer selon que la conclusion de l'accord amiable transactionnel intervient en présence d'une partie faible **(1)** ou, au contraire lorsque les parties sont en mesure de s'informer et partant de ne pas subir les manœuvres dolosives **(2)** afin d'apprécier l'admission variable du dol.

1) La prise en compte de la partie faible victime du dol

1096. L'admission de la simple réticence dolosive. En application de cette ligne de conduite générale, l'allègement de la caractérisation des manœuvres s'impose en faveur de la prise en compte de la simple réticence dolosive pour certaines parties faibles au contrat **(a)**. Cette caractérisation des manœuvres dolosives est d'autant plus souple lorsque la victime du dol a été exploitée abusivement **(b)**.

a) La protection de la partie faible au contrat

1097. Deux illustrations en matière d'accord amiable transactionnel. C'est tout d'abord dans un domaine fortement marqué par un ordre public de protection – celle du salarié – que la simple réticence dolosive de la part de l'employeur est admise plus largement **(I)**. Ensuite, un cas particulier concerne le contractant, partie faible à un contrat d'adhésion limitant sa faculté d'être convenablement informé **(II)**.

I. La protection du salarié

1098. En présence d'un lien de subordination. En matière de relations individuelles de travail, la prise en compte de la spécificité des liens contractuels explique la mise en œuvre de la nullité pour de simples réticences dolosives. Ainsi, les juges ont été amenés à considérer comme nul un contrat de transaction conclu entre un employeur et l'un de ses salariés, dont l'objet était de fixer des indemnités de départ alors que l'employeur avait caché à son salarié que l'administration avait refusé l'autorisation requise pour son licenciement¹⁸¹⁵.

¹⁸¹⁴ Cass. soc., 20 nov. 2001, n° 99-45.213, NP : Dans le cadre d'une transaction conclue entre un salarié et son employeur, les hauts magistrats confirment la solution retenue par la cour d'appel qui a conclu à la validité de l'acte au motif « qu'ils ont souverainement estimé que l'employeur n'avait usé d'aucune manœuvre dolosive de nature à vicier le consentement du salarié ».

¹⁸¹⁵ CA Paris, 4 mai 1987, *D.* 1987, IR p. 138.

II. *La protection de l'adhérant*

1099. En matière d'accord amiable transactionnel conclu entre une compagnie d'assurances et son assuré liés par un contrat d'adhésion. La réglementation développée en matière d'accident de la circulation impose aux assureurs une obligation d'information complète sous peine de nullité de l'accord amiable indemnitaire et transactionnel.

Ainsi, par exemple, la compagnie d'assurances est tenue, dès son premier contact avec la victime, de l'informer de ses droits, notamment par le procès verbal de l'enquête menée par la police, ou de la possibilité de se faire assister par un avocat ou un médecin. De même, elle doit lui faire parvenir une notice, établie par arrêté ministériel, fixant les conditions et les modalités d'indemnisation des victimes d'un tel accident. La victime, quant à elle, n'a pas à prendre d'initiative concernant l'information de l'assurance et doit se contenter de répondre aux questions¹⁸¹⁶.

1100. En dehors des cas de contrats d'adhésion et en présence d'une obligation d'information. La réticence dolosive est également amenée à être prise en compte lorsque l'une des parties est soumise à une obligation d'information. À titre d'illustration, elle a pu être caractérisée à l'encontre d'un vendeur d'un immeuble qui avait gardé le silence sur l'occupation des lieux par un locataire et sur l'absence de purge du droit de préemption de ce dernier¹⁸¹⁷.

- b) L'existence d'une exploitation abusive d'un état de faiblesse, de besoin et de nécessité

1101. Une appréciation large du dol. Dans certaines circonstances, les juges vont plus loin en caractérisant un dol sur la simple preuve d'une exploitation abusive d'un état de faiblesse, de besoin et de nécessité. Cette acceptation large de ce vice de consentement se retrouve principalement dans les relations entre les compagnies d'assurances et les victimes présentant un état de faiblesse manifeste **(I)** ou dans les relations entre employeur et salariés **(II)**.

I. *L'exploitation abusive de la victime*

¹⁸¹⁶ Voy. les art. L. 211-8 et s. et R. 211-29 et s. C. assur.

¹⁸¹⁷ CA Paris, 10 déc. 2009, *JurisData* n° 2009-380226.

1102. Dans le cadre de l'accords amiable transactionnel conclu entre l'assureur et la victime. Plusieurs illustrations jurisprudentielles peuvent être avancées. Les juges ont par exemple estimé que le dol était caractérisé dans une espèce où l'assureur avait contacté la victime dans un état psychique déficient après avoir fait pression pour obtenir la conclusion d'un contrat de transaction dans des conditions désastreuses, alors même que le conseil de la victime avait indiqué à l'assureur que la conclusion d'une transaction était impossible faute de consolidation du préjudice¹⁸¹⁸. Toujours dans cette veine jurisprudentielle, un accord amiable transactionnel a pu être annulé, sur le fondement du dol, dans une affaire où la compagnie d'assurances avait précipité la signature du contrat de transaction alors que, le jour même de la conclusion de l'accord amiable, le médecin avait constaté une incapacité partielle permanente devant être évaluée par expertise¹⁸¹⁹.

II. L'exploitation abusive du salarié

1103. Dans le cadre des différends relevant des relations individuelles du travail. Les juges ont annulé pour dol un accord amiable transactionnel fixant des indemnités chômage, alors que l'employeur après avoir multiplié les comportements dilatoires et exploité le besoin d'argent de son salarié lui avait imposé des conditions très désavantageuses¹⁸²⁰.

1104. En définitive, au-delà de la caractérisation des manœuvres dolosives, il est possible de voir dans cette admission large du dol venant sanctionner l'abus de position dominante d'une partie, une prise en compte indirecte du déséquilibre entre les concessions réciproques des parties.

2) En présence d'une victime du dol en mesure de s'informer

1105. En droit commun des contrats. Dans la logique poursuivie par la jurisprudence consistant à apprécier le degré de connaissance de chaque partie, la caractérisation du dol est plus restrictive lorsque la victime a les moyens, au regard de sa profession ou de son

¹⁸¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 13 janv. 1969, *Bull. civ. I*, 1969, n° 21.

¹⁸¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 janv. 1970, *Bull. civ. I*, 1970, n° 13 ; *RGAT* 1972, p. 87.

¹⁸²⁰ Cass. soc., 19 mars 1980, *Bull. civ. V*, 1980, n° 272.

expérience, de déceler le comportement dolosif du cocontractant ou de résister à la pression¹⁸²¹. Cette appréciation *in concreto* du dol s'applique au surplus dans des domaines laissant préjuger la présence d'une partie dite faible.

1106. En matière de résolution amiable des différends. Le dol est ainsi plus strictement admis pour les accords amiables transactionnels conclus dans le cadre de relations d'affaires¹⁸²². Au surplus, en matière de relation de travail marquée par la présence d'une partie faible, la réticence dolosive est plus difficilement caractérisable pour un accord amiable transactionnel signé entre un employeur et son employé lorsque celui-ci est un cadre¹⁸²³. Dans la même logique, le dol n'est pas caractérisé pour les transactions conclues à l'occasion d'un accident de la circulation, lorsque la victime, avait déjà été informée lors d'un précédent sinistre sur la distinction entre l'incapacité temporaire et l'invalidité permanente¹⁸²⁴.

B. Le caractère déterminant du dol

1107. Position des problèmes. Les réformateurs de modernisation de la justice du XXIème siècle ayant supprimé les références faites, dans les anciennes dispositions du contrat de transaction, à ce vice du consentement, en particulier à l'ancien article 2053 du Code civil, il convient de vérifier l'application des dispositions de droit commun des contrats relatives au dol en matière d'accord amiable transactionnel (1). Par ailleurs, il paraît indispensable au regard des réformes relatives au droit commun des contrats et au droit spécial de l'accord amiable transactionnel de revenir, dans le cadre de la conclusion de l'accord amiable transactionnel, sur la question soulevée en doctrine relative à la sanction de l'erreur de droit par le mécanisme du dol (2).

1) L'application du droit commun des contrats

1108. Une consécration légale du caractère déterminant du dol. Ce caractère, qui était auparavant déduit par la jurisprudence de la formulation de l'ancien article 1116 du Code civil est aujourd'hui expressément consacré et défini pour l'ensemble des vices du

¹⁸²¹ B. Mallet-Bricout, « Vices et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, *op. cit.*, p. 35 s. spéc. n° 12.

¹⁸²² T. civ. Seine, 7 janv. 1949, *D.* 1949, somm. p. 19 ; *Gaz. Pal.* 1949, 1, p. 167.

¹⁸²³ Cass. soc., 6 févr. 1978, *Bull. civ.* V, 1978, n° 123.

¹⁸²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 1975, *Bull. civ.* I, 1975, n° 76.

consentement à l'article 1137 du Code civil.

De manière générale, le caractère déterminant signifie que le vice doit être de telle nature que, sans lui, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes¹⁸²⁵. Un caractère qui s'apprécie, au visa de l'alinéa second du texte, au regard des personnes et circonstances dans lesquelles le consentement a été donné. Ce caractère déterminant du vice est rappelé spécifiquement pour le dol au visa de l'article 1137 du Code civil, qui, nous le rappelons, dispose à son alinéa second que « *constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ». Il a toujours été admis en droit commun des contrats que la sanction du dol n'est encourue que si ce dernier a été déterminant.

1109. L'application en matière d'accord amiable. Le caractère déterminant signifie que sans les manœuvres dolosives exercées par l'une partie au différend, l'accord amiable n'aurait jamais été conclu ou, tout du moins à des conditions substantiellement différentes par l'autre partie. Cette condition, non évidente à établir, est laissée à l'appréciation *in concreto* des juges. C'est donc en toute logique que rentrent en ligne de compte l'état de faiblesse et l'étendue des connaissances des parties. Néanmoins, nous constatons que le simple constat d'une position d'infériorité ou de faiblesse ne peut suffire à lui seul à retenir le caractère déterminant des manœuvres dolosives¹⁸²⁶. Par ailleurs et de manière compréhensible, les juges considèrent que la conclusion d'un contrat de transaction après la découverte du dol empêche la sanction de ce vice du consentement¹⁸²⁷.

2) L'indifférence de la nature de l'erreur provoquée

1110. Le débat antérieur à la réforme de modernisation de la justice du XXIème. L'ancien article 2053 Code civil relatif aux vices du consentement dans le cadre du régime spécial du contrat de transaction, faisait débat. Ce dernier limitait en effet la prise en compte de l'erreur à l'erreur sur l'objet ou sur la personne. La jurisprudence retenait quant à elle une

¹⁸²⁵ C. Ballot, « Intention et réticence dolosive », *LPA* 2018/24, p. 6 – Casimir, « Le *Dolus bonus* : une notion à réhabiliter », *RDC* 2017, p. 153 – C. Grimaldi, « Proposition de modification de l'article 1137, alinéa 2, du Code civil relatif à la réticence dolosive », *RDC* 2017, p. 175.

¹⁸²⁶ CA Rennes, 14 janv. 1962, *Gaz. Pal.* 1963, 1, 63 – Cass. civ. 3^{ème}, 22 févr. 2006, n° 04-15.764, NP.

¹⁸²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 19 févr. 1969, *Bull. civ.* 1969, I, n° 78 – Cass. crim., 20 déc. 1967, *Bull. crim.* 1967, n° 338 ; *D.* 1969, p. 309, note E. Lepointe.

approche extensive de la sanction de l'erreur sur le fondement du dol¹⁸²⁸.

Deux arguments, soulevés par la doctrine, abondaient dans le sens d'une indifférence du type d'erreur et donc, d'une application extensive du dol. Tout d'abord, si l'ancien article 2053 du Code civil limitait la prise en compte de l'erreur, à l'erreur sur l'objet ou sur la personne, il envisageait la sanction dans « *tous les autres cas* » quand il y avait dol ou violence. Ensuite, il était constaté que cette conception étendue du domaine du dol correspond à celle retenue en droit commun des contrats qui, n'opérant pas de distinction en fonction du type d'erreur provoquée, le met en œuvre afin de sanctionner l'erreur sur la valeur ou une erreur indifférente à la substance de la chose.

1111. Une indifférence confortée par la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle et le renvoi au nouveau droit commun des contrats. Les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle ont supprimé, non seulement l'article 2053 du Code civil consacré aux vices du consentement en matière de contrat de transaction, mais également l'alinéa second de l'article 2052, lequel disposait que les transactions « *ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion* ». Sans ajout de dispositions spéciales en matière de vices du consentement, le renvoi au droit commun des contrats s'impose. À cet égard, le nouvel article 1139 du Code civil consacre les solutions jurisprudentielles jusqu'alors retenues en ce qui concerne l'erreur provoquée¹⁸²⁹ et dispose que « *l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat* ».

§2. Les sanctions du dol

1112. Les sanctions envisageables. En droit commun des contrats, la sanction naturelle du dol est la nullité relative du contrat. Toutefois celle-ci peut être, par exception au principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, cumulée avec une responsabilité délictuelle fondée sur la faute dolosive ayant entraîné un préjudice à la victime du dol (**A**). Toutefois, les sanctions de la requalification ou de la réfection de l'accord amiable ont pu ou

¹⁸²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 13 févr. 1967, *Bull. civ.* I, 1967, n° 58 – Cass. civ. 3^{ème}, 22 juin 2005, *Bull. civ.* III, 2005, n° 137 ; *LPA* 24 janv. 2006, note J. Théron ; *RDC* 2005, p. 1025, note Ph. Stoffel-Munck.

¹⁸²⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 21 févr. 2001, *Bull. civ.* III, n° 20 ; *D.* 2001, 2702, note D. Mazeaud ; *ibid.*, somm. 3226, obs. L. Aynès ; *JCP* 2002, II, 10027, note Ch. Jamin ; *RTDCiv.* 2001, p. 353, obs. J. Mestre et B. Fages : l'erreur provoquée par la réticence dolosive est toujours excusable – Cass. com. 29 avr. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 77 ; *RTDCiv.* 2002, p. 500, obs. J. Mestre et B. Fages : pour le cas d'un cocontractant sous la dépendance psychologique de son cocontractant.

doivent être rejetées (B).

A. Le cumul de sanctions : nullité et dommages-intérêts

1113. La sanction de la nullité relative et la réparation de la victime du dol. Il convient en premier lieu d'examiner l'évolution de la sanction naturelle du dol au regard des réformes du droit commun des contrats et du contrat spécial de transaction, qui pour ce dernier, prévoyait spécialement jusqu'à la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle, un sanction au dol (1). Il s'agit en second lieu de rechercher si dans le cadre de la réforme du droit commun des contrats, et en l'absence de précision au titres des dispositions relatives au contrat de transaction, la responsabilité de l'auteur du dol peut être engagée aux fins de réparation du préjudice subi par la victime (2).

1) La nullité relative de l'accord amiable

1114. Le débat relatif à la nullité et à la rescision antérieur à la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle. Datant de la codification du Code civil, les dispositions de l'ancien article 2053 du Code civil, relatif notamment au dol, rendait l'identification de la nature de la sanction applicable en ce cas confuse par l'emploi du terme de rescision. Or cette sanction de la rescision n'intervient, en droit commun des contrats, qu'en présence d'une lésion contractuelle aux visas des articles 1149 et suivants du Code civil tels qu'issus de la réforme du droit des contrats. Le débat portait sur le point de savoir s'il convient de considérer que le contrat de transaction est soumis à un régime spécifique au regard de la sanction des vices du consentement. D'aucuns ont relevé que l'enjeu de ce débat est plus théorique dans la mesure où, en pratique, la rescision s'apparente à une sorte de nullité¹⁸³⁰. À cet égard, nous relevons en prenant lecture de l'article 1149 du Code civil relatif à la lésion¹⁸³¹, que les réformateurs du droit des contrats emploient le terme de « nullité » et non celui de « rescision ». Par ailleurs, l'approfondissement de la jurisprudence, en matière d'accord amiable transactionnel, dévoile l'emploi indifférencié du terme de rescision ou de nullité¹⁸³².

¹⁸³⁰ Sur cette difficulté : B. Mallet-Bricout, « Vices et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, *op. cit.*, p. 35 s. spéc. n° 20.

¹⁸³¹ Disposition non mod. par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.*

¹⁸³² Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 1972, *Gaz. Pal.* 1973, 1, p. 293 : dans cette décision les juges se réfèrent à la nullité de la transaction – *Adde* Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} avr. 1998, *Bull. civ.* II, 1998, n° 120 et Cass. civ. 2^{ème}, 20 oct. 2005, n° 03-19.895, NP : dans ces décisions, les juges utilisent le terme de rescision.

1115. L'incidence de l'abrogation de l'ancien article 2053 du Code civil dans le cadre de la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle. En éliminant l'ancien article 2053 du Code civil qui prévoyait la « *rescision* » pour sanctionner le dol en matière de contrat de transaction, sans ajouter de textes prévoyant une sanction particulière aux vices du consentement, les réformateurs renvoient au droit commun des contrats. Ainsi en matière d'accord amiable, qualifié ou non de contrat de transaction, il convient de faire application de l'article 1131 du Code civil, tel qu'issu de la réforme du droit des contrats, prévoyant la sanction de la nullité relative en matière de vices du consentement. Une sanction soumise à un délai de prescription de 5 ans au visa de l'article 2224 du Code civil.

2) L'admission de la réparation du préjudice subi

1116. L'application du droit commun des contrats. Antérieurement à la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle, et en l'absence de précision au sein des dispositions du Code civil ayant trait à la sanction des vices du consentement dans le cadre du régime spécial du contrat de transaction, la question se posait de savoir s'il était possible d'admettre une action en responsabilité délictuelle en vue de l'obtention de dommages et intérêts. Cette possibilité étant admise en droit commun des contrats au nom de la dimension de délit civil attaché au dol¹⁸³³. La doctrine, pour sa part, estimait qu'une solution similaire devait s'imposer pour le contrat de transaction à l'égard duquel ce vice du consentement présente la même nature¹⁸³⁴. Ce raisonnement trouvait alors appui sur la jurisprudence qui avait déjà admis l'attribution de dommages et intérêts à la victime¹⁸³⁵.

1116. L'intérêt de la sanction de l'octroi de dommages et intérêts. Les réformateurs du droit des contrats n'ont envisagé que la sanction classique de la nullité relative pour sanctionner les vices du consentement au visa de l'article 1131 du Code civil. Toutefois, le maintien de la solution jurisprudentielle consistant à admettre l'action en responsabilité délictuelle afin d'obtenir de l'auteur du dol réparation du préjudice subi est opportun dans la mesure où, en refusant l'exclusivité de la nullité, cela permet de maintenir l'exécution de l'accord amiable transactionnel qui peut encore représenter un intérêt pour la partie lésée. La Cour de cassation a ainsi jugé que le droit de demander la nullité d'un contrat par application

¹⁸³³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd. 2018, n° 240.

¹⁸³⁴ L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, *op. cit.*, spéc. n° 476.

¹⁸³⁵ Cass. soc., 7 juin 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 936.

des anciens articles 1116 et 1117 du Code civil n'exclut pas l'exercice, par la victime des manoeuvres dolosives, d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi¹⁸³⁶. En conséquence, une dualité de sanction du dol est admise.

B. Le rejet des sanctions de requalification ou de réfection de l'accord amiable

1118. L'exclusion de la requalification de l'accord amiable transactionnel. Nous avons constaté qu'en l'absence des conditions de validité du contrat de transaction – absence de différend, d'intention commune des parties ou d'engagements réciproques interdépendants – les juges, plutôt que de prononcer la nullité relative du contrat de transaction¹⁸³⁷, ont tendance à maintenir l'accord de volontés des parties, lequel prend alors une qualification satellitaire.

Pareille requalification de l'accord amiable des parties, fut-il transactionnel, ne peut être admise afin de sanctionner le dol. En effet, celui-ci affecte le consentement des parties de sorte qu'il paraît peu opportun de maintenir l'accord des volontés qui a été vicié. Toutefois, une autre sanction consisterait à conserver l'accord en le purgeant de son vice.

1119. Le refus jurisprudentiel de la réfection de l'accord amiable transactionnel. En dehors de la nullité relative et de l'octroi de dommages et intérêts, la jurisprudence refuse d'envisager la réfection du contrat. Cette technique se définit comme l'« action de refaire l'acte », en établissant « un nouvel acte instrumentaire (acte refait) destiné à remplacer un acte antérieur (en général nul pour vice de forme), sans en modifier au fond la teneur »¹⁸³⁸.

Cette solution a été clairement établie par une décision de la première chambre civile de la Cour de cassation en date de 2002, par laquelle les hauts magistrats dénie aux juges du fond la possibilité de modifier les termes du contrat de transaction en cas de dol¹⁸³⁹. Les faits ayant donné lieu à cet arrêt résultaient d'une créance que détenait une banque à l'encontre d'un particulier. Un accord amiable transactionnel avait été conclu entre eux afin de fixer le montant d'une somme mensuelle insaisissable par le créancier. La banque a contesté par la suite le

¹⁸³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 1975, *Bull. civ. I*, n° 43 ; *D.* 1975, p. 405, note C. Gaury, *JCP* 1975, II, 18100, note C. Larroumet ; *RTD civ.* 1975, p. 537, obs. G. Durry – Ég. pour la possibilité de demander des dommages et intérêts malgré le désistement de l'action en nullité : Cass. com. 18 oct. 1994, *D.* 1995, p. 180, note Ch. Atias ; *Deffrénois*, 1995, p. 332, obs. D. Mazeaud.

¹⁸³⁷ Sauf à ce que celui-ci contrevienne par ses stipulations ou son but à l'ordre public, auquel cas la nullité absolue doit être prononcée.

¹⁸³⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° « Réfection ».

¹⁸³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 2002, *Bull. civ. I*, 2002, n° 309 ; *JCP G* 2003, II, 10081, note H. Kenfack ; *RTD civ.* 2003, p. 313, note P.-Y. Gautier – L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, *op. cit.*, n° 476.

contenu de l'accord amiable transactionnel au motif que son consentement avait été vicié par un dol. Les juges de la cour d'appel, lui donnant raison, ont pris l'initiative d'abaisser le montant de la somme insaisissable.

Cette exclusion peut paraître rigoureuse, néanmoins elle se justifie par la force obligatoire des contrats et par l'impossibilité pour les juges de modifier le contenu de l'accord amiable transactionnel, d'autant qu'elle se trouve tempérée par le biais de l'octroi de dommages et intérêts punitifs.

Sous-Section III – L'appréciation de la violence en matière d'accord amiable transactionnel

1120. Le renvoi au droit commun des contrats. L'ancien article 2053 alinéa second du Code civil, en ce qu'il disposait que la transaction peut être rescindée « *dans tous les cas où il y a dol ou violence* » et à l'instar de ce que nous avons observé pour le vice du consentement consistant en un dol, ne faisait que rappeler la règle du droit commun des contrats, sans apporter d'adaptation particulière. La rescision étant entendue comme la nullité relative du contrat de transaction. Les réformateurs ayant œuvré à la modernisation de la justice du XXIème ont ainsi supprimé l'ancien article 2053 du Code civil. Il convient, en conséquence de se tourner vers les règles établies dans le cadre de la réforme du droit commun des contrats aux articles 1140 à 1143 du Code civil, auparavant fixées aux articles 1111 à 1115 du Code civil¹⁸⁴⁰.

1121. Les apports de la réforme du droit commun des contrats. Les nouvelles dispositions issues de la réforme du droit des contrats reprenant l'essentiel du droit positif en vigueur révèlent une innovation majeure¹⁸⁴¹.

¹⁸⁴⁰ Voy. l'anc. art. 1111 CCiv. : « *La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation, est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite* » ; Anc. art. 1112 CCiv. : « *Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes* » ; Voy. l'anc. art. 1113 CCiv. : « *La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle est exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants* » ; Voy. l'anc. art. 1114 CCiv. : « *La seule crainte révérencielle, envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu violence exercé en ne suffit point pour annuler le contrat* » ; Voy. l'anc. art. 1115C CCiv. : « *Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé soit expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi* ».

¹⁸⁴¹ H. Barbier, « La violence par abus de dépendance », *JCP G* 2016, n° 421, n° 421 – M. Chagny, « Contrats d'affaires et abus de dépendance économique », *AJCA* 2016, n° 115 – B. Thomas et Ch. Jeannin, « Le nouvel abus de dépendance », *Journal des sociétés*, sept. 2016, p. 17 – R. Ollard, « Regards sur la consécration de l'abus de

Le nouvel article 1140 du Code civil reprend la définition classique de la violence en disposant qu'« *il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* ». Toutefois, les réformateurs sont allés plus loin en consacrant des solutions jurisprudentielles développées notamment en matière de contrat de transaction. Sont ainsi consacrés, d'une part, le rejet de la menace d'une voie de droit comme constitutive d'une violence, et, d'autre part, la reconnaissance de l'abus de dépendance comme constitutive, au contraire, d'une violence. Sont alors susceptibles d'être sanctionnées toute violence physique ou morale, de nature à faire pression sur une partie afin de la contraindre à conclure un accord amiable, étant précisé qu'en pratique, les hypothèses de violence physique restent marginales.

Dès lors, la question de la caractérisation de la violence au titre des vices du consentement pouvant affecter l'accord amiable, qualifié de contrat de transaction ou non, doit être examinée (§1). Si le législateur, dans le cadre de la réforme du droit des contrats, a consacré au visa de l'article 1131 du Code civil, la nullité relative du contrat comme sanction applicable à l'ensemble des vices du consentement – l'erreur, le dol et la violence – nous prenons soin par comparaison avec les sanctions applicables au dol de rechercher l'application harmonieuse des sanctions des vices de dol et de violence (§2).

§1. La caractérisation de la violence

1122. Le caractère déterminant du vice de violence. Le caractère déterminant est imposé par le législateur, dans le cadre de la réforme du droit des contrats, à l'ensemble des vices pouvant affectés le consentement dans le cadre de la conclusion du contrat. Cela signifie que seule la violence déterminante du consentement et illégitime constitue un vice du consentement, caractères relevant de l'appréciation *in concreto* des juges du fond. Ce contrôle des juges nous amène à nous interroger sur les critères de caractérisation de la violence en matière de résolution amiable des différends (A). La caractérisation du vice de violence doit également être envisagée dans les cas particuliers de menace d'exercer une voie de droit (B) ou de violence économique (C).

l'état de nécessité ou de dépendance à la lumière des solution du droit pénal », *RDC* 2016, p. 94 – L. Pons, « Déséquilibre significatif, abus de dépendance et *private equity* », *Journal des sociétés*, sept. 2016, p. 21 – C. Nourissat, « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.* 2000, chron., p. 369 – D. Mazeaud et Y. Picod, *La violence économique*, Travaux de l'Association H. Capitant, coll. Thème et commentaires, Dalloz 2017

A. Les critères de caractérisation du vice de violence

1123. Position du problème. Jusqu'à la réforme du droit des contrats, certains critères subjectifs étaient avancés par le législateur sans que ceux-ci n'aient été repris par les dispositions réformées. Cet élagage pose la question de leur prise en compte par les juges de critères subjectifs **(1)** et/ou objectifs **(2)** afin d'apprécier l'existence du vice de violence.

1) Les critères subjectifs

1124. Des critères subjectifs consacrés légalement antérieurement à la réforme du droit des contrats. L'ancien article 1112 alinéa second disposait qu' « *on a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes* ». Ainsi, devaient être prises en considération, l'expérience, les compétences, la situation économique, la maladie ou encore la faiblesse de la personne amenée à conclure un accord amiable transactionnel, comme le confirment les solutions jurisprudentielles rendues en la matière. Toute la difficulté pour la partie victime était alors d'apporter une preuve suffisante de sa situation de faiblesse particulière, le simple constat d'une situation économique difficile n'étant pas suffisante et la réalité d'une faiblesse psychologique devant être établie par la production de certificats médicaux suffisants¹⁸⁴².

1125. La nécessaire prise en compte jurisprudentielle de critères subjectifs en matière de résolution amiable des différends. En la matière, la jurisprudence offre des illustrations de la prise en compte des critères subjectifs.

Ainsi, les juges ont été amenés à annuler pour violence un accord amiable transactionnel obtenu par un agent d'affaires, celui-ci ayant menacé sa cocontractante, une personne âgée, d'expulsion¹⁸⁴³. Dans le même esprit, les juges ont annulé un contrat de transaction conclu entre des acheteurs et leur vendeuse, les premiers ayant menacé la seconde de poursuites pénales imaginaires alors qu'elle était affectée par le décès de son mari¹⁸⁴⁴. En revanche, la violence n'a pu être caractérisée à l'égard d'une personne qui, en tant que directrice de succursale, avait l'expérience des affaires et, de ce fait, ne pouvait être impressionnée par la menace de

¹⁸⁴² Cass. soc., 18 déc. 2001, n° 99-40.649, *Bull. civ.* V, n° 385 : cette décision a été rendue à l'occasion d'une transaction signée entre un employeur et l'un de ses salariés.

¹⁸⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 3 nov. 1959, *Bull. civ.* I, 1959, n° 455 ; *D.* 1960, p. 187, note G. Holleaux.

¹⁸⁴⁴ CA Aix, 22 avr. 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 2, p. 638, note G. Raymond.

poursuites pénales¹⁸⁴⁵.

Dans le cadre de la réforme du droit des contrats et de la nouvelle mouture des articles 1140 à 1144 du Code civil, la référence à ces critères subjectifs semble avoir disparu. Sans doute est-ce parce qu'ils relèvent de l'appréciation *in concreto* des juges, de sorte qu'il a pu paraître superficiel aux réformateurs de rappeler ou d'orienter l'office du juge.

2) Les critères objectifs

1126. La prise en compte jurisprudentielle de critères objectifs. En dehors de considérations d'ordre subjectif, l'appréciation du caractère illégitime de la violence repose sur la prise en considération de critères objectifs qui consistent à relever l'abus et l'avantage excessif obtenu par l'auteur de la menace. Ces éléments, souvent difficiles à établir, relèvent au même titre que les critères subjectifs de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁸⁴⁶.

En matière d'accord amiable transactionnel, le caractère excessif est caractérisé de manière évidente lorsqu'il découle du montant même de la transaction et que le montant du préjudice que cette dernière a pour objet de réparer est connu¹⁸⁴⁷. En revanche, les difficultés d'appréciation se manifestent quand le montant du préjudice, sensé être réparé par l'accord amiable transactionnel, n'est pas déterminé¹⁸⁴⁸.

1127. En définitive, et à l'instar de ce que nous avons observé dans le cadre de la caractérisation des manœuvres dolosives, il est possible de voir dans cette sanction de la violence justifiée par le caractère excessif du montant de la transaction, une prise en compte indirecte du déséquilibre entre les concessions réciproques des parties, et, partant, de la lésion exclue en matière transactionnelle. Néanmoins, cette approche suscite deux difficultés relatives d'une part à la menace d'exercer une voie de droit et, d'autre part, à la violence économique.

B. Le cas particulier de la menace d'exercer une voie de droit

¹⁸⁴⁵ Cass. com., 30 janv. 1974, *D.* 1974, p. 382 ; *RTD civ.* 1974, p. 804, obs. Y. Loussouarn.

¹⁸⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1981, *Gaz. Pal.* 1981, pan. jurispr. p. 356.

¹⁸⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 9 avr. 1913, *DP* 1917, 1, p. 103 : La transaction prévoyait le versement d'une somme de 65 000 francs alors que le montant de la fraude s'élevait à 20 francs – Cass. crim., 22 juin 1972, *Bull. crim.* 1972, n° 216 ; *JCP G* 1973, II, 17326, note J. Larguier ; *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 605 : en vertu de la transaction, un employeur s'octroyait le droit de retenir la moitié du salaire de l'un de ses employés pour des détournements qui au final, étaient imputables à un tiers

¹⁸⁴⁸ CA Paris, 31 mai 1966, *D.* 1967, somm. p. 2 ; *Gaz. Pal.* 1966, 2, p. 194 ; *RTD civ.* 1967, obs. J. Chevallier : la transaction visait, en l'espèce, à réparer le montant d'une série de vols dans un grand magasin

1128. Le refus de l'admission des menaces d'exercer une voie de droit au titre de la violence. Par principe, la jurisprudence excluait que la menace d'exercer une voie de droit puisse constituer une violence illégitime¹⁸⁴⁹. Toutefois et par exception, les juges ont retenu dans certaines circonstances spécifiques que la menace de voie de droit puisse entraîner la nullité d'un contrat en général et du contrat de transaction en particulier. Cette possibilité n'est envisageable que si cette menace se révèle abusive, comme c'est le cas lorsqu'elle n'existe pas suite à la prescription de l'infraction¹⁸⁵⁰ ou lorsque l'infraction n'est pas encore constituée¹⁸⁵¹. En revanche, reste valable le contrat de transaction signé par un assureur avec sa compagnie d'assurances qui l'avait menacé, à juste titre, d'une déchéance de garantie¹⁸⁵².

Le nouvel article 1141 du Code civil consacre ce principe en disposant que « *la menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence* » et en admet ses exceptions en précisant « *qu'il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif* ».

1129. La menace d'exercer une voie de droit peut-elle être constitutive d'un délit pénal ? Certains auteurs se sont interrogés sur le point de savoir si, en dehors d'une sanction sur le plan civil, la menace d'exercer une voie de droit afin d'obtenir la signature d'un accord amiable transactionnel peut être constitutive du délit de chantage¹⁸⁵³. Ce délit est strictement défini à l'article 312-10 du Code pénal comme le fait de menacer de révéler ou d'imputer des faits contraires à l'honneur ou à la considération.

En application du principe d'interprétation restrictive des mesures pénales, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que le délit de chantage n'est pas constitué lorsque la signature de l'accord transactionnel a été obtenue sous la simple menace de ne pas retirer une plainte déposée au préalable¹⁸⁵⁴. En revanche, l'infraction est caractérisée lorsque le montant du préjudice prévu dans la transaction est manifestement excessif au regard du montant réel du préjudice¹⁸⁵⁵, ou encore, lorsque la menace de révélation ne concerne pas des faits en rapport avec le litige réglé par la transaction¹⁸⁵⁶.

Il convient toutefois de relever que la caractérisation du délit de chantage dans la

¹⁸⁴⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 1984, *Bull. civ.* III, 1984, n° 13 ; *RTD civ.* 1985, p. 367, obs. J. Mestre ; *Deffrénois* 1985, art. 33481, n° 11, obs. J.-L. Aubert.

¹⁸⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 17 juill. 1967, *Bull. civ.* I, 1967, n° 263 ; *D.* 1967, p. 509.

¹⁸⁵¹ TGI Laon, 15 nov. 1972. *JCP G* 1974, IV, 379.

¹⁸⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 19 juill. 1965, *Bull. civ.* I, 1965, n° 484 ; *RGAT* 1966, p. 190.

¹⁸⁵³ F. Julienne, *JCl. Code civil*, « Art. 2044 à 2052 », Fasc. 30, « Transaction – Formation », spéc. n° 58.

¹⁸⁵⁴ Cass. crim., 22 avr. 1975, *Bull. crim.* 1975, n° 101 ; *JCP G* 1976, II, 18417, note D. Mayer.

¹⁸⁵⁵ Cass. crim., 27 janv. 1960, *Bull. crim.* 1960, n° 46 ; *D.* 1960, p. 247.

¹⁸⁵⁶ Cass. crim., 13 mars 1990, *Bull. crim.* 1990, n° 116.

configuration d'une menace d'agir en justice reste marginale et ne s'impose que dans des circonstances tout à fait particulières¹⁸⁵⁷.

C. La reconnaissance de la violence économique

1130. Une reconnaissance légale au titre du droit commun des contrats. Sur le versant du droit commun des contrats, la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 est venue consacrer la notion de violence économique. Toutefois, ce vice du consentement qui peut venir affecter la contrat spécial de transaction soulève deux problématiques particulières : l'une a trait à la sanction applicable à la sanction de la contrainte économique **(1)**, l'autre à l'existence d'autres actions envisageables en présence de violence économique **(2)**. Au surplus, des difficultés d'appréciation relatives au caractère illégitime de la contrainte et de la prise en compte de la violence économique se posent.

- 1) Le débat relatif à la sanction applicable à la contrainte économique affectant l'accord amiable transactionnel

1131. La problématique de l'articulation entre violence et lésion. Avant la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle, la question s'est posée de savoir dans quelle mesure il était possible de mettre en œuvre la sanction de la violence alors que, par ailleurs, celle de la lésion était prohibée en vertu de l'article 2052 alinéa second du Code civil¹⁸⁵⁸.

1132. Le rattachement jurisprudentiel de la notion de contrainte économique au vice de violence. Cette interrogation a donné lieu à une décision remarquable rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation le 30 mai 2000 par laquelle, au visa des articles 2052, 2053 du Code civil et de l'article 12 du Code de procédure civile, les juges ont censuré une cour d'appel qui avait refusé d'annuler pour lésion une transaction alors qu'au moment de la conclusion de celle-ci l'une des parties contractantes avait subi une contrainte économique. La première chambre civile de la Cour de cassation énonce qu'« [...] en se déterminant ainsi, alors que la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence,

¹⁸⁵⁷ P. Chauvel, , *Rép. Civil Dalloz*, V° « Transaction », 2004, n° 227.

¹⁸⁵⁸ Sur cette problématique : L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, *op. cit.*, n° 477 – B. Mallet-Bricout, « Vices et transaction », *in La transaction dans toutes ses dimensions*, *op. cit.*, p. 35 s., spéc. n° 15.

et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion, la cour d'appel a violé les textes susvisés »¹⁸⁵⁹. Dans cet arrêt les juges affirment donc clairement que la violence économique peut être assimilée au vice du consentement prévu à l'ancien article 1116 du Code civil.

1133. Les difficultés de caractérisation de la contrainte économique. La notion de contrainte économique, appliquée à d'autres branches du droit comme le droit du travail ou le droit de la concurrence, pose le problème de sa caractérisation. En effet, en censurant le rapprochement avec la lésion, les hauts magistrats rejettent une conception objective tirée d'une analyse des prestations dues par chaque partie au profit d'une approche subjective.

1134. L'approche subjective de la contrainte économique. Cette approche subjective n'a pas manqué de faire l'objet de précisions jurisprudentielles ultérieures. Ainsi, la première chambre civile est venue juger, dans un arrêt du 3 avril 2002, que « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier son consentement »¹⁸⁶⁰. En application de cette décision, il apparaît que le simple constat d'une situation de dépendance économique ne suffit pas à légitimer une sanction sur le fondement de la violence, encore faut-il prouver que la partie forte au contrat ait abusé de sa position dominante.

L'abus est par conséquent apprécié au regard de l'équilibre du contrat et de l'avantage excessif octroyé au détriment de la partie faible. C'est précisément ce qu'illustre l'arrêt, à nouveau rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 4 février 2015. Dans cette affaire, la société Karous avait conclu avec les sociétés Bouygues immobilier et Parismed, un contrat de transaction en 2010 par lequel elle renonçait à exercer les recours contentieux en annulation de trois permis de construire délivrés aux deux autres sociétés. En contrepartie ces sociétés s'engageaient à lui verser une « indemnité transactionnelle, globale, forfaitaire et définitive de 500 000 euros » couvrant toute indemnisation, pour quelques causes que ce soit liées aux programmes immobiliers objets du contrat de transaction. L'indemnité convenue n'ayant pas été réglée, la société Karous a alors fait pratiquer, sur le fondement de l'accord amiable transactionnel rendu exécutoire, une saisie-attribution au préjudice de la société

¹⁸⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ.* I, 2000, n° 169 ; *D.* 2000, jurispr., 879, note J.-P. Chazal ; *JCP G* 2001, II, 10461, note G. Loiseau ; *RTD civ.* 2001, p. 827, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD civ.* 2001, p. 863, obs. P.-Y. Gautier ; *Deffrénois* 2000, 37237, n° 68, note Ph. Delebecque.

¹⁸⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Bull. civ.* I, 2002, n° 108 ; *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel et J.-P. Chazal ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Deffrénois* 2002, 37607, n° 65, note E. Savaux.

Bouygues immobilier. Cette dernière a alors invoqué la nullité de l'accord amiable transactionnel pour violence ou pour défaut de concessions réciproques. Elle a saisi en conséquence le juge de l'exécution d'une demande de nullité et en mainlevée de la voie d'exécution. Les hauts magistrats confortent l'analyse de la cour d'appel de Versailles qui « constate que la menace d'exercer les recours contentieux en annulation de permis de construire, objet de la transaction, était illégitime, dès lors que ces voies de droit étaient dénuées de toute chance de succès comme devaient le révéler de nombreuses décisions rendues par les juridictions administratives qui, sur des recours similaires, ont sanctionné le défaut d'intérêt à agir de deux sociétés soeurs de la société Karous, dont elles partageaient le siège sociale ». Les juges d'appel ont également relevé que « la société Bouygues immobilier, quelle que soit son envergure financière, devait, pour mener à bien son projet, disposer de permis de construire purgés de tout recours pour, d'abord, acquérir les terrains destinés à recevoir les constructions dans les délais imposés, à peine de caducité, par les promesses synallagmatiques de vente, et, ensuite, procéder à une commercialisation d'une partie des immeubles à construire selon la forme juridique projetée ». De ces constats, les juges d'appel retiennent une menace illégitime qui a fait naître, pour la société, la crainte de voir mettre en échec une vaste et coûteuse opération immobilière, comportant la création d'une nouvelle structure hospitalière, d'une école d'infirmières et de logements collectifs à Marseille. Pour la Cour de cassation, la cour d'appel a ainsi caractérisé la contrainte économique exploitée par la société Karous pour amener son cocontractant à lui consentir une indemnité transactionnelle d'un montant particulièrement élevé, de sorte qu'elle a légalement justifié sa décision de tenir la transaction pour nulle, et d'ordonner par voie de conséquence, la mainlevée de la voie d'exécution dont elle constituait le fondement¹⁸⁶¹.

2) La question de la sanction de la violence économique

1135. La concurrence de sanctions en nullité. Action en nullité pour vice de violence ou action en nullité pour défaut de concession réciproques ? La caractérisation de la violence économique soulève un problème d'articulation avec l'action en nullité pour défaut de concessions réciproques. Ainsi, la première chambre de la Cour de cassation a reproché à des juges du fond de ne pas avoir recherché à requalifier l'action pour violence économique en action en annulation pour défaut de concessions réciproques, dans une situation où l'indemnité

¹⁸⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 2015, n° 14-10.920, NP.

octroyée par voie de transaction par une compagnie d'assurances présentait un écart important avec les prévisions du contrat d'assurance¹⁸⁶².

§2. La nature de la sanction applicable au vice de violence

1136. La sanction naturelle de droit commun : la nullité relative. Comme à l'égard de tous les vices du consentement, la sanction naturelle de la violence repose sur la nullité relative de l'accord amiable transactionnel. Le débat relatif au terme de rescison présent à l'ancien article 2053 du Code civil spécifique au contrat de transaction, nous l'avons constaté, est clos depuis sa suppression par les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle. Il convient dorénavant de se référer au droit commun des contrats et à la combinaison des articles 1130, 1131 et 1178 et suivants du Code civil.

1137. L'admission de la réparation du préjudice subi par la victime violentée. Certains auteurs, dans le cadre d'un rapprochement avec le dol, se sont interrogés sur la possibilité d'envisager l'octroi de dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité délictuelle¹⁸⁶³. Les mêmes paramètres favorables à ce type de sanction se retrouvent en effet en matière de violence. Tout d'abord, le comportement de la partie auteur de la violence peut caractériser une faute à l'origine du vice du consentement. Ensuite, la partie lésée peut trouver un intérêt à ce que la transaction soit maintenue. Si les solutions jurisprudentielles reconnaissant une telle sanction sont peu nombreuses à l'égard d'un contrat de transaction¹⁸⁶⁴, cette faculté est défendue par la majorité des auteurs et trouve appui dans la théorie générale des contrats¹⁸⁶⁵.

1138. La difficile admission de la réfection de l'accord amiable transactionnel. La même problématique peut être invoquée au regard de la réfection de la transaction. Si, en matière de droit commun des contrats, en cas de violence, la réduction de l'engagement excessif peut parfois s'imposer plutôt que la nullité de l'acte juridique¹⁸⁶⁶, cette solution est difficilement transposable au contrat de transaction puisqu'elle a été exclue par la jurisprudence en matière de

¹⁸⁶² Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003, n° 01-11.963, *Bull. civ. I*, n° 174.

¹⁸⁶³ F. Julienne, *JCl. Code civil*, « Art. 2044 à 2052 », Fasc. 30, « Transaction – Formation », spéc. n° 60.

¹⁸⁶⁴ Cass. com., 18 févr. 1997, *Bull. civ. IV*, 1997, n° 59 ; *D.* 1997, inf. rap. p. 114.

¹⁸⁶⁵ P. ex : L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, op. cit., n° 488 – C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, « Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles », *D.* 2002, n° 193.

¹⁸⁶⁶ F. Terré, Ph. Simler et Y. lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd. 2018, n° 250.

dol, autre vice du consentement¹⁸⁶⁷. Il sera donc contradictoire d'admettre la possible réfection de l'accord amiable vicié par la violence alors que celle-ci n'est pas admise lorsqu'il est entaché par le dol.

1139. Conclusion de la section I relative à l'expression du caractère fédérateur du droit commun des contrats au travers de l'existence et de l'intégrité du consentement

En abrogant l'ensemble des dispositions relatives aux vices du consentement qui figuraient au régime spécial de l'accord amiable transactionnel, les réformateurs de la justice du XXIème renvoient à une application des dispositions du droit commun des contrats telles que réformées par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018. Cependant plus que d'innover en matière de régime spécial du contrat de transaction, le législateur simplifie en réalité le régime de cet accord amiable de référence. Les dispositions codifiées à l'édition du Code civil consistaient en effet en des redites du droit commun des contrats. Seul le rejet de l'erreur de droit en matière transactionnelle apparaissait, de prime abord, comme une spécificité justifiant une disposition spéciale. Néanmoins, l'erreur de droit étant par la jurisprudence sanctionnée sous couvert de l'erreur sur l'objet de la contestation, le maintien de sa prohibition ne se justifiait plus. De manière plus remarquable, la jurisprudence relative à la violence économique qui trouvait son illustration en matière d'accord amiable transactionnel a été consacrée au sein des dispositions relatives au droit commun des contrats par les réformateurs du droit des contrats.

Section II – Un caractère fédérateur encadré par les règles de capacité et de pouvoir de transiger

1140. L'accord amiable transactionnel : un acte de disposition. Comme pour tout acte juridique, la conclusion du contrat de transaction est encadrée par les règles relatives à la capacité et de pouvoir. Celles-ci ont trait à l'aptitude d'une part de s'engager par soi-même et, d'autre part, à la faculté d'agir pour le compte d'autrui.

Les règles relatives à la capacité sont au surplus plus ou moins contraignantes en fonction de la gravité de l'acte envisagé. À cet égard, il convient d'apporter deux observations relatives à l'accord amiable qualifié de contrat de transaction. En premier lieu, la caractérisation du contrat de transaction, nous l'avons constaté, suppose l'existence de

¹⁸⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 2002, *Bull. civ.* I, 2002, n° 309 ; *JCP G* 2003, II, 10081, note H. Kenfack ; *RTD civ.* 2003, p. 313, note P.-Y. Gautier – L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, *op. cit.*, n° 476.

« *concessions* ». Ce terme sousentend la renonciation à une partie de ses prétentions par chacune des parties, de sorte que l'accord amiable transactionnel n'est pas un simple acte d'administration des biens mais relève de la catégorie des actes de disposition. En second lieu, et toujours au titre du critère de qualification transactionnelle de l'accord amiable consistant en l'exigence de « *concessions réciproques* », celle-ci fait de cet accord amiable spécialement qualifié un acte juridique à titre onéreux et non un acte à titre gratuit. En conséquence, la validité de l'expression de la volonté des parties suppose le respect des conditions de capacité (**Sous-Section I**) et de pouvoir (**Sous-Section II**) prévues pour les actes de disposition à titre onéreux.

Sous-Section I – La délimitation de la capacité à transiger

1141. Un encadrement strict. Les règles relatives à la capacité d'exercice, tant pour les mineurs (§1) que pour les majeurs protégés (§2), sont soumises à un encadrement strict pour la conclusion d'un accord amiable transactionnel en raison d'un ordre public de direction prégnant. D'une manière générale, ce n'est qu'à des conditions restrictives que leur représentant sera en mesure de passer un tel acte en leur nom.

§1. Les mineurs et l'accord amiable transactionnel

1142. L'absence d'autonomie du mineur. Le mineur non émancipé n'est jamais en mesure de conclure seul un accord amiable transactionnel. En effet, le contrat de transaction relevant de la catégorie des actes de disposition, il ne s'inscrit pas dans les solutions d'assouplissement développées par la jurisprudence visant à préserver, en fonction de son âge, une sphère d'autonomie au mineur pour les actes d'administration et les actes conservatoires. En revanche, une fois émancipé, le mineur se voit reconnaître une pleine capacité de transiger.

Les régimes de protection prévoient le respect de conditions préalables à la conclusion d'un contrat de transaction par le représentant (**A**) sous le couvert d'une sanction unique (**B**). Toutefois, il convient de relever que des règles dérogatoires sont prévues dans le cadre des régimes d'indemnisation de la victime mineure (**C**).

A. L'autorisation préalable du représentant

1143. L'encadrement de la faculté de transiger des représentants. Conformément à

la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*¹⁸⁶⁸, l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 est venue modifier le régime d'administration des biens des mineurs et renforcer la protection juridique des majeurs par la création d'une mesure de protection¹⁸⁶⁹. Ce texte supprime les régimes d'administration légale sous contrôle judiciaire et d'administration légale pure et simple au profit d'un régime unique d'administration légale. Par ailleurs, cette réforme a recentré le contrôle du juge des tutelles sur les situations considérées comme les plus à risques. La suppression de ces régimes a, en outre, entraîné une restructuration complète des textes applicables. L'ensemble des dispositions ou presque a ainsi été transféré dans le chapitre consacré à l'autorité parentale relative aux biens de l'enfant aux articles 382 à 387-6 du Code civil et est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2016¹⁸⁷⁰. Depuis cette date, le parent exerçant seul l'autorité parentale n'a plus à solliciter le juge afin de pouvoir accomplir la plupart des actes de dispositions.

Toutefois, au vu du caractère de gravité attaché au contrat de transaction, les représentants légaux du mineur ont une marge de manœuvre limitée par un formalisme strict. Le représentant, n'étant pas en mesure de prendre seul l'initiative de conclure un tel acte, doit y avoir été autorisé. La faculté de transiger des représentants du mineur doit être envisagée dans le cadre des différents régimes de protection : le régime unique d'administration légale **(1)** et le régime des tutelles **(2)**.

1) Dans le cadre du régime d'administration légale

1144. L'accord amiable transactionnel soumis à autorisation judiciaire. Malgré l'assouplissement opéré par la réforme de simplification et de modernisation du droit de la famille, certains actes de disposition particulièrement graves nécessitent toujours l'autorisation du juge des tutelles. À ce titre, l'article 381 du Code civil, tel qu'issu de cette réforme précise que « *l'administrateur légal ne peut, sans l'autorisation préalable du juge des tutelles : [...] 4° renoncer pour le mineur à un droit, transiger ou compromettre en son nom* ». Il s'agit d'une consécration légale d'une solution déjà admise par la jurisprudence¹⁸⁷¹. Précisons que lorsque le juge intervient, il ne se contente pas de donner ou non son accord mais se réserve, au nom de

¹⁸⁶⁸ JO 17 févr. 2015, n° 0040, p. 2961.

¹⁸⁶⁹ Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015 *portant simplification et modernisation du droit de la famille*, JO 16 oct. 2015, n° 0240, p. 19304.

¹⁸⁷⁰ Elles ont été appliquées aux administrations légales en cours.

¹⁸⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2010, n° 08-19.627, *Bull. Civ. I*, 2010, n° 13 : à propos de la conclusion d'un contrat de transaction entre un mineur victime d'un accident de la circulation et un assureur.

l'intérêt de l'enfant, la faculté d'imposer des modalités particulières quant au contenu de l'accord amiable.

1145. Quid de l'accord amiable non qualifié de contrat de transaction ? Dès lors que le contrat de transaction doit être soumis à l'autorisation préalable du juge des tutelles, il peut être tentant pour les parties de ne pas préciser la qualification de contrat de transaction lors de la rédaction de l'accord amiable afin de le faire échapper au contrôle du juge avant conclusion. La jurisprudence a été amenée, sous l'empire de l'ancien article 389-5 du Code civil, à se prononcer dans pareil cas de figure, confrontée à un simple « arrangement amiable ». Dans une affaire marquante, un père avait formé pourvoi en cassation contre l'arrêt d'une cour d'assises ayant déclaré irrecevable sa demande en réparations civiles dans le cadre de poursuites du chef de viol à l'encontre de sa fille. Cette cour d'assise avait considéré que la conclusion de l'acte nommé « arrangement amiable » par lequel les parents avaient renoncé à toutes autres indemnités et dédommagements en réparation du préjudice moral et matériel subi par leur fille mineure, victime d'un double viol contre paiement d'une somme de 8000 francs par les auteurs du crime, n'avait pas à être autorisée par le juge des tutelles. La chambre criminelle de la Cour de cassation saisie du pourvoi renvoie alors l'examen du pourvoi à sa chambre mixte. Cette dernière, au visa de l'ancien article 389-5 du Code civil, juge que la validité d'un acte qui, non expressément qualifié de contrat de transaction, tout en se présentant comme tel, constitue une renonciation à un droit et devait, en conséquence, être soumis à l'autorisation du juge des tutelles¹⁸⁷². La chambre mixte de la Cour de cassation s'appuie ainsi sur la renonciation contenu à l'« arrangement amiable » afin de lui redonner sa juste qualification transactionnelle.

2) Dans le cadre du régime de tutelle

1146. L'accord du conseil de famille. Dans le cas où le mineur est soumis à un régime de tutelle, le tuteur ne peut transiger sans l'accord du conseil de famille.

Avant la refonte du droit des incapacités intervenue en 2007, l'ancien article 467 du Code civil imposait que « *le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur qu'après avoir fait approuver par le conseil de famille, les clauses de la transaction* ». Si le nouveau dispositif n'a

¹⁸⁷² Cass. ch. mixte, 29 janv. 1971, n° 67-93320, *Bull. crim. ch. mixte* n° 34, p. 82 ; *D.* 1971, p. 301, concl. Lindon, note J. Hauser et E. Abitbol ; *RTD civ.* 1971, p. 616, obs. R. Nerson et p. 689, obs. H. Hébraud ; *Deffrénois*, 1971, art. 29881, note J. Massip.

pas repris la rédaction de ce texte, la solution demeure dans la mesure où la transaction a été classée par le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 parmi les actes de disposition¹⁸⁷³.

En outre, l'alinéa second de l'article 408 du Code civil qui a trait aux actions en justice engagées au nom du mineur, pose comme condition préalable qu'une telle action soit autorisée par le conseil de famille. Or, la transaction ayant pour effet d'éviter une action en justice pour faire valoir les droits du mineur, la même condition doit s'imposer. Au surplus, le tuteur peut être amené à se voir contraint de recourir à la conclusion d'un accord amiable transactionnel par le conseil de famille en vertu de l'article 408 du Code civil qui lui permet d'enjoindre le tuteur de se désister de l'instance ou de transiger.

B. La sanction de la nullité

1147. Une nullité relative. Le contrat de transaction ne répondant pas aux conditions imposées par les règles d'incapacité des mineurs non émancipés, est frappé de nullité. L'accord amiable est alors soumis au régime de la nullité relative régi par les articles 1179 et 1181 du Code civil tels qu'issus de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016¹⁸⁷⁴. En effet, cette sanction a pour finalité de protéger les intérêts individuels du mineur et non l'intérêt général. Cette solution s'impose, que l'accord amiable ait été conclu par le mineur lui-même ou par son représentant sans avoir obtenu l'autorisation requise. Malgré la clarté de ce dispositif, le régime de cette sanction qui relève donc du droit commun, lequel joue donc un rôle fédérateur, doit être précisé au regard du contrat de transaction concernant ses modalités de mise en œuvre **(1)** et ses effets **(2)**.

1) Au regard des modalités de mise en œuvre de la nullité

1148. Variété des modalités de mise en œuvre de la sanction. La nullité est soumise à un délai de prescription de 5 ans et pourra faire l'objet d'une confirmation de la part du mineur, devenu majeur.

Dans l'hypothèse où l'accord amiable transactionnel aurait été conclu par le représentant

¹⁸⁷³ Décr. n° 2008-1484 du 22 déc. 2008 *relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil*, JO 31 déc. 2008, n°0304, p. 20631.

¹⁸⁷⁴ Non mod. par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018.

sans l'accord du conseil de famille, seul le mineur peut se prévaloir de la nullité¹⁸⁷⁵. Par ailleurs, la sanction peut être invoquée pour la première fois en instance d'appel mais non devant la Cour de cassation¹⁸⁷⁶. Notons que lorsque le juge a été saisi d'une demande en exécution d'un contrat de transaction non autorisé par le juge des tutelles, il ne peut se substituer à ce dernier pour valider l'acte. Il est donc tenu de constater la nullité et de trancher le litige au fond comme s'il n'y avait jamais eu de résolution amiable¹⁸⁷⁷. Par ailleurs, sa mise en application ne se trouve pas subordonnée à la preuve d'un préjudice que la conclusion de l'accord amiable transactionnel aurait causé au mineur¹⁸⁷⁸.

Enfin, la jurisprudence considère que l'obligation de garantie attachée au contrat de transaction n'est pas susceptible de faire obstacle à l'action en nullité du mineur au nom de qui l'acte a été conclu. Deux arguments justifient cette solution : d'une part, la garantie ne peut naître que d'un contrat de transaction valable et, d'autre part, le jeu de la rétroactivité attachée à la nullité entraîne l'anéantissement de l'obligation avec celle de la transaction¹⁸⁷⁹.

2) Au regard des effets de la nullité

1149. L'application des effets attachés à la nullité de droit commun des contrats.

Par l'effet de la nullité, l'accord amiable transactionnel, dans son ensemble, est amené à disparaître de manière rétroactive. Cette rétroactivité implique le jeu de restitutions qui présentent un régime particulier dans le cas où le mineur a conclu lui-même le contrat de transaction au mépris de son incapacité. Dans ce cas, l'article 1352-4 du Code civil – tel qu'issu de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et modifié par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 – dans une version allégée de l'ancien article 1312¹⁸⁸⁰, prévoit « *les restitutions dues par un mineur non émancipé ou par un majeur protégé sont réduites à hauteur du profit qu'il a retiré de l'acte* ». Cette règle dérogatoire se justifie par la crainte que le mineur dilapide les fonds qui lui auraient été remis en exécution du contrat de transaction. En revanche, un tel risque n'étant pas caractérisé lorsque l'accord amiable a été

¹⁸⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1998, *Bull. civ. I*, 1998, n° 102 ; *Defrénois* 1998, 1403, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1998, p. 656, obs. J. Hauser.

¹⁸⁷⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 22 févr. 1965, *Bull. civ. I*, 1965, n° 141.

¹⁸⁷⁷ CA Reims, 23 oct. 1975, *D.* 1976, somm. p. 40.

¹⁸⁷⁸ TGI Paris, 16 mars 1971, *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 837.

¹⁸⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 1960, *Bull. civ. I*, 1960, n° 79 : en l'espèce, il s'agissait d'une transaction entre un mineur, représenté par sa mère, et ses cohéritiers, sous forme d'une cession globale des droits du mineur dans la succession de son grand-père, contre paiement des dettes successorales

¹⁸⁸⁰ Rapport Président de la République *relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, préc.

conclu par le représentant légal non autorisé, la restitution porte dans cette hypothèse, sur la totalité des fonds reçus en exécution de la transaction¹⁸⁸¹.

C. Les formalités supplémentaires dans les régimes d'indemnisation

1150. Le mineur victime d'un accident de la circulation. La loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 relative à l'indemnisation des accidents de la circulation a prévu – au visa de l'article L. 211-15 du Code des assurances – des formalités complémentaires lorsqu'un mineur est victime d'un préjudice corporel¹⁸⁸².

Dans cette hypothèse, l'offre d'accord amiable indemnitare transactionnelle devant être obligatoirement émanée de la compagnie d'assurances doit au surplus être autorisée, selon les cas, par le juge aux affaires familiales ou le conseil de famille. Dans le même esprit, le juge compétent en matière de protection des mineurs doit être prévenu au moins 15 jours à l'avance de toute somme versée à titre d'indemnité au représentant du mineur¹⁸⁸³. Nous relevons, par ailleurs et étonnement, que pareil dispositif n'est pas prévu dans le cadre des victimes d'accidents médicaux.

1151. La sanction de la nullité. Ces exigences légales particulières sont sanctionnées par la nullité du contrat de transaction conclue au nom du mineur. Il s'agit, ici, d'une nullité relative généralisée puisqu'elle peut être invoquée par le ministère public et par tout intéressé, à l'exception de l'assureur. Afin de garantir le respect des formalités, le dispositif légal prohibe par ailleurs toute clause selon laquelle le représentant du mineur se porte fort de la ratification du contrat de transaction par ce dernier lequel procédé est frappé de nullité.

§2. Les majeurs protégés et l'accord amiable

1152. Le maintien des solutions par la réforme de 2007. Les différents régimes de protection des majeurs – à savoir la mesure de sauvegarde de justice **(A)**, la curatelle **(B)** et la tutelle **(C)** – impliquent la protection de la personne protégée à l'égard de l'accord amiable transactionnel constitutif d'un acte de disposition. La dernière refonte du droit des incapacités,

¹⁸⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 1989, *Bull. civ. I*, 1989, n° 13.

¹⁸⁸² Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation* dite loi Badinter, *préc.*

¹⁸⁸³ Voy. l'art. L. 211-15 C. assur.

opérée par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007¹⁸⁸⁴, n'a pas apporté de bouleversement notable aux solutions retenues. Par ailleurs, le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008¹⁸⁸⁵, instituant des listes de classification des actes en fonction de leur gravité, a intégré l'accord amiable transactionnel parmi les actes de disposition par nature. Toutefois, la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 *de simplification du droit*¹⁸⁸⁶ a créé une nouvelle mesure de protection pour les majeurs vulnérables : l'habilitation familiale (**D**).

A. Le majeur sous sauvegarde de justice

1153. L'autonomie du majeur. Placé sous le régime de protection de la sauvegarde de justice gardant l'exercice de ses droits, le majeur reste libre de conclure un accord amiable transactionnel sans formalité particulière. Cependant, cette dernière est, comme tous les actes conclus par le majeur soumis à la sauvegarde de justice, rescindable pour lésion ou réduit en cas d'excès comme le prévoit l'article 435 du Code civil. L'accord amiable transactionnel est alors soumis à un régime dérogatoire par rapport aux règles de droit commun des contrats. L'article 1150 du Code civil tel qu'issu de la réforme du droit des contrats dispose en effet que *« les actes accomplis par les majeurs protégés sont régis par les articles 435, 465 et 494-9 sans préjudice des articles 1148, 1151 et 1342-4 du Code civil »*. Ce risque de sanction, protecteur de la personne protégée, fragilise toutefois la situation du tiers.

1154. Une personnalisation du régime de protection. La réforme intervenue en 2007 a permis une plus grande adaptation du régime de la sauvegarde de justice à la situation du majeur en autorisant une graduation dans son degré de protection. Ainsi, en application de l'article 433 du Code civil, le juge peut instaurer un système de représentation pour certains actes déterminés. Il peut notamment désigner un mandataire spécial afin d'accomplir certains actes, même de disposition, rendus nécessaires par la gestion du patrimoine du majeur¹⁸⁸⁷. Notons que le législateur a élargi cette faculté puisque, avant 2007, elle n'était autorisée qu'à l'égard des actes d'administration. Cet assouplissement permet donc d'envisager, désormais, la mise en place d'un tel mandat aux fins de conclure un accord amiable transactionnel.

¹⁸⁸⁴ Loi n° 2007-307 du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs*, JO du 7 mars 2007, n° 56.

¹⁸⁸⁵ Décr. n° 2008-1484 du 22 déc. 2008 *relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil*, préc.

¹⁸⁸⁶ Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, préc.

¹⁸⁸⁷ Voy. l'art. 437 CCiv.

B. Le majeur sous curatelle

1155. L'assistance du majeur protégé. La mise en place d'un régime de curatelle est susceptible de présenter des implications tant à l'égard des actes conclus antérieurement (1), qu'à l'égard de ceux conclus postérieurement (2).

1) L'exécution de l'accord amiable conclu avant la mise en oeuvre du régime

1156. Une remise en cause conditionnée. Selon l'article 464 du Code civil, les obligations, issues des actes consentis par le majeur moins de deux ans avant la publicité du jugement d'ouverture de la mesure de protection, peuvent être réduites, à la condition d'établir que l'altération des facultés était notoire ou connue à l'époque de la conclusion. Bien plus, tout acte peut être annulé dans les mêmes conditions si la personne protégée justifie par ailleurs d'un préjudice.

2) L'exécution de l'accord amiable conclu après la mise en œuvre du régime

1157. L'assistance du curateur. Le majeur bénéficie d'un système d'assistance par le curateur pour les actes qui, dans le cadre de la tutelle, requièrent l'autorisation du juge ou du conseil de famille¹⁸⁸⁸. Le contrat de transaction étant classé parmi les actes de disposition par nature, sa conclusion suppose l'assistance du curateur.

Le non-respect de cette mesure protectrice est sanctionné par la nullité de la transaction, à la condition que la personne protégée ait subi un préjudice. Cependant, l'opération juridique pourra être validée *a posteriori* par la ratification du curateur, cette solution ayant été toujours admise¹⁸⁸⁹. Dans le même esprit et au visa de l'article 465 du Code civil, si l'accord amiable transactionnel est conclu par le curateur seul, alors que la simple assistance est requise, le contrat est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve d'un préjudice.

C. Le majeur sous tutelle

1158. La représentation du majeur protégé. À l'instar de la curatelle, la tutelle –

¹⁸⁸⁸ Voy. l'art. 467 CCiv.

¹⁸⁸⁹ T. civ., Seine, 7 janv. 1949, *D.* 1949, somm. p. 19 ; *Gaz. Pal.* 1949, 1, p. 167.

régime le plus protecteur du majeur – a des implications non seulement pour les transactions conclues avant l'ouverture de la mesure (1), mais aussi pour celles intervenant postérieurement (2).

1) L'exécution de l'accord amiable conclu avant la mise en oeuvre du régime

1159. Une remise en cause conditionnée similaire à la curatelle. L'exécution d'un accord amiable transactionnel consenti par le majeur moins de deux ans avant sa soumission au régime de la tutelle peut être infléchie par la réduction des obligations s'il est établi que l'altération des facultés était notoire ou connue au moment de la conclusion de l'acte. De la même façon, le contrat de transaction pourra, au visa de l'article 464 du Code civil, être annulé s'il apparaît que la personne protégée a subi un préjudice¹⁸⁹⁰.

2) L'exécution de l'accord amiable conclu après la mise en oeuvre du régime

1160. La représentation du tuteur. Le majeur relève d'un système de représentation, aménagé à partir de l'article 496 du Code civil, présentant des règles communes avec le régime de protection appliqué aux mineurs non émancipés. Dès lors, tout comme la convention d'arbitrage, l'accord amiable transactionnel consenti au nom du majeur protégé ne sera valable, au visa de que si le tuteur a été autorisé par le juge des tutelles ou le conseil de famille comme l'impose l'article 506 du Code civil. Dans l'hypothèse où le contrat de transaction a été conclu par le majeur seul, il est frappé de nullité relative pouvant être invoquée, selon les cas, par le tuteur pendant la durée de la mesure de protection, par le majeur après la mainlevée de la tutelle, ou encore, par ses héritiers en cas de décès.

1161. En matière d'indemnisation du majeur sous tutelle victime d'un accident de la circulation. Ce traitement commun entre le mineur non émancipé et le majeur sous tutelle se retrouve en matière d'indemnisation des dommages corporels issus d'un accident de la circulation. La loi *Badinter* du 5 juillet 1985 a en effet assimilé le majeur protégé à un mineur sous tutelle en imposant les mêmes formalités supplémentaires par l'encadrement de l'offre de conclure le contrat de transaction présentée par les compagnies d'assurances. En conséquence, cette dernière doit faire l'objet d'une autorisation par le juge des tutelles ou par le conseil de

¹⁸⁹⁰ Voy. l'art. 464 CCiv.

famille. Par ailleurs, le juge des tutelles doit être prévenu, toujours au visa de l'article L. 211-15 du Code des assurances, au moins 15 jours à l'avance de toute somme versée à titre d'indemnité au représentant du majeur.

Sous-Section II – La délimitation du pouvoir des parties au différend de conclure l'accord amiable

1162. Un encadrement des pouvoirs de transiger. Il s'agit de déterminer dans quelles mesures une personne qui agit pour le compte d'autrui peut conclure un accord amiable transactionnel. Sa classification dans la catégorie des actes de disposition suppose un encadrement strict des prérogatives en ce domaine. Ce constat s'impose quelles que soient les circonstances de cette gestion des intérêts d'autrui : le mariage (§1), un mandat (§2), une disposition légale (§3) ou une décision judiciaire (§4).

§1. Le pouvoir de conclure l'accord amiable de la personne mariée

1163. Des restrictions à la conclusion de l'accord amiable. La personne mariée est susceptible de voir sa faculté de conclure un accord amiable transactionnel limitée à l'égard de certains biens (A) et de la répartition des pouvoirs des époux (B).

A. Les exclusions relatives à certains biens

1164. L'exclusion de l'accord amiable transactionnel portant sur le logement familial. Cette exclusion se justifie par la dimension patrimoniale et extra-patrimoniale du logement familial et s'impose pour l'ensemble des régimes matrimoniaux. Ce bien est soumis à un régime spécifique d'ordre public de direction. Ainsi, en vertu de l'alinéa 3 de l'article 215 du Code civil relevant du régime primaire, les actes susceptibles de priver la cellule familiale de la jouissance du logement sont soumis à une cogestion obligatoire. Dès lors, même si un époux est l'unique propriétaire du bien, il ne pourra pas consentir seul un accord amiable, fut-il transactionnel, qui aurait pour conséquence de mettre en péril la jouissance du logement principal de sa famille.

1165. L'exclusion de l'accord amiable transactionnel portant sur les biens communs. Dans le même esprit, les pouvoirs individuels des époux, mariés sous un régime de

communauté, sont limités à l'égard des biens communs. En application de l'article 1424 du Code civil, l'accord amiable qui aurait pour objet d'aliéner un immeuble ou de le grever d'un droit réel doit être soumise à l'accord des deux époux. Notons, que la jurisprudence a admis qu'un accord amiable transactionnel consenti par un seul époux puisse faire l'objet d'une ratification de la part de son conjoint¹⁸⁹¹.

B. Les exclusions et aménagements au nom des pouvoirs des époux

1166. Position du problème. Les régimes matrimoniaux sont susceptibles d'interférer avec le pouvoir de transiger des époux par le biais des aménagements judiciaires des prérogatives d'un époux défaillant.

1167. L'exclusion du pouvoir de transiger dans le cadre de la mesure d'urgence temporaire. En vertu de l'article 220-1 du Code civil, prévu en cas de péril des intérêts de la famille, le juge peut restreindre les prérogatives de l'époux responsable, en lui interdisant certains actes de disposition et donc celui de transiger.

1168. Les aménagements étendant les pouvoirs des époux sur la gestion des biens propres du conjoint. Lorsque les aménagements visent à étendre les pouvoirs des époux sur la gestion des biens propres du conjoint, les actes visés sont ceux relevant en principe de la catégorie des actes d'administration ce qui exclut la conclusion du contrat de transaction. Tel est le cas, par exemple, de la mesure d'habilitation judiciaire prévue à l'article 219 du Code civil ou du mandat général donné par un époux à son conjoint en application de l'article 218 du Code civil.

Cependant, l'extension du pouvoir de transiger à l'un des époux est possible sur le fondement de l'article 217 du Code civil, organisant une autorisation judiciaire pour passer un acte lorsque le conjoint dont le consentement est requis est hors d'état de manifester sa volonté ou s'obstine dans un refus mettant en danger les intérêts de la famille. Dans cette hypothèse, le juge peut, en effet, autoriser la conclusion d'un acte de disposition et donc d'un contrat de transaction pouvant porter, par exemple, sur le logement familial ou sur un immeuble

¹⁸⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1994, n° 92-17.197, *Bull. civ.* I, 1994, n° 246 ; *D.* 1995, somm. 326, obs. F. Lucet ; *JCP G* 1995, I, 3821, n° 18, obs. Ph. Simler.

commun¹⁸⁹².

§2. Le pouvoir de conclure l'accord amiable du mandataire

1169. Hypothèse fréquente. La conclusion d'un accord amiable dans l'intérêt d'autrui trouve le plus souvent son origine dans le droit des obligations. Dans la majorité des situations, c'est le titulaire des droits lui-même qui désignera une tierce personne dans le cadre d'un mandat pour le représenter lors de la négociation et la conclusion de l'accord amiable, le mandat pouvant alors soit répondre aux règles générales prévues pour ce type de contrat nommé (A), soit être soumis aux règles plus spécifiques encadrant les relations professionnelles (B). Par extension, l'accord amiable peut être également conclue à l'occasion du quasi-contrat que constitue la gestion d'affaires (C).

A. Les règles générales du mandat et le pouvoir de transiger

1170. L'encadrement de la faculté de transiger du mandataire. La représentation conventionnelle repose sur un mandat dont le régime de droit commun, prévu dans les articles 1984 et suivants du Code civil, implique un encadrement strict à l'égard de la conclusion d'un contrat spécial de transaction.

La qualification d'acte de disposition de l'accord amiable transactionnel impose la mise en place d'un mandat spécial afin d'attribuer au mandataire le pouvoir d'y recourir. En effet, la jurisprudence considère que la rédaction d'un mandat général, qui a vocation à ne concerner que les actes d'administration, ne suffit pas à inclure dans la mission du mandataire le pouvoir de transiger¹⁸⁹³. Par ailleurs, ce qualificatif implique, en application de l'article 1988, alinéa 2, du Code civil, l'exigence d'un mandat exprès. En conséquence, le pouvoir de transiger ne peut pas être accordé en principe par le biais d'un mandat tacite. Néanmoins, la jurisprudence admet qu'un mandat tacite suffise à prolonger un mandat exprès de transiger¹⁸⁹⁴.

Enfin, la détermination de la mission du mandataire au regard de la transaction est délimitée par les règles d'interprétation restrictives du contrat de mandat. Ainsi, la jurisprudence considère que le mandat accordé en vue d'un compromis ou d'un acquiescement à

¹⁸⁹² Cass. civ. 1^{ère}, 19 oct. 1999, n° 97-21466, *Bull. civ.* I, 1999, n° 284 ; *JCP G* 2000, I, 245, n° 4, obs. G. Wiederkehr ; *Defrénois* 2000, p. 437, obs. G. Champenois ; *Dr. famille* 2000, comm. 42, note B. Beignier.

¹⁸⁹³ Cass. req., 31 déc. 1845, *DP* 1845, 1, p. 362 – Ég. CA Toulouse, 30 juill. 1906, *DP* 1911, 2, p. 335.

¹⁸⁹⁴ Cass. req., 13 juin 1936, *DH* 1936, 393.

une décision judiciaire ne peut être étendu à la possibilité de transiger¹⁸⁹⁵. Dans la même logique, le mandataire, dont la mission est de représenter le mandant dans le cadre d'une expertise ne peut être en mesure de transiger¹⁸⁹⁶.

1171. La sanction du défaut de pouvoir du mandataire. Le dépassement de pouvoir du mandataire ayant conclu un contrat transaction en dehors du cadre de sa mission, est sanctionné par la nullité relative. Cette sanction ne peut alors être invoquée que par le mandant dans un délai de dix ans¹⁸⁹⁷. De plus, la nullité peut faire l'objet d'une confirmation qui a pour effet de consolider la transaction. Une telle confirmation a pu être caractérisée, notamment, dans les relations entre époux, dans l'hypothèse où le mari avait transigé sans l'accord de sa femme alors que des biens communs étaient en cause, cette dernière ayant signé des traites signées sans son mari en exécution de la transaction¹⁸⁹⁸.

1172. Les difficultés liées à la présence de cautions. La caractérisation et la mise en œuvre du contrat de mandat présentent des difficultés particulières dans les relations entre cautions.

En effet, dans le cadre d'un cautionnement solidaire, est reconnue la mise en jeu d'un mandat mutuel entre les garants dans les rapports avec le créancier à la condition que leur situation respective ne soit pas aggravée. La question est alors de savoir si le contrat de transaction conclu par l'une des cautions peut être valablement invoquée par l'un des co-obligés. De prime abord, cette possibilité se heurte aux dispositions de l'article 2051 du Code civil, non modifié dans le cadre de la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, selon lesquelles « *la transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux* ». Toutefois, la jurisprudence, relevant que le texte est étranger au mécanisme de la solidarité, admet cette possibilité à la condition que le contrat de transaction améliore la situation des coobligés et réponde à la sauvegarde de leurs intérêts¹⁸⁹⁹. En revanche, cette solution n'est pas retenue à l'égard des obligations conjointes ou *in solidum*¹⁹⁰⁰.

B. Les mandats professionnels et le pouvoir de transiger

¹⁸⁹⁵ CA Paris, 23 févr. 1937, *RTD civ.* 1937, p. 617, obs. R. Demogue.

¹⁸⁹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 29 avr. 1969, *JCP* 1969, II, 15972, note R. Lindo – Ég. Cass. civ. 2^{ème}, 12 mai 1971, *Bull. Civ.* II, 1971, n° 174.

¹⁸⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, *Bull. civ.* I, 1992, n° 156 : pour un exemple tiré de la représentation d'une société.

¹⁸⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1994, *Bull. civ.* I, 1994, n° 246.

¹⁸⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 27 oct. 1969, *Bull. civ.* I, 1969, n° 314 ; *D.* 1970, p. 12.

¹⁹⁰⁰ Cass. com., 14 févr. 1989, *Bull. civ.* IV, 1989, n° 67.

1173. Les professionnels concernés. Plusieurs mandataires professionnels apparaissent comme tout désignés afin de conclure l'accord amiable. Nous pensons, de prime abord à l'avocat (1), mais également à l'assureur (2).

1) Le pouvoir de transiger de l'avocat

1174. Le mandat *ad litem* et le pouvoir de transiger. Les avocats comptent parmi les professionnels qui sont désignés comme mandataires afin de représenter le mandant en justice. La question est alors de déterminer si un tel mandat *ad litem* implique nécessairement la faculté de transiger.

Cette difficulté se trouve imparfaitement réglée par l'article 417 du Code de procédure civile qui, sans se référer au contrat de transaction précise que « *la personne investie d'un mandat de représentation en justice est réputée à l'égard du juge et de la partie adverse, avoir reçu pouvoir spécial de faire, accepter ou donner des offres, un aveu ou un consentement* ». La jurisprudence a mis un terme au débat pouvant être soulevé par l'absence du terme « *transaction* » dans le dispositif légal, en considérant que le pouvoir de représentation de l'avocat inclut nécessairement le pouvoir de transiger¹⁹⁰¹. Cette solution ne s'applique pas, cependant, lorsque la mission de l'avocat se limite à un travail d'assistance. Dans cette hypothèse, il ne peut transiger au nom de son client s'il n'est pas, par ailleurs, titulaire d'un mandat spécial en ce sens¹⁹⁰². De même, en appel, le pouvoir de représentation étant transféré à l'avoué, l'avocat perd la faculté de transiger, sauf si un mandat spécial l'y autorise¹⁹⁰³. Toutefois, l'avocat peut voir sa responsabilité professionnelle engagée s'il ne respecte pas les instructions de son client.

1175. Les difficultés liées à la mise en œuvre du pouvoir de transiger de l'avocat. En pratique et le plus souvent, le pouvoir de transiger de l'avocat se manifeste en pratique par des échanges de lettres entre confrères. La nécessité d'apporter la preuve de la conclusion du contrat de transaction se heurte, alors, au caractère confidentiel des correspondances entre avocats. Afin de concilier ces deux impératifs, les juges ont reconnu une exception à la règle du

¹⁹⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juill. 1987, *Bull. civ.* I, 1987, n° 220 ; *D.* 1998, somm. p. 236, obs. A. Brunois – Ég. Cass. civ. 3^{ème}, 16 déc. 1992, *Bull. civ.* III, 1992, n° 324.

¹⁹⁰² CA Paris, 17 mars 1980, *D.* 1980, IR p. 464, obs. P. Julien.

¹⁹⁰³ CA Versailles, 24 sept. 1992, *Gaz. Pal.* 1993, 1, somm. 164 – Ég. CA Paris, 29 avr. 1988, *Gaz. Pal.* 1988, 2, somm. p. 456, obs. Ph. de Belot.

secret professionnel en permettant aux avocats de produire les lettres en vue de prouver la conclusion du contrat de transaction entre les parties, à la condition d'y être autorisé par le bâtonnier¹⁹⁰⁴.

Il convient de préciser que ces solutions relatives à l'avocat ne sont pas transposables aux experts qui ne se voient pas attribuer de mandat *ad litem*. Dès lors, un expert n'est pas en mesure de transiger au nom d'une partie s'il n'a pas reçu un mandat spécial pour le faire dans les conditions du droit commun¹⁹⁰⁵.

2) Le pouvoir de transiger de l'assureur

1176. La nécessité d'une clause particulière au contrat d'adhésion. En dehors des relations entre les avocats et leurs clients, la question des pouvoirs de transiger se retrouve dans les relations entre assureur et assuré. Sur ce point, l'article L. 124-2 du Code des assurances autorise l'assureur à prévoir dans la police d'assurance qu'aucune transaction conclue en dehors de son consentement, ne lui sera opposable. Cette clause n'implique cependant pas que l'assureur puisse transiger au nom de l'assuré. Le pouvoir de transiger de l'assureur n'est possible que si une stipulation particulière le prévoit. La jurisprudence juge, à cet égard, qu'en l'absence d'une telle prévision conventionnelle, le contrat de transaction consenti par l'assureur est inopposable à l'assuré sauf tempérament lié à la ratification postérieure et au mécanisme de la gestion d'affaires¹⁹⁰⁶. Le pouvoir de transiger attribué à l'assureur est par ailleurs susceptible d'être remis en question lorsqu'il conteste la mise en jeu de la garantie sur le fondement d'une clause de déchéance. Dans cette situation, les juges ont en effet considéré que l'assureur perd le droit exclusif de transiger au nom de son assuré¹⁹⁰⁷.

À l'instar de l'avocat, l'assureur engage sa responsabilité professionnelle s'il n'exécute pas correctement sa mission de mandataire. À titre d'illustrations, l'assureur commet une faute lorsqu'il laisse passer une occasion de conclure un contrat de transaction dans des conditions favorables pour l'assuré¹⁹⁰⁸ ou qu'il a accordé à la victime une somme supérieure à ce qu'elle

¹⁹⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 1988, *Bull. civ. I*, 1988, n° 90 : « Attendu que, si la correspondance professionnelle échangée entre les avocats revêt un caractère confidentiel et ne peut en principe faire l'objet d'une production en justice, il en est autrement lorsqu'elle établit l'existence d'un accord définitif intervenu entre les parties par l'intermédiaire de leurs conseils et que la production de cette correspondance a été préalablement autorisée par le bâtonnier ».

¹⁹⁰⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 12 avr. 1972, *Bull. civ. III*, 1972, n° 214 ; *D.* 1972, p. 655.

¹⁹⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 1974, *Bull. civ. I*, 1974, n° 269.

¹⁹⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1976, *Bull. civ. I*, 1976, n° 243 ; *RTD civ.* 1977, p. 141, obs. G. Durry ; *D.* 1971, chron. p. 121, C.-J. Berr et H. Groutel, « Une coexistence difficile » : clause de transaction et clause de déchéance dans l'assurance de responsabilité ».

¹⁹⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 7 déc. 1964, *Bull. civ. I*, 1964, n° 540.

aurait reçue en justice, laissant alors une partie de l'indemnité à la charge de l'assuré, parce qu'excédant le montant de la garantie¹⁹⁰⁹.

C. Le pouvoir de transiger du gérant d'affaires

1177. Le rapprochement entre la gestion d'affaires et le mandat. La question des pouvoirs de transiger se pose également, par extension, à l'égard de la gestion d'affaires qui constitue un quasi-contrat dont le régime présente des similitudes avec le mandat. Les solutions retenues en la matière dévoilent un décalage entre la solution qui devrait être théoriquement retenue et celle qui l'est effectivement.

En effet, la transaction relevant de la catégorie des actes de disposition, s'accommode *a priori* difficilement avec la technique de la gestion d'affaires qui a davantage vocation à concerner les actes de gestion. Pour autant, la jurisprudence reconnaît une telle possibilité dans le cas où la conclusion du contrat de transaction se révèle utile pour le maître d'affaires. Cette solution a été notamment retenue dans les relations entre assuré et assureur lorsque ce dernier a excédé ses pouvoirs et que le premier n'a pas ratifié l'opération¹⁹¹⁰.

§3. Le pouvoir de transiger des représentants légaux ou judiciaires

1178. Position du problème. En dehors d'une origine conventionnelle, la représentation peut trouver sa source dans une disposition légale ou une décision judiciaire qui détermineront les contours de la mission du représentant. Tout comme en matière conventionnelle, se pose alors la question du sort réservé à l'accord amiable transactionnel que le représenté soit une personne physique **(A)** ou une personne morale **(B)**.

A. La représentation des personnes physiques

1179. La question de la représentation de l'absent. Le problème des contours des pouvoirs du représentant à l'égard des personnes physiques concerne en premier chef le régime de protection des majeurs et des mineurs non émancipés prévu en droit des incapacités. Cet aspect, étudié à l'occasion de la condition de capacité de transiger, a révélé un encadrement strict des pouvoirs du représentant qui doit être préalablement autorisé avant de conclure cet

¹⁹⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 1979, *Bull. civ. I*, 1979, n° 329.

¹⁹¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 15 déc. 1954, *Bull. civ. I*, 1954, n° 363.

acte de disposition au nom du représenté.

Cette problématique se retrouve dans des termes similaires en matière d'administration des intérêts de l'absent. Sur ce point, l'évolution législative est marquée par un assouplissement de l'encadrement des pouvoirs du représentant. Initialement, n'ayant la possibilité que de passer des actes d'administration, ce dernier n'avait pas la faculté de transiger au nom de l'absent. Depuis la loi du 28 décembre 1977, qui a opéré une refonte du régime de protection de ces personnes, les solutions diffèrent en fonction de l'étape de la procédure.

1180. L'hypothèse de la période de présomption d'absence, les règles appliquées en vigueur sont celles du régime de l'administration légale des mineurs non émancipés, l'administrateur doit obtenir une autorisation judiciaire en vue de transiger au nom de l'absent.

1181. L'absence déclarée. En revanche, une fois que l'absence est déclarée, l'administration des intérêts de l'absent n'a plus lieu d'être puisque son patrimoine est transmis à ses héritiers comme s'il était décédé. La situation particulière de l'absence soulève le problème des conséquences attachées à un éventuel retour de la personne. Le principe étant celui d'un maintien de l'ensemble des actes, même de disposition, passés en son nom, les accords amiables transactionnels survivent donc à une réapparition de l'absent.

B. La représentation des personnes morales

1182. Les différents représentants de personnes morales. Le pouvoir de transiger des représentants doit être analysé selon que la personne morale consiste en une société **(1)**, une association ou un syndicat **(2)** ou encore une personne morale de droit public **(3)**.

1) Le pouvoir de transiger des gérants de société

1183. Selon la forme de la société. La faculté de transiger des personnes représentant une société dépend de la forme de celle-ci.

En premier lieu, concernant les sociétés civiles, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple, le gérant n'est en mesure d'engager la société uniquement que pour les actes qui relèvent de l'objet social¹⁹¹¹. Dès lors, le pouvoir de conclure un accord

¹⁹¹¹ Voy. l'art. 1849 CCiv. et les art. L. 221-5 et L. 222-2 CCom.

amiable transactionnel du gérant est conditionné par l'objet de la transaction, à savoir s'il entre ou non dans l'objet social.

En second lieu, s'agissant des sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes ou par actions simplifiées, les solutions sont plus souples puisque le gérant à l'égard des tiers est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société, à la condition toutefois de respecter les prérogatives légales attribuées aux associées. Le gérant est en mesure d'engager la société, même si l'acte ne rentre pas dans l'objet social de la société, sauf à prouver pour cette dernière que le tiers n'ignorait pas que l'opération dépassait le cadre de l'objet social.

1184. Dans l'hypothèse d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Les solutions dépendent alors de l'objet de l'action concernée par l'accord amiable transactionnel : si l'action a un caractère personnel, comme celle ayant trait à la réparation d'un préjudice moral ou matériel, le débiteur garde la faculté de transiger ; en revanche, si l'action n'a pas cette dimension personnelle, le pouvoir de transiger sera plus ou moins restreint en fonction de la nature de la procédure.

En cas de redressement judiciaire et si aucun administrateur n'a été désigné, le débiteur a toujours la possibilité de transiger à la condition de demander l'autorisation au juge commissaire.

En cas de liquidation judiciaire, le débiteur étant privé de tout pouvoir de gestion, la faculté de transiger relève de la compétence du liquidateur qui doit être autorisé par le juge commissaire.

2) Le pouvoir de transiger des représentants des associations et syndicats

1186. L'importance de statuts. Les contours de pouvoir de gestion des représentants des associations et des syndicats dépendent des statuts qui ont vocation à répartir les prérogatives entre l'assemblée générale et les organes de direction. Partant, la faculté de transiger est conditionnée au cas par cas par les prévisions statutaires. Ce pouvoir est indispensable dans le cadre de la mise en œuvre d'une médiation de groupe consistant en une tentative de formation et de conclusion de l'accord amiable.

3) Le pouvoir de transiger les représentants de personnes morales de droit public

1187. Le principe général civiliste. La règle générale relative au pouvoir de transiger

des représentants des personnes morales est précisée à l'article 2045 du Code civil, non modifié par la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle ayant pourtant consacré les médiations *judiciaire* et *extrajudiciaire* administrative, selon lequel « *les communes et les établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation du Premier ministre* ».

Concrètement, les établissements publics doivent être autorisés par le premier ministre en application de l'article 21 de la Constitution¹⁹¹². S'agissant des collectivités territoriales, le contrat de transaction signé par le maire, le président de région ou de département, doit être autorisé par, respectivement, le conseil municipal, le conseil régional ou le conseil départemental. Concernant l'État, il sera engagé par le biais d'un accord amiable transactionnel à la condition qu'il soit signé par le ministre compétent¹⁹¹³. Le contrat de transaction, conclu sans autorisation préalable, est considérée comme caduc et ne peut donc produire ses effets¹⁹¹⁴.

1188. Conclusion de la Section II relative au caractère fédérateur du droit commun des contrats encadré par les règles de capacité et de pouvoir de transiger

Capacité et pouvoir de conclure un accord amiable, fut-il qualifié de contrat de transaction sont une condition de validité du droit commun des contrats encadré par l'ordre public de direction. Cette emprise de l'ordre public est plus ou moins marquée selon que la partie au différend impliquée dans la conclusion de l'accord amiable est un mineur ou un majeur et varie encore selon le régime de protection dont bénéficie ce dernier. En pratique, ces hypothèses sont toutefois peu fréquentes mais supposent toutefois qu'en présence d'un mineur ou d'un incapable majeur les rédacteurs d'actes s'assurent de la capacité des parties. Il en est de même en ce qui concerne la vérification du pouvoir de transiger pour les représentants des personnes physiques et des personnes morales afin de garantir la pleine validité de l'accord amiable. Le législateur veille ainsi à encadrer les règles de capacité à la conclusion du contrat de transaction. Des solutions qui s'appliquent à l'accord amiable qui ne serait pas qualifié de contrat de transaction par les parties en vue de le faire échapper à certaines dispositions contraignantes. C'est à cet égard au regard d'un contrôle sur les conditions de droit commun des contrats de capacité et de pouvoir de conclure un accord amiable que les juges peuvent redonner la juste qualification à l'accord qui leur est soumis en application de l'article 12 du Code de procédure civile. Ainsi peut-il restituer son exacte qualification à l'accord amiable litigieux au regard d'une condition de validité tenant à la capacité ou au pouvoir des parties au

¹⁹¹² CE, 23 avr. 2001, *D.* 2001, p. 2090.

¹⁹¹³ CE, 17 mars 1893, *S.* 1894, p. 119, concl. Romieu – Ég. CE, 20 janv. 1899, *DP* 1899, 3, p. 49, concl. Romieu.

¹⁹¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 1978, *Bull. civ.* I, 1978, n° 184.

différend, sans s'arrêter à la dénomination que les parties peuvent avoir proposée à leur accord de volontés. Toutefois, le contenu de l'accord amiable, à l'instar de tout contrat et peu important que les parties lui aient attribué la qualification de contrat de transaction, demeure à l'abri de modification par le juge dans le cadre du contrôle des conditions de validité de l'accord de volontés. Reste que la question du contrôle du contenu de l'accord amiable se pose.

Section III – L'unité intrinsèque au contenu de l'accord amiable transactionnel

1189. Exit les théories d'objet et de cause ? Avant la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016¹⁹¹⁵, l'ancien article 1108 du Code civil exigeait, comme conditions de validité du contrat, outre le consentement des parties qui s'obligent et leur capacité, un objet certain qui forme la matière de l'engagement ainsi qu'une cause licite dans l'obligation. Dans le cadre de la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, et plus particulièrement en ce qui concerne la validité du contrat, une sous-section est consacrée au contenu du contrat, la notion de contenu se substituant à celles d'objet et de cause. Le nouvel article 1162 du Code civil dispose ainsi que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non de toutes les parties* ». Par ailleurs, l'alinéa premier du nouvel article 1163 se réfère à l'objet de l'obligation précisant que « *l'obligation a pour objet une prestation présente ou future* ». Enfin, le nouvel article 1166 du Code civil se réfère à la qualité de la prestation prévue au contrat.

Comme le résume les professeurs Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck¹⁹¹⁶, jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016, l'objet et la cause de l'obligation constituaient la « *matière* » du contrat¹⁹¹⁷. Dans la présentation traditionnelle, le contrat avait exclusivement pour objet la création d'obligations¹⁹¹⁸ et chacune de ces obligations avait un objet, « *une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou ne pas faire* »¹⁹¹⁹. L'objet répondait à la question : *Quid debetur ?* L'ordonnance de réforme a conservé cette présentation, tout en l'adaptant à la suppression de la distinction tripartite des obligations et au mouvement de dématérialisation du droit. Quant à la question : *Cur debetur ?* Pourquoi est-il devenu débiteur ? et comme le résume de manière tout à fait éclairante ces auteurs, la réponse simple aurait dû être, comme dans la plupart des droits étrangers : parce que

¹⁹¹⁵ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc. ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018, entrant en vigueur au 1^{er} oct. 2018.

¹⁹¹⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, op. cit., n° 596, p. 339.

¹⁹¹⁷ Voy. les anc. art. 1126 à 1133 CCiv.

¹⁹¹⁸ Voy. l'anc. art. 1101 CCiv.

¹⁹¹⁹ Voy. l'anc. art. 1126 CCiv.

le débiteur l'a voulu. Mais depuis les canonistes, avait été ajouté au constat de la volonté de s'obliger, un contrôle de la rationalité de l'engagement : il ne suffisait pas que le débiteur ait clairement et lucidement voulu s'obliger ; encore fallait-il que cette obligation ait une justification objective, un but dont la possibilité et la licéité étaient vérifiées par le juge, que l'on appelait la « cause ». Le droit français était ainsi le seul à avoir fait de l'exigence d'une cause, s'ajoutant à celle du consentement du débiteur de s'engager, une condition de validité du contrat¹⁹²⁰. C'est sur ce point que la réforme du droit a été la plus controversée. Désormais, nul besoin d'ajouter au consentement la considération de la cause de l'engagement. Toutefois, les exigences de l'ordre public demeurent. Elles conduisent à prendre en considération non seulement les stipulations contractuelles elles-mêmes, mais encore le but du contrat.

1190. Le maintien de règles issues de l'ancien droit commun des contrats. Les auteurs, au lendemain de cette réforme commentent le caractère approximatif du terme « *contenu* » du contrat dont les dispositions sont désormais prévues aux articles 1162 à 1171 du Code civil. Le « *contenu* » désigne tant les prestations promises et l'ensemble des clauses (relatives aux prestations promises ou accessoires) – ces deux éléments étant qualifiés de « *stipulations* » – que le but du contrat, qui est pourtant extérieur à ces prestations. Ainsi d'aucuns font observer que de nombreuses règles antérieures sont maintenues qu'il s'agisse de l'objet de l'obligation, à savoir la prestation, de sa contrepartie ou du but du contrat. L'accord amiable qualifié ou non de contrat de transaction ayant une nature contractuelle, il est possible de rechercher l'application des règles du droit commun des contrats nouvellement réformé au regard de ses prestations et stipulations (**Sous-Section I**) et de son but (**Sous-Section II**). D'autant que la définition du contrat de transaction donnée à l'article 2044 du Code civil offre un éclairage sur le contenu de cet accord amiable de référence.

Sous-Section I – Les prestations et stipulations prévues à l'accord amiable transactionnel

1191. L'éclairage de la définition de l'accord amiable transactionnel. Au titre des prestations et stipulations du contrat, l'article 2044 définissant le contrat spécial de transaction vise tant les concessions réciproques des parties que la contestation sur lesquelles elles se fondent (§1). De cette délimitation des concessions réciproques et de la contestation née ou à

¹⁹²⁰ Voy. l'anc. art. 1131 CCiv.

naître découle les questions de l'interprétation de l'accord amiable transactionnel et de la sanction du déséquilibre contractuel (§2).

§1. Les concessions réciproques et la contestation

1192. Les apports de la réforme du droit commun des contrats au regard des concessions réciproques des parties. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 n'a pas consacré la notion d'objet du contrat. Les réformateurs s'en tiennent à l'objet de l'obligation. La notion de « *prestation* » du nouvel article 1162 du Code civil apparaît comme une notion plus large que celle de « *chose* ». Ainsi, l'attente des parties au contrat ne se concentre pas seulement à une chose ou un service, mais sur l'activité ou l'abstention promise par le débiteur. Il est donc permis d'affirmer qu'en ce qui concerne le contrat de transaction, l'objet de l'obligation de chacune est une « *prestation* » laquelle consiste alors en une concession ou un engagement réciproque. C'est donc sous le prisme de la consécration de la condition des « *concessions réciproques* » insérée à la définition du contrat de transaction de l'article 2044 du Code civil par la réforme de la justice du XXIème siècle qu'il convient d'apprécier les *prestations* des parties. L'objet des concessions de chacune des parties, la prestation, doit ainsi être certaine, déterminable et dans tous les cas, licite.

1193. Quid de la contestation ? « *La transaction étant un contrat* » au visa de l'article 2044 du Code civil, il nous paraît indispensable d'analyser la notion de « *contestation* » non plus sous le seul angle procédural mais contractuel. En effet, si l'accord amiable transactionnel est un contrat spécial, il n'en demeure pas moins soumis – comme en dispose l'article 1105 du Code civil – au droit commun des contrats. Par ailleurs, l'article 2052 du Code civil, pour rappel, traite de l'effet spécial du contrat de transaction en ce qu'il « [...] *fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». Si la contestation peut être l'objet d'un procès, la question se pose de savoir si elle consiste en l'objet du contrat de transaction. La *contestation* – ou plus exactement, le *différend* – est un événement qui préexiste à la conclusion du contrat de transaction, de sorte, qu'au sens du langage courant, il est possible de voir dans le différend ou la contestation, la cause du contrat de transaction. C'est parce que les volontés des parties se sont opposées, qu'un différend est né entre elles ou qu'elles ont souhaité prévenir sa survenance, que le contrat de transaction est conclu. Il convient de relever tout d'abord que l'ancien article 2057 traitait de l'hypothèse du

contrat de transaction portant « *généralement sur toutes les affaires que les parties pouvaient avoir ensemble* ». Dès lors que des titres leur étaient inconnus ou découverts postérieurement à la signature de l'accord amiable transactionnel, celui-ci ne pouvait être « rescindé », et en réalité frappé de nullité. En revanche, le contrat de transaction était frappé de nullité si l'accord amiable n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit. Cette disposition visait ainsi le défaut d'objet du contrat de transaction pouvant être sanctionné par la nullité. En raison, de l'abrogation de cette disposition par les réformateurs de la justice du XXIème siècle, il est dès lors nécessaire de faire application des dispositions relatives au contenu du contrat telles que prévues au droit commun des contrats.

§2. L'interprétation et la régulation du déséquilibre de l'accord amiable transactionnel

1194. Position des problèmes. Les problématiques relatives à l'objet du contrat de transaction antérieures à la réforme du droit des contrats étaient axées sur deux thèmes : celui de la détermination des contours de cet objet et celui de la sanction du déséquilibre contractuel par le biais de la lésion. Les réformes du droit commun des contrats et de modernisation de la justice du XXIème siècle sont venues impacter, dans le sens d'une clarification, ce qui relève d'une part de la délimitation du contenu de l'accord amiable transactionnel **(A)** et d'autre part, la question de la sanction de son déséquilibre contractuel **(B)**.

A. Les modalités d'interprétation de l'accord amiable transactionnel

1195. La détermination des contours de l'objet de l'accord amiable transactionnel. Celle-ci est indissociable des modalités d'interprétation de cet acte juridique. À l'instar des solutions classiques retenues dans le droit commun des contrats, l'interprétation relève du pouvoir souverain des juges du fond qui, devant se garder de dénaturer l'acte, ne peuvent intervenir qu'en présence de clauses obscures¹⁹²¹. À cet égard, les réformateurs du droit commun des contrats ont veillé à regrouper les règles relatives à l'interprétation des contrats aux articles 1188 et suivants du Code civil. Ainsi, l'article 1192 du Code civil dispose *qu'« on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation »*. De manière générale, l'alinéa premier de l'article 1188 du Code pose le principe selon lequel « *le contrat*

¹⁹²¹ Cass. req., 1^{er} juill. 1879, S. 1880, 1, p. 106 – Cass. civ., 21 juill. 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 2, p. 420.

s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes ». C'est dire que la commune intention des parties que nous considérons au titre des conditions de validité du contrat de transaction, référent à l'accord amiable, revêt toute son importance dans le cadre de l'interprétation de son contenu. Mais au-delà de ces règles issues de la théorie générale des contrats, le régime légal du contrat de transaction contient deux dispositions ayant échappé au couperet des réformateurs de la justice du XXIème siècle et touchant à la question de la détermination de l'objet de la transaction. L'article 2048 du Code civil dispose ainsi que « *les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions ou prétentions ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu* ». Par suite, l'article 2049 prévoit que « *les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales, ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé* ».

Deux enseignements découlent de la combinaison de ces dispositions au regard des modalités d'interprétation : l'accord amiable transactionnel est un contrat soumis à un principe d'interprétation restrictive (1), principe dont la rigueur se trouve par ailleurs tempérée par la référence à la suite nécessaire de ce qui est exprimé (2).

1) Le principe : une interprétation restrictive

1196. La justification de l'existence de concessions réciproques. Le contrat de transaction relève d'un principe d'interprétation restrictive qui se justifie par le fait que les parties sont amenées à se consentir des concessions réciproques, des prestations ou engagements réciproques et interdépendants. Dès lors, si cet accord amiable doit être dissocié de la technique de la renonciation, sa mise en œuvre implique cependant l'idée de renoncement qui appelle une interprétation stricte de son contenu. En vertu de ce principe, les contours du contenu de la transaction sont délimités par ce que les parties ont véritablement souhaité régler en concluant leur accord amiable. Sur ce point, une jurisprudence constante rappelle que la transaction ne règle que « les différends qui s'y rapportent » ou que « les transactions se renferment dans leur objet ». Ainsi, le contenu de l'accord amiable transactionnel ne peut être étendu à ce qui n'a pas été expressément envisagé par les parties. Dans la même logique, si un litige né entre les parties portent sur plusieurs chefs, l'accord amiable transactionnel ne règle

que ceux qu'elles visent expressément¹⁹²².

De nombreux exemples jurisprudentiels, antérieures à la réforme du droit commun des contrats, illustrent cette approche restrictive. Par exemple, la Haute juridiction au titre d'un accord amiable transactionnel conclu entre un notaire et son client ont refusé de considérer que ce règlement amiable fait obstacle à une action en garantie engagée à l'encontre du notaire, au motif que « les transactions ne règlent que les différends qui s'y rapportent »¹⁹²³. Dans la même veine jurisprudentielle, en matière de baux d'habitation et concernant un contrat de transaction conclu entre un bailleur et son locataire dans le but de régler un litige portant sur le départ du locataire, en référence à l'article 2048 du Code civil, les juges refusent de considérer que le locataire avait à cette occasion renoncé à son droit de préemption, car le litige relatif à la non reprise du bailleur du logement n'existait pas encore au jour de l'établissement de l'acte¹⁹²⁴. Enfin, dans le même esprit et pour une transaction ayant pour objet de régler les conséquences attachées à la résiliation de la convention de crédit bail, les juges, en application de l'article 2048 du Code civil, ont estimé que la transaction ne pouvait être étendue à la question de la renonciation aux créances de loyers nées antérieurement à cette résiliation¹⁹²⁵.

1197. Des illustrations significatives en droit du travail. De nombreuses décisions en matière d'interprétation de l'accord amiable se rapportent à des transactions conclues entre des employeurs et leurs salariés. Ainsi, nous pouvons dans une espèce où un accord amiable transactionnel avait été signé entre l'employeur et le salarié suite à un licenciement économique afin de fixer uniquement le montant du préjudice subi par ce dernier, les juges considèrent que le sort d'une demande de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement n'est pas comprise dans l'objet de la transaction¹⁹²⁶. Dans une autre affaire, les juges ont estimé qu'une transaction ayant pour effet de régler le sort du paiement d'heures supplémentaires et de repos compensateurs, ne peut être étendue à la question du rappel de salaires ou de primes. La chambre sociale de la Cour de cassation juge ainsi qu'« aux termes de l'article 2048 du Code civil, les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu »¹⁹²⁷. Enfin, et pour prendre un dernier exemple, suite au licenciement d'un salarié engagé par une clause de non concurrence, un contrat de transaction a été conclu afin de régler les

¹⁹²² Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 1962, *Bull. civ.* I, 1962, n° 43 – Cass. Civ 3^{ème}, 4 juill. 1990, *D.* 1990, inf. rap. p. 210.

¹⁹²³ Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1998, n° 96-15844, NP.

¹⁹²⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 29 mai 2000, *Bull. civ.* III, 2000, n° 70.

¹⁹²⁵ Cass. com., 29 mai 2001, n° 98-19.058, NP

¹⁹²⁶ Cass. soc., 2 déc. 2009, n° 08-41.665, *Bull. civ.* V, 2009, n° 274.

¹⁹²⁷ Cass. soc., 13 mai 2003, n° 01-42.826, Inédit.

conséquences de ce licenciement. Les juges refusent, dans ce cas et à défaut d'une prévision expresse, que le sort des clauses contractuelles destinées à trouver une application postérieurement à la rupture du contrat de travail soit inclu dans l'objet de la transaction ¹⁹²⁸.

2) L'assouplissement : la référence « aux suites nécessaires »

1198. Un rappel du principe issu du droit commun des contrats. L'approche restrictive de la détermination de l'objet de la transaction tend à être assouplie en référence à l'article 2049 du Code civil qui le détermine, non seulement au regard de l'intention des parties manifestée dans des dispositions spéciales, mais également au regard « *de la suite nécessaire ce qui est exprimé* ». Cette deuxième modalité d'interprétation ne constitue alors qu'un rappel des règles en vigueur en droit commun des contrats. En effet, l'article 1194 du Code civil dispose dorénavant que « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* »¹⁹²⁹. Les réformateurs de la justice du XXIème siècle n'ont pourtant pas abrogé l'article 2049 du Code civil. Le maintien de cette disposition tend à faire de la commune intention des parties une condition de validité de l'accord amiable transactionnel.

1199. L'hypothèse de la transaction définissant un contenu très large. La mise en œuvre de cet assouplissement en matière d'accord amiable transactionnel s'impose principalement lorsque celui-ci définit un contenu de manière très large. Tel est le cas lorsque l'accord amiable transactionnel vise, d'une manière globale et forfaitaire, à régler l'ensemble d'un différend. Par exemple, dans le cas d'une transaction relative à une clause de non concurrence, signée entre un employeur et son salarié, ce dernier avait renoncé à toutes réclamations de quelque nature qu'elles soient à l'encontre de son employeur, relatives tant à l'exécution qu'à la rupture de son contrat de travail. Les juges ont alors estimé que l'objet de la transaction incluait le sort d'un accord d'intéressement du personnel¹⁹³⁰. Une démarche identique a été suivie par la jurisprudence à l'égard d'une transaction ayant pour objet de régler l'ensemble des conséquences liées à un licenciement économique. Les juges ont ainsi considéré que le droit de lever l'option de souscription d'action, qui se rattache à l'exécution du contrat

¹⁹²⁸ Cass. soc., 6 mai 1998, n° 96-40.234 ; *Bull. civ.* V, 1998, n° 228 ; *JCP E* 1998, pan. rap., p. 1076 ; *JCP G* 1998, IV, p. 1244 – Dans le même sens : Cass. soc., 28 nov. 2006, n° 05-40.882, NP.

¹⁹²⁹ Voy. l'anc. art. 1135 CCiv. lequel disposait que « *les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

¹⁹³⁰ Cass. ass. plén., 4 juill. 1997, n° 93-43.375, *Bull. ass. plén.* 1997, n° 10 ; *D.* 1998, p. 101, note D. Boulmier ; *RTD civ.* 1998, p. 134, obs. P.-Y. Gautier ; *JCP G* 1997, II, 22952, note D. Corrigan-Carsin.

de travail, relève de l'objet du règlement amiable¹⁹³¹. Dans le même esprit, une transaction passée entre un métayer et son bailleur pour régler l'ensemble des questions ayant trait à l'exploitation inclut le dommage lié à la maladie du cheptel¹⁹³².

B. Le rappel de l'exclusion de la lésion

1200. L'emprise du droit commun des contrats. La sanction de la lésion, définie comme le déséquilibre objectif entre les prestations au moment de la conclusion du contrat, était, jusqu'à la réforme de modernisation de justice du XXI^{ème} siècle expressément exclue par l'ancien alinéa second de l'article 2052 du Code civil lequel prévoyait que les transactions « *ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion* ».

En premier lieu, cette disposition alimentait le débat relatif à la notion de transaction sur la question de savoir si elle relève de la qualification d'acte commutatif ou d'acte aléatoire¹⁹³³. Alors que la référence à l'adage « l'aléa chasse la lésion » milite en faveur d'une nature aléatoire, cet argument n'est pas décisif en l'absence, en droit français, d'un principe général de sanction de la lésion, qui reste alors cantonnée à des hypothèses limitativement prévues¹⁹³⁴. Dans ces circonstances, il apparaît hasardeux de déduire la qualification d'acte aléatoire de la non application de la sanction de la lésion.

En second lieu, l'indifférence du déséquilibre contractuel dans le cadre de l'accord amiable transactionnel a pu être renforcée par la non exigence d'une équivalence entre les concessions émanant des parties. L'élément de qualification reposant sur l'existence de concessions réciproques n'est pas en effet assimilé à une condition d'équivalence, les juges axant leur contrôle sur la caractérisation d'une réciprocité¹⁹³⁵. Toutefois, et toujours pour rappel, le déséquilibre contractuel dans l'accord amiable transactionnel est sanctionnée indirectement par la jurisprudence sous l'angle du vice du consentement consistant en la violence par contrainte économique¹⁹³⁶. La mise en œuvre de cette sanction du déséquilibre contractuel reste cependant limitée par les conditions de caractérisation de l'abus de position

¹⁹³¹ Cass. soc., 28 nov. 2006, n° 05-41.684, NP.

¹⁹³² Cass. soc., 24 mai 1956, *Bull. civ.* IV, 1956, n° 483.

¹⁹³³ F. Julienne, *JCl. Civil Code*, « Art. 2044 à 2058 », Fasc. 10, *préc.*

¹⁹³⁴ Voy. l'art. 890 al. 2 CCiv. pour le cas d'une transaction ayant pour objet de mettre un terme à une indivision – *Adde.* Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, n° 06-16.454, *Bull. civ.* I, 2008, n° 9 ; *Deffrénois* 2008, p. 786, note Ph. Malaurie.

¹⁹³⁵ *Ibid.*

¹⁹³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ.* I, 2000, n° 169, *préc.* : *D.* 2000, jurispr., 879, note J.-P. Chazal ; *JCP G* 2001, II, 10461, note G. Loiseau ; *RTD civ.* 2001, p. 827, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD civ.* 2001, p. 863, obs. P.-Y. Gautier ; *Deffrénois* 2000, 37237, n° 68, note Ph. Delebecque

économique dominante, la preuve d'une simple situation de dépendance économique étant insuffisante. L'abus est alors apprécié au regard de l'équilibre du contrat et de l'avantage excessif octroyé au détriment de la partie faible.

Sous-Section II – Le but de l'accord amiable transactionnel

1201. Les apports de la réforme du droit commun des contrats. Les réformateurs ont banni du Code civil le terme ambigu de « *cause* ». Dans son premier sens juridique, celui de motif ou mobile de l'engagement, le terme de cause est remplacé, au visa de l'article 1162 du Code civil, par celui de « *but* » du contrat lequel s'inscrit au contenu du contrat.

Dans son second sens, celui de la prestation obtenue grâce à l'obligation – finalité de l'engagement – le terme de cause est remplacé, au visa cette fois-ci de l'article 1169 du Code civil, par celui de « *contrepartie* ». Toutefois, les réformateurs ont décidé de ne plus faire de l'existence de la cause, dans son second sens, une condition de validité de l'engagement qui serait appréciée distinctement du consentement¹⁹³⁷.

1202. Les illustrations relatives à l'ancien objet licite. Soumis aux conditions générales de validité des contrats, l'accord amiable transactionnel devait, jusqu'à la réforme du droit commun des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, répondre à l'exigence d'un objet licite posée à l'ancien article 1108 du Code civil.

Dès lors contrevenait à cette règle de validité, sanctionnée par la nullité absolue de l'acte, un accord amiable transactionnel qui avait un objet, de nature à enfreindre un dispositif d'ordre public. À l'occasion de l'exercice du contrôle de l'objet de cet accord amiable, les juges ont pu, notamment, caractériser un objet illicite à l'encontre d'une transaction signée entre un employeur et son salarié qui visait à requalifier rétroactivement et artificiellement de période d'essai, le temps qui s'était écoulé depuis l'extinction de celle-ci. Les juges ont alors estimé que cette requalification avait pour objectif de faire échec aux règles impératives encadrant la rupture unilatérale d'un contrat de travail à durée indéterminée¹⁹³⁸. Dans le même esprit, les juges ont relevé que le contrat de transaction ayant pour unique objet de mettre un

¹⁹³⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 604, spéc. p. 347. : « Cette réforme simplifie le droit français, le rapproche de plusieurs droit étrangers, en particulier allemand, et restaure une certaine sécurité contractuelle ».

¹⁹³⁸ Cass. soc., 18 juin 1996, *Bull. civ. V.*, 1996, n° 251 ; *JCP G* 1996, IV, n° 1854 ; *Gaz. Pal.* 20-21 sept. 1996, n° 264 ; *JCP E* 1996, pan. 972 ; *RTD civ.* 1997, p. 449.

terme à un litige, ne peut pas valoir reconnaissance de responsabilité. À défaut, il y aurait déduction « des conséquences de droits excédant l'objet précis de la transaction »¹⁹³⁹.

1203. Le contrôle du but de l'accord amiable transactionnel. Une concession de l'une des parties, implique toujours pour celle-ci la considération d'un but : terminer la contestation née ou prévenir la contestation à naître. La concession de l'une des parties est un moyen de l'atteindre. Et ce but est, en matière d'accord amiable transactionnel, commun puisqu'il soutient les concessions ou engagements lesquelles doivent être réciproques. Désormais, la cause en droit commun des contrats n'est plus, au visa de l'article 1128 du Code civil, une condition de formation du contrat.

Cependant, aux termes de l'article 1169 du Code civil, un contrat à titre onéreux est nul si la contrepartie convenue est « *illusoire ou dérisoire* », ce qui correspond à ce que l'on appelait jusqu'à la réforme, l'absence de cause. Or en matière de contrat de transaction, les juges opèrent un contrôle sur le caractère dérisoire des concessions réciproques des parties. En d'autres termes, le contrat de transaction à titre onéreux serait frappé de nullité lorsque, au moment de sa conclusion, la concession faite par l'une des parties au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. Toutefois, nous avons constaté que les juges adaptent en matière transactionnelle la sanction applicable en cas de concessions dérisoires en privilégiant la requalification de l'accord plutôt que la nullité, afin de favoriser le maintien de l'accord des volontés.

La place de la théorie de la cause en matière de transaction, par opposition au rôle qui lui était réservé dans le droit commun des contrats, était loin d'être développée. Ce constat, conforté par les solutions jurisprudentielles ne faisant référence à cette notion par les juges que de manière limitée, s'explique par le régime de ce contrat portant la résolution amiable du différend permet d'obtenir des solutions proches de celles découlant de la mise en œuvre de la cause. Cette application restreinte se manifestait quelle que soit la conception qui en était retenue, qu'elle soit objective ou subjective.

Dans l'approche objective, la cause était constituée par le désir de mettre un terme de manière amiable à un différend né ou à naître. Or, ce motif, commun à tous ceux ayant recours à l'accord amiable transactionnel, représente un élément constitutif de ce contrat, ce qui justifie sa nullité en cas de non caractérisation. Par ailleurs, la place limitée réservée à la cause était renforcée par l'analyse particulière de la notion du vice du consentement de l'erreur. Ainsi,

¹⁹³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 26 mai 1999, n° 96-16361, *Bull. Civ. I*, n° 172.

certaines hypothèses de défaut de cause étaient susceptibles d'être sanctionnées sur le fondement de l'un des articles relatifs aux cas spécifiques d'erreur en matière de transaction, abrogés depuis par les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle. Cette démarche peut être illustrée par l'hypothèse de la nullité de l'accord amiable transactionnel dont la conclusion était motivée par un testament qui s'était révélé au final être un faux. Si les juges ont pu dans cette situation constater le défaut de cause pour justifier la nullité, cette dernière a pu être tout aussi justifiée par le jeu de l'ancien article 2055 du Code civil qui prévoyait cette sanction pour les transactions faites au regard de pièces qui, depuis, ont été reconnues fausses¹⁹⁴⁰. En outre, si la situation ne correspondait pas à une cause de nullité spécifique à la transaction, les juges ne se référaient pas nécessairement à l'absence de cause ou à l'erreur pour remettre en question la validité d'un accord amiable litigieux¹⁹⁴¹. L'abrogation des textes relatifs au vice de l'erreur implique dorénavant un renvoi au droit des contrats tel que réformé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018.

Dans l'analyse subjective, la cause était amenée à jouer une fonction moralisatrice en permettant le contrôle de la licéité de l'accord amiable transactionnel. Mais là encore l'exploitation de cette notion a été réduite par les juges qui préféraient se fonder sur l'objet en recherchant si le contrat a bien été conclu dans un domaine où la transaction est possible, plutôt qu'à sonder l'intention des parties. Pour autant, la référence à la cause illicite reste le seul moyen de sanctionner l'instrumentalisation du contrat de transaction afin de contourner un dispositif législatif impératif, caractérisant ainsi une fraude à la loi¹⁹⁴². C'est donc dorénavant sous l'angle du but illicite en application du droit commun des contrats qui permettra de sanctionner pareille instrumentalisation, impliquant dans ce cas, de sonder l'intention des parties.

1204. Conclusion de la Section III relative à l'expression du caractère fédérateur au regard du contrôle du contenu de l'accord amiable.

Le contenu de l'accord amiable transactionnel consiste au titre de la définition qui en est donnée à l'article 2044 du Code civil : d'une part en des concessions réciproques qui s'analysent au regard du droit commun des contrats comme les prestations et stipulations des

¹⁹⁴⁰ Cass. req., 14 août 1877, *DP* 1878, 1, p. 298.

¹⁹⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *Bull. civ.* I, 1987, n° 345 ; *Defrénois* 1988, art. 34289, p. 921, obs. G. Vermelle ; *JCP G* 1988, IV, p. 69.

¹⁹⁴² P. ex. : Cass. soc., 15 juill. 1998, *Bull. civ.* V, 1998, n° 385 ; *JCP E* 1998, pan. IR p. 1671 : dans cette affaire, rendue en droit du travail, les parties avaient conclu une transaction pour mettre fin à un contrat de travail pour motif économique, alors même que les conditions de ce dernier n'étaient pas remplies, dans le seul but d'obtenir l'application de la convention d'allocation spéciale du fonds national de l'emploi.

parties lesquelles reposent sur la contestation ou le différend (constitué au moins d'une *res litigiosa*) ; et d'autre part, en son but de terminer ou prévenir définitivement de différend. Il ne peut être contraire à l'ordre public. Chacun des engagements des parties pour mettre fin au différend ne peut contrevenir à une règle impérative. Par ailleurs, si les concessions réciproques s'y conforment, le but de l'accord amiable transactionnel ne peut déroger à l'ordre public. En d'autres termes, les cocontractants, comme pour tout contrat, ne peuvent conclure un accord amiable, fut-il qualifié de contrat de transaction afin de contourner des règles d'ordre public impératives. L'emprise du droit commun des contrats est à cet égard remarquable. Tout accord amiable, de par sa nature contractuelle, se voit imposer le principe édicté à l'article 6 du Code civil selon lequel « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

1205. Conclusion du chapitre II relatif à la soumission de la validité de l'accord amiable transactionnel au droit commun des contrats

L'ensemble des conditions de validité de l'accord amiable transactionnel répondent du droit commun des contrats. Nous constatons à cet égard qu'au titre du contenu, la jurisprudence spécifique à l'accord amiable transactionnel consistant à sanctionner le caractère dérisoire des concessions réciproques trouve un écho dans la sanction du droit commun des contrats prévue à l'article 1169 du Code civil. Cette disposition prévoit en effet la nullité du contrat à titre onéreux, lorsqu'au moment de sa formation, la contrepartie au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. Les juges considèrent en effet qu'il n'y a pas transaction lorsqu'une partie abandonne ses droits pour une contrepartie si faible qu'elle est pratiquement inexistante¹⁹⁴³.

Par ailleurs, les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle ont simplifié le régime de l'accord amiable transactionnel qui, jusqu'alors comprenait des dispositions relatives au vice du consentement de l'erreur ne consistant qu'en des redites du droit commun des contrats. Il est remarquable de constater par ailleurs que le vice de la violence économique qui trouve son fondement dans une jurisprudence relative au contrat de transaction a été consacré par les réformateurs du droit des contrats au titre de l'article 1143 du Code civil. Le droit commun des contrats revêt un véritable rôle fédérateur au regard de la conclusion des accords amiables,

¹⁹⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1976n *Bull. civ.* I, n° 157 – *Adde*, Cass. Soc. 18 mai 1999, n° 96-44.628, *Bull. civ.* V, n° 223, p. 164 pour la contrepartie dérisoire de l'une des parties et Cass ; soc ? 28 nov. 2000, n° 98-43.635, *Bull. civ.* V, n° 399, p. 307, *préc.*

même si celui-ci se voit revêtu lors de sa rédaction de la qualification du contrat spéciale de contrat de transaction.

Plus encore, nous comprenons tout l'intérêt du recours aux procédures de résolution amiable des différends – conciliation, médiation, procédure participative ou encore droit collaboratif – dans la mesure où fondées pour leur mise en œuvre sur la conclusion de conventions préparatoires à l'accord amiable, elles permettent de purger l'accord amiable projeté de ses vices. Le tiers missionné dans le cadre de la conclusion de ces conventions est amené à vérifier la capacité et les pouvoirs des parties nécessaire à la conclusion de l'accord amiable et de transiger, au sens de renoncer à un droit d'action. Le consentement des parties est en premier temps également exprimé dans le cadre de la conclusion des conventions de conciliation, de médiation ou de procédure participative pour être dans le cadre de la mise en œuvre spécifique de ces procédures purgé de ses vices. Le tiers missionné, par l'exercice de sa police du comportement est en effet à même de veiller à tout risque de violence, de soulever toute erreur ou dol dans le cadre d'une négociation raisonnée, fondée sur les besoins et intérêts des parties.

Chapitre II – Le droit commun des contrats fédérateur des forces de l'accord amiable

1206. La nature duale de l'accord amiable transactionnel. La nature originale de l'accord amiable transactionnel, servant de référent à l'accord amiable, induit quant à ses effets, un régime spécifique qui combinent deux facettes.

Tout d'abord, le contrat de transaction emporte un effet tout à fait particulier, justifiant encore aujourd'hui le maintien de son régime spécial par les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle. Cet accord de volontés tend à présenter des conséquences analogues aux actes juridictionnels jugements et sentences arbitrales en ce qu'il prend pour but de mettre un terme définitif au différend. Cette opération visant la résolution définitive ou la prévention définitive du différend est donc soumise à l'effet extinctif des jugements faisant ainsi obstacle à toute contestation ultérieure. Le rapprochement ainsi opéré avec les jugements soulève la question de savoir si l'accord amiable transactionnel a un effet déclaratif ou un effet constitutif. Si la première approche semble devoir s'imposer, elle ne fait pas encore aujourd'hui l'unanimité. Reste que les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle ont reformulé l'autorité de chose jugée en dernier ressort que les codificateurs du Code civil avaient attaché dès 1804 au contrat de transaction afin d'exprimer toute la dimension contractuelle de cet accord de volontés, « amiable », en ce qui termine ou prévient, et ce définitivement la « contestation » née ou à naître. La question se pose de savoir si cette reformulation emporte sur le fond une modification de l'effet initialement attaché au contrat de transaction. Par ailleurs, nous pouvons également nous interroger sur le point de savoir si tout accord amiable emporte le même effet juridictionnel (**Section I**).

Ensuite, en tant que contrat, l'accord amiable malgré sa qualification spéciale, par application du droit commun des obligations, est amené à produire les effets liés à ce type d'acte juridique. Sur ce point, il convient alors de mettre en œuvre la dissociation classique entre les implications nées entre les parties et celles nées à l'égard des tiers. Au surplus, outre sa force obligatoire essentielle, l'accord amiable, peu important l'application de la qualification spéciale de transaction, peut voir encore ses forces renforcées. Indifféremment de la qualification transactionnelle, l'accord amiable comme tout contrat peut être renforcé au regard de la preuve ou de l'exécution (**Section II**).

Section I – La reformulation de l’effet spécial de l’accord amiable transactionnel dans l’esprit fédérateur du droit contractuel

1207. La singularité de l’accord amiable transactionnel. La réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle n’a pas totalement fait disparaître le régime spécialement prévu à l’accord amiable transactionnel, bien que certains eussent été tentés de faire basculer le régime du contrat de transaction dans le droit commun des droits¹⁹⁴⁴. Car effectivement, ce dernier influence grandement le régime de ce contrat spécial.

L’accord amiable transactionnel se présente comme une institution hybride : par nature, conventionnel, il emporte un effet juridictionnel. Parce que le contrat de transaction prend pour but la résolution ou la prévention de la contestation, soustendant l’existence d’un droit d’action, il consiste en un accord amiable de référence. De fait, il bénéficie à la différence de tout autre contrat, d’une force particulière justifiée par la singularité de son but : la résolution ou la prévention définitive d’un différend portant nécessairement, mais non seulement sur un droit d’action, un *res litigiosa*. Lorsque les parties au différend s’entendent sur la solution à sa résolution ou sa prévention – matérialisée contractuellement par des concessions réciproques ou obligations réciproques interdépendantes – celle-ci doit être définitive afin d’éviter toute remise en cause trop facile de l’accord amiable, dans un souci de bonne administration de la justice. Une remise en cause trop facile aboutirait à terme à un nouveau procès. De fait, les codificateurs du Code civil avaient attribué au titre de l’ancien article 2052 du Code civil, l’autorité de chose jugée, en dernier ressort au contrat de transaction¹⁹⁴⁵. Cette autorité de chose jugée, en principe attribuée à l’acte juridictionnel – le jugement – doit être définie afin de prendre la mesure de la reformulation opérée par les réformateurs de la justice du XXI^{ème} au titre de l’article 2052 du Code civil (**Sous-Section I**). Cette reformulation de l’autorité de chose jugée adaptée au contrat de transaction atteste d’une volonté de rappeler la nature contractuelle de l’accord amiable transactionnel. La question se pose de savoir si cette reformulation emporte la modification des effets jusqu’alors attribués au regard de l’autorité de chose jugée en dernier ressort (**Sous-Section II**).

Sous-section I – La définition et les effets de l’autorité de chose transigée

¹⁹⁴⁴ L. Mayer, « La transaction, un contrat spécial », *RTDCiv.* 2014, p. 523, spéc. n° 16-29.

¹⁹⁴⁵ Voy. l’anc. art. 2052 CCiv. : « *Les transactions ont, entre les parties, l’autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d’erreur de droit, ni pour cause de lésion* ».

1208. Position du problème. L'attribution de l'autorité de chose jugée en dernier ressort à l'accord amiable transactionnel était, à certains égards, dérangeante puisque qu'elle conférait à un acte juridique – un contrat – l'effet d'un acte juridictionnel. Les réformateurs se sont donc attaqués à cette disposition emblématique du régime spécial du contrat de transaction, en reformulant l'ancien alinéa premier de l'article 2052 du Code civil et en l'élaguant de son ancien alinéa second relatif aux sanctions de l'erreur de droit et de la lésion. Comme le souligne le professeur Thomas Clay, plusieurs défauts ressortaient de l'ancienne rédaction de l'alinéa premier de l'article 2052 du Code civil : le premier tenant à ce que « les transactions n'ont pas, contrairement à ce qu'il énonce, l' « autorité de chose jugée », le second, à ce qu'« elles ne sont pas, et encore moins, obligatoires « en dernier ressort » »¹⁹⁴⁶.

Le texte dispose dorénavant que « *la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». Les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle ont ainsi reformulé l'autorité de chose jugée – autorité normalement attachée au jugement – afin de se conformer à la nature conventionnelle de la transaction et de mettre l'accent sur l'effet de ce contrat spécial, marqueur de sa singularité.

Il convient en conséquence de confronter les notions d'« autorité de chose jugée » et l'autorité que certains auteurs ont désigné comme « l'autorité de chose transigée »¹⁹⁴⁷ (§1). Il s'agit ensuite de s'attacher aux effets attachés à cette dernière (§2).

§1. La définition de l'autorité de chose transigée

1209. Position du problème. Si l'ancien alinéa premier de l'article 2052 du Code civil se référait à « *l'autorité de chose jugée en dernier ressort* », la nouvelle formulation de l'article 2052 utilise ce que d'aucuns ont dénoncé comme une simple « périphrase »¹⁹⁴⁸ ou comme une « amputation sans justification évidente »¹⁹⁴⁹. Il semble en conséquence indispensable de s'interroger sur ce qu'implique le passage d'une autorité de chose jugée (A) à une autorité de chose transigée (B).

A. De l'autorité de chose « jugée »...

¹⁹⁴⁶ Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^{ème} siècle » – loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 », *op. cit.*, spéc. n° 14.

¹⁹⁴⁷ L. Weiller, *Le liberté procédurale du contractant*, th. PUAM, préc. J. Mestre, 2004, spéc. 540 ; G. Deharo, « L'autorité de chose transigée », *Gaz. Pal.* 30 nov. et 1^{er} déc. 2005, p. 2.

¹⁹⁴⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 1128.

¹⁹⁴⁹ P.-Y. Gautier, « Le cas Bettenvourt au regard du droit des obligations », *D.* 2016, p. 1752.

1210. La notion d'autorité de la chose jugée. Comme l'exprimait le Doyen Carbonnier, « ce qui donne au jugement sa pleine valeur, sa supériorité sur l'accommodement que pourrait tenter entre deux querelleurs un passant de bonne volonté, ce n'est pas d'être conforme à la vérité absolue (où est la vérité ? »), c'est d'être revêtu par l'État d'une force particulière qui interdit de remettre en question, parce qu'il faut une fin aux litiges. Le litige (dès lors que les voies de recours sont épuisées) est vidé, tranché une fois pour toute, ce qui garantit stabilité, sécurité et paix entre les hommes »¹⁹⁵⁰. Or, il paraît utile que l'accord amiable revête pareille force ou tout du moins équivalente à celle du jugement dès lors que comme ce dernier, cet *instrumentum* sert la résolution ou la prévention définitive du différend. Dans la mesure où l'accord amiable des parties prend pour but de résoudre ou prévenir définitivement un différend sous-tendant l'existence d'une *res ligiosa*, l'enjeu est de conférer cette force particulière interdisant de remettre en cause l'accord amiable parce qu'il faut mettre fin définitivement au différend sur lequel il porte et ce, grâce aux engagements réciproques et interdépendants des parties. En conséquence, la détermination des contours de l'effet extinctif de l'accord amiable transactionnel conditionne l'efficacité de ce dernier en tant qu'*instrumentum* de règlement amiable des contentieux puisqu'un différend auquel il met fin ne pourra plus être tranché par un juge. Les articles du Code civil n'apportant aucune indication particulière, la portée du caractère extinctif de l'accord amiable transactionnel dépend de la conception de la notion d'autorité de la chose jugée retenue en droit processuel ainsi que des dérogations éventuellement en vigueur.

1211. La délimitation de l'autorité de chose jugée. En l'absence de conditions spécifiques, la délimitation de la notion d'autorité de la chose jugée est celle définie par l'article 1355 du Code civil, tel qu'issu de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016¹⁹⁵¹ reprenant la formulation de l'ancien article 1351 imposant une triple identité d'objet, de cause et de parties. Le renouvellement de ces conditions, opéré par la jurisprudence s'étend donc à l'acte juridique, le contrat de transaction¹⁹⁵². Cette évolution relativement récente concerne l'appréciation de l'identité de cause qui fait, aujourd'hui, l'objet d'une approche extensive¹⁹⁵³. La nouvelle demande qui invoque un fondement juridique que le demandeur s'était abstenu de soulever en temps utile se heurte à la chose précédemment jugée

¹⁹⁵⁰ J. Carbonnier, *Droit civil*, Vol. I, PUF, Quadrige, 2004, spéc. n°46.

¹⁹⁵¹ Disposition non mod. par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.*

¹⁹⁵² N. Fricero, « Le fabuleux destin de la chose jugée », in Mél. à J.-F. Burgelin, Dalloz 2008.

¹⁹⁵³ Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *Bull. civ. ass. plén.* 2006, n° 8, p. 21 ; *D.* 2006, p. 2135, note L. Weiller ; *JCP G* 2006, I, 183, obs. S. Amrani-Mekki ; *Gaz. Pal.* 2007, p. 398, note Gain ; *Dr. et proc.* 2006, p. 348, note N. Fricero ; *RTD civ.* 2006, p. 825, obs. R. Perrot.

relativement à la même contestation. L'identité de cause ne signifiant plus identité des moyens invoqués à l'appui de la demande, cette exigence se trouve diluée dans la condition d'identité d'objet¹⁹⁵⁴. Cette analyse récente a été depuis appliquée, notamment, dans le cadre de la sentence arbitrale constituant un acte juridictionnel de règlement des litiges, alternatif au jugement¹⁹⁵⁵. Au vu de ces éléments de qualification, les contours de l'autorité de chose jugée attachée à la transaction sont donc étroitement liés au contenu des clauses fixées par les parties et à l'interprétation des termes obscurs.

B. ... à l'autorité de chose transigée

1212. La notion d'autorité de chose transigée. L'idée qui apparaissait à l'ancienne formulation de l'alinéa premier de l'article 2052 du Code civil selon laquelle le contrat de transaction se voit reconnaître l'autorité de la chose jugée en dernière instance s'oppose à ce que les parties introduisent par la suite une demande en justice afin de régler le même litige. C'est précisément en ce sens que les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle ont entendu réécrire cette disposition, pivot du régime spécial du contrat de transaction. À défaut, l'action remettrait en cause ce qu'elles ont décidé dans le cadre de l'accord amiable transactionnel. Cette règle s'appliquant, que l'accord amiable transactionnel ait été signé en cours d'instance ou en dehors de tout contexte judiciaire, repose sur l'exception de transaction qui fait obstacle à la recevabilité de la demande en justice. Les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle ont retenu une reformulation de l'autorité de chose jugée appliquée à ce contrat particulier renfermant la solution et réglant le différend qui y est délimité. Ils se sont ainsi attachés à traduire, d'un point de vue contractuel, un effet normalement attaché aux actes juridictionnels.

1213. Une forme réduite de l'autorité de chose jugée. Le nouvel 2052 du Code civil met fin à la confusion de la référence à l'autorité de chose jugée, inadaptée à la « transaction » qui n'est pas une décision juridictionnelle ou un acte judiciaire, ni une décision arbitrale, mais bien un acte juridique. Il s'agit, comme le relève le professeur Thomas Clay, d'une forme réduite de l'autorité de chose jugée qui ne saurait être abritée par une expression plus large et donc impropre. S'il est bien certain que l'objet – le différend – de la transaction ne peut plus

¹⁹⁵⁴ P. ex., Cass. civ. 3^{ème}, 13 févr. 2008, n° 06-22.093, *Bull. civ.* III, n° 28 ; *D.* 2008, p. 621, obs. G. Forest ; *JCP G* 2008, II, 10052, note L. Weiller ; *Gaz. Pal.* 8-10 juin 2008, obs. Y. Dagorne-Labbé : Dans cette espèce, une première demande de paiement d'une somme d'argent avait été introduite sur le fondement du salaire différé, puis une deuxième demande sur celui de l'enrichissement sans cause.

¹⁹⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n° 07-13.266, *Bull. civ.* I, 2008, n° 153 ; *D.* 2008, p. 1629, note X. Delpech ; *RTD civ.* 2008, p. 551, obs. R. Perrot.

être rejugé, la transaction elle-même n'a en revanche que la force obligatoire d'un contrat. L'auteur ajoute que « pour séduisante qu'aurait été la formulation d'une « autorité de chose transigée », elle ne saurait être entrée dans le Code civil qu'au prix d'une perturbation des catégories classiques, dont il était prudent de se garder. C'est ainsi qu'a donc été fait le choix de s'attacher aux effets réels du contrat de transaction et de les codifier »¹⁹⁵⁶.

1214. Les incidences de la reformulation de l'article 2052 du Code civil sur la fond.

Sur le fond, la reformulation de l'autorité de chose jugée ne modifie pas le droit positif car l'objet transigé – le différend soustendant pour partie et nécessairement une *res litigiosa* conventionnellement réglé et ce, même au titre de sa prévention – ne pourra être à nouveau jugé. Le différend est ainsi purgé par la conclusion de l'accord amiable transactionnel. L'action contraire sera sanctionnée sur le terrain de la fin de non-recevoir, présentant les mêmes caractères que l'exception de chose jugée. L'autorité de chose transigée entraîne en conséquence, les mêmes effets que l'autorité de chose jugée.

§2. Les effets de l'autorité de chose transigée

1215. Deux effets. Sur le fond, l'autorité de chose transigée emporte un effet extinctif **(A)** et un effet déclaratif **(B)** dont il convient de cerner les contours.

A. L'effet extinctif de l'accord amiable transactionnel

1216. Les enjeux. Le caractère extinctif d'une décision de justice signifie que celle-ci met fin au litige, implication qui peut également s'appliquer à la contestation ou au différend soustendant une *res litigiosa* en matière d'accord amiable transactionnel. Ce dernier a, nous l'avons constaté, pour but, et ce de manière définitive, de mettre un terme à un différend déjà né ou de prévenir un risque de contestation, lesquels impliquent l'existence d'un droit d'action au moins certain. Cette conséquence était clairement évoquée par l'ancienne rédaction de l'alinéa premier de l'article 2052 du Code civil au travers du principe selon lequel la transaction revêt l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Les conséquences induites par l'effet extinctif de l'accord amiable transactionnel présentent des enjeux pratiques différents en fonction du moment de la conclusion du contrat, à savoir si elle est intervenue en cours

¹⁹⁵⁶ Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^{ème} siècle » - Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 », *op. cit.*, spéc. n° 44.

d'instance **(1)** ou non **(2)**. Lorsqu'un accord amiable transactionnel judiciaire est signée en cours de procédure, il implique un dessaisissement des juges alors que dans les autres cas, elle s'oppose à l'introduction d'une instance judiciaire.

1) Sur les instances en cours

1217. Principe et exceptions. Si la conclusion d'un accord amiable transactionnel intervient dans le cadre judiciaire, elle entraîne en principe le dessaisissement du juge **(a)** bien que certaines exceptions puissent être avancées **(b)**.

a) Le principe de dessaisissement du juge

1218. Signification du principe. L'accord amiable transactionnel *judiciaire* conclue en cours de procédure a pour effet d'entraîner un dessaisissement du juge. Les conséquences pratiques sont alors similaires en cours de première instance ou d'appel. Dans les deux cas, le juge ne peut que donner acte de la conclusion du contrat de transaction¹⁹⁵⁷. Dès lors, même si en dépit de la conclusion de l'accord amiable transactionnel, la cause a été maintenue par erreur au rôle du tribunal ou de la cour d'appel, l'instance est juridiquement éteinte¹⁹⁵⁸. Toute intervention postérieure d'un tiers, même se prévalant d'une fraude, est impossible. De fait, un créancier victime de fraude ne pourra attaquer le contrat de transaction que sur le fondement de l'action paulienne¹⁹⁵⁹.

Par ailleurs, la conclusion de l'accord amiable transactionnel *judiciaire* fait obstacle à la possibilité d'interjeter appel¹⁹⁶⁰ ou à la faculté d'introduire un pourvoi en cassation car ce dernier, étant dépourvu d'objet, est irrecevable¹⁹⁶¹. Bien plus, le fait d'exercer une voie de recours en méconnaissance d'un accord amiable transactionnel *judiciaire* peut caractériser un abus de procédure justifiant le versement de dommages et intérêts¹⁹⁶². Ces solutions ont vocation à s'appliquer quel que soit l'ordre judiciaire concerné comme l'atteste le sens des

¹⁹⁵⁷ Pour un exemple en première instance, Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 1968, *Bull. civ.* 1968, II, n° 128 – Pour un exemple en appel, Cass. req., 22 juill. 1902, *DP* 1902, 1, p. 399.

¹⁹⁵⁸ CA Colmar, 4 nov. 1925, *Gaz. Pal.* 1926, 1, p. 118.

¹⁹⁵⁹ CA Nancy, 12 févr. 1898, *DP* 1899, 2, p. 86.

¹⁹⁶⁰ Cass. req., 19 oct. 1915, *S.* 1918-1919, 1, p. 117.

¹⁹⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 1960, *Bull. civ. I*, 1960, n° 549 – Cass. Civ. 3^{ème}, 3 avr. 1973, *Bull. civ. III*, 1973, n° 252.

¹⁹⁶² Cass. soc., 16 nov. 1960, *Bull. civ. IV*, 1960, n° 1024 : les juges en l'espèce ont considéré comme abusif le fait d'interjeter appel en présence d'une transaction *judiciaire*.

décisions retenues¹⁹⁶³.

1219. L'hypothèse de la conclusion de l'accord amiable transactionnel sur jugement rendu. Une fois qu'une décision judiciaire définitive a été rendue, est-il encore envisageable de recourir à une transaction ? De prime abord, cette possibilité apparaît impossible puisque la décision de justice a mis un terme au litige. Cependant, l'intérêt de recourir à la transaction reste maintenu pour les parties qui peuvent décider de se soustraire à la teneur de la décision définitive en concluant un accord amiable transactionnel sur de nouvelles bases. Dans ce cas, la décision de justice n'est pas effacée et pourra produire ses effets si l'accord amiable transactionnel se trouve postérieurement frappé de nullité ou écarté pour manque de preuves¹⁹⁶⁴. De la même façon, les parties peuvent toujours recourir à un accord amiable transactionnel afin de prévenir tout litige relatif à l'exécution de la décision de justice.

1220. Les implications de l'autorité de la chose transigée en matière de procédure d'arbitrage. Par extension, deux situations doivent être distinguées en fonction du moment de la signature de l'accord amiable transactionnel.

Dans le cas où la conclusion du contrat de transaction intervient antérieurement à la sentence arbitrale, cette dernière étant sans valeur, le juge est tenu de refuser d'accorder l'*exequatur*¹⁹⁶⁵. Si l'accord amiable transactionnel a été conclu postérieurement à la sentence arbitrale, il prévaut sur cette dernière. Cette hypothèse soulève dès lors le problème de la procédure d'*exequatur*. Le juge saisi en ce sens, ne peut la refuser car sa marge de manoeuvre est limitée par son champ de compétence étroitement lié à l'appréciation du bien-fondé de l'*exequatur*. La sentence arbitrale aura alors vocation à retrouver sa pleine efficacité dans l'éventualité d'une annulation de l'accord amiable transactionnel.

b) Les exceptions au principe de dessaisissement du juge

1221. Les difficultés liées à l'interprétation ou à l'exécution de l'accord amiable transactionnel. Le principe du dessaisissement des juges en cas d'accord amiable transactionnel *judiciaire* n'est pas absolu et souffre d'un certain nombre de tempéraments. Ainsi, d'une manière générale, le juge reste saisi si l'accord amiable transactionnel pose des

¹⁹⁶³ T. confl., 2 janv. 1887, *DP* 1888, 5, p. 112 : p. ex., à l'égard d'un arrêté de conflit émanant de l'administration.

¹⁹⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 1957, *Bull. civ.* 1957, I, n° 135.

¹⁹⁶⁵ TGI Paris, 6 juill. 1970, *JCP G* 1971, II, 16810, note D. Ruzié.

problèmes d'interprétation ou d'exécution¹⁹⁶⁶. Le juge doit, dès lors, statuer sur la validité du contrat de transaction à la demande de l'une des parties¹⁹⁶⁷. Par ailleurs, le juge est toujours en mesure de vérifier si la transaction *judiciaire* a bien été exécutée et de décider, selon les circonstances, soit des mesures visant à assurer son exécution forcée, soit de prononcer la résolution¹⁹⁶⁸. La conclusion de l'accord amiable transactionnel n'exclut donc pas toute intervention du juge.

2) Sur les nouvelles instances : l'exception de transaction

1222. La signification de l'exception de transaction. Quel que soit son contexte de conclusion, en cours ou non de procédure et à la connaissance du juge, l'accord amiable transactionnel fait échec à toute demande en justice postérieure qui se heurterait à l'exception de transaction. Divers exemples, classiques et toujours d'actualité, illustrent cette solution dans différents domaines d'intervention du recours à la résolution amiable des différends.

1223. Illustrations de l'exception de transaction. Ainsi, une fois que les parties ont réglé le sort d'une dette par le biais d'un accord amiable transactionnel, celles-ci ne peuvent plus en contester le bien-fondé par la voie judiciaire¹⁹⁶⁹. Dans le même esprit, un héritier qui, à l'occasion d'un accord amiable transactionnel, reconnaît la validité d'un testament n'est plus en mesure par la suite de saisir un juge afin de remettre en question son existence¹⁹⁷⁰.

En matière de baux, dès lors qu'un contrat de transaction a été conclu entre le bailleur et le locataire au sujet d'un litige relatif au montant du loyer, les juges considèrent que le locataire n'a plus la faculté de contester judiciairement son évaluation¹⁹⁷¹.

En droit du travail, il a pu être considéré qu'une convention, dite de forfait, par laquelle la rémunération des heures supplémentaires est incorporée dans le salaire, constitue une transaction faisant obstacle à tout recours judiciaire ultérieur du salarié sur le montant des heures supplémentaires¹⁹⁷². Encore récemment, les juges de la chambre sociale de la Cour de

¹⁹⁶⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 12 juin 1991, *Bull. civ.* 1991, II, n° 183 ; *JCP G* 1991, IV, p. 319 ; *D.* 1992, p. 320.

¹⁹⁶⁷ Cass. com., 14 oct. 1953, *Bull. civ.* III, 1953, n° 303 ; *D.* 1953, p. 695.

¹⁹⁶⁸ CA Paris, 11 juin 1949, *D.* 1949, somm. p. 25 – CA Angers, 17 mars 1970, *JCP G* 1970, II, 16425 ; *RTD civ.*, 1970, p. 812, obs. P. Hébraud.

¹⁹⁶⁹ Cass. req., 13 août 1862, *DP* 1862, 1, p. 456 : pour le cas d'une transaction prévoyant au titre de ses concessions réciproques, la remise d'une dette.

¹⁹⁷⁰ Cass. req., 15 déc. 1902, *DP* 1904, 1, p. 209, note L. Guénée.

¹⁹⁷¹ Cass. civ. 2^{ème}, 23 avr. 1964, *Bull. civ.* IV, 1964, n° 332.

¹⁹⁷² Cass. soc., 7 févr. 1968, *Bull. civ.* V, 1968, n° 90 – CA Rouen, ch. soc., sect. prud'h., 1er déc. 1987, *JurisData* n° 1987-045438.

cassation ont estimé « que le principe d'égalité de traitement ne peut être invoqué par un salarié pour remettre en cause les droits et avantages d'une transaction revêtue de l'autorité de la chose jugée et dont il ne conteste pas la validité »¹⁹⁷³. La relation particulière qui lie le salarié et son employeur est susceptible de justifier des sanctions complémentaires en cas de recours judiciaire introduit par l'une des deux parties alors qu'un contrat de transaction a été conclu. Des juges du fond l'ont ainsi reconnu à l'encontre d'un salarié au motif qu'il avait porté atteinte à la confiance induite par la relation salariale¹⁹⁷⁴.

En droit pénal, la question de l'autorité de la chose transigée peut se heurter à des difficultés de qualification de certains accords intervenus en cours de procédure comme ceux intervenants dans le cadre de la composition pénale. Il a été ainsi considéré que l'acceptation par la victime de l'infraction, du paiement de la somme fixée au titre de la composition pénale ne caractérise pas nécessairement un contrat de transaction au sens du Code civil. Dès lors, dans la négative, la partie lésée conserve la possibilité de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel¹⁹⁷⁵.

1224. Les difficultés de l'exception de transaction en droit de l'indemnisation. La conclusion d'un accord amiable indemnitaire – ayant pour objet de fixer le montant des dommages et intérêts versés à la victime – spécialement qualifié de contrat de transaction par le législateur pose le problème de l'admission d'un recours judiciaire ultérieur en cas d'aggravation du préjudice.

D'un point de vue théorique, cette difficulté a trait à la frontière du contenu de l'accord amiable indemnitaire transactionnel. La question se pose en effet de savoir si elle peut inclure l'indemnisation de droits éventuels. La jurisprudence opère sur ce point une distinction entre les notions de droits futurs certains et de droits futurs incertains, seuls les premiers pouvant faire l'objet d'un accord amiable transactionnel.

En principe, l'autorité de la chose transigée attachée à l'accord amiable indemnitaire transactionnel, ayant pour objet de régler définitivement le préjudice de la victime, fait donc échec à toute demande ultérieure quel que soit l'objet du versement sollicité. Dans cette hypothèse l'accord amiable transactionnel vaut, non seulement pour le montant global du préjudice, mais également pour toute indemnité complémentaire¹⁹⁷⁶. Par ailleurs, lorsque la victime a, par le biais d'un contrat de transaction, accepté l'offre d'indemnité d'un fonds

¹⁹⁷³ Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 10-21.119, *Bull. civ.* V, 2011, n° 283.

¹⁹⁷⁴ CA Grenoble, ch. soc., 30 oct. 1986, *JurisData* n° 1986-048060.

¹⁹⁷⁵ Cass. crim., 24 juin 2008, n° 07-87.511, *Gaz. Pal.* 2008, n° 274, p. 7.

¹⁹⁷⁶ Cass. civ 2^{ème}, 14 févr. 1974, *JCP G* 1974, II, 17757, note R. Savatier.

d'indemnisation, elle n'est plus en mesure d'agir en responsabilité faute d'intérêt, comme l'a établi la jurisprudence à propos de l'action en responsabilité engagée contre la Fondation nationale de transfusion par les victimes de contamination malgré l'accord donné à l'offre d'indemnité versée par le fonds d'indemnisation des transfusés¹⁹⁷⁷.

Dans le cas particulier d'une évolution du préjudice, postérieure à la signature de l'accord amiable transactionnel, les juges dissocient l'hypothèse d'une aggravation prévisible d'un préjudice déjà né de celle d'un préjudice nouveau ou d'une aggravation imprévisible. L'introduction d'une demande en justice pour réclamer une indemnité supplémentaire n'est possible que si l'aggravation de l'état a eu pour implication d'entraîner un nouveau préjudice¹⁹⁷⁸. Une solution identique est retenue en matière de responsabilité professionnelle médicale comme le démontre, notamment, une décision rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation le 25 février 2003, concernant un dommage causé par la pose d'implants dentaires¹⁹⁷⁹. Les difficultés d'ordre pratique à établir la frontière entre aggravation prévisible et aggravation imprévisible du dommage alimentent le débat doctrinal autour de la véritable nature de l'accord amiable en matière d'indemnisation. Contestant l'application de la qualification transactionnelle à cet accord amiable indemnitaire, certains auteurs dénoncent l'inadaptation de l'autorité de la chose jugée dans le domaine de l'indemnisation¹⁹⁸⁰.

1225. L'exception à l'exception de transaction. Le jeu de l'exception de transaction ne peut faire échec à l'introduction d'une demande judiciaire fondée sur un texte de source supranationale, tels que les traités du droit communautaire, dont la portée s'impose au droit interne¹⁹⁸¹. L'autorité de la chose jugée du contrat de transaction n'a pas d'effet dans ce cas puisque le droit interne ne peut prévaloir sur les normes communautaires.

¹⁹⁷⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 26 janv. 1994, *Bull. civ. II*, 1994, n° 41 ; *Gaz. Pal.* 1994, 2, 525, note J. Guigue – Cass. ass. plén., 6 juin 1997, *Bull. civ. ass. plén.*, 1997, n° 8 ; *D.* 1998, p. 255, concl. Tatu ; *RTD civ.* 1998, p. 518, obs. J.-P. Marguénaud – Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 2000, n° 98-22.117, *Bull. civ. I*, 2000, n° 179 ; *D.* 2000, IR p. 185 ; *JCP G* 2000, I, 280 – Cette solution a été maintenue alors qu'une décision de la CEDH a retenu une solution inverse, CEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c/ France*, *D.* 1996, p. 357, note M. Collin-Demunieux ; *JCP G* 1996, II, 22648, note M. Harichaux ; *JCP G* 1996, I, 3910, obs. F. Sudre.

¹⁹⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1971, n° 69-10.795, *Bull. civ. I*, 1971, n° 35 – Cass. civ. 2^{ème}, 19 déc. 1977, n° 76-12.559, *Bull. civ. II*, 1977, n° 243.

¹⁹⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 2003, n° 01-10.333, NP.

¹⁹⁸⁰ Sur ce débat, Ch. Jarrosson, « La transaction comme modèle » in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, ss. dir. P. Ancel et M-C Rivier, Economica, 2001, p. 58 – Ég. S. Porchy-Simon, « Transaction et droit de l'indemnisation », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, *op. cit.*, p. 111 s.

¹⁹⁸¹ Cass. com., 26 mars 1979, n° 77-11.290, *Bull. civ. ch. com.*, n° 113 ; *JCP G* 1979, II, 19249, note F.-C. Jeantet : cette décision a été rendue relativement à une demande de nullité d'une clause sollicitée sur le fondement de l'article 85-1 (devenu, depuis, l'art. 81-1) du Traité de Rome alors qu'une transaction était intervenue entre les parties pour couvrir la nullité de l'acte.

B. L'effet déclaratif de l'accord amiable transactionnel

1226. Rappel. Le contrat de transaction présente des effets similaires à un jugement pour lequel l'effet déclaratif s'explique par l'impartialité des juges qui ne font que constater, sans les modifier, les droits de chaque partie. Dans cette logique, les droits établis par l'accord amiable transactionnel ne reposent pas techniquement sur une transmission entre les parties. Ils sont considérés comme étant préexistants à la conclusion du contrat de transaction qui se borne uniquement à les reconnaître.

Nous avons constaté que les contours de l'effet déclaratif du contrat de transaction ne sont pas toujours aisés à fixer en pratique. En effet, les parties peuvent être amenées, à l'occasion de son exécution, à conclure certains contrats qui eux peuvent revêtir un caractère translatif comme, par exemple, un contrat de vente. Dans ce cas, ces contrats vont produire les effets juridiques ordinairement attachés à leur régime juridique et ce, sans adaptation particulière¹⁹⁸².

Enfin, le caractère déclaratif de l'accord amiable transactionnel implique certaines conséquences relativement à ses effets. Ainsi, les parties devront respecter les formalités prévues en matière d'acte déclaratif, telle que la publicité foncière, lorsqu'un bien immobilier est concerné par le contrat de transaction en application de l'article 28 du décret du 4 janvier 1955¹⁹⁸³. D'une manière plus générale, l'assimilation opérée entre le contrat de transaction et les décisions de justice se traduit par deux conséquences principales : l'absence de novation **(1)** et l'absence de garantie **(2)**.

1) L'absence de novation

1227. Les implications de l'absence de novation. Comme chaque partie se voit attribuer des droits dont elle est réputée en avoir été toujours titulaire, le contrat de transaction est dépourvu d'effet novatoire. Ne créant pas de situation juridique nouvelle, elle ne fait que constater des droits préétablis¹⁹⁸⁴. L'absence de novation induit, principalement, que l'accord amiable transactionnel ne peut en aucun cas impliquer un changement dans la nature des droits de chacune des parties, son unique but étant de mettre un terme d'un différend né, ou de

¹⁹⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 1960, *Bull. civ. I*, 1960, n° 79.

¹⁹⁸³ Décr. n° 55-22, 4 janv. 1955 *portant réforme de la publicité foncière*, *JO* du 7 Janvier 1955 et rect., 27 janv. 1955 ; *JCP G* 1955, III, 19512.

¹⁹⁸⁴ Cass. com. ,1^{er} févr. 1956, *Bull. civ. III*, 1956 n° 51 – Ég. Cass. civ 1^{ère}, 25 févr. 1976, *Bull. civ. I*, 1976, n° 86 ; Voy. ég. L. Boyer, *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, *op. cit.*, 1947.

prévenir un différend à naître, et ce définitivement.

Ainsi, les dettes et les créances gardent leur nature initiale et le règlement d'une contestation par la voie de la conclusion d'un accord amiable transactionnel ne les transforme pas en dettes ou créances contractuelles. Cette solution classique a été, par exemple, dégagée en matière de créance d'indemnisation née d'un accident. L'établissement du montant de l'indemnisation par le biais de la conclusion d'un contrat de transaction ne change pas la nature de la créance qui reste délictuelle et non pas contractuelle¹⁹⁸⁵. Dans le même esprit, une dette successorale dont le sort a été réglé par la conclusion d'une transaction ne perd pas pour autant son statut initial de dette contre la succession¹⁹⁸⁶. Ce peut être encore le cas pour une dette d'un assureur envers l'assuré laquelle reste soumise à la prescription extinctive du droit des assurances même si la compagnie d'assurances et l'assuré ont transigé sur son paiement¹⁹⁸⁷.

En l'absence de règle impérative en la matière, le principe de l'exclusion d'effet novatoire n'est appliqué qu'à défaut de dispositions contraires prévues par les parties au contenu du contrat de transaction qui gardent, sur ce point, une totale liberté contractuelle. Les parties ont donc la faculté d'attacher à l'accord amiable transactionnel un effet novatoire impliquant une mutation dans la nature de leurs droits. En pratique, cette possibilité est, le plus souvent, utilisée dans le cadre d'une novation pour changement de cause qui intervient lorsque les parties décident de substituer à des dettes ultérieures une nouvelle dette unique qui trouve alors sa cause dans le contrat de transaction¹⁹⁸⁸.

2) L'absence de garantie

1228. Les conséquences de l'absence de garantie. En l'absence de dispositions légales spécifiques prévues dans le Code civil au titre de son régime spécial, l'accord amiable transactionnel ne crée aucune obligation de garantie à la charge des parties. En cela, son régime s'oppose nettement à celui des actes translatifs.

Ainsi, la jurisprudence a eu l'occasion de rappeler cette solution à l'égard des garanties que l'on retrouve classiquement pour les actes translatifs comme la garantie des vices cachés¹⁹⁸⁹, la garantie d'éviction ou, encore, la garantie de paiement¹⁹⁹⁰. Dans la même logique que pour la novation, l'exclusion de ces garanties n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent

¹⁹⁸⁵ T. civ. Bordeaux, 8 déc. 1952, *Gaz. Pal.* 1953, 1, p. 194 ; *D.* 1953, somm. p. 56.

¹⁹⁸⁶ Cass. req., 26 févr. 1880, *DP* 1881, 1, p. 2.

¹⁹⁸⁷ Cass. com., 1^{er} févr. 1956, *Bull. civ. III*, 1956, n° 51.

¹⁹⁸⁸ Cass. req., 25 avr. 1855, *DP* 1855, 1, p. 159.

¹⁹⁸⁹ CA Paris, 10 avr. 1987, *D.* 1987, inf. rap. p. 134.

¹⁹⁹⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 4 juin 1971, *Bull. civ. II*, 1971, n° 198.

prévoir une clause contraire au contenu du contrat de transaction¹⁹⁹¹. L'absence de garantie légale en matière d'accord amiable transactionnel peut être discutée au vu du régime de certains actes également déclaratifs qui se voient appliquer un système de garantie à l'instar du partage.

Sous-Section II – L'accord amiable transactionnel et les actes relatifs aux litiges

1229. Un rapprochement par l'effet juridictionnel de l'accord amiable transactionnel. Dans la mesure où l'accord amiable transactionnel prend pour but la résolution ou la prévention définitives d'une contestation impliquant nécessairement une *res litigiosa*, le contrat de transaction produit des effets qui s'apparentent à ceux d'une décision de justice. Ce principe d'assimilation transparaissait de la rédaction de l'ancien à 2052 du Code civil qui lui reconnaissait l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Doté d'un effet *a priori* similaires à celles d'un jugement, reformulé au sens où il constitue « *un obstacle à l'introduction [si sa conclusion intervient avant toute saisine du juge du fond] ou à la poursuite [si celui-ci était déjà saisi du traitement contentieux du litige] entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* », l'accord amiable transactionnel s'impose dès lors comme un *instrumentum* concurrent de certains actes scellant le règlement des litiges.

Cette concurrence soulève alors un problème d'articulation entre le recours à la conclusion de l'accord amiable et celui à une voie de justice ordinaire. D'aucuns se sont en effet interrogés sur la faculté de priver contractuellement une partie de recourir à une voie de justice ordinaire en lui imposant le règlement de tout litige par voie de transaction¹⁹⁹². Nous avons pu constater à cet égard, que dans certains domaines fortement marqués par un ordre public de protection, la jurisprudence dans les rapports individuels du travail ou le législateur dans le cadre des litiges de la consommation, prohibent les clauses de résolution amiables des différends. Nous avons toutefois tenu à démontrer que la clause instaurant une tentative obligatoire de résolution amiable des différends extrajudiciaire, c'est-à-dire préalable à la saisine du juge du fond du litige n'instaure qu'une obligation de faire : celle de rencontrer le tiers missionné à la résolution amiable du différend afin que de manière réciproque celui-ci informe les parties sur l'objet et l'objectif de la procédure de résolution amiable, conciliation, médiation ou procédure participative, avant toute saisine du juge. De même que la clause implique une obligation de ne pas faire, seulement provisoire : celle de ne pas saisir le juge du fond tant que la résolution amiable par le processus choisi – conciliation, médiation ou

¹⁹⁹¹ Cass. civ 2^{ème}., 4 juin 1971, *préc.*

¹⁹⁹² F. Julienne, *JCl. CCiv.*, « Art. 2044 à 2052 », « Transaction – Notion », spéc. n° 83.

procédure participative – n’a pas été tentée. Il ne s’agit en aucun cas d’une obligation pour les parties au différend de conclure un accord amiable. D’ailleurs, le législateur n’a pas panqué de développer les processus de résolution amiable dans ces domaines – conciliation obligatoire devant le bureau de conciliation et d’orientation du conseil des prud’hommes, médiation prud’homale en cours d’instance ou encore la médiation *extrajudiciaire* en matière de litiges de la consommation.

1230. Les distinctions entre l’accord amiable transactionnel et les actes relatifs aux litiges. Le rapprochement opéré entre le contrat de transaction et les décisions de justice n’est pas parfait en raison de la nature fondamentalement contractuelle de l’accord amiable. À la différence du jugement, la conclusion de l’accord amiable transactionnel empêche d’une part l’exercice des voies de recours ouvertes pour les décisions de justice¹⁹⁹³ et, d’autre part souffre d’un défaut de force exécutoire. Toutefois, nous avons constatés que deux caractères associés classiquement aux jugements peuvent être transposés à l’accord amiable transactionnel. Ces points de convergences ont pu alimenter un débat doctrinal sur le point de savoir si le contrat de transaction doit être soumis ou non à l’article 6§1 de la Convention européenne des droits de l’homme selon lequel « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi* ». Le bien-fondé de cette problématique, qui concerne plus globalement l’ensemble des processus dits alternatifs de règlement des conflits – arbitrage inclus – peut apparaître, de prime abord, discutable puisque l’objet de l’accord amiable transactionnel consiste à régler un litige sans passer par les contraintes d’un procès. La majorité de la doctrine s’accorde pour admettre que certains principes posés par ce dispositif, comme ceux du contradictoire ou d’impartialité, leur sont toutefois transposables¹⁹⁹⁴.

1231. Notion d’actes juridictionnel et d’acte judiciaire. L’accord amiable transactionnel est un acte juridique permettant de mettre fin au litige en cristallisant la solution au différend, laquelle se matérialise contractuellement par des concessions ou obligations réciproques et interdépendantes des parties. Un rapprochement est donc permis en le contrat de transaction et les actes relevant de l’office du juge partageant ce même but procédural : la résolution du litige.

¹⁹⁹³ Cass. req., 20 avr. 1857, *DP* 1857, 1, p. 396.

¹⁹⁹⁴ Pour un rappel du refus d’appliquer l’article 6 § 1, à l’arbitrage : Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, *D.* 1999, p. 497, note P. Courbe et Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 2001, *D.* 2001, p. 905 – Ég. X. Lagarde, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des conflits », *Rev. arb.* 2001, p. 423.

Ces derniers se décomposent en deux catégories : d'une part les actes juridictionnels et d'autre part les actes judiciaires non juridictionnels s'analysant comme de simples actes d'administration. L'acte juridictionnel est un terme scientifique employé pour caractériser certains actes (jugements, arrêts, sentences...) par opposition aux actes législatifs, réglementaires, administratifs, conventionnels, ou même, au sein des actes émanant d'un juge, aux actes d'administration judiciaire¹⁹⁹⁵. L'acte judiciaire, synonyme d'acte de procédure, désigne quant à lui tous les actes du juge autre qu'un jugement ordinaire et renvoie à l'acte d'administration judiciaire. Ce dernier se définit au sens large comme un acte non juridictionnel (article 499 du Code de procédure civile) et qui n'est sujet à aucun recours (article 537 du Code de procédure civile), tendant soit à organiser le service judiciaire, soit même à régler diverses questions relatives à l'instance¹⁹⁹⁶. La qualification juridique de ces actes est obscurcie par les difficultés à fixer leurs critères distinctifs. Les propositions doctrinales restent partagées sur l'identification d'un critère opérationnel. Certains auteurs font prévaloir des critères formels tandis que d'autres s'attachent à mettre en exergue des critères matériels, comme l'existence d'une contestation ou la structure de l'acte¹⁹⁹⁷. Ces problèmes de qualification, compliquent d'autant leur distinction avec le contrat de transaction, notamment dans la confrontation entre la notion de jugement que celui-ci soit imposé par le juge étatique (§1) ou par un juge privé l'arbitre (§2).

§1. L'accord amiable transactionnel et le jugement

1232. Position du problème. La distinction entre le contrat de transaction mettant un terme ou prévenant définitivement le différend et le jugement doivent être distingués au regard de leur nature (A). Reste que la conclusion de l'accord amiable transactionnel peut intervenir en cours d'instance, le juge étant alors amené à acté la résolution amiable, des difficultés de qualification sont susceptibles d'être soulevées (B).

A. Une distinction fondée sur la nature des actes

1233. Le jugement n'est pas un accord de volontés des parties au litige. La

¹⁹⁹⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.* V° « Juridictionnel (acte) ».

¹⁹⁹⁶ *Ibid.* V° Acte judiciaire et Acte d'administration judiciaire

¹⁹⁹⁷ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2013, n° 75 s., p. 74 – Et plus précisément encore sur ces débats doctrinaux, S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile : droit interne et droit de l'union européenne*, Dalloz, 34^{ème} éd., 2018, n° 199.

distinction entre l'accord amiable transactionnel et le jugement semble de prime abord ne soulever aucune difficulté. Dans le système judiciaire traditionnel, les litigants s'en remettent à l'autorité légitime du juge qui tranche et donne la solution au litige au regard des règles de droit applicable, les départageant, alors que le contrat de transaction cristallise la solution que les parties au différend ont construite soit par le biais d'une négociation directe, soit par le biais de l'intervention d'un tiers accompagnateur – médiateur, conciliateur, ou avocats collaboratifs – après avoir confronté leurs positions, besoins et intérêts. Le jugement n'est tout simplement pas un accord de volontés des litigants, mais un acte juridictionnel relevant de l'autorité du juge imposé aux parties..

B. Les difficultés de qualification

1234. Position du problème. L'accord amiable qualifié ou non de contrat de transaction est un acte conventionnel résultant du rapprochement de leurs volontés. Cependant, la réalité de l'existence de catégories de jugements particulières est de nature à complexifier la dissociation entre le contrat de transaction et le jugement. Tout dépend alors de l'intervention du juge : s'il ne fait que constater l'existence de l'accord des parties, le caractère conventionnel l'emporte et l'accord amiable est alors empreint d'un caractère authentique et revêtu de la force exécutoire. Cette hybridation ressort de la qualification de « *contrat judiciaire* ». En revanche, si malgré l'accord amiable des litigants le juge rend une décision par laquelle il tranche le litige, tout en y intégrant l'accord trouvé par les parties, le jugement dit d'expédient ou convenu est considéré comme une décision contentieuse (1). Dès lors, il paraît indispensable d'apprécier les enjeux de cette distinction (2).

1) La conclusion de l'accord amiable et l'intervention du juge

1235. Les hypothèses dans lesquelles les parties sollicitent l'intervention du juge afin d'entériner leur accord amiable. Les parties peuvent en effet en cours d'instance conclure un accord mettant fin au litige en cause et demander une consécration judiciaire de cet acte. Ces jugements « convenus » se dédoublent en deux catégories : le jugement « d'expédient » (a) et le jugement « de donné acte »¹⁹⁹⁸ (b).

¹⁹⁹⁸ Sur cette distinction : Voy. S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chanais, *Procédure civile : droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., n° 2 ; Ég. L. Cadet, E. Jeumand, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 81 et n° 105 s.

a) Le jugement d'expédient

1236. Définition et effet. Le jugement « d'expédient » – « convenu » ou « d'accord »¹⁹⁹⁹ – est l'acte juridictionnel par lequel le juge, tout en reconnaissant l'existence d'un accord amiable, reprend à son compte les arguments dégagés par les parties pour motiver sa décision. La responsabilité de la décision du règlement définitif du différend, et en particulier de la *res litigiosa*, glisse alors des parties au juge. Le jugement rendu est alors de nature ordinaire.

Ce recours au jugement d'expédient était initialement largement prévu dans le cadre de l'ancien article 1441-4 du Code de procédure civile issu du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 disposant que « *le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui a été présenté* »²⁰⁰⁰. Toutefois, ce décret a été abrogé par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 limitant le champ d'application de l'article 1441-4 à Wallis et Futuna²⁰⁰¹.

b) Le jugement de donné acte

1237. Définition et effet. Les jugements « de donné acte »²⁰⁰² consistent, quant à eux, en de véritables *contrats judiciaires*²⁰⁰³ à l'occasion desquels le juge se contente de constater l'accord des parties sans motivation particulière et sans se prononcer sur la validité de l'acte.

Dans cette hypothèse, l'opération relève de la qualification des actes judiciaires non juridictionnels et constitue une véritable accord amiable transactionnel. En théorie, les enjeux attachés au rôle du juge et à la portée de son contrôle sont importants, mais ont une portée pratique limitée.

c) L'hypothèse du juge statuant en amiable compositeur

¹⁹⁹⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Jugement d'expédient (convenu ou d'accord) » : « décision prise en forme de jugement par laquelle le juge entérine l'accord des parties en lui conférant l'autorité de la chose jugée ».

²⁰⁰⁰ Décr. n° 98-1231 du 28 déc. 1998 *modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile*, JO 30 déc. 1998, n° 302, p. 19904.

²⁰⁰¹ Décr. n° 2012-66, 20 janv. 2012, art. 45 – Voy. ég. H. Croze et C. Laporte, « Mais où est donc passé l'article 1441-4 du Code de procédure civile ? », *Gaz. Pal.* 1^{er} avr. 2012, p. 92.

²⁰⁰² G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Jugement de donner acte » : jugement qui fait état, à la demande d'une partie (ou des deux) et comme venant d'elle(s), d'une contestation, ou d'une déclaration (donner acte d'une réserve, d'une affirmation, d'une concession, d'un accord, etc.) ».

²⁰⁰³ Y. Muller, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. Paris I, 1955, spéc. p. 90.

1238. Les conditions de l'accord d'amiable composition. Le juge doit trancher le litige, sauf à commettre un déni de justice, et doit le trancher conformément aux règles de droit applicable, sauf à exposer son jugement à la censure. Un pouvoir qui ne peut être conféré à aucun tiers à la résolution amiable des différends, qu'il s'agisse du conciliateur délégué, du médiateur ou des avocats collaboratifs dans le cadre de la procédure participative. L'alinéa premier de l'article 12 du Code de procédure civile pose ainsi le principe selon lequel « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Cette obligation n'a cependant rien d'absolu. L'alinéa 3 et 4 prévoit en effet que l'office du juge peut être aménagé par la convention des parties. Si les parties peuvent, restrictivement, lier le juge « *par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* », elles ont également la possibilité, et pour ce qui nous intéresse, la possibilité d'étendre l'office du juge. L'alinéa 4 de l'article 12 prévoit ainsi que « *le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières, et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer en amiable compositeur ; sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé* ». Amiable compositeur, le juge est alors affranchi des règles de droit qui perdent, à son égard, leur caractère obligatoire. Comme le relève le professeur Loïc Cadiet, le juge est alors « en état d'apesanteur juridique ». Mais comme le relève cet auteur, l'accord d'amiable composition, au même titre que l'accord de droit applicable prévu à l'alinéa 3 de l'article 12 du Code de procédure civile, ne sont en pratique que peu utilisés, bien que marquant un esprit d'ouverture au même titre que la requête conjointe et attestant d'un hommage au rôle de la volonté des parties dans la définition de l'office du juge²⁰⁰⁴. L'accord de composition amiable, à l'instar de l'accord de droit applicable, est soumis à de sévères conditions. Dans la forme, ces accords requièrent « *un accord exprès* » des parties. En pratique, une mention rédigée à cet effet dans la requête réalise assurément cette condition. Sur le fond, ces accords ne sont possibles que dans la mesure où ils portent sur des « *droits les parties ont la libre disposition* ». Cette condition ne manque pas de rappeler la condition requise à la conclusion de tout accord amiable, de part sa nature contractuelle et à l'emprise de l'ordre public. Une condition qui s'étant de fait la mise en œuvre des processus permettant ses négociations et conclusion et fondés sur les conventions de conciliation, de médiation ou de procédure participative. Une condition également requise à la renonciation à l'appel à l'alinéa second de l'article 41 du Code de procédure civile²⁰⁰⁵ ou encore en matière d'arbitrage. Cette condition est en définitive requise dans toutes les

²⁰⁰⁴ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°146, p. 544 s.

²⁰⁰⁵ Voy. l'art. 41 al. 2nd selon lequel les parties « *peuvent également, sous la même réserve et pour les droits dont elles ont la libre disposition, convenir en vertu d'un accord exprès que leur différend sera jugé sans appel même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort* ».

hypothèses dans lesquelles les parties, unilatéralement ou conventionnellement, disposent de leur droit d'action, en y renonçant ou enrenonçant à l'examen de leur prétention par un juge étatique conformément aux règles de droit applicables. De fait, comme le fait observer le professeur Loïc Cadiet, « cette nécessité explique que les accords sur les juridictions dans le procèsn relativement à l'office du juge, ne puissent être conclus à propos de l'état de spersonnes comme en matière d'autorité parentale et de ses avatars, que ce soit en l'absence ou à l'occasion d'une procédure divorce »²⁰⁰⁶. Il est toutefois possible aux parties, et nous l'avons constaté en ce domaine, de conclure des accords amiables sur les modalités de l'exercice du droit à l'issue de la mise en œuvre, par exmeple d'une médiation. L'office du juge est alors d'homologuer l'accord amiable et, à cet occasion, d'en contrôler le contenu. Il en est de même en ce qui concernent les pactes de famille en matière extrapatrimoniales²⁰⁰⁷. Ces accords amiables, ne sont pas des accords sur la juridiction et ne lient jamais le juge. Le juge peut toutefois être amené à prendre en considération un accord amiable entre les parties, mais seulement dans l'exercice de sa stricte mission juridictionnelle. Au surplus, et pour ce qui concerne l'accord de composition amiable, s'ajoute la condition tenant à ce que le litige soit né. Toutefois, cette nécessité ne suppose pas que le juge ait été déjà sasi du litige. Elle interdit simplement la stipulation anticipée de clauses contractuelles d'amiable composition. Reste que l'accord d'amiable composition ne peut être assimilé au jugement d'amiable compositeur rendu par le juge.

1239. Accord d'amiable composition et jugement d'amiable compositeur. La question se pose de savoir quelle est la nature du jugement rendu en amiable composition. Les accords d'amiable composition ont pour objet de permettre la mise en œuvre d'une adaptation de l'office du juge, lequel sera amené à rendre un jugement rendu en amiable composition. D'une certaine manière, l'accord d'amiable composition se rapproche de la convention de conciliation, de la convention de médiation ou de la convention de procédure participative, qui requièrent une libre disposition des droits des parties. Mais à la différence de ces processus aboutissant en cas de réussite à un accord amiable, pouvant être qualifié de contrat de transaction, la composition amiable menée par le juge aboutit nécessairement à un jugement sur le fond du litige né. Par l'accord exprès d'amiable composition donné par les parties au litige, le juge dispose du pouvoir de fonder son jugement nonseulement sur le droit existant, mais

²⁰⁰⁶ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n°146, spéc. p 548.

²⁰⁰⁷ A. Chapelle, « Les pactes de famille en matière extrapatrimoniale », RTDCiv. 1984, p. 411 s. – Voy. ég. J. Leprovaux, « Les nouveaux pactes de famille en droit des successions et des libéralités », *LPA* 28 oct. 2009, p. 5, n° 215.

également de dégager une solution d'accord amiable qui puisse être acceptée par les parties en présence. C'est dire que cette mission se rapproche de la conciliation de principe prévue sur le fondement des articles 21, 128, 129 et 129-1 du Code de procédure civile²⁰⁰⁸.

Au regard, de la mission du juge statuant en amiable compositeur, le jugement d'amiable composition peut être, dans une certaine mesure, assimilé à un jugement d'expédient. Dans une certaine mesure seulement, car le juge, à la différence du jugement l'expédient peut participer activement à l'élaboration d'un accord amiable, absorbé par un jugement au fond qui tranche le litige.

2) Les enjeux de la distinction

1240. Position des problèmes. Selon que la conclusion d'un accord amiable transactionnel donne lieu à un jugement d'expédient ou à un jugement de donné acte, les questions des voies de recours à l'encontre de ces actes se posent **(a)**, de même que les questions de l'autorité de chose jugée attachée par principe au jugement **(b)** ou de l'*exequatur* **(c)** se posent. Enfin et de manière tout à fait particulière, l'hypothèse de l'hypothèque judiciaire doit être envisagée **(d)**.

a) Au regard des voies de recours offertes aux parties

1241. Variations des voies de recours en fonction du jugement intervenu. Dans le cadre du jugement d'expédient et du jugement de donné acte, les voies de recours offertes aux parties afin d'attaquer la décision diffèrent.

Le jugement d'expédient étant de nature ordinaire, il est de fait soumis aux voies de recours de droit commun. Il peut ainsi être contesté par la voie d'appel en conformité des règles de forme et de délai prévues par les règles de procédure civile. Le jugement de donné acte, au contraire, échappe aux voies de recours de droit commun et ne peut donner lieu qu'à une action en nullité visant à contester la validité de l'accord amiable transactionnel. Dans ce dernier cas et en pratique, il convient alors d'engager un nouveau procès en première instance, la partie contestant le jugement de donné acte devant se prévaloir d'une des causes de nullité prévues en matière de transaction, à savoir, la nullité absolue pour atteinte à l'ordre public ou la nullité

²⁰⁰⁸ H. Croze, « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Mél. en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz 2010, p. 225 – M. Douchy-Oudot, « L'office du juge » in *Mél. en l'honneur de G. Goubeaux*, Dalloz/LGDJ 2009, p. 99 – M.-A. Frison Roche, « Les offices du juge » in *Mél. en hommage à J. Foyer*, PUF 1997, p. 463.

relative aux vices du consentement en application, nous l'avons constaté du droit commun des contrats. Une solution est justifiée techniquement par la jurisprudence relevant l'identification d'un engagement pris d'avance par les parties d'acquiescer à la décision rendue²⁰⁰⁹. Par ailleurs, cette solution se confronte à l'idée que le jugement de donné acte n'est pas en mesure de couvrir les causes de nullité²⁰¹⁰.

1242. L'hypothèse du contrat judiciaire partiellement résolutif du litige. Qu'en est-il lorsque *contrat judiciaire* ne règle que certains points du litige et que le juge est amené à trancher le litige résiduel ? Cette hypothèse attire notre attention dans la mesure où elle est de nature à soulever des difficultés d'identification au regard des moyens de remise en question de la décision.

Dans cette situation, la jurisprudence se positionne en faveur du respect des spécificités de chaque intervention du juge, seuls les points décidés par lui pouvant faire l'objet d'un recours en appel²⁰¹¹. Dans la même logique, l'appel est possible afin de contester l'interprétation retenue par le juge de l'accord amiable transactionnel qu'il s'est contenté d'entériner. Dans ce dernier cas, la voie de recours ne porte que sur les problèmes d'interprétation judiciaire²⁰¹².

b) Au regard de l'autorité de chose jugée

1243. Le débat doctrinal antérieur à la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle. La distinction est ici moins évidente car l'ancien alinéa premier de l'article 2052 du Code civil reconnaissait spécialement au contrat de transaction l'autorité de chose jugée en dernier ressort. Toutefois, les deux types de décisions qui présentent des similitudes sur leur portée juridique doivent être nuancées dans la mesure où elles ne sont pas concernées par la même autorité. En effet, le jugement d'expédient a l'autorité d'une décision rendue en première instance pouvant faire l'objet d'un appel, alors que le contrat de transaction présentait

²⁰⁰⁹ Cass. req., 21 déc. 1932, *Gaz. Pal.* 1933, 1, p. 446 : « [...] Attendu qu'il est constaté par le jugement attaqué que, devant le premier juge, les deux parties avaient conclu à l'homologation du rapport de l'expert et s'étaient engagées à payer chacune la moitié des dépens ; que le jugement n'a donc fait que constater leur volonté, toutes les difficultés qui divisaient les plaideurs ayant été réglées par leur consentement réciproque ; qu'il résultait de ces circonstances qu'un véritable contrat judiciaire s'est formé entre les parties pour acquiescer d'avance à la décision intervenue, et que ce contrat ne peut être attaqué pour cause d'erreur que par voie d'action principale en nullité [...] » – Ég. Cass. civ. 1^{ère}, 20 juill. 1961, *Bull. civ.* I, 1961, n° 421 ; *JCP G* 1961, IV, 135.

²⁰¹⁰ Cass. soc., 3 mars 1977, n° 76-11.000, *Bull. civ.* V, 1977, n° 162.

²⁰¹¹ Cass. com. 10 mars 1952, *Bull. civ.* IV, 1952, n° 113 ; *D.* 1952, p.417.

²⁰¹² Cass. req., 12 févr. 1878, *S.* 1878, 1, p. 161, note J.E.L.

au visa de l'ancien article 2052 du Code civil, une autorité de chose jugée en dernier ressort, de sorte que l'appel était impossible.

1244. L'absence d'incidence de la nouvelle formulation de l'article 2052 du Code civil. L'article 2052 du Code civil tel qu'issu de la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle ne vise plus l'autorité de chose jugée du contrat de transaction. Plutôt que de s'attacher à l'effet « juridictionnel » de ce contrat, les réformateurs ont reformulé cet effet sous un angle contractuel. Ainsi « *la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». Sur le fond donc, cette reformulation ne modifie pas le droit positif car l'objet transigé – le différend – ne pourra être à nouveau jugé, et l'action contraire sera toujours sanctionnée sur le terrain de la fin de non-recevoir, présentant les mêmes caractères que l'exception de la chose jugée²⁰¹³.

En conséquence, cette autorité de chose transigée attachée à l'accord amiable transactionnel suppose que celui-ci soit correctement exécuté par les deux parties, de sorte qu'il ne peut être opposé par l'une des parties que si celle-ci en avait respecté les conditions. En cas d'inexécution, l'accord amiable transactionnel devient donc inopposable, sans qu'il y ait lieu d'en demander la résolution²⁰¹⁴. L'autorité de chose transigée en matière de transaction n'a vocation à ne concerner que les parties. Les tiers ne peuvent donc se prévaloir de l'autorité d'un accord amiable transactionnel auquel ils ne sont pas intervenus, mais peuvent néanmoins invoquer la renonciation à un droit que renferme le contrat de transaction.

c) Au regard des règles d'*exequatur*

1245. Des règles d'*exequatur* différentes selon le jugement intervenu. Jugement d'expédient et jugement de donné acte, lequel consiste en un *contrat judiciaire transactionnel* diffèrent également dans leur traitement au regard des règles d'*exequatur*.

Le principe en la matière veut que la forme judiciaire de l'acte l'emporte sur le fond contractuel. Dès lors, la procédure d'*exequatur* doit être suivie pour tous les jugements étrangers qu'ils soient des décisions contentieuses, gracieuses, et cela comprend les contrats

²⁰¹³ W. Dross, « Effets du contrat de transaction », in W. Dross et B. Mallet-Bricout (dir.), *La transaction : propositions en vue de la réforme du Titre XV Livre troisième du Code civil « Des transactions »*, op. cit., p. 171 : Certains auteurs avaient proposé une rédaction alternative à l'article 2052 CCiv. parvenant au même résultat, lequel aurait disposé que « *la transaction constitue, par son objet, une fin de non-recevoir à toute action en justice et emporte, le cas échéant, extinction de l'action encourue* ».

²⁰¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, n° 09-11.582, *Bull. Civ. I*, 2012, n° 173 ; CCC 2012, comm. 250, L. Leveneur ; D. 2012, p. 1577, note P. Pailler.

judiciaires²⁰¹⁵.

Sur le plan du droit de l'Union européenne, le règlement du 22 décembre 2000²⁰¹⁶ remplaçant depuis le 1^{er} mars 2002 la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, relative à la compétence judiciaire en matière civile et commerciale, a simplifié les règles d'*exequatur* au nom de la libre circulation des jugements. Dès lors, s'applique un principe de confiance à l'égard des tribunaux d'un État d'origine. Les règles sont devenues minimalistes et le contrôle du juge qui délivre l'*exequatur* faible. La possibilité de voir déclarer exécutoire dans un État membre un jugement rendu dans un autre État membre existe ainsi pour les actes authentiques et les transactions *judiciaires*²⁰¹⁷.

d) Au regard de l'hypothèque judiciaire

1246. L'hypothèque judiciaire dans le cadre du jugement d'expédient. Dans la mesure où le jugement d'expédient est un jugement ordinaire, il entraîne, en cas de condamnation, la constitution d'une hypothèque *judiciaire*²⁰¹⁸. Cette solution ne peut être appliquée dans le cadre du jugement de donné acte et donc pour le contrat *judiciaire* dont la nature contractuelle prévaut²⁰¹⁹.

§2. L'accord amiable transactionnel et la sentence arbitrale

1247. Position du problème. Par analogie avec le jugement, la distinction entre la sentence arbitrale et le contrat de transaction peut sembler évidente (A). Elle s'avère toutefois délicate dans le cadre de la conclusion d'un accord amiable transactionnel en cours de procédure arbitrale (B).

²⁰¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 1973, n° 72-12.197, *Bull. civ. I*, 1973, n° 281; *Rev. Crit. DIP* 1974, p. 365, note E. Mezger.

²⁰¹⁶ Règl. CE n° 44/2001 du Conseil, 22 déc. 2000 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Bruxelles I, *JOCE* 16 janv. 2011, p.1 – Voy. ég. S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile : droit interne et droit de l'Union européenne, op. cit.*, n° 1451.

²⁰¹⁷ Art. 58 du Règl. CE n° 44/2001, *préc.* : « *Les transactions conclues devant le juge au cours d'un procès et exécutoires dans l'État membre d'origine sont exécutoires dans l'État membre requis aux mêmes conditions que les actes authentiques [...]* – Comb. à l'art. 57, 1^o : « *Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État membre sont, sur requête, déclarés exécutoires dans un autre État membre, conformément à la procédure prévues des articles 38 et suivants. La juridiction auprès de laquelle un recours est formé en vertu des articles 43 ou 44 ne refuse ou révoque une déclaration constatant la force exécutoire que si l'exécution de l'acte authentique est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis* ».

²⁰¹⁸ Cass. civ., 28 nov. 1904, *DP* 1905, 1, p. 204.

²⁰¹⁹ Cass. Req., 10 juill. 1895, *DP* 1896, 1, p. 187 – Cass. civ., 18 août 1885, *DP* 1886, 1, p. 166 – Cass. req., 29 avr. 1931, *DP* 1931, 1, p. 123, note E. P.

A. Une distinction fondée sur la nature des actes

1248. Une distinction évidente. La doctrine présente comme point commun au contrat de transaction et l'arbitrage, leur finalité commune qui serait d'éviter le recours au juge étatique²⁰²⁰. Il ne s'agit cependant pas là du véritable point commun rapprochant ses actes et nous pouvons y voir une idée préconçue. Car en pratique, lorsque les parties sont en conflit, le recours au juge s'impose tout naturellement comme attribut de la guerre contentieuse, de sorte que les parties ont rarement la volonté de s'entendre pour aménager le recours à un autre processus de résolution de leur différend. Dès lors, nous concevons tout l'intérêt des stipulations contractuelles visant le recours aux modes dits alternatifs de règlement des différends – clause compromissoire ou clause de résolution amiable des différends – dans la mesure où celles-ci permettent : soit de recourir de manière définitive à l'arbitre sauf à ce que les parties conviennent de renoncer d'un commun accord à l'application de la clause compromissoire ; soit de suspendre temporairement le recours au juge étatique en application d'une clause de conciliation, de médiation, voir de procédure participative. En ce sens, l'arbitrage est véritablement un mode « alternatif » de règlement des litiges. L'arbitrage est une alternative au recours au juge étatique dans la mesure où il consiste à avoir recours à un juge privé imposant une solution aux parties. À l'instar du juge étatique qui rend un jugement imposant une solution aux parties – dont nous avons pu constater les variétés – l'arbitre rend une sentence consistant en un acte juridictionnel. L'arbitre remplit donc une mission de juge privé imposant également une solution aux parties. Par cette finalité, l'arbitrage se distingue très nettement des autres modes dits « alternatifs » de résolution des différends, que sont les processus ou procédures de résolution amiable des différends. Il s'en rapproche toutefois par le fait qu'il est fondé pour sa mise en oeuvre sur une convention des parties. En ce sens, il peut être qualifié de procédure conventionnelle de résolution contentieuse des différends. Car s'il est fondé pour sa mise en oeuvre sur une convention des parties – compromis²⁰²¹, clause compromissoire et contrat d'arbitre – il donne lieu dans sa finalité à une sentence, acte juridictionnel, et non à un accord amiable des parties, acte juridique.

Toutefois, ces frontières peuvent s'opacifier dans deux hypothèses particulières

²⁰²¹ Le terme de compromis est parfois utilisé par les juristes dans un sens générique, de nature à porter confusion. En raison d'un glissement sémantique, la transaction supposant des concessions réciproques, le compromis est ainsi souvent assimilé à la transaction. Cette confusion semble émaner de la traduction littérale du terme anglais *compromise* ; Voy. la définition du *compromise* donnée par le *Murray's New English Dictionary*.

soulevant des difficultés de qualification. D'une part, lorsque les parties au cours de la procédure d'arbitrage trouve un accord amiable et d'autres part l'autre les parties ont convenu que l'arbitre statuera en amiable compositeur.

B. L'accord sentence des parties

1249. Position du problème. Contredisant l'idée reçue selon laquelle l'accord amiable, la transaction se constitue en l'absence de tout juge et pour ce nous avons pu constater en présence du juge étatique, un accord amiable des parties peut être trouvé alors même qu'une procédure judiciaire ou arbitrale est engagée. Si les processus ou procédures conventionnels de résolution amiable des différends que sont la conciliation, la médiation et la procédure participative ne peuvent en aucun cas aboutir à une sentence, l'arbitrage peut lui, aboutir à un accord-sentence des parties. Nous retrouvons ici la problématique qui se posait en matière de distinction entre l'accord amiable transactionnel et le jugement. Dès lors, nous pouvons nous interroger sur la question du sort de l'accord amiable trouvé par les parties en cours de procédure d'arbitrage. L'arbitre par le biais de la sentence qu'il rend peut-il venir constater la résolution amiable du différend ?

1250. Un critère de distinction : le pouvoir décisionnel. La doctrine a pu avancer un critère de distinction reposant sur l'identité de celui qui détient le pouvoir de décision. Ainsi quand le pouvoir de décision sur la solution du différend revient aux parties, le contrat est une transaction alors que quand il revient à un tiers, il s'agit d'une sentence. Ainsi, les parties sont considérées avoir perdu la maîtrise de leur décision lorsqu'elles remettent à l'avance un blanc-seing à l'arbitre sur lequel il rédigera sa sentence sous forme d'une convention²⁰²² ou qu'elles s'engagent à l'avance à s'incliner devant la décision d'un tiers²⁰²³. Peu importe la désignation du tiers²⁰²⁴ ou la qualification de l'accord retenue par les parties²⁰²⁵. En revanche, dans toutes les hypothèses où les parties ont conservé leur pouvoir décisionnel, la qualification d'accord amiable transactionnel s'impose. Il est alors indifférent qu'elles aient fait appel à un tiers pour

²⁰²² Cass. req., 29 déc. 1862, DP 1863, 1, p. 164.

²⁰²³ Cass. com., 18 juin 1958, *Bull. civ.* III, 1958, n° 256 ; *Gaz. Pal.* 1958, 2, 184, rejetant le pourvoi contre CA Paris, 21 mai 1954, *JCP G* 1954, II, 8232, D. B.

²⁰²⁴ Cass. req., 31 mars 1862, DP 1862, 1, p. 242 ; S. 1862, 1, p. 362 : en l'espèce, les parties avaient désigné le tiers comme expert.

²⁰²⁵ CA Lyon, 28 juin 1881, DP 1882, 2, p. 190 : les parties avaient désigné leur accord comme étant une transaction.

les conseiller²⁰²⁶ ou pour organiser les négociations entre elles, à la manière d'un médiateur²⁰²⁷. Dans ce dernier cas, l'accord sentence des parties se rapproche de la transaction *judiciaire*.

1251. Les enjeux de la distinction. Les enjeux attachés à la différenciation entre les notions, non pas de contrat de transaction et d'arbitrage, mais entre celles de contrat de transaction et de sentence arbitrale se manifestent au regard de leur régime respectif.

Le contrat de transaction et la sentence sont soumis à des règles différentes au regard des voies de recours à l'égard de la sentence arbitrale. L'article 1484 du Code de procédure civile dispose que « *la sentence arbitrale, a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche* » et qu' « *elle peut être assortie de l'exécution provisoire* ». La sentence arbitrale étant un acte juridictionnel, les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle n'ont pas modifié, comme ils l'ont fait pour le contrat de transaction, l'effet de l'autorité de chose jugée. Toutefois, la sentence arbitrale se distingue du jugement en ce qu'elle n'a pas de force exécutoire et nécessite pour cela, au visa des articles 1487 et 1488 du Code de procédure civile, l'*exéquatur du tribunal de grande instance dans le ressort duquel, elle a été rendue* ». En cela, la sentence se rapproche de l'accord amiable transactionnel nécessitant une homologation judiciaire aux fins d'obtention d'une force exécutoire. Enfin, les articles 1489 et suivants du Code de procédure civile précisent que la sentence n'est pas susceptible d'appel sauf accord des parties. Dans ce cas, l'appel tend soit à la réformation, soit à l'annulation de la sentence. Dans tous les cas, le recours en annulation contre la sentence arbitrale est possible au regard des conditions de l'article 1492 du Code.

Par ailleurs, il convient de relever au-delà de la distinction entre sentence arbitrale et contrat de transaction, qu'il existe des accords amiables qui ne relèvent ni de la qualification de sentence, ni celle de contrat de transaction même s'ils présentent avec chacun des similitudes. Tel est le cas de la procédure spéciale prévue par le décret n° 72-468 du 9 juin 1972 en matière de contestation des honoraires des avocats qui peut aboutir à un procès-verbal de conciliation négocié sous l'autorité d'un membre du conseil de l'ordre²⁰²⁸.

1252. L'accord amiable et la sentence d'amiable compositeur. Tout comme le juge étatique, l'arbitre, juge privé, peut recevoir des parties, dans le cadre de la convention

²⁰²⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 7 oct. 1981, n° 80-11.247, *Bull. civ.* II, 1981, n° 180.

²⁰²⁷ CA Versailles, 17 mars 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 2, somm. p. 612.

²⁰²⁸ Décr. n° 72-468, 9 juin 1972 *organisant la profession d'avocat, pris pour l'application de la loi 71-1130 du 31 déc. 1971*, *JO* 11 juin 1972, p. 5884 – Voy. ég. Cass. civ. 1^{ère}, 11 févr. 1992, n° 90-18.027, *Bull. civ.* I, 1992, n° 45.

d'arbitrage, mission (pouvoir et devoir) de trancher le litige en équité, *ex æquo et bono*, sans être tenu de suivre, exceptées si elles sont d'ordre public, les règles du droit, de fond ou de procédure²⁰²⁹. L'arbitre a, dans cette mesure, le pouvoir d'écarter la règle du droit normalement applicable, sans être privé du pouvoir de statuer en droit. Il a alors une mission comparable à un pouvoir modérateur, mais d'origine conventionnelle²⁰³⁰. Un rapprochement peut être opéré entre l'amicable composition et le contrat²⁰³¹.

L'amicable composition semble être admise avec plus de souplesse dans le cadre de l'arbitrage que devant le juge étatique. L'article 1478 dispose que en effet que « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition* », sans faire état de quelconques conditions. Sans doute cela tient à la liberté contractuelle et l'autonomie des volontés imprégnant la mise en œuvre de l'arbitrage, fondé comme tout « mode alternatif de résolution des différends » sur une convention des parties, à savoir la convention d'arbitrage par laquelle les parties au différend décident d'en confier la solution, non au juge étatique, mais à un ou plusieurs arbitres de leur choix²⁰³². Cette convention doit à peine de nullité être écrite et déterminer l'objet du litige²⁰³³. Cet accord de volontés des litigants organise effectivement la procédure arbitrale²⁰³⁴. Par ailleurs l'amicable composition en matière arbitrale est admise dans le cadre des clauses compromissoires. À cet égard, le professeur Loïc Cadiet dénonce la discrimination existant entre l'amicable composition du juge étatique, excluant au regard de l'existence du litige, la clause d'amicable composition et son admission dans le cadre arbitral. L'auteur observe en effet que « l'exigence d'un litige né hypothèque inopportunistement le développement de l'amicable composition judiciaire ». Selon cet auteur, « l'abandon de cette condition favoriserait la stipulation de clauses d'amicable composition judiciaire alors que les parties, au moment de conclure un contrat, sont dans un état d'esprit plus propice à l'entente sur le règlement de difficultés qui, à ce moment, relèvent encore de l'éventualité. Cet abandon marierait plus intimement encore la composante contractuelle et composante processuelle des accords sur les juridictions »²⁰³⁵. Nous relevons par ailleurs, qu'au regard des clauses présentes

²⁰²⁹ E. Loquin, « Pouvoirs et devoirs de l'amicable compositeur », *Rev. arb.* 1985, p. 199.

²⁰³⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Amiable composition » – P. Level, « Amiable composition », *Rev. arb.* p. 651. et J.-P. Viennois, « L'amicable », *RGDP* 1999, p. 471.

²⁰³¹ J.-D. Bredin, « L'amicable compositeur et le contrat », *Rev. arb.* 1984 p. 259.

²⁰³² Voy. l'art 1142 CPC.

²⁰³³ Voy. les art. 1443 et 1145 CPC.

²⁰³⁴ Voy. l'art. 1444 CPC.

²⁰³⁵ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n° 146, spéc. p 548 et J.-C. Magendie (dir.), *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès*, Rapport au Garde des Sceaux, Paris, La Documentation française, 2004 – Voy. ég. C. Champaud, « Le juge, l'arbitre, l'expert et le régulateur au regard de la juridiction », in *Mél. offerts à J. Béguin*, Litec, 2005, p. 71.

au sein des contrats, la jurisprudence a pu distinguer l'arbitrage de la procédure de conciliation²⁰³⁶. Reste qu'en raison de ce fondement volontaire et contractuel de la procédure arbitrale, l'amiable composition mise en œuvre dans ce domaine se rapproche de la conciliation dans la mesure où l'arbitre dispose alors du pouvoir de fonder non seulement sa sentence sur le droit existant, mais également de dégager une solution de transaction qui puisse être acceptée par les deux parties en présence. L'accord amiable transactionnel accepté des parties est alors absorbée par la sentence arbitrale rendu par l'arbitre après acceptation de l'offre de conclure l'accord amiable. Toutefois, la Cour de cassation juge que la simple constatation, dans le dispositif de la sentence arbitrale, de l'accord des parties, sans aucun motif dans le corps de celle-ci, ne peut s'analyser en un acte juridictionnel²⁰³⁷. En d'autres termes, l'arbitre ne peut, lorsqu'un accord amiable des parties intervient, seulement le constater. Il est tenu de motiver sa décision. La sentence ne peut consister en un simple constat de l'accord amiable.

1253. L'hypothèse de la clause compromissoire incluse dans un contrat de transaction. Dans ce cas, les litiges qui pourraient survenir à l'occasion de l'exécution ou s'élever sur une question de validité du contrat de transaction sont soumis à la procédure arbitrale, sauf à ce que les parties renonce d'un commun accord à l'application de la clause. La clause compromissoire bénéficie pour son activation d'une autonomie par rapport au contrat de transaction qui la contient²⁰³⁸. Nous pourrions d'ailleurs parfaitement imaginer qu'un accord amiable transactionnel puisse renfermer une clause de conciliation, de médiation et dans un panachage, une clause de méd-Aarb, ou d'arb.méd. Les rédacteurs de l'accord issu d'un processus de résolution amiable des différends – par exemple une médiateur – peuvent ainsi prévoir une clause de résolution amiable par laquelle qu'en cas de survenance d'un différend lié

²⁰³⁶ CA Paris, 20 nov. 2003, *D.* 2004, somm.p. 3179, obs. Th. Clay et sur pourvoi, Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, n° 03-20.802, *Bull. civ.* I, 2006, n° 369; *D.* 2006, IR, 2052, obs. X. Delpech : En cours d'arbitrage, après un échange de mémoires, une société avait contesté que la clause contenue à l'article 7 du contrat fût une convention d'arbitrage. Le tribunal arbitral s'étant déclaré compétent et ayant condamné la société à paiement, celle-ci a formé un recours en annulation. La cour d'appel a annulé la sentence. La première chambre civile de la Cour de cassation confirme la décision des juges d'appel parisiens qualifiant la clause figurant au contrat comme instituant une procédure de conciliation préalable à la saisine de la juridiction étatique, de sorte qu'elle a pu juger que les arbitres s'étaient attribués une mission d'arbitre sans l'accord des parties – *Adde*, Cass. Civ. 1^{ère}, 6 févr. 2007, *Bull. civ.* I, n° 55 et Cass. Civ. 2^{ème}, 16 juin 2001, n° 10-22.780, *Bull. civ.* II, 2011, n° 133 : la deuxième chambre civile de la Cour de cassation sur le cas d'une clause incluse dans un contrat d'assurance collective ayant pour objet de couvrir le risque d'invalidité permanente totale, juge qu'« que la clause intitulée « procédure de conciliation » insérée dans un tel contrat prévoyant que les conclusions du médecin s'imposaient aux parties, qui n'était pas conclu à raison d'une activité professionnelle, ne pouvait instaurer valablement une procédure d'arbitrage ».

²⁰³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2012, n° 11-24.238, NP – Voy. ég. E. Loquin, « Obligation pour l'amiable compositeur de motiver », *Rev. arb.* 1976, p. 233.

²⁰³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 2 avr. 2014, n° 11-14.642, *Bull. civ.* V., n° 302 ; *Procédures* 2014, comm. 175 : En conséquence, la clause compromissoire ne se trouve pas affectée par l'inefficacité partielle du protocole transactionnel.

à l'exécution de l'accord amiable, les parties s'obligent, préalablement à la saisine du juge, à retourner devant le médiateur²⁰³⁹.

1254. Conclusion de la Section I à la reformulation de l'effet spécial de l'accord amiable transactionnel dans l'esprit fédérateur du droit contractuel.

Les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle se montrent attachés à la nature contractuelle du contrat de transaction. L'idée sous-jacente, d'un point de vue procédural, permet de distinguer l'accord amiable, acte juridique, de l'acte juridictionnel, bien que sur le fond, la conclusion de l'accord amiable transactionnel prive les parties signataires de la possibilité d'introduire ou de poursuivre une action en justice portant sur le même différend. La conclusion d'un contrat de transaction emporte donc des conséquences lourdes pour les parties qui ne pourront remettre en cause l'accord amiable qu'au titre de sa validité et de ses conditions de formations, en particulier au regard de l'existence de concessions réciproques. C'est dire que les rédacteurs d'actes doivent d'une part informer les parties sur l'effet spécial de l'accord amiable transaction et d'autre part, faire le choix adapté d'une qualification contractuelle juste de l'accord amiable. Le choix d'opter pour la qualification transactionnelle peut directement être sondée de la commune intention des parties au regard du but recherché : terminer ou prévenir et ce, de manière définitive, le différend. Reste que certains accords amiables se prêtent mal aux effets déclaratif et extinctif de l'accord amiable transactionnel. Nous pensons bien évidemment à l'accord amiable en droit des entreprises en difficulté, en particulier à l'égard des créanciers du chef d'entreprise débiteur prêtant leur concours à son redressement. Pareils effets semblent également justifier la réticence du législateur à qualifier l'accord amiable issu de la conciliation ou de la médiation résolutive des conflits du travail de contrat de transaction, lui préférant la qualification de convention collective ou d'accord salarial liant originairement les parties au conflit. C'est dire que, c'est bien souvent le souci d'une révision des accords amiables qui peut justifier la mise en œuvre d'une procédure de résolution amiable des différends.

Si l'autorité de chose « transigée » rapproche l'accord amiable transactionnel de l'autorité de la chose jugée du jugement ou de la sentence arbitrale, cette autorité de chose transigée est encore renforcée par le principe d'intangibilité des contrats découlant de la force obligatoire inhérente à tout contrat.

²⁰³⁹ Dans la limite de la jurisprudence relative à l'intervention du juge de l'exécution en présence d'une clause de tentative obligatoire de résolution amiable préalable à la saisine du juge du fond.

Section II – Un rôle fédérateur de la variation des forces de l'accord amiable

1255. La nature contractuelle de tout accord amiable. Que l'accord amiable consiste ou non en un contrat de transaction, cet accord de volontés est un contrat au sens de l'article 1101 du Code civil, la transaction étant elle-même un contrat au sens de l'article 2044 du Code civil. En dehors de l'article 2052 qui confère à l'accord amiable transactionnel une autorité de chose transigée, les dispositions du régime spécial n'apporte aucun aménagement à la force obligatoire au contrat de transaction. Le droit commun des contrats joue pleinement son rôle et confère une force initiale à tout accord amiable. Comme tout contrat, l'accord amiable et son référent, l'accord amiable transactionnel dispose d'une force fondamentale : une force obligatoire (**Sous-Section I**). Celle-ci peut encore être renforcée. Le droit commun des contrats offre en effet la possibilité de conférer une force probante à l'acte, ainsi qu'une force exécutoire permettant de donner pleine efficacité à l'accord amiable, la qualification transactionnelle étant à cet égard indifférente (**Sous-Section II**).

Sous-Section I – La force obligatoire inhérente à tout accord amiable

1256. Position du problème. Au-delà de la question de la qualification contractuelle transactionnelle pouvant être spécialement conférée à l'accord amiable, tout accord amiable bénéficie au regard du droit commun des contrats d'une force fondamentale : la force obligatoire inhérente à tout contrat. Si, à l'égard des parties, l'accord amiable tient lieu de loi supposant le respect de son effet obligatoire (§1), à l'égard des tiers, le principe de la relativité des conventions implique de s'interroger sur son opposabilité (§2). L'enjeu est alors de déterminer dans quelle mesure, au regard de l'opposabilité, l'accord amiable transactionnel relève du régime du droit commun des obligations, ou si au contraire, cette qualification transactionnelle donne lieu à des solutions adaptées, compte tenu de son régime spécialement institué.

§1. La force obligatoire à l'égard des parties

1257. La pleine expression du caractère fédérateur du droit commun des contrats. L'accord amiable qu'il soit ou non qualifié de contrat de transaction est par nature un contrat. Dans le cadre de la résolution ou de la prévention des différends, l'accord amiable, indifféremment de la qualification contractuelle qui peut lui être appliquée, revêt au surplus un

caractère synallagmatique, dans la mesure où les parties construisent une solution conjointe à leur différend. Lorsqu'il est qualifié de contrat de transaction par les parties, ou bien qu'un accord amiable présente les critères d'un contrat de transaction auquel le juge redonne sa juste qualification, ce caractère synallagmatique se déduit de la réciprocité et de l'interdépendance des obligations que chacune des parties s'imposent.

Cette nature contractuelle de l'accord amiable implique sa soumission au principe fondamental de l'effet obligatoire des contrats prévu par le droit commun des obligations à l'article 1103 du Code civil, tel qu'issu de la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016²⁰⁴⁰. Cette disposition reprend l'alinéa premier de l'ancien article 1134 du Code civil en modifiant le terme « *conventions* » par « *contrats* », les contrats légalement formés tenant lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Il paraît ainsi indispensable de cerner les contours de la force obligatoire de l'accord amiable **(A)**, puis d'envisager les sanctions pouvant être mises en oeuvre en cas d'inexécution **(B)**.

A. Les contours de la force obligatoire de l'accord amiable

1258. Un double rayonnement. Classiquement, la force obligatoire des contrats doit être envisagée tant à l'égard des parties cocontractantes **(1)**, qu'à l'égard des tiers **(2)**. Nous transposons cette approche traditionnelle à l'analyse de la force obligatoire de l'accord amiable, afin de vérifier que la qualification transactionnelle est indifférente.

1) À l'égard des parties

1259. Le principe du respect de l'exécution des obligations réciproques et interdépendantes. Comme tout contrat, l'accord amiable qu'il soit qualifié ou non de contrat de transaction, relève de l'article 1103 du Code civil qui pose le principe de la force obligatoire des contrats, en vertu duquel chaque partie doit respecter son obligation. C'est bien parce que chacune des parties exécute son obligation et applique la solution au différend que celui-ci est définitivement réglé.

Ce principe s'applique à l'accord amiable en général et sans adaptation particulière à au contrat spécial de transaction. À cet égard, l'étude de la jurisprudence révèle que la majorité des

²⁰⁴⁰ Et non modifié par loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.*

décisions relatives à l'accord amiable transactionnel porte sur la référence au principe d'autorité de chose transigée prévue à l'article 2052 du Code civil plutôt que sur le fondement de l'effet obligatoire des contrats.

1260. La portée du principe. Elle correspond pour l'accord amiable à celle reconnue aux contrats synallagmatiques. La qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable, justifiée par le caractère réciproque et indissoluble des concessions consenties par chacune des parties²⁰⁴¹ implique que ces dernières puissent se prévaloir des stipulations contenues dans le contrat de transaction uniquement si elles ont, de leur côté, exécuté leurs propres obligations²⁰⁴². Cette analyse est généralement rappelée par les juges à travers le caractère indivisible de la transaction dont le bien-fondé, nous l'avons constaté, peut être soumis à débat. En effet, sous le couvert de l'indivisibilité contractuelle appliquée au stade de l'exécution, il est exigé que les parties respectent l'ensemble de leur engagement. Or, cette contrainte ne constitue pas un caractère propre au contrat de transaction. Elle n'est qu'une manifestation de l'effet obligatoire des conventions et est donc applicable à l'accord amiable non qualifié de transaction, à l'instar de la convention aménageant les conséquences du divorce ou encore de l'accord amiable intervenant au terme de la conciliation en droit des entreprises en difficulté.

1261. Les facultés de révocation et de révision limitées de l'accord amiable transactionnel. À l'égard des parties, l'effet obligatoire du contrat de transaction se manifeste par les facultés limitées qui leurs sont reconnues de mettre fin à leur engagement ou de le modifier. En effet, en application de l'article 1193 du Code civil²⁰⁴³, seul leur consentement mutuel, par opposition au consentement unilatéral, est opérationnel que ce soit pour renoncer à l'accord dans son entier²⁰⁴⁴ ou pour y substituer un nouvel accord transactionnel²⁰⁴⁵.

Dès lors, la question se pose de savoir quelles sont les formes requises pour que le consentement mutuel puisse être mis en œuvre. Ce consentement mutuel à la révocation ou à la révision de l'accord amiable transactionnel doit-il être écrit ? La jurisprudence reconnaît la possibilité d'un consentement mutuel tacite à la révocation, à la condition toutefois que les

²⁰⁴¹ Pour rappel, les décisions récentes tendent à caractériser des engagements réciproques interdépendants, Cass. ass. plén., 24 févr. 2006, n° 04-20.525, *Bull. ass. plén.* n° 1, p. 1 ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2006, 5, note B. Mallet-Bricout ; *JCP G* 2006, II, 10065 ; *D.* 2006, p. 1396 et 2057.

²⁰⁴² Cass. civ., 1^{ère}, 7 nov. 1995, n° 93-16.148, *Bull. civ.* I, 1995, n° 400 – Ég. Cass. soc., 21 janv. 1949, *Bull. civ.* II, 1949, n° 58 et Cass. soc., 23 mars 1950, *Bull. civ.* III, 1950, n° 269 ; *JCP G* 1950, I, 77.

²⁰⁴³ Tel qu'issu de la réforme opérée par l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, *préc.* et non modifié par la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018 – Voy. ég. l'anc. art. 1135 CCiv.

²⁰⁴⁴ Cass. civ., 26 févr. 1884, *DP* 1884, 1, p. 395.

²⁰⁴⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 14 févr. 1974, *JCP G* 1974, II, 17757, note R. Savatier.

circonstances qui la caractérisent soient clairement identifiées, dans la mesure où la renonciation bilatérale ne peut être présumée²⁰⁴⁶. Tel est le cas, notamment, si les deux parties poursuivent un procès en dépit de la conclusion d'un accord amiable transactionnel. En conséquence et dans leur pouvoir d'appréciation souverain, les juges doivent justifier des circonstances prises en compte²⁰⁴⁷. Toutefois, l'écrit peut s'imposer comme une condition de preuve. Lorsque les parties souhaitent modifier les modalités d'exécution de leur accord, elles sont tenues de respecter, pour des raisons probatoires, les exigences de forme requises en matière de transaction en application de l'alinéa second de l'article 2044 du Code civil. Ainsi, la preuve de la modification d'un accord amiable transactionnel constaté par acte sous seing privé, requiert le même type de support²⁰⁴⁸. En dehors de cette exigence, propre au régime spécifique de l'accord amiable transactionnel, en matière de preuve, la révocation ou la modification de l'accord amiable transactionnel ne soulèvent pas d'enjeux ou de difficultés particulières, comme en témoigne le nombre restreint de solutions jurisprudentielles ayant trait à cette question.

En ce qui concerne l'accord amiable non transactionnel, le juge peut exercer un contrôle sur le contenu de l'accord amiable issu de la conciliation en droit des entreprises en difficulté, lequel peut-être constaté, principalement à des fins probantes, ou bien être homologué et réserver un contrôle plus poussé sur son contenu. De même en ce qui concerne les conventions de divorce ou aménageant l'exercice de l'autorité parentale, ces conventions peuvent faire l'objet d'une révision judiciaire sur le fondement de l'article 373-2-13 du Code civil ou d'une révision amiable par le biais de la médiation expérimentale instituée par l'article 7 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle.

1262. La révision pour imprévision de l'accord amiable. Le traitement de l'imprévision ne fait pas l'objet de dispositions particulières au sein du régime spécial du contrat de transaction. En conséquence, que l'accord amiable soit ou non soumis au régime spécial du contrat de transaction, c'est encore le droit commun des contrats qui joue un rôle fédérateur. L'accord amiable est ainsi soumis aux règles innovantes issues de la réforme du droit des contrats instituées à l'article 1195 du Code civil par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016²⁰⁴⁹. En conséquence, l'une des parties dispose de la possibilité de solliciter une

²⁰⁴⁶ Cass. soc., 17 juill. 1963, *Bull. civ. I*, 1963, n° 612.

²⁰⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 23 oct. 1961, *Bull. civ. I*, 1961, n° 478.

²⁰⁴⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, *Bull. civ. I*, 1995, n° 360 ; *RTD civ.* 1996, p. 643, obs. P.-Y. Gauthier : « Cette transaction ayant entre les parties l'autorité de chose jugée en dernier ressort, celles-ci ne peuvent en modifier les modalités d'exécution qu'aux conditions de forme auxquelles elle est soumise ».

²⁰⁴⁹ Notons que l'art. 1195 CCiv., après des débats mouvementés n'a pas été en définitive modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018.

renégociation de l'accord amiable dans l'hypothèse où l'exécution de l'accord est devenue excessivement onéreuse pour elle. Nous pouvons parfaitement imaginer que lorsque l'accord amiable a été l'aboutissement d'un processus de résolution amiable des différends et que l'une des parties se trouve confrontée dans son exécution à un changement de circonstances imprévisible rendant son exécution excessivement onéreuse, que les parties s'en remettent à un tiers missionné à la résolution amiable afin de réguler cette impévision. À cet égard, une clause de tentative obligatoire de résolution amiable préalable à la saisine du juge et visant les différends liés à l'exécution pourrait être insérée à l'accord amiable et servir de levier à une tentative de renégociation pour impévision. La clause de résolution amiable du différend lié à l'exécution de l'accord amiable consisterait alors en une clause de renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties pourraient alors convenir de la résolution de l'accord amiable. Toutefois, cette faculté peut être restreinte dans la mesure où nombre d'accord amiable consiste en des contrats à exécution instantanée.

2) À l'égard du juge

1264. La force obligatoire de l'accord amiable transactionnel à l'égard du juge.

L'idée selon laquelle l'accord amiable transactionnel, en tant que contrat, tient lieu de loi à ceux qui l'ont établi s'impose tant à l'égard des parties, qu'à l'égard du juge saisi d'un litige ayant trait à son exécution.

Ainsi, est considéré comme dilatoire l'exercice d'une action en justice visant à contester le contenu de l'accord amiable transactionnel alors que cette action se trouve, en réalité, motivée par la volonté de l'une des parties de mauvaise foi de retarder l'exécution du règlement amiable du litige²⁰⁵⁰. Dans le même esprit, les juges saisis d'un litige déjà réglé par l'accord amiable transactionnel ne sont pas en mesure d'écarter ce dernier en dénaturant ses termes clairs et précis²⁰⁵¹. De même, ils ne peuvent cantonner la portée de l'accord amiable

²⁰⁵⁰ Cass. com., 16 oct. 2007, n° 06-13.718, NP : à l'occasion d'une transaction signée avec son ancien employeur, un salarié était tenu de respecter une clause de non concurrence et ce, sans contrepartie financière. Le salarié avait contesté la validité du contrat en se prévalant de solutions jurisprudentielles rendues postérieurement à la signature de la transaction, selon lesquelles la licéité de clauses de non concurrence est conditionnée par l'existence d'une contrepartie financière. En estimant que la transaction respectait l'ordre public social en vigueur lors de sa conclusion et que la demande en justice, motivée par la volonté de retarder l'exécution du contrat était dilatoire, les juges d'appel ont caractérisé, selon la Cour de cassation, un abus de droit dans l'exercice d'une action en justice.

²⁰⁵¹ Cass. crim., 2 déc. 2008, n° 08-83.540, *Bull. crim.* 2008, n° 241 : la victime d'un accident corporel avait conclu une transaction afin de fixer le montant de son indemnisation avant de saisir le juge pour évaluer son préjudice. Les juges de la Cour de cassation ont cassé la décision des juges d'appel lesquels avaient rejeté l'exception d'irrecevabilité de la demande d'indemnisation avancée par l'auteur de l'accident au visa des articles 1134, 2044 et 2052 du Code civil.

transactionnel à travers leur travail d'interprétation²⁰⁵².

1265. La force obligatoire de l'accord amiable non transactionnel. Certains accords amiables peuvent être soumis à une révision ou modification *judiciaire* de leur contenu. À titre d'illustration, l'article 373-2-13 du Code civil dispose que « *les dispositions contenues dans la convention homologuée ou dans la convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire, ainsi que les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande des ou d'un parent ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non.* Les réformateurs de la justice du XXIème ont, dans ce cadre, instauré à titre expérimental, pour trois années dans les tribunaux de grande instance, une tentative obligatoire de médiation familiale au fin de révision ou de modification de l'accord amiable afin de favoriser non pas la révision du contenu de l'accord amiable par le juge mais avant toute chose par les parties²⁰⁵³.

1266. Le principe d'interprétation restrictive de l'accord amiable transactionnel. Les contours de l'effet obligatoire de l'accord amiable transactionnel dépendent étroitement des règles d'interprétation. Nous rappelons ici que le règlement amiable définitif des litiges est soumis à un principe d'interprétation restrictive justifié par le fait qu'il implique une renonciation pour les parties à leurs prétentions. Dès lors, l'accord amiable transactionnel ne doit pas être étendu aux éléments sur lesquels les parties ne se sont pas entendues. Ainsi, d'une manière générale, elle ne peut être créatrice d'un engagement non prévu expressément. Nous constatons que ce principe pouvant être aménagé conventionnellement par les parties, est en outre assoupli par les dispositions spécifiques du contrat de transaction de l'article 2049 du Code civil. Ce texte faisant référence à une « *suite nécessaire de ce qui exprimé* » rappelle les dispositions de l'article 1194 du Code civil et le droit commun des contrats tel que réformé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016²⁰⁵⁴. Ces dispositions confèrent ainsi une certaine latitude aux juges dans l'interprétation, surtout, dans les hypothèses où les parties ont largement défini l'objet de leur accord amiable. À cet égard, nous pouvons faire référence à une décision rendue par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, concernant un litige opposant un

²⁰⁵² Cass. soc., 15 mai 2008, n° 07-40.627, NP : une transaction conclue entre un employeur et un ancien salarié avait pour objet de régler tous les comptes entre les parties. Pour la chambre sociale de la Cour de cassation, c'est donc à tort que les juges du fond ont exclu de la transaction le problème du remboursement des prêts octroyés par l'employeur et en ont donc restreint la portée de l'accord amiable.

²⁰⁵³ Voy. l'art. 17 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle, préc.*

²⁰⁵⁴ Non modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018, *préc.*

salarié à ses anciens employeurs²⁰⁵⁵. Dans cette affaire, un directeur commercial est licencié par la société mère et sa filiale l'ayant employé et cesse ses fonctions le 28 février 1986. Il introduit alors contre ces sociétés une instance en paiement d'une indemnité de dédit d'une clause de non-concurrence, à laquelle il a été mis fin par un procès-verbal du 8 juillet 1986 comportant la signature par les parties d'un accord aux termes duquel les sociétés se sont engagées à lui verser la somme de 135 000 francs. Par la suite, invoquant un contrat d'intéressement du personnel du 17 avril 1986, modifié par un avenant du 28 mai 1986, le salarié saisit à nouveau la juridiction prud'homale afin d'obtenir le paiement d'une somme de 6 412,77 francs au titre de la prime d'intéressement. Les juges de la Cour de cassation ont rejeté le pourvoi au regard des termes « forfaitaire et définitive » de la transaction constatée par le procès-verbal du 8 juillet 1986 en interprétation desquels la partie demanderesse renonçait à toutes réclamations de quelque nature qu'elles fussent, à l'encontre de la partie défenderesse, concernant tant à l'exécution qu'à la rupture de son contrat de travail. L'accord amiable transactionnel rédigé en des termes trop généraux interdit ainsi toute demande d'indemnisation ultérieure.

1267. Du principe d'interprétation de l'accord amiable à la requalification de l'acte. Lorsque les juges se voit soumettre un accord amiable, celui-ci n'a pas été forcément qualifié de contrat de transaction par les parties. Réciproquement, les juges peuvent être confrontés à un contrat de transaction qui en réalité, ne répond pas à l'ensemble des critères de qualification de ce contrat spécial – existence d'une contestation née ou à naître soustendant un droit d'agir, existence de concessions réciproques ou encore intention des parties de mettre un terme au différend – de sorte que plutôt que de prononcer la nullité du contrat, nous avons constaté que les juges, sur le fondement de l'article 12 du Code de procédure civile ont tendance à requalifier l'acte afin de maintenir l'accord de volonté des parties. En effet, au visa de ce texte, le juge est tenu d'une obligation de « *donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* »²⁰⁵⁶. Nous avons ainsi constaté un véritable jeu de requalification opéré par le juge confronté à des accords amiables pathologiques et pour lequel il a le souci de maintenir la commune volonté contractuelle des parties. L'interprétation judiciaire de l'accord amiable peut ainsi conduire à rechercher la juste qualification applicable à l'accord intervenu entre les

²⁰⁵⁵ Cass. ass. plén., 4 juill. 1997, n° 93-43.375, *Bull. civ. ass. plén.*, 1997, n° 10 ; *D.* 1998, p. 101, note D. Boulmier ; *JCP G* 1997, II, 22952, note D. Corrigan-Carsin.

²⁰⁵⁶ P. ex. Cass. civ. 1^{ère}, 7 juill. 1981, n° 80-14.533, *Bull. civ. I*, n° 250 pour la requalification d'un partage en contrat de transaction.

parties.

B. Les sanctions de l'inexécution de l'accord amiable

1268. L'absence de règles particulières en matière d'accord amiable transactionnel. Le régime spécial du contrat de transaction ne prévoit aucune disposition relative à l'inexécution. C'est donc tout naturellement et sur le fondement de l'article 1105 du Code civil que les règles du droit commun des contrats s'appliquent. Au risque d'être requalifié d'acte unilatéral, tout accord amiable suppose des engagements réciproques de la part de parties au différend devenu parties contractantes que ce soit pour la prévention, la résolution définitive ou l'aménagement des conséquences liées à un événement divorce, séparation, rupture du contrat de travail, accident. L'accord amiable, qualifié ou non de contrat de transaction est en conséquence et dans tous les cas, un contrat synallagmatique. En raison de ce caractère l'accord amiable est soumis aux sanctions légales spécialement prévues aux dispositions de l'article 1217 du Code civil, tel qu'issu de la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et légèrement modifiées par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018 **(1)**. Afin de parer les risques d'anéantissement de l'accord amiable, les parties peuvent prévoir, par anticipation, des aménagements conventionnels afin de maîtriser les effets attachés à l'inexécution de leurs engagements réciproques interdépendants par l'insertion de clauses et ce, dans les mêmes conditions que pour tout contrat synallagmatique **(2)**.

- 1) Les sanctions spécifiques aux contrats synallagmatiques applicables à tout accord amiable

1269. Position du problème. L'article 1217 du Code civil prévoit cinq sanctions dans l'hypothèse de l'inexécution du contrat : l'exception d'inexécution, l'exécution forcée, la réduction du prix, la résolution du contrat et la réparation des conséquences de l'inexécution. Il est ajouté que les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées, des dommages et intérêts pouvant toujours s'y ajouter. À ce stade de notre étude, il convient d'envisager l'exception d'inexécution **(a)**. L'exécution forcée nécessitant l'octroi de la force exécutoire à l'acte, celle-ci sera examinée au titre de l'homologation de l'accord amiable. Reste que l'obtention de la réduction du prix doit être exclue en matière d'accord amiable pour laisser place à la résolution du contrat **(b)**.

a) L'exception d'inexécution de l'accord amiable

1270. *Exceptio non adimpleti contractus.* La partie à l'accord amiable, victime de l'inexécution de l'engagement de son cocontractant dispose du pouvoir de refuser d'exécuter son propre engagement réciproque comme moyen de défense.

Les hypothèses de mise en jeu de la sanction. Cette possibilité peut être mise en jeu à deux occasions. En premier lieu et de la manière la plus courante, elle est susceptible d'intervenir lorsque le contractant, victime de la défaillance, prend l'initiative de suspendre ses obligations en attendant d'être assigné en exécution forcée pour faire valoir l'exception d'inexécution²⁰⁵⁷. En second lieu et de manière cette fois-ci plus complexe, elle peut être mise en œuvre en articulation avec l'exception de transaction invoquée par l'autre partie. Cette situation fait suite à la saisine d'un juge par l'une des parties alors qu'un accord amiable transactionnel a été conclu pour mettre un terme au litige. En réponse à l'exception de transaction invoquée par l'autre partie, le contractant victime d'une inexécution fait alors prévaloir le droit pour lui d'ignorer l'accord amiable transactionnel non exécuté et la possibilité d'engager une action sur le fond²⁰⁵⁸. Toutefois, lorsque l'accord amiable transactionnel organise l'exécution des obligations selon un ordre chronologique, celui qui est tenu d'exécuter ses obligations en premier ne peut pas se prévaloir, en toute logique, de l'exception d'inexécution²⁰⁵⁹.

b) La résolution de l'accord amiable

1271. Le débat doctrinal relatif à la mise en œuvre de la sanction de la résolution en matière d'accord amiable transactionnel. L'inexécution de l'accord amiable peut se solder par la résolution du contrat de transaction sur le fondement des articles 1224 à 1230 du Code civil tels qu'issus de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016²⁰⁶⁰. La légitimité de l'application à l'accord amiable transactionnel de cette sanction du droit commun des contrats a fait l'objet d'un débat doctrinal aujourd'hui apaisé. Parmi les opposants, Accarias considérait que cette sanction allait à l'encontre de la

²⁰⁵⁷ Cass. com., 1^{er} mars 1961, *Bull. civ.* III, 1961, n° 117.

²⁰⁵⁸ P. ex. Cass. soc., 13 nov. 1959, *Bull. civ.* IV, 1959, n° 1139 ; *D.* 1960, p. 111 pour le cas d'une transaction non exécutée conclue entre un employeur et son salarié – Cass. com., 25 oct. 1965, *Bull. civ.* III, 1965, n° 523 pour le cas d'une transaction signée entre un vendeur et un acheteur.

²⁰⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 1962, *Bull. civ.* I, 1962, n° 429.

²⁰⁶⁰ Dispositions non modifiées par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.*

volonté des parties qui, en concluant une transaction avaient souhaité mettre un terme définitif à un litige. Par ailleurs, cet auteur estimait que la reconnaissance du jeu de la résolution risquait d'inciter certaines parties de mauvaise foi à refuser d'exécuter correctement l'accord amiable transactionnel afin de renégocier un accord amiable ou de saisir un juge²⁰⁶¹.

1272. Une sanction fondée sur un action judiciaire. La possibilité de résolution de l'accord amiable suppose une action judiciaire laquelle se trouve en conséquence soumise à l'appréciation des juges.

L'étude de la jurisprudence révèle que les solutions rendues relativement à l'application de la résolution dans le cadre d'un accord amiable transactionnel sont peu nombreuses. Selon les cas, les juges peuvent refuser ou prononcer la résolution du contrat, voire accorder un délai. Ainsi, la résolution pourra être mise en œuvre s'il apparaît que l'inexécution concerne des obligations essentielles de l'accord amiable transactionnel, comme par exemple, le versement d'une indemnité imposée par le contrat à un employeur au bénéfice de son salarié²⁰⁶². Par extension, les juges ont assimilé un retard exorbitant à une inexécution contractuelle justifiant la résolution²⁰⁶³. L'appréciation du caractère tardif de l'inexécution est facilitée lorsque l'accord amiable prévoit un délai. À défaut, les juges estiment que l'accord amiable transactionnel doit être exécuté dans un délai raisonnable²⁰⁶⁴.

1273. La problématique d'une résolution partielle de l'accord amiable transactionnel. Les juges peuvent-ils se contenter de prononcer une résolution partielle ? Cette problématique se rattache en réalité au débat relatif au caractère indivisible du contrat de transaction.

Sur un plan théorique, l'indivisibilité paraît devoir s'imposer en raison de l'importance de l'ensemble de ses éléments. Toutefois, la jurisprudence se révèle plus nuancée en admettant la divisibilité du contrat dans le cadre, notamment, de la sanction de la nullité. Il convient dès lors de mesurer les implications de cet inflexionnement du caractère indivisible de l'accord amiable transactionnel au regard de l'étendue des effets attachés à l'inexécution. La solution devrait dépendre étroitement de la volonté des parties exprimée dans le contrat. Si ces dernières ont clairement affirmé son caractère indivisible, les juges se doivent de respecter leur volonté

²⁰⁶¹ C. Accarias, *De la transaction en droit romain et en droit français*, Versailles, 1863, n° 81 – L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, op. cit., p. 225 s., n° 533 et s.

²⁰⁶² Cass. soc., 7 juin 1989, *Bull. civ.* V, 1989, n° 428.

²⁰⁶³ CA Colmar, 1^{er} mars 1949, *JCP G* 1949, IV, 161 – Cass. com., 24 nov. 1982, *Bull. civ.* IV, 1982, n° 373.

²⁰⁶⁴ P. ex., dans la décision précitée rendue par la chambre commerciale le 24 novembre 1982, la transaction n'avait pas été exécutée 18 mois après les premières réclamations.

en prononçant nécessairement la résolution de l'accord amiable transactionnel en son entier. En cas de silence des parties, les juges bénéficient d'une marge de manœuvre plus importante. Il leur est alors possible de prononcer une résolution partielle. Cette solution, retenue en jurisprudence en matière d'exception d'inexécution, peut être étendue, par analogie, à la résolution²⁰⁶⁵.

1274. Les hypothèses de refus de résolution de l'accord amiable transactionnel. Le refus des juges d'appliquer la résolution se justifie, d'une manière générale et en toute logique, dans plusieurs hypothèses : tout d'abord si l'obligation non exécutée ne revêt pas un caractère essentiel pour les parties²⁰⁶⁶ ; ensuite si l'inexécution n'est pas imputable à une faute du défendeur²⁰⁶⁷ ; et enfin dans le cas où finalement, il est avéré que le défendeur avait exécuté son obligation²⁰⁶⁸.

De manière plus ponctuelle, certaines circonstances particulières sont également susceptibles d'aboutir à la même solution. Tel est le cas, s'il apparaît que le demandeur avait accepté la mauvaise exécution de son cocontractant²⁰⁶⁹ ou que le retour à la situation initiale se révèle matériellement impossible²⁰⁷⁰.

1275. L'octroi d'un délai d'exécution. Plutôt que de prononcer la résolution de l'accord amiable, les juges, sur le fondement de l'article 1128 du Code civil dispose du pouvoir d'accorder un délai d'exécution supplémentaire au contractant défaillant. Ce pouvoir doit être mis en œuvre en fonction des circonstances.

1276. La résolution de l'accord amiable aux risques et périls du créancier. En application de l'article 1126 du Code civil, le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Il doit alors mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. Le débiteur peut à tout moment saisir le

²⁰⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 1962, *Bull. civ.* I, 1962, n° 429.

²⁰⁶⁶ Cass. req., 24 janv. 1898, *DP* 1899, 1, p. 109 – Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 2, pan. 311.

²⁰⁶⁷ Cass. com., 2 juin 1970, *Bull. civ.* IV, 1970, n° 286.

²⁰⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 19 févr. 1962, *Bull. civ.* I, 1962, n° 108.

²⁰⁶⁹ Cass. req., 31 janv. 1887, *S.* 1887, 1, p. 420 pour le cas où un contrat de transaction avait été conclu entre deux voisins concernant un litige relatif à un mur mitoyen. Même si les travaux réalisés sur ce mur ne se sont pas révélés conformes à ce qui avait été prévu dans le contrat, la résolution n'a pas été prononcée car l'autre partie, qui avait forcément connaissance du non respect des exigences initialement fixées, n'avait pas protesté au moment de la réalisation des travaux.

²⁰⁷⁰ Cass. civ 3^{ème}, 25 mai 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 2, pan. 311 : la résolution de l'accord amiable transactionnel n'a pas été retenue car, en l'espèce, elle aurait supposé la remise en question de plusieurs accords sans que, pour autant, la restitution de ce qu'il avait fourni soit assurée au demandeur.

juge afin de contester la résolution du contrat et il revient alors au créancier de prouver la gravité de l'inexécution. Pareille résolution peut donc être admise en matière d'accord amiable transactionnel.

2) L'anticipation conventionnelle des risques d'inexécution de l'accord amiable

1277. La maîtrise des implications de l'inexécution contractuelle. Les parties à l'accord amiable ont la possibilité d'anticiper les conséquences d'une absence ou d'une mauvaise exécution de leur contrat en introduisant une clause pénale **(a)**, une condition **(b)**, conformément aux techniques en vigueur en droit commun des obligations ou encore une clause instaurant une tentative obligatoire de résolution amiable *extrajudiciaire* pour les différends nés de l'exécution de l'accord amiable **(c)**.

a) La clause pénale insérée à l'accord amiable

1278. Le renvoi au droit commun des contrats en matière d'accord amiable transactionnel. Les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle œuvrant à sa modernisation ont abrogé l'ancien article 2047 du Code civil lequel prévoyait qu'« *on peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter* ». L'objet de ce type de clause consiste alors à fixer, par avance, un montant forfaitaire des dommages et intérêts qui seront dus en cas d'inexécution. La particularité du contrat de transaction n'impliquait pas d'adaptation du régime de la clause pénale, celle-ci relevant des règles de droit commun. Cette absence de particularisme enlevait donc toute utilité à la mention de la clause pénale dans le régime de la transaction. L'élargissement de l'ancien article 2047 du Code civil est donc utile et il convient de se référer dorénavant à l'article 1231-5 du Code civil. Ainsi peu importe que l'accord amiable soit ou non qualifié de contrat de transaction, l'insertion d'une clause pénale est possible lors de la rédaction de tout accord amiable.

1279. Le régime de la clause pénale. Si le montant de la pénalité convenue se révèle dérisoire ou au contraire excessif, il est susceptible de faire l'objet d'une révision judiciaire en application de l'alinéa second de l'article 1231-5 du Code civil²⁰⁷¹.

Quant à la mise en œuvre de la clause, celle-ci est soumise au constat d'une véritable

²⁰⁷¹ CA Poitiers, ch. civ., 1^{ère} sect., 12 févr. 1986, *JurisData* n° 1986-045201.

inexécution du contrat, condition qui n'est pas caractérisée lorsqu'une partie a seulement sollicité la rectification du contenu de l'accord amiable transactionnelle suite à une erreur matérielle de calcul²⁰⁷². En revanche, elle a lieu d'intervenir lorsque l'action en nullité du contrat de transaction, introduite par une partie, n'a pas été reçue par les juges.

b) La stipulation d'une condition à l'accord amiable

1280. La condition résolutoire stipulée à l'accord amiable. L'introduction d'une condition résolutoire a pour objectif de rendre automatique la résolution du contrat en cas d'inexécution, en faisant échec au pouvoir d'appréciation des juges en ce domaine. Ainsi, peut être stipulée la clause selon laquelle l'accord amiable sera nul et non avenue en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations et ce, sans qu'une mise en demeure ne soit requise. Cependant, même dans ce cas, l'éviction des juges n'est pas totale puisqu'ils retrouvent un pouvoir de contrôle sur les conditions de mise en oeuvre de la clause résolutoire et plus précisément, sur la caractérisation de la défaillance contractuelle. Par ailleurs, si la clause impose l'exercice préalable d'une mise en demeure, la partie victime de l'inexécution a toujours la possibilité de saisir le juge afin de demander, sur le fondement des articles 1224 et suivants du Code civil, la résolution de l'accord amiable transactionnel pour manquement de la part du cocontractant à ses obligations²⁰⁷³.

1281. La condition suspensive stipulée à l'accord amiable. La condition suspensive permet de considérer le contrat comme n'ayant jamais été formé si l'une des prestations n'est pas réalisée à une date d'échéance fixée dans le contrat.

Ainsi par exemple, en matière d'accord amiable transactionnel, l'existence de l'accord peut être soumise à la condition de paiement d'une somme avant une date donnée par le débiteur²⁰⁷⁴. En outre, dans l'hypothèse où la réalisation de la condition suspensive ne serait soumise à aucun délai précis, les juges se réfèrent à un délai raisonnable d'exécution au terme duquel les parties peuvent faire valoir leurs droits en justice en sollicitant par exemple des dommages et intérêts²⁰⁷⁵. Par ailleurs, nous avons pu être confronté en pratique à la condition

²⁰⁷² CA Bastia, 8 févr. 1837, *S.* 1837, 2, p. 447.

²⁰⁷³ Cass. soc., 21 janv. 2004, n° 01-47.279, NP ; *JCP E* 2004, 354.

²⁰⁷⁴ Cass. req., 19 mars 1930, *S.* 1930, 1, p. 339 – Cass. civ. 1^{ère}, 10 nov. 1964, *Bull. civ.* 1964, I, n° 497.

²⁰⁷⁵ Cass. com., 24 nov. 1982, *Bull. civ.* IV, 1982, n° 373 ; *JCP G* 1983, IV, 50 : en l'espèce, une transaction avait été conclue entre un transporteur et un propriétaire de marchandises afin de mettre fin à un litige lié à des pertes de marchandises en cours de transport. Au terme de 18 mois, l'indemnisation prévue en condition suspensive n'ayant toujours pas été versée, les juges ont considéré que la transaction était caduque et que la partie lésée pouvait

suspensive à un accord amiable transactionnel tenant à la conclusion d'un accord amiable portant sur un litige différent liant les parties. Dans ce cadre, le médiateur et les rédacteurs d'actes doivent veiller à ce que la conclusion du second accord amiable intervienne dans un délai raisonnable.

c) La clause de résolution amiable des différends

1282. La clause de retour à la résolution amiable. Lorsque l'accord amiable, qualifié ou non de transaction est issu d'un processus ou d'une procédure de résolution amiable des différends – conciliation, médiation, procédure participative ou droit collaboratif – les rédacteurs de l'accord amiable peuvent veiller à anticiper la survenance de différends liés à son exécution, mais également à sa validité, ou son interprétation. Les rédacteurs d'actes peuvent ainsi et par exemple insérer à l'accord amiable une clause instaurant une tentative obligatoire de résolution amiable des différends par médiation *extrajudiciaire*. Au jour de la survenance d'une difficulté dans l'exécution de l'accord amiable, les parties sont alors tenues, sauf à ce qu'elles y renoncent conjointement, de saisir à nouveau le médiateur afin de tenter de résoudre la difficulté. Pareille clause présente un intérêt lorsqu'un différend viendrait à s'élever dans le cadre de l'exécution de l'accord amiable, ou encore en cas de difficultés relatives à son interprétation. Il est certain que le recours à une procédure conventionnelle de résolution amiable des différends – conciliation, médiation, procédure participative ou droit collaboratif – permet, par l'intermédiaire des tiers missionnés, le recours à l'assistance des rédacteurs d'actes, pour la rédaction de l'accord amiable. La rédaction, dès lors que les parties ont consenti à leur offre conjointe de conclure l'accord amiable, doit faire l'objet de toutes les attentions afin de délimiter le différend, de rapporter la solution qui lui est apportée, et de définir la qualification opportune à appliquer au contrat. Dans la mesure où l'une des parties ou l'ensemble des parties renonce(nt) à un droit d'agir en justice, la qualification transactionnelle s'impose au regard de l'effet de l'autorité de chose transigée qu'elle emporte. Le contrat de transaction faisant l'objet d'une interprétation judiciaire restrictive, l'objet de l'accord doit être parfaitement délimité et ne pas être formulé dans des termes généraux. Si, le médiateur dans sa mission n'est pas en principe amené à rédiger l'accord amiable, certains domaines l'y incite, à la l'instar de la procédure de médiation telle que prévue en droit de la consommation. Dans ce domaine, le consommateur fait appelle gratuitement au médiateur et n'ai pas accompagné par son avocat.

demander en justice des dommages et intérêts en réparation de son préjudice – Dans le même sens, à l'occasion d'un contrat de construction, CA Rouen, 1^{ère} ch. civ., 4 mars 1992, *JurisData* n° 1992-048433.

Le médiateur peut toutefois, dans tous les cas inviter les parties, soient à rédiger elles-mêmes leur accord, soit, lorsque l'accord amiable présente des enjeux, notamment au regard de la renonciation à un droit d'agir, renvoyer les parties vers leurs avocats conseils, rédacteurs d'actes, afin que ceux-ci procèdent à sa rédaction. Dans tous les cas, la procédure de résolution amiable doit être terminée dans les meilleures conditions afin d'éviter toute remise en question de la conclusion de l'accord amiable, que ce soit au titre de sa validité, de son exécution, ou de son interprétation. Dès lors que le juge est saisi de l'interprétation de l'accord amiable, la question peut se poser de savoir si le juge peut consulter le tiers missionné à la résolution amiable afin d'obtenir un avis sur l'interprétation qui avait été donnée à l'accord amiable lors de sa conclusion. Si l'article 21-3 du Code de procédure civile pose le principe de confidentialité, propre à la résolution amiable des différends, le législateur a prévu l'exception permettant de lever son application, « *lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre* ». Cette disposition ne vise que l'exécution de l'accord amiable et non son interprétation. Excepté le cas où l'interprétation de l'accord amiable s'avère nécessaire à son exécution, le principe de confidentialité ne peut être levé et le juge ne peut alors s'adresser au tiers missionné afin d'être éclairé, au sens de l'article 1188 du Code civil, sur la commune intention des parties. Pourtant ce même article prévoit à son alinéa second que lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation. Or le tiers missionné est la personne toute désignée afin de permettre d'éclairer le juge sur la commune intention des parties, ne serait-ce qu'au titre d'une clause rédigée de manière obscure. C'est dire que le tiers missionné doit veiller à la parfaite rédaction par les parties et leur avocats conseils de l'accord amiable, quitte à reporter la signature de l'acte, afin que celui-ci soit corrigé. La clause de résolution amiable des différends insérée dans l'accord amiable, circonstanciée au regard des différends qu'elle vise, présente donc un intérêt non négligeable.

§2. La force obligatoire à l'égard des tiers

1283. Quelles sont les conséquences que génère, à l'égard des tiers, la conclusion d'un accord amiable ? Les principales difficultés liées à cette question sont de deux ordres. Elles tiennent d'une part à l'absence de définition relative à l'« *accord amiable* » et d'autre part, à l'existence à la fois d'une diversité d'accords amiables et de tiers plus ou moins concernés par la conclusion du contrat.

1284. La distinction entre opposabilité et effet relatif du contrat. La compréhension du rayonnement de l'accord amiable à l'égard des tiers suppose, comme pour tout contrat, que soit clairement dissociée la notion de relativité de celle d'opposabilité des conventions. Si l'accord amiable qualifié ou non de contrat de transaction ne peut créer d'obligations à la charge des tiers en application du principe de l'effet relatif des conventions, elle ne peut toutefois être complètement ignorée de ces derniers qui, au titre de son opposabilité, doivent en respecter l'exécution. Le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu définit l'opposabilité comme l'« aptitude d'un droit, d'un acte (convention, jugement, etc.), d'une situation de droit ou de fait à faire sentir ses effets à l'égard des tiers (c'est-à-dire de personnes qui ne sont titulaires du droit ni parties à l'acte, ni aux ayants cause ou créanciers de ces parties, ni concernées en premier par la situation) non en soumettant ces tiers aux obligations directement nées de ces éléments (ce qui constitue, dans les cas spécifiés où cela se produit, une extension de l'effet obligatoire d'un acte par exception au principe de l'effet relatif de celui-ci), mais en les forçant à reconnaître l'existence des faits, droits et actes dits opposables (s'ils sont par ailleurs légalement prouvés), à les respecter comme des éléments de l'ordre juridique et à subir les effets, sous réserve de leur opposition lorsque la loi leur en ouvre le droit »²⁰⁷⁶. Au nom de l'opposabilité des contrats issue du droit commun des obligations, les tiers ne doivent pas faire obstacle à l'exécution du contrat et peuvent s'en prévaloir en tant que fait.

La jurisprudence distinguait clairement, avant la réforme du droit des contrats, les principes d'opposabilité et d'effet relatif des contrats. La chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi jugé que « s'ils ne peuvent être constitués ni débiteurs ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoqués à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat »²⁰⁷⁷. Les réformateurs du droit commun des contrats, au titre des « *effets du contrat à l'égard des tiers* »²⁰⁷⁸, ont consacré deux dispositions au principe de l'effet relatif des contrats et consacré cette jurisprudence²⁰⁷⁹. Ainsi, l'article 1199 du Code civil pose, à son alinéa premier, le principe de l'effet relatif du contrat reformulé en ces termes : « *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties* ». De sorte que « *les tiers ne peuvent ni demander l'exécution*

²⁰⁷⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Opposabilité ».

²⁰⁷⁷ Cass. com., 22 oct. 1991, n° 89-20.490, *Bull. civ.* IV, n° 302 ; *JCP G* 1992, I, 3570, note M. Billiau ; *Deffrénois* 1992, art. 35212, note J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1992, p. 90, note J. Mestre ; *D.* 1993, jur., p. 181, note J. Ghestin – Ég. Cass. soc., 15 mars 1962, *Bull. Civ.* IV, n° 28 : dans cette espèce, la transaction conclue avec un tiers révélait la faute contractuelle du débiteur.

²⁰⁷⁸ Voy. les art. 1199 et 1200 CCiv.

²⁰⁷⁹ Voy. ég. la formulation de l'anc. art. 1165 du Code civil : « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* » lequel prévoyait la stipulation pour autrui.

du contrat ni se voir contraints de l'exécuter [...] »²⁰⁸⁰. L'article 1200 consacre, quant à lui, précisément la jurisprudence évoquée en disposant que « les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat » et « qu'ils peuvent s'en prévaloir notamment pour rapporter la preuve d'un fait ».

Reste que l'opposabilité demeure, en droit privé une notion délicate, en particulier au titre de son application aux accords amiables ayant vocation à mettre en jeu à la fois le droit commun des contrats et le droit spécial du contrat de transaction²⁰⁸¹. La mise en œuvre de ce principe est, en outre, susceptible de faire l'objet d'adaptations en fonction du type de tiers concerné, selon qu'il s'agit d'un véritable *penitus extranei* ou d'un tiers ayant un intérêt à l'accord amiable transactionnel. L'étude de la portée de l'accord amiable sur les tiers est compliquée par les difficultés à cerner la notion de tiers. Si le cas des *penitus extranei* ne soulève pas d'interrogation particulière, celui de certaines catégories de tiers qui ont un intérêt indirect à la conclusion de l'accord amiable est plus problématique. Dans la mesure où l'opposabilité concerne tant les accords amiables non transactionnels **(A)** que ceux revêtus de cette qualification spéciale **(B)**, cette étude nous pousse à nous interroger sur les influences respectives du droit spécial du contrat de transaction et du droit commun des contrats sur son admission à l'égard des tiers.

A. L'opposabilité de droit commun de l'accord amiable non transactionnel

1285. Des accords amiables réfractaires à la qualification transactionnelle. À la lecture de la définition légale du contrat de transaction celui-ci peut servir deux buts : soit consister en un accord amiable résolutif d'une contestation née, soit être un accord amiable préventif de la contestation à naître. Or, il semble que certains accords amiables ne revêtent pas systématiquement la qualification spéciale de contrat de transaction, à l'instar de l'« *accord amiable* » en droit des entreprises en difficulté **(1)** ou des conventions de divorce **(2)** dans la mesure où ils s'accommodent mal de l'effet extinctif lié à la qualification transactionnelle.

1) L'opposabilité de l'accord amiable en droit des entreprises en difficulté

²⁰⁸⁰ Voy. l'al. 2nd de l'art. 1199 CCiv.

²⁰⁸¹ P. Pailler, « L'opposabilité de la transaction aux tiers », *RLDC* 2015, p. 126 suite à l'intervention de l'auteur au colloque organisé par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, sous la direction du professeur J. Mestre et de Monsieur Y. Gérard, et sous la présidence de Monsieur R. Espel.

1286. Le rejet de la qualification transactionnelle justifiée par le droit de poursuite des créanciers. L'accord amiable issu du processus de conciliation en droit des entreprises conclu entre le chef d'entreprise débiteur d'une part, et ses créanciers importants, cristallise un certain nombre de « sacrifices »²⁰⁸² que consentent les créanciers à leur débiteur afin de le soutenir dans ses difficultés. S'agissant d'un contrat, chaque créancier est libre juridiquement de ne pas y participer et de demeurer un tiers à l'accord amiable, voire de s'engager pour partie seulement de ses créances. Par ailleurs, le cercle de la négociation de l'accord amiable peut être élargi aux contractants habituels qui demeurent également libres d'y participer ou non, d'être partie à l'accord amiable ou de demeurer au contraire des tiers à sa conclusion. En pratique, les chances pour qu'un accord amiable soit efficace et assure la résolution durable des difficultés du chef d'entreprise débiteur exigent la participation des créanciers les plus importants (trésor, URSAFF, banques), voir même des cautions solidaires. Il implique dans son exécution la mise en œuvre coordonnée des mesures prévues à son contenu, telles que : délais de paiement ou remises de dettes consenties par les créanciers, réorganisation de l'entreprise à laquelle s'engage le débiteur et s'intégrant dans un plan de redressement amiable. Le *negocium* de l'accord amiable est ainsi variable. Les « sacrifices » qui pourraient être analysés d'un point de vue transactionnel comme des « concessions » peuvent varier d'un créancier à l'autre. Toutefois, l'accord amiable issu de la conciliation en droit des entreprises s'accommode mal de la force spécialement attribuée par le législateur au contrat de transaction. Les réformateurs de la justice du XXI^{ème} siècle ont, à cet égard, reformulé l'autorité de chose jugée en dernier ressort conférée à l'origine par les codificateurs du Code civil²⁰⁸³, en s'attachant à une traduction contractuelle de l'effet spécial de ce contrat. Ainsi, au titre de l'article 2052 du Code civil, « *la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet* ». À ce titre, l'accord amiable en droit des entreprises en difficulté ne peut se voir appliquer la qualification de contrat de transaction dans la mesure où celle-ci priverait les créanciers de leur droit de poursuites dans le cadre de l'ouverture d'une procédure collective ou de leur droit d'agir en recouvrement. Il convient en effet de préserver l'intérêt des créanciers qui participent à ce type d'accord. D'autant que cet intérêt a été renforcé très sensiblement par le législateur qui reconnaît, au moins lorsque l'accord est homologué, un privilège pour les nouveaux crédits accordés par les créanciers. Car la réussite de la résolution des difficultés du débiteur, du redressement négocié avec les créanciers, passe non seulement

²⁰⁸² A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2015, n° 111 s., p. 74 s.

²⁰⁸³ Voy. la formulation de l'ancien alinéa premier de l'article 2052 CCiv. : « *Les transaction ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort [...]* ».

par un aménagement de la dette antérieure mais également par l'apport de fonds nouveaux. Ce privilège est ainsi prévu à l'article L. 611-11 du Code de commerce, tel que modifié par les ordonnances n° 2008-1345 du 18 décembre 2008²⁰⁸⁴ et n° 2014-326 du 12 mars 2014²⁰⁸⁵. L'intérêt essentiel étant de reconnaître aux créanciers bénéficiaires une priorité de paiement de leurs créances en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective. Au surplus, les créanciers apportant dans le cadre de la conclusion de l'accord amiable leur soutien au débiteur par l'octroi de nouvel apport de trésorerie (*new money*) bénéficient d'un principe de limitation des actions en responsabilité délictuelle pour soutien abusif en cas d'échec de la tentative de redressement amiable²⁰⁸⁶.

Quoiqu'il en soit, la force obligatoire de l'accord amiable homologué ou constaté à l'issue de la procédure de conciliation en droit des entreprises en difficultés s'impose à l'égard des créanciers **(a)**, mais également à l'égard de tiers concernés par l'accord amiable **(b)**, dont il convient d'apprécier l'opposabilité.

a) À l'égard des créanciers

1287. La paralysie du droit de poursuite individuelle pour les créanciers parties à l'accord amiable. L'article L. 611-10-1 du Code de commerce dispose que « *pendant la durée de son exécution, l'accord constaté ou homologué interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet* », étant ajouté qu'« *il interrompt, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents à ces créanciers* ». En revanche, l'accord amiable constaté ou même homologué ne peut avoir de force obligatoire à l'égard des créanciers qui ne sont pas parties à l'accord. Ces derniers peuvent en conséquence poursuivre librement le recouvrement de leurs créances, sauf à ce que le débiteur ne bénéficie, sur autorisation du président du tribunal, d'un délai de grâce sur le fondement de l'article 1343-5 du Code civil, tel qu'issu la réforme du droit des contrats²⁰⁸⁷, à l'égard de créanciers qui auraient entamé leurs poursuites ou fait une mise en demeure pendant la procédure de

²⁰⁸⁴ Ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JO 19 déc. 2008, n° 0295.

²⁰⁸⁵ Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JO 14 mars 2014, n° 0062.

²⁰⁸⁶ Voy. l'art. L. 650 -1 al. 1^{er} CCom.

²⁰⁸⁷ Art. non modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.* ; Voy. ég. l'anc. art. 1244-1 CCiv.

conciliation. Par ailleurs et contrairement à lettre du texte, la jurisprudence a admis que ces délais de paiement puissent s'appliquer aux créances fiscales²⁰⁸⁸.

b) À l'égard des coobligés et cautions

1288. Coobligés, personnes ayant consenti une sûreté personnelle, personnes ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Au visa de l'article 610-10-2 du Code de commerce, l'accord mettant fin à la procédure de conciliation qu'il soit homologué ou simplement constaté profite à l'ensemble des coobligés, des personnes ayant consenti une sûreté personnelle et de celles qui ont affecté ou cédé un bien en garantie. L'homologation de l'accord et la publicité qui l'accompagne présente l'avantage de permettre en particulier à la caution d'en avoir connaissance et de l'invoquer utilement.

La question s'est donc posée de savoir si les cautions des dettes du débiteur bénéficient des dispositions de l'accord amiable homologué. La réponse à cette question est demeurée longtemps incertaine. Une partie de la doctrine distinguait alors entre les remises de dette et les délais de paiement jusqu'à ce que la jurisprudence se prononce clairement et mette fin aux incertitudes. Une solution profitant à la caution qui ne peut être traitée volontairement par le créancier plus sévèrement que le débiteur lui-même. La chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi jugé, en 2005 que, « les remises ou délais accordés par un créancier dans le cadre du règlement amiable bénéficient à la caution »²⁰⁸⁹. Cette solution est aujourd'hui consacrée à l'alinéa premier de l'article L. 611-10-2 du Code de commerce. Cependant, la caution a toujours la possibilité de payer à l'échéance initiale et d'exercer son recours contre le débiteur et cela, sur le fondement de l'article 2309 4° du Code civil, sans tenir compte des prorogations de terme négociées dans le cadre de la procédure de conciliation.

Ainsi, l'attitude de la caution peut venir bouleverser les prévisions de l'accord amiable. C'est dire que la participation de la caution au règlement négocié des difficultés du débiteur présente un intérêt concret. Dans le cadre de la mise en œuvre du processus de conciliation – et donc de négociation de la conclusion de l'accord amiable – il peut être demandé à la caution participante de renoncer à son recours anticipé, si elle ne l'a déjà fait par une clause insérée fréquemment à la demande des banques, dans l'acte de cautionnement lui-même.

²⁰⁸⁸ Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-15.525 et n° 96-16.349, *Bull. civ. IV*, 1998, n° 193, p. 160 ; *D.* 1998, p. 429, note F. Derrida.

²⁰⁸⁹ Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-03. 873, *Bull. civ. IV*, 2004, n° 84, p. 87 ; *D.* 2004, AJ 1594, obs. A. Lienhard ; *Act. Proc. Coll.* 2004, n° 132, obs. J. Vallansan ; *Banque et droit* juill.-août 2004 p. 51, obs. N. Rontchevsky ; *RTD com.* 2004, p. 590, obs. F. Macorig-Venier.

2) L'opposabilité de la convention de divorce

1289. Position du problème. Tout comme l'accord amiable en droit des entreprises en difficultés, l'application de la qualification transactionnelle aux conventions de divorce présente des enjeux **(a)** qu'il convient de présenter, afin d'apprécier l'opposabilité aux tiers de ces conventions **(b)**.

a) Les enjeux de la qualification transactionnelle

1290. Les justifications du rejet de la qualification transactionnelle. Certains accords amiables, plus que de résoudre un différend, aménagent les conséquences d'un événement. En un sens, ils pourraient se voir attribuer par les parties la qualification de contrat de transaction dans la mesure où ils préviennent des différends. Toutefois, cette qualification spéciale emporte des effets déclaratif et extinctif qui se concilient difficilement avec le caractère parfois évolutif des aménagements contenus dans l'accord amiable. À cet égard, la qualification légale de contrat de transaction appliquée à l'accord amiable en réalité indemnitaire – non fondé sur l'existence à proprement parler d'une contestation relative à la responsabilité de l'auteur d'un accident mais plutôt sur une demande en réparation du préjudice de la victime – a pu être critiquée²⁰⁹⁰. En effet, celui-ci peut être amené à évoluer dans le temps²⁰⁹¹. Dès lors la question l'articulation de l'effet extinctif du contrat de transaction avec la possibilité d'une révision judiciaire peut se poser. Et il en est de même en matière de divorce, et plus largement des conventions intervenant dans le cadre de séparation et d'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant, à la différence que le législateur qui favorise la conclusion d'accords entre époux et/ou parents, n'impose aucunement la qualification de contrat de transaction à l'accord ainsi conclu. À cet égard, l'intitulé de l'innovant nouveau divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*, paraphrasé par les réformateurs de la justice du XXIème siècle « *divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par*

²⁰⁹⁰ Ch. Jarrosson, « La transaction comme modèle » in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, ss dir. P. Ancel et M-C Rivier, Economica, 2001, p. 58 – Ég. S. Porchy-Simon, « Transaction et droit de l'indemnisation », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, ss dir. B. Mallet-Bricout et C. Nourissat, Dalloz, Collec. Actes – thèmes et commentaires, 2006, p. 111 s.

²⁰⁹¹ La conclusion d'un accord amiable indemnitaire – ayant pour objet de fixer le montant des dommages et intérêts versés à la victime – spécialement qualifié de contrat de transaction par le législateur pose le problème de l'admission d'un recours judiciaire ultérieur en cas d'aggravation du préjudice.

avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire »²⁰⁹² est révélateur de cette absence de prise de position sur la qualification contractuelle spécialement applicable aux accords amiables. Car depuis la réforme du divorce opérée en 2004, le législateur n'a de cesse que de développer la contractualisation du divorce en favorisant l'accord des époux et parents quant au choix et l'aménagement des effets de leur divorce²⁰⁹³, ainsi que le recours aux processus de résolution amiable permettant de parvenir à sa conclusion : audience obligatoire de conciliation menée par le juge ou médiation familiale proposée ou enjointe par le juge. Toutefois le contenu de ces accords peut, dans le temps, nécessiter une révision. Ce peut être par exemple au regard de l'évolution des ressources d'un époux ou parent pour la fixation d'une prestation compensatoire ou d'une pension alimentaire pour l'entretien et les charges de l'enfant. Pareille révision s'accommode mal des effets déclaratif et extinctif découlant de l'autorité de chose transigée du contrat de transaction.

Dès lors, en pratique, les conventions de divorce, les conventions d'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale ou les actes sous signature privée contresigné par avocats ne reçoivent pas systématiquement la qualification de contrat de transaction par les parties. D'autant que ces conventions peuvent faire l'objet d'une homologation et dans ces cas d'un contrôle de leur contenu par le juge ou, pour ce qui concerne la convention de divorce par consentement *extrajudiciaire* visé comme un acte sous signature privée, d'un contresignement des avocats et d'un contrôle par le notaire lors du dépôt au rang de ses minutes²⁰⁹⁴. De même qu'elles peuvent faire l'objet d'une révision judiciaire au visa de l'article 373-2-13 du Code civil, pour laquelle les réformateurs de la justice du XXIème siècle favorisent encore les aménagements amiables en prévoyant, à titre expérimental et à peine d'irrecevabilité pouvant être relevée d'office par le juge, une tentative obligatoire de révision amiable par médiation familiale²⁰⁹⁵.

b) Les incidences sur l'opposabilité de la convention de divorce

²⁰⁹² Voy. les art. 229-1 à 229-4 CCiv.

²⁰⁹³ Voy. Circ. du 26 janv. 2017 *de présentation des dispositions de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n° 2016-1547 du 28 déc. 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale*, BOMJ 30 juin 2017, n° 2017-06.

²⁰⁹⁴ *Ibid.* : Le notaire effectue un contrôle relatif au respect du délai de réflexion de quinze jours imparti entre la rédaction de la convention de divorce et sa signature, ainsi qu'un contrôle sur les exigences formelles de la convention de divorce prévues du 1° au 6° de l'article 229-3 CCiv. et de ses annexes.

²⁰⁹⁵ Voy. l'art. 7 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle* disposant notamment que « [...] les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, ainsi que les stipulations contenues dans la convention homologuée peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande du ou des parents ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non. À peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge ou le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation familiale [...] ».

1291. Le principe légal de l’opposabilité de la convention de divorce. Le législateur a spécialement prévu à l’article 262 du Code civil, tel que modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle* que « *la convention ou le jugement de divorce est opposable aux tiers, en ce qui concerne les biens des époux, à partir du jour où les formalités de mention en marge prescrites par les règles de l’état civil ont été accomplies* ». Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation juge qu’est inopposable aux créanciers du mari une convention passée entre les époux au cours de l’instance en divorce et dont les effets sont suspendus au prononcé du divorce, en application de l’article 1451 du Code civil, tant que les formalités de mention en marge de l’article 262 du Code civil n’ont pas été accomplies²⁰⁹⁶. En revanche, les juges accueillent l’action du représentant des créanciers de l’époux en liquidation judiciaire demandant l’annulation de l’état liquidatif de communauté établi en période suspecte par convention des époux. Les dispositions de l’article L. 632-1 du Code de commerce prohibant certains actes passés en période suspecte étant d’ordre public, elles prévalent sur celles des articles 262 et 1104 du Code civil qui ne concernent que les créanciers individuels de l’un ou l’autre des époux²⁰⁹⁷. Mais l’acte de cession consistant, pour le mari en liquidation judiciaire, à abandonner à son ex-épouse, dans la convention définitive de divorce, sa part de l’immeuble commun à titre de pension alimentaire est inopposable à la procédure collective²⁰⁹⁸.

1292. L’emprise du droit commun des contrats. L’opposabilité des conventions de divorce se trouve en conséquence soumise au droit commun des contrats. C’est dire que si une convention de divorce est qualifiée par les parties de contrat de transaction, celle-ci devrait être soumise aux règles de l’article 262 du Code civil et plus largement au droit commun des contrats. Il serait donc fait exception à l’application du principe d’inopposabilité du contrat de transaction posé à l’article 2051 du Code civil.

En effet, lorsque l’on se tourne vers les dispositions consacrées au contrat spécial de transaction, nous constatons, malgré la suppression d’un nombre conséquent d’articles dans le

²⁰⁹⁶ Cass. com. 9 nov. 1993, n° 91-18.489, *Bull. civ.* IV, n° 388, p. 382.

²⁰⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2000, n° 97-21.119, *Bull. civ.* I, n° 19, p. 12; *D.* 2000, AJ 103, obs. A. Lienhard ; *ibid.* somm. p. 333, obs. J. Revel ; *Defrénois* 2000, p. 652, obs. J. Massip ; *Dr. fam.* 2000, n° 48, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 2000, p. 553, obs. J. Hauser ; *RTD com.* 2000, p. 460, obs. A. Martin-Serf – Ég. dans le même sens : Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2003, n° 01-17.971, *Bull. civ.* I, 2003, n° 136, p. 107 ; *D.* 2003, p. 2655, note P.-G. Marly.

²⁰⁹⁸ Cass. com. 26 avr. 2000, n° 97-10.335, *Bull. civ.* IV n° 81, p. 71; *D.* 2000, AJ p. 263, obs. A. Lienhard; *JCP* 2000, I, 269, n° 5, obs. Ph. Pétel ; *LPA*, 28 févr. 2001, note C. Paquette-Dessaigne.

cadre de la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle²⁰⁹⁹, principalement en ce qui concerne les vices du consentement, que l'article 2051 du Code civil a été maintenu. Celui-ci prévoit le principe d'inopposabilité du contrat de transaction en ces termes : « *la transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux* ». Cette disposition spécifique à l'accord amiable transactionnel instaure une dérogation au principe de l'effet relatif des conventions laquelle s'impose par le jeu de l'article 1105 du Code civil²¹⁰⁰. Toutefois, ce principe d'inopposabilité de l'accord amiable transactionnel, de prime abord absolu, se trouve remis en cause sous couvert de l'effet particulier de ce contrat.

B. La remise en cause du principe d'inopposabilité de l'accord amiable transactionnel

1293. Une remise en cause jurisprudentielle en faveur de l'application du droit commun des contrats. Nous constatons que certaines jurisprudences battent en brèche le principe d'inopposabilité du contrat de transaction prévu à l'article 2051 du Code civil.

Ainsi dans le cadre d'une cession de parts sociales d'une société, un tiers à qui avait été promis le paiement de 30% du prix de cession s'était vu opposé l'accord amiable transactionnel réduisant ce prix de cession. La chambre commerciale de la Cour de cassation juge alors que « si en principe les conventions n'ont d'effet qu'à l'égard des parties, elles constituent des faits juridiques dont peuvent être déduites des conséquences de droit à l'égard des tiers ; or, la transaction qui avait réduit le prix de cession constituait en l'espèce un tel fait juridique »²¹⁰¹. Au regard de cette jurisprudence faisant fi d'une disposition de son droit spécial, c'est le droit commun des contrats qui s'applique au contrat de transaction. Sur le fondement des articles 1103 et 1199 alinéa premier du Code civil, l'accord amiable transactionnel devient opposable aux tiers. Dans la même veine jurisprudentielle, cette même chambre commerciale a retenu que la transaction est opposable en cas de difficultés économiques ultérieures et retient que l'accord amiable transactionnel est opposable aux organes de la procédure ouverte ultérieurement²¹⁰²,

²⁰⁹⁹ Th. Clay, « l'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXIème siècle » - Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 », *JCP G* 28 nov. 2016, n° 48, doct. 1295 : Ces dispositions étaient considérées comme des redites du droit commun des contrats.

²¹⁰⁰ Les règles générales du droit commun des contrats s'appliquent sous réserve des dispositions particulières à chaque contrat nommé.

²¹⁰¹ Cass. com., 31 mars 2009, n° 08-15.655, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 686, note C. Boillot.

²¹⁰² Cass. com., 13 oct. 1998, n° 96-13.933, NP : « l'arrêt énonce à bon droit que la transaction est opposable au liquidateur, dès lors que celui-ci n'allègue pas qu'elle a été conclue en fraude des droits des créanciers du débiteur [...] ».

excepté si elle entre dans le champ des nullités de la période suspecte²¹⁰³. La première chambre civile de la Cour de cassation, avait par ailleurs déjà admis que les tiers peuvent se prévaloir de la conclusion de l'accord amiable transactionnel en tant que fait²¹⁰⁴. L'opposabilité de la transaction est donc appréciée largement par les juges faisant peu de cas de l'article 2051 du Code civil dont le maintien dans le cadre de la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle semble en conséquence discutable.

1294. L'application de l'effet relatif du droit commun des contrats à l'accord amiable transactionnel. Si l'accord amiable transactionnel est opposable aux tiers, elle est également régie par l'effet relatif du droit commun des contrats. En référence à l'alinéa premier de l'article 1199 du Code civil, le contrat ne créant d'obligations qu'entre les parties, les tiers ne sont pas liés par l'accord amiable y compris quand celui-ci est qualifié de contrat de transaction. Cela signifie qu'il ne peut être imposé à celui qui ne l'a pas accepté. L'accord amiable ne pouvant les rendre créanciers ou débiteurs, les tiers ne sont tenus à aucune obligation et n'ont pas la possibilité de demander l'exécution forcée de l'accord amiable. Ce principe de relativité en ce qui concerne l'accord amiable transactionnel se manifeste sans réserve à l'égard des tiers, totalement étrangers au contrat, qualifiés de *penitus extranei*. Pléthore d'exemples illustre la rigueur de ce principe et ce, quelle que soit la matière concernée par le règlement amiable des litiges²¹⁰⁵. Celui qui renonce à son droit d'agir en consentant à un

²¹⁰³ Cass. com., 26 juin 2001, n° 98-16.479, NP, *Rev. proc. coll.* 2002, p. 275, note G. Blanc ; Cass. com., 2 oct. 2001, n° 98-19.694, *Bull. civ.* IV, n° 154 ; Cass. com., 11 févr. 2004, n° 01-16.868, *Rev. proc. coll.* 2004, p. 385, note G. Blanc ; Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-15.619, *Rev. proc. coll.* 2008, p. 60, note G. Blanc – Voy. ég. S. Neuville, « La transaction suspecte, observations sur la notion de transaction au regard des nullités de la période suspecte », *D.* 2000, p. 571.

²¹⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 12 déc. 1960, *Bull. civ.* I, 1960, n° 538 : cette solution a été, notamment, retenue afin de permettre à des parents de se prévaloir de la transaction réglant les effets patrimoniaux du divorce entre leur fille et leur gendre afin de prouver qu'ils étaient libérés à l'égard de ce dernier de toute obligation financière – Ég. Cass. soc., 15 mars 1962, *Bull. civ.* IV, 1962, n° 289.

²¹⁰⁵ P. ex. en droit des successions : Cass. req., 2 janv. 1977, *DP* 1877, 1, p. 1 pour une transaction conclue entre un héritier légal et un légataire universel n'ayant aucun effet obligatoire pour les autres héritiers ou Cass. civ., 3 janv. 1883, *DP* 1883, 1, p. 457 pour un légataire à titre particulier ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 juill. 1981, *Bull. civ.* I 1981, n° 250 : dans la même logique, une transaction conclue entre des cohéritiers n'engage pas les autres successibles – En droit des biens : CA Paris, 21 févr. 1995, *D.* 1995, somm. p. 271, pour une transaction conclue entre un copropriétaire, les autres copropriétaires et un syndic n'ayant aucune force obligatoire pour le syndic en l'absence de respect de la procédure nécessaire à son engagement ; dans le même esprit, Cass. civ. 2^{ème}, 29 nov. 1978, *Bull. civ.* II, 1978, n° 254 pour un arrangement amiable conclu entre un promoteur et un entrepreneur, celui-ci ne pouvant prévoir d'obligations à la charge du syndicat des copropriétaires de l'immeuble, objet des travaux ; par ailleurs, Cass. civ. 3^{ème}, 17 déc. 1996, n° 95-13.903, NP pour une transaction passée entre un voisin et le syndicat de copropriété prévoyant la renonciation à une action en démolition d'une extension de construction non autorisée en contrepartie d'une indemnité, celle-ci n'a pas d'effet obligatoire pour les copropriétaires qui ne sont pas parties à la transaction à titre personnel – En matière de bail : CA Versailles, 4^{ème} ch., 4 déc. 1987, *JurisData* n° 1987-048776, une transaction ayant pour parties un bailleur et un occupant, ne peut avoir d'impact sur la situation du locataire – En droit du travail : Cass. soc., 7 juin 1995, *Bull. civ.* V, 1995, n° 18 et 189 ; *JCP E* 1995, II, 764 la chambre sociale de la Cour de cassation juge par exemple que le contrat de transaction liant un employeur et son

contrat de transaction doit, et c'est un préalable nécessaire, y consentir²¹⁰⁶. Cette règle n'est cependant pas impérative et les parties peuvent prévoir des dérogations conventionnelles expressément consenties. Au regard de ces jurisprudences, l'opposabilité et l'effet relatif de l'accord amiable transactionnel semblent être traités de manière classique, soumis à l'emprise du droit commun des contrats et fédérant les accords amiables peu apportant l'attribution d'une qualification transactionnelle.

1295. La promotion de l'effet extinctif de l'accord amiable transactionnel.

Toutefois, cette impression est trompeuse, car au-delà de l'application du droit commun des contrats, la jurisprudence promeut l'efficacité du contrat de transaction en ce qu'elle constitue une convention abdicative produisant un effet extinctif et un effet déclaratif²¹⁰⁷. Par la conclusion d'un accord amiable transactionnel, le créancier renonce, contre une concession réciproque de son débiteur, à son droit d'agir à son encontre et crée, de ce fait, une nouvelle situation : le contrat de transaction créant un état de droit nouveau.

Cet effet extinctif pourrait être alors cantonné aux seules parties à l'accord amiable, sur le fondement du droit commun de l'effet relatif des contrats ou bien, sur le fondement du droit spécial du contrat de transaction au regard de l'autorité de chose « transigée »²¹⁰⁸ de l'article 2052 du Code civil. L'effet extinctif est en réalité étendu au-delà des parties, à l'égard des tiers à l'accord amiable transactionnel alors même que l'article 2051 du Code civil semble poser un principe absolu d'inopposabilité du contrat de transaction. D'aucuns considèrent ainsi que le principal enjeu concerne non pas tant l'opposabilité aux tiers du contrat de transaction que l'opposabilité par les tiers de celui-ci²¹⁰⁹. Et cette opposabilité par les tiers à la conclusion du contrat de transaction prend en pratique deux formes en jurisprudence : en premier lieu, les juges reconnaissent que l'accord amiable transactionnel est opposable par certains tiers, dont la qualité justifie qu'ils en profitent indirectement **(1)** ; toutefois et en second lieu, la

salarié sur les conséquences d'un licenciement, n'était pas en mesure de faire obstacle à ce que l'Assedic conteste le bien-fondé du licenciement – En matière d'indemnisation : Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, n° 95-13.860, *Bull. civ. I*, n° 137. et Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 1999, n° 97-15.146, *Bull. civ. I*, n° 253 pour l'accord amiable transactionnel conclu entre la victime et l'auteur du dommage n'ayant pas pour conséquence d'engager l'assureur de ce dernier.

²¹⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1976, n° 74-13.266, *Bull. civ. I*, n° 94 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1993, n° 91-18.737, *Bull. civ. I*, n° 241 ; *RTD civ*, 1994, p. 634, note P.-Y. Gautier.

²¹⁰⁷ P. Paillet, « L'opposabilité de la transaction aux tiers », *op. cit.*

²¹⁰⁸ L. Weiller, *La liberté procédurale du contractant*, Préface J. Mestre, Th. PUAM, 2004, spéc. 540 ; G. Deharo, « L'autorité de chose transigée », *Gaz. Pal.* 30 nov. et 1^{er} déc. 2005, p. 2.

²¹⁰⁹ N. Borga, « Les effets de la transaction », in W. Dross et B. Mallet-Bricout (dir.), *La transaction : propositions en vue de la réforme du Titre XV Livre troisième du Code civil « Des transactions »*, La Documentation française, perspectives sur la justice, 2014, p. 199 ; Ég. P. Paillet, « L'opposabilité de la transaction aux tiers », *op. cit.*

jurisprudence va encore au-delà en retenant que l'accord amiable transactionnel produit un effet *erga omnes* : à l'égard de tous (2).

1) L'opposabilité de l'accord amiable transactionnel fondé sur la qualité du tiers

1296. Ayant cause, caution, assureur, coobligé solidaire, cofidélisateur solidaire.

Certains tiers au regard de leur qualité, peuvent se prévaloir indirectement de l'effet extinctif de l'accord transactionnel. Une solution, qui selon les tiers concernés, s'analyse au regard de la transmission d'une universalité ou de droits (a), du principe de l'accessoire (b), du principe d'indemnisation (c) ou encore, d'une manière plus discutable et discutée, s'explique par le mécanisme de la représentation (d).

a) L'effet extinctif fondé sur le principe de transmission

1297. À l'égard des ayants cause à titre universel. Les effets de l'accord amiable transactionnel à l'égard des ayants cause diffèrent en fonction de l'étendue de leur titre.

Les ayants cause à titre universel, c'est-à-dire ceux qui ont acquis par voie successorale l'universalité des biens de leur auteur ou une quote-part de cette universalité²¹¹⁰, sont représentés par les héritiers légaux et les légataires universels. L'ancien article 1122 du Code civil disposait qu'« *on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause* », ces derniers étaient tenus de poursuivre l'exécution d'un accord amiable transactionnel en lieu et place de leur auteur. Toutefois, ce principe de transmission de la qualité de contractant n'étant pas d'ordre public, il pouvait être mis en échec par une clause insérée à l'accord amiable transactionnel. Le nouvel article 1205 tel qu'issu de la réforme du droit des contrats²¹¹¹ pose le principe selon lequel « *on peut stipuler pour autrui* ». Les solutions relatives aux ayants cause à titre universel demeurent.

En conséquence, le traitement de cette catégorie d'ayants cause à l'égard de l'accord amiable transactionnel suppose que soit opérée une nette distinction entre la nature des droits invoqués : si l'ayant-cause entend se prévaloir d'un droit personnel, il n'est pas lié par l'accord amiable transactionnel tandis que s'il invoque un droit du *de cuius* en qualité d'héritier, il le devient. Cette dichotomie est particulièrement importante en matière d'indemnisation du préjudice lié au décès de la victime principale après que celle-ci ait transigé avec le

²¹¹⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Ayant-cause à titre universel ».

²¹¹¹ Disposition non modifiée par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018, *préc.*

responsable. Alors que l'ayant-cause, qui agit en réparation du préjudice subi par son auteur, est tenu par le contenu de l'accord amiable transactionnel, il ne l'est plus lorsqu'il agit pour obtenir la réparation de son propre préjudice en qualité de victime par ricochet²¹¹². Dès lors, les termes de l'accord amiable transactionnel conclu entre le responsable et la victime principale ne peuvent interférer sur le droit à réparation des victimes par ricochet²¹¹³.

1298. À l'égard des ayants cause à titre particulier. Les ayants cause à titre particulier sont les personnes qui acquièrent un ou plusieurs droits déterminés de leur auteur, tels que l'acheteur, le donataire, le coéchangiste, le légataire particulier d'une chose ou d'une somme d'argent auquel sont transmises les créances relatives au bien acquis mais non les obligations (sauf exceptions légales)²¹¹⁴. La question se pose de savoir l'ayant-cause à titre particulier peut être lié par l'accord amiable transactionnel signé par leur auteur avant le transfert du droit.

En principe et par opposition aux ayants cause à titre universel, les ayants cause à titre particulier restent tiers à l'accord amiable transactionnel et ne sont pas tenus par ses termes. Cependant, cette règle se trouve tempérée en fonction de l'objet de la transaction. Si cette dernière avait pour objet le bien transféré à l'ayant-cause, ce dernier est susceptible de perdre sa qualité de tiers. Cette solution, qui trouve son fondement dans la notion d'obligation *propter rem*, a été retenue dans des décisions anciennes concernant des accords amiables transactionnels ayant trait à des immeubles²¹¹⁵ ou à la transmission d'entreprise²¹¹⁶.

b) L'effet extinctif fondé sur le principe de l'accessoire

1299. Le cas des tiers cautions. L'effet extinctif de l'accord amiable transactionnel peut être indirectement invoqué par les cautions sur le fondement du principe de l'accessoire. Une caution ne peut en effet être tenue au-delà de l'obligation du débiteur principal. En raison de l'identité des dettes de la caution et du débiteur, la réduction de la dette convenue entre le

²¹¹² Cass. civ., 28 mai 1906, *DP* 1909, 1, p. 124 et Cass. civ., 21 avr. 1913, *S.* 1914, 1, p. 5.

²¹¹³ Sur ce point, une interrogation a pu être soulevée relativement à l'application de l'article 6 de la loi du 5 juillet 1985 en matière d'accident de la circulation qui prévoit « *que le préjudice subi par un tiers du fait des dommages causés à la victime directe d'un accident de la circulation, est réparé en tenant compte des limitations ou exclusions applicables à l'indemnisation de ces dommages* ». Il convient de déterminer si une transaction conclue par la victime principale relève ou non des limites à l'indemnisation de la victime. L'ensemble du dispositif législatif révélant l'autonomie du traitement du préjudice personnel subi par la victime par rapport à celui de la victime principale, impose une réponse négative.

²¹¹⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Ayant cause à titre particulier ».

²¹¹⁵ CA Pau, 10 août 1891, *DP* 1892, 2, p. 543 et Cass. req., 24 janv. 1898, *DP* 1899, 1, p. 109.

²¹¹⁶ Cass. soc., 13 oct. 1960, *Bull. civ.* IV, 1960, n° 867.

créancier et le débiteur principal lui profite indirectement. Cette position est à rapprocher de celle de l'assureur.

c) L'effet extinctif fondé sur le principe de l'indemnisation

1300. La notion de tiers payeur. Dans l'hypothèse de la conclusion d'un accord amiable réglant l'indemnisation d'un dommage se pose la question de la situation des tiers payeurs, d'autant que le législateur soumet expressément l'accord amiable indemnitaire au régime spécial du contrat de transaction des articles 2044 et suivants du Code civil. Les tiers payeurs – personnes ou organismes tenus d'indemniser la victime d'un accident – sont essentiellement représentés par les compagnies d'assurances de responsabilité et par la caisse de sécurité sociale qui, après avoir versé, à la victime, les prestations prévues par la législation sociale peuvent prétendre à exercer un recours subrogatoire légal contre le responsable de l'accident. Il convient dès lors de mesurer la portée de l'accord amiable transactionnel signé entre deux protagonistes à l'égard du troisième. Deux hypothèses doivent ainsi être distinguées : la conclusion de l'accord amiable transactionnel peut tout d'abord intervenir entre la victime et le responsable et il s'agit alors de déterminer dans quelle mesure elle est opposable aux tiers payeurs **(I)** ; ensuite, la problématique peut concerner l'opposabilité de l'accord amiable transactionnel conclu par le tiers payeur soit avec la victime, soit avec le responsable **(II)**.

I. L'opposabilité de l'accord amiable transactionnel conclu entre la victime et le responsable

1301. Les tiers concernés. L'opposabilité de l'accord amiable transactionnel peut concerner l'assureur ou la sécurité sociale.

1302. Concernant le tiers assureur. Le principe indemnitaire justifie que l'effet extinctif de l'accord amiable transactionnel puisse être étendu à l'assureur en responsabilité. La Cour de cassation juge ainsi que ce dernier ne peut être tenu au-delà des obligations de son assuré²¹¹⁷. La solution dépend en réalité étroitement de la teneur des clauses prévues dans la police d'assurance qui, d'une manière générale, règlent le sort de ce type d'accord amiable transactionnel dans le même sens. Ainsi, sont déclarées inopposables les contrats de transaction

²¹¹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 1998, n° 96-12.489, *Bull. Civ. I*, n° 224 ; *D.* 1999, somm., p. 227, note. H. Groutel – Ég. Cass. civ. 2^{ème}, 17 janv. 2008, n° 06-21.857, NP.

signés entre l'assuré et la victime sans l'accord de la compagnie d'assurance²¹¹⁸. Cette solution s'étend logiquement au cas où l'accord amiable transactionnel a été conclu entre l'assuré et un tiers subrogé dans les droits de la victime²¹¹⁹. En revanche, l'assureur est considéré comme ayant renoncé à cette inopposabilité dans l'hypothèse où il a participé, sans réserve, à la réalisation des opérations d'expertises et aux pourparlers²¹²⁰. Quoiqu'il en soit et à l'égard de la caution comme de l'assureur en responsabilité, l'effet extinctif de l'accord amiable transactionnel est le même. La limitation du montant du préjudice convenu entre l'assuré et sa victime profite indirectement à l'assureur. L'article L. 124-2 du Code des assurances prévoit que l'assureur peut stipuler que l'accord amiable transactionnel intervenu en dehors de lui, lui est inopposable. Une clause d'inopposabilité peut être ainsi insérée au contenu de l'accord amiable indemnitaire transactionnel au profit de l'assureur. La cour de cassation reconnaît le même effet extinctif de l'accord amiable transactionnel, de manière plus originale, à l'égard des tiers coobligés solidaires.

Concernant la situation de la caisse de sécurité sociale. L'article L. 376-3 du Code de la sécurité sociale retient une solution très proche de celle issue des polices d'assurance puisque le contrat de transaction ne lui est opposable que si elle a été invitée à participer à sa conclusion par lettre recommandée, le règlement amiable devenant définitif que quinze jours après l'envoi de cette lettre²¹²¹. Ce dispositif est appliqué de manière plus ou moins rigoureuse par les juges. En principe, si la Caisse de sécurité sociale n'a pas été avisée dans les formes et les délais prévus, l'accord amiable transactionnel lui est inopposable et ce, même si elle a eu connaissance de sa conclusion par un autre moyen²¹²² ou par le fait qu'elle avait le même avocat que la victime²¹²³. Dans le même esprit, la condition d'opposabilité n'est pas remplie lorsque la lettre recommandée n'a pas été envoyée à la bonne adresse²¹²⁴. En revanche, les juges ont pu considérer que, du moment où la Caisse de sécurité sociale ne contestait pas avoir reçu la lettre dans les délais, le fait que cette dernière n'ait pas été envoyée en recommandé

²¹¹⁸ Voy. l'art. L. 124-2 C. assur.

²¹¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1970, *Bull. civ. I*, 1970, n° 25 ; *D.* 1970, p. 772.

²¹²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juill. 1986, *Bull. civ. I*, 1986, n° 216 ; *RGDA* 1986, p. 595.

²¹²¹ Notons, qu'une solution identique est retenue lorsque le tiers payeur est l'État qui indemnise, partiellement ou totalement, un fonctionnaire victime en application des règles de la fonction publique. Ainsi, quels que soient les termes du contrat de transaction signée par la victime, l'État peut procéder à un recours subrogatoire contre le responsable. L'accord amiable transactionnel ne lui sera opposable que si sa participation a été sollicitée par voie de lettre recommandée avec accusé de réception.

²¹²² Cass. soc., 16 déc. 1976, *Bull. civ. V*, 1976, n° 687.

²¹²³ Cass. soc., 10 oct. 1968, *Bull. civ. V*, 1968, n° 436.

²¹²⁴ Cass. soc., 10 mai 2002, *Bull. civ. V*, 2002, n° 687.

était indifférent²¹²⁵. Un assouplissement a également été introduit par la législateur dans le cas où plusieurs caisses sont concernées par le même sinistre. Si les juges estiment, d'une manière générale, que les exigences posées à l'article L. 376-3 du Code de la sécurité sociale doivent être remplies à l'égard de chaque caisse²¹²⁶, l'article 34 de la loi *Badinter* du 5 juillet 1985 a introduit un allègement en matière d'accident de la circulation. Selon ce dispositif, « *l'organisme de sécurité chargé du remboursement des soins représente auprès du responsable des dommages ou de l'assureur de celui-ci, et pour la conclusion d'une transaction, les organismes de sécurité sociale chargés de la couverture des autres risques et du versement de prestations familiales* ».

Comme en droit commun des contrats, la sanction de l'inopposabilité doit être clairement différenciée de la nullité. Ainsi, l'accord amiable transactionnel inopposable à la Sécurité sociale restant valable entre les parties²¹²⁷, la victime ne peut, par exemple, réclamer à l'assureur du responsable le versement d'une rente non prévue au contenu de l'accord amiable afin de compenser la cessation de son versement par la Sécurité sociale²¹²⁸. Dans les hypothèses où les conditions de l'opposabilité du contrat de transaction ont été respectées, il appartient à l'organisme de sécurité sociale d'intervenir pour faire valoir ses droits. À défaut, l'accord amiable transactionnel lui est opposable dans les termes selon lesquels il a été conclu. Dès lors, il n'est plus en mesure d'exercer son recours subrogatoire sur les indemnités que l'assureur aurait versées à la victime en exécution de l'accord amiable transactionnel²¹²⁹. De la même façon, il n'est plus recevable à former une nouvelle demande de remboursement de frais à l'égard du tiers responsable²¹³⁰.

II. *L'opposabilité de l'accord amiable transactionnel conclu par le tiers payeurs*

1303. Concernant l'accord amiable transactionnel signé entre un organisme de sécurité sociale et le responsable. Les contours de l'opposabilité s'appliquent avec la même rigueur à l'égard de la victime qui revêt la qualité de tiers. Ainsi, les termes d'un règlement amiable conclu entre un organisme de sécurité sociale et le responsable, ne sont pas opposables à la victime qui a toujours la faculté de demander au responsable l'indemnisation totale de son préjudice. Seront alors déductibles du montant déterminé, les prestations effectivement versées

²¹²⁵ Cass. soc., 14 oct. 1998, *Bull. civ.* V, 1998, n° 548.

²¹²⁶ Cass. soc., 8 mai 1974, *Bull. civ.* V, 1974, n° 826.

²¹²⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 1966, *Bull. civ.* I, 1966, n° 733 ; *D.* 1966, somm. p. 118.

²¹²⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 14 févr. 1974, *Bull. civ.* II, 1974, n° 67 ; *JCP G* 1974, II, 17757.

²¹²⁹ Cass. crim., 6 mai 1981, *Bull. crim.* 1981, n° 147.

²¹³⁰ Cass. soc., 29 oct. 1970, *Bull. civ.* V, 1970, n° 573.

à la victime par l'organisme de sécurité sociale et non pas celles que le responsable se serait engagé à payer dans le cadre de l'accord amiable transactionnel²¹³¹. Dans le même esprit, l'acte conclu par la sécurité sociale avec l'assureur du responsable n'étant pas opposable à l'employeur du salarié victime de l'accident, ce dernier peut se prévaloir d'une décision de justice devenue définitive²¹³².

1304. Concernant la portée de l'accord amiable transactionnel signé par une compagnie d'assurances. Il s'avère que les règles de droit commun des contrats qui déterminent les contours de l'opposabilité de l'accord amiable transactionnel sont en pratique mises en échec par les termes des polices d'assurance de responsabilité. En effet et de manière systématique, ces dernières prévoient que l'accord amiable transactionnel signé entre l'assureur et la victime est opposable à l'assuré victime. Ce principe d'opposabilité peut toutefois être limité contractuellement au montant de la garantie. Au-delà de toute prévision conventionnelle, la compagnie d'assurances peut se voir accorder un mandat par la victime afin de négocier un accord amiable transactionnel. À défaut de stipulation dans la police d'assurance ou d'un mandat valable, l'accord amiable transactionnel signé par la compagnie d'assurances ne sera en revanche pas opposable à l'assuré si ce dernier n'a pas pu être en mesure d'y participer personnellement²¹³³.

d) L'effet extinctif fondé sur le mécanisme de la représentation

1305. À l'égard des tiers coobligés solidaires. À l'égard de leur créancier, les codébiteurs solidaires, sur le fondement des effets secondaires de la solidarité passive, sont censés se représenter mutuellement. Les actes accomplis par l'un des codébiteurs sont ainsi considérés avoir été faits au nom de tous les autres²¹³⁴.

Classiquement, la première chambre de la Cour de cassation juge que l'accord amiable transactionnel consenti par l'un des codébiteurs solidaires peut profiter aux autres²¹³⁵. La jurisprudence tempère toutefois cette représentation mutuelle qui ne peut être absolue,

²¹³¹ Cass. soc., 20 nov. 1969, *Bull. civ.* V, 1969, n° 630 ; *D.* 1970, somm. p. 57.

²¹³² Cass. soc., 31 oct. 2002, n° 01-20.903, *Bull. civ.* V, 2002, n° 334.

²¹³³ Cass. civ. 1^{ère}, 2 févr. 1994, n° 91-22.304, NP ; *Resp. civ. et assur.* 1994, comm. 194.

²¹³⁴ J. François, *Traité de droit civil, Les obligations, Régime général*, t. 4, Economica, 4^{ème} éd., 2017, spéc. n° 210 s.

²¹³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 27 oct. 1969, *Bull. civ.* I, n° 314 ; *RTD civ.* 1970, p. 169, note Y. Loussouarn.

puisqu'elle ne joue que dans le cas où elle confère un avantage au codébiteur²¹³⁶. La représentation en matière de solidarité passive ne joue ainsi qu'*in favorem*. Si la théorie de la représentation mutuelle a pu être critiquée comme consistant en un artifice, ou a pu être délaissée par les juges²¹³⁷, elle explique, dans ce cas, l'opposabilité de l'accord amiable transactionnel²¹³⁸.

1306. À l'égard des tiers cofidélusseurs solidaires. La solution retenue en ce qui concerne les coobligés solidaires a été transposée par la jurisprudence aux cofidélusseurs. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que « lorsque plusieurs personnes se sont portées cautions solidaires du même débiteur pour la même dette, le paiement effectué par l'une d'elles pour solde de tout compte, en vertu d'une transaction conclue avec le créancier, influe nécessairement sur la situation des autres cautions, qui n'étaient pas parties à cet accord, en ce qu'il a pour effet d'éteindre leur dette et de permettre en conséquence à la caution, qui a payé, d'exercer à leur encontre son recours personnel »²¹³⁹. En d'autres termes, l'accord amiable transactionnel qui a procuré une satisfaction intégrale au créancier, ne peut permettre à ce dernier d'agir pour le complément à l'égard des autres cautions solidaires. L'effet utile de l'accord amiable transactionnel reste intact. Concrètement et au regard du contenu du contrat de transaction, il convient d'apprécier l'étendue de la concession réciproque réalisée par le créancier. Dès lors, deux hypothèses peuvent se présenter en pratique : soit, la concession porte sur le solde de la créance et dans ce cas le créancier s'interdit de poursuivre les autres cautions ; soit, elle ne porte que sur une partie seulement de la créance, par exemple à hauteur de la part contributive du *solvens* dans la dette, auquel cas le créancier réduit seulement la créance d'autant. L'extinction ou la réduction de la dette générée par la conclusion de l'accord amiable transactionnel profite donc aux cofidélusseurs.

Exception est toutefois faite aux charges qui figurent au contenu de l'accord amiable transactionnel qui ne pourront être imposées au cofidélusseur non signataire. La chambre commerciale a été amenée à se prononcer sur ce point dans une affaire où deux cautions

²¹³⁶ Cass. civ., 16 déc.1891, *DP* 1892, p. 177, note E. Cohandy, *S.* 1893, 1, p. 81, note A. Tissier – Ég. Cass. civ. 1^{ère}, 27 oct. 1969, *préc.* : « Si le mandat que les débiteurs solidaires sont censés se donner entre eux ne saurait avoir pour effet de nuire à leur situation respective, il leur permet, en revanche, de l'améliorer ».

²¹³⁷ J. François, *Traité de droit civil, Les obligations, Régime général, op. cit.*, n° 210 ; *adde* D. Veaux et P. Veaux-Fournerie, « La représentation mutuelle des coobligés », in *Mélanges A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 547.

²¹³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 27 oct. 1969, *préc.* – Ég. Cass. com., 28 mars 2006, n° 04-12.197, *Bull. Civ.* IV, n° 85 ; *D.* 2006, p. 2381, note A.-L. Thomas-Raynaud ; *RDC* 2006, p. 806, note X. Lagarde ; *RTD civ.* 2006, p. 766, note J. Mestre et B. Fages.

²¹³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2007, n° 05-20.314, *Bull. civ.* I, n° 264 ; *Defrénois* 2008, art. 38726, note P. Théry ; *JCP G* 2007, II, n° 101195, note D. Gallois-Cochet ; *JCP E* 2008, act. 1036, n° 9, note Ph. Simler.

solidaires avaient conclu un accord amiable transactionnel avec leur créancier. L'accord amiable prévoyait que le créancier concéderait aux cautions une réduction de la dette garantie à condition qu'elles renoncent à leur recours contre le débiteur principal. Un troisième cofidélusseur, non signataire à l'accord, après avoir remboursé les cautions signataires avait alors exercé son recours contre le débiteur. La question se posait de savoir si l'accord amiable pouvait être opposé à ce cofidélusseur non signataire sur le fondement de la renonciation par ses cofidélusseurs à leurs recours prévus à l'accord amiable transactionnel. La Haute juridiction refuse cette opposabilité et juge que le cofidélusseur poursuivi pour sa part et portion par les deux autres cautions signataires « s'est acquitté, au même titre que [celles-ci], du paiement partiel de la dette du débiteur, de sorte qu'il détenait personnellement une créance sur [celui-ci] »²¹⁴⁰. Le cofidélusseur pouvait donc exercer son recours personnel. En d'autres termes, dans la mesure où ses cofidélusseurs ont pour leur part renoncé à leur recours personnel en concluant l'accord amiable transactionnel, le cofidélusseur non signataire qui ne peut vraisemblablement exercer son recours subrogatoire, peut toujours exercer son recours personnel. Ce recours personnel ne peut être paralysé par un accord amiable transactionnel auquel il n'est pas partie.

D'aucuns critiquent cette solution en ce qu'elle suppose de distinguer toujours selon que le contenu de l'accord amiable transactionnel profite ou non à la caution, sur le fondement d'une représentation mutuelle qui ne jouerait donc qu'*in favorem*²¹⁴¹. Pour un auteur, cette théorie de la représentation mutuelle *in favorem* ne justifierait qu'imparfaitement cette solution et propose « un autre fondement tenant à la nature particulière du contrat de transaction ». Ainsi, « l'effet extinctif de la transaction ne joue peut-être pas tant ici en raison de la qualité spécifique du tiers qui l'invoque, le coobligé solidaire, mais en raison des effets particuliers de la renonciation que renferme la transaction »²¹⁴². Plus que la solidarité, la renonciation contenue à l'accord amiable transactionnel expliquerait ses solutions, mais également que l'effet extinctif de la renonciation puisse être invoqué, au-delà encore, par tout intéressé.

²¹⁴⁰ Cass. com. 1^{er} oct. 2013, n° 12-23.975, *Bull. civ.* IV, n° 142 ; *JCP E* 2014, act. 1325, note Ph. Simler ; *Bull. Joly Entreprises en difficulté* 2014, p. 39, note S. Brena ; *RD bancaire et fin.*, 2013, comm. 193, note D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 310-311, p. 15, note M. Mignot ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 338-339, p. 17, note M.-P. Dumont-Lefrand ; *Banque et droit* 2013, n° 152, p. 45, note F. Jacob ; *RLDC* 2013/110, n° 5310, note P. Pailler – Ég. Cass. com. 18 oct. 1982, n° 81-14.228, *Bull. civ.* IV, n° 316 (au sujet de l'autorité de chose jugée) – Ég. Cass. com., 4 oct. 1983, n° 82-12.415, *Bull. civ.* IV, n° 245, *JCP G* 1985, II, n° 20374, note D. Veaux : en matière de tierce opposition, la Cour de cassation jugeant que la caution n'ayant pas participé à l'instance ne peut s'en prévaloir.

²¹⁴¹ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis-Litec, 9^{ème} éd., 2010, n° 462, p. 340 et D. Veaux et P. Veaux-Fournerie, « La représentation mutuelle des coobligés », *préc.*, p. 547 : la théorie de la représentation *in favorem* est dénoncée par les uns pour n'être qu'une « fable » et pour les autres « un folklore juridique ».

²¹⁴² P. Pailler, « L'opposabilité de la transaction au tiers », *op. cit.*

2) L'effet extinctif *erga omnes*

1307. La distinction entre les notions de renonciation et d'accord amiable transactionnel. La renonciation est l'acte de disposition par lequel une personne – abandonnant volontaire un droit déjà né dans son patrimoine (droit substantiel ou action en justice) – éteint ce droit (renonciation à une créance, à un usufruit, à une servitude) ou s'interdit de faire valoir un moyen de défense ou d'action (renonciation à une prescription acquisitive, Art. 2250 CCiv., à une exception de nullité, etc.)²¹⁴³. La renonciation est ainsi un acte ayant un caractère à la fois abdicatif et unilatéral²¹⁴⁴. En conséquence, même si la renonciation est intégrée à l'accord amiable transactionnel dont elle constitue la concession réciproque de l'une des parties au différend, elle ne se trouve pas dissoute par l'accord amiable.

Concernant cette distinction, la Cour de cassation réunie en chambre mixte a jugé qu'un administrateur légal doit obtenir l'autorisation du juge des tutelles pour passer un acte qui – visé comme un « arrangement amiable » sans avoir été spécialement qualifié par les parties de contrat de transaction – contenait une renonciation à un droit²¹⁴⁵. Le régime du contrat de transaction n'absorbe pas celui de la renonciation, qui produit des propres effets. À l'égard des tiers, la renonciation, dès lors qu'elle présente un caractère suffisamment général et qu'elle a été consentie sans réserve, s'analyse comme un fait juridique produisant un effet extinctif. Dès lors, le renonçant renonce à l'égard de tous²¹⁴⁶.

1308. Illustrations en droit social. L'étude de la jurisprudence révèle que la renonciation, au titre du contenu de l'accord amiable transactionnel, peut être invoquée par tout intéressé. Comme le fait observer un auteur, « il ne s'agit pas ici d'imposer une renonciation à un tiers, mais bien de faire produire, à l'égard des tiers, l'effet extinctif d'une renonciation, de portée générale, qui figurait dans la transaction »²¹⁴⁷. Une illustration éclaire le propos.

Dans une affaire, une branche d'activité avait été cédée par une société cédante au profit d'une société cessionnaire et les contrats de travail rattachés à cette branche d'activité transférés à une société repreneuse. À la suite de cette cession, la société cessionnaire a été mise en liquidation judiciaire et les salariés licenciés pour motif économique. Ces derniers

²¹⁴³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Renonciation ».

²¹⁴⁴ Y. Seillan, « L'acte abdicatif », *RTD civ.* 1966, p. 686 ; D. Houtcieff, *Rép. Civ. Dalloz*, V° Renonciation, Mars 2014 – Ég. P. Raynaud, « La renonciation à un droit – sa nature et son domaine en droit civil », n° 22 s.

²¹⁴⁵ Cass. ch. mixte, 29 janv. 1971, n° 67-93.320, *Bull. crim. chre. mixte* n° 34 ; *D.* 1971, jur., p. 301, concl. R. Lindon, note J. Hauser et E. Abitbol.

²¹⁴⁶ Y. Seillan, « L'acte abdicatif », *op. cit.*, n° 49.

²¹⁴⁷ *Ibid.*

demandent alors d'une part, leur réintégration dans la société cédante en application de l'ancien article L. 1224-1 du Code du travail relatif au transfert des contrats de travail et, d'autre part, le paiement d'indemnités auprès des sociétés cédante et cessionnaire. Les salariés concluent avec la société cédante, dans ce cadre, un accord amiable transactionnel par lequel ils renoncent à toute action judiciaire concernant leur contrat de travail. Puis, outrepassant cet engagement amiable, les salariés agissent contre la société cessionnaire en paiement d'indemnités pour licenciement abusif. En application du principe de droit commun de l'effet relatif des contrats, la transaction ne produit pas d'effet extinctif direct à l'égard des tiers, de sorte que l'accord amiable transactionnel qui lie les salariés à la société cédante ne devrait pas produire d'effet à l'égard de la société cessionnaire. Toutefois, à l'occasion de cette affaire, la chambre sociale de la Cour de cassation juge que « si l'effet relatif des contrats interdit aux tiers de se prévaloir de l'autorité d'une transaction à laquelle ils ne sont pas intervenus, ces mêmes tiers peuvent néanmoins invoquer la renonciation à un droit que renferme la transaction »²¹⁴⁸. Un tiers peut donc invoquer la renonciation à un droit que renferme un accord amiable transactionnel. Cette solution a été réaffirmée par cette même chambre en 2013 dans une affaire assez similaire²¹⁴⁹.

1309. Une solution généralisée. La chambre sociale de la Cour de cassation fait donc produire un effet *erga omnes* à la renonciation figurant au contenu de l'accord amiable transactionnel, par exception au principe de l'inopposabilité du contrat de transaction spécialement prévu à l'article 2051 du Code civil comme au principe de l'effet relatif du contrat de l'ancien article 1165, devenu les articles 1199 et 1200 du Code civil. Et cette solution est également adoptée par la première chambre civile de la Cour de cassation, qui en 2003 puis 2011, retient le même raisonnement²¹⁵⁰. Une position qui, d'un point de vue juridique, peut paraître tout à fait étonnante.

La haute juridiction fait ainsi produire pleine efficacité à l'accord amiable transactionnel.

En réalité, plus que de conférer un caractère absolu à l'autorité de chose transigée du contrat de transaction, la Cour de cassation prend le soin de rappeler systématiquement le principe de l'effet relatif. Un rappel opéré sur le fondement du droit spécial de la transaction au visa de l'article 2051 du Code civil ou sur celui du droit commun de l'ancien article 1165,

²¹⁴⁸ Cass. soc., 14 mai 2008, n° 07-40.946 à 07-41.061, *Bull. civ.* V, n° 106 ; *JCP G* 2008, II, n° 10139, note P. Morvan ; *D.* 2008, p. 2117, note E. Serverin ; *JSL* 2008, n° 235, p. 10, note M. Hautefort.

²¹⁴⁹ Cass. soc. 20 nov. 2013, n° 10-28.582, *Bull. civ.* V, n° 277 ; *RDC* 2014, p. 243, note S. Pellet ; *JCP S* 2014, act. 1207, note A. Bugada ; *Gaz. Pal.* 23 janv. 2014, p. 9, note J.-M. Garinot ; *Bull. Joly Entreprises en difficulté* 2014, p. 106, note A. Donnette.

²¹⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 2003, n° 01-00.890, *Bull. Civ.* I, n° 60 et Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 2011, n° 10-10.728, NP ; Voy. ég. X. Lagarde, « La transaction et les tiers : tentative de clarification d'une question complexe », *RDC* 2005, p. 413.

devenu les articles 1199 et 1200 du Code civil. Il ne s'agit donc pas de remettre en cause l'effet relatif du contrat de transaction, mais de faire produire ses effets, comme le jugent la première chambre civile et la Chambre sociale de la Cour de cassation, à la « renonciation à un droit que la transaction renferme ». C'est en conséquence la théorie de la renonciation unilatérale qui justifie cette solution.

1310. Conclusion de la Sous-Section I relative à l'effet inhérent à tout accord amiable : la Force obligatoire

Les juges veillent incontestablement à l'effet utile de l'accord amiable transactionnel au travers de la reconnaissance de l'opposabilité de la renonciation que ce contrat spécial renferme et servant les buts de la résolution ou la prévention définitive du différend. Ce positionnement rapproche l'accord amiable transactionnel des accords amiables non spécialement qualifiés de contrat de transaction, soumis au droit commun des contrats. L'analyse de l'opposabilité du l'accord amiable transactionnel par les tiers remet en effet en cause le régime spécial de ce contrat tout en révélant le rôle fédérateur du droit commun des contrats servant, de manière générale, l'efficacité des accords amiables. Mais au-delà encore, c'est toute la technique contractuelle qui peut être mise en œuvre dans le cadre du recours à des processus ou procédures de résolution amiable des différends servant la négociation et la conclusion de l'accord amiable, en amont de son exécution. Le tiers missionné œuvre en effet à la prise en compte des tiers susceptibles d'être impactés par la conclusion de l'accord amiable. Médiateur, conciliateur ou avocats collaboratifs doivent ainsi veiller au contexte général du différend et aux implications de tiers non directement parties au différend afin de les amener à la négociation de la conclusion de l'accord amiable. L'enjeu demeure celui de la pleine efficacité des accords amiables : éviter le risque de voir les prévisions de l'accord amiable bouleversées par l'attitude de tiers.

À l'égard des parties, la force obligatoire entraîne un principe d'intangibilité de l'accord amiable qui, dans le cadre de l'accord amiable transactionnel renforce encore l'autorité de chose transigée conférée à l'article 2052 du Code civil. C'est dire que l'accord amiable transactionnel peut être difficilement remis en cause. Il semble toutefois possible, au regard de la réforme du droit des contrats que celui-ci puisse faire l'objet d'une renégociation ou d'une révision judiciaire lorsqu'un changement de circonstances imprévisible lors de sa conclusion du contrat rend son exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque. Nous pensons à cet égard, à l'aggravation du préjudice de la victime d'un accident ayant transigé avec l'assureur ou le Fonds d'indemnisation et dont l'aggravation de

l'état de santé s'aggraverait suite à la conclusion de l'accord amiable transactionnel indemnitaire, sans que cette aggravation n'ait été prévisible au moment de la conclusion de l'accord et entraîne des conséquences financières lourdes pour cette victime qui n'en avait évidemment pas accepté le risque.

Sous-Section II – Le droit commun des contrats au service du renforcement des forces de l'accord amiable

1311. Variations autour des forces de l'accord amiable. Le droit commun des contrats offre des outils permettant de renforcer l'accord amiable bénéficiant naturellement de sa force obligatoire à l'égard des parties et des tiers à l'acte. Cette force peut être conjuguée avec l'autorité de chose transigée lorsque l'accord, nous l'avons compris est qualifié de contrat de transaction. Indifféremment de la qualification applicable, tout accord amiable transactionnel ou non peut se voir attribuer une force probante (§1) ainsi qu'une force exécutoire (§2) garantissant sa pleine efficacité.

§1. Le droit commun au service de la force probante de l'accord amiable

1312. Position du problème. Nous avons constaté que l'accord amiable n'est pas défini par le législateur. Bien qu'il soit évoqué au titre de l'objectif des processus ou procédures de résolution amiable des différends, aucune indication légale n'impose un écrit à l'accord amiable, y compris dans certains droits spéciaux de la résolution amiable tel que l'accord amiable issu de du droit des entreprises en difficulté ou encore en matière de médiation des litiges de la consommation. Toutefois, la nécessité – par sécurité juridique – d'établir un écrit semble pouvoir se déduire de certaines dispositions, en particulier dans le cadre de la mise en œuvre *judiciaire* de processus ou procédures de résolution amiable des différends faisant état de la possibilité de faire « constater » le contenu de l'accord intervenu entre les parties. Cette possibilité ressort également des dispositions relatives à l'accord amiable intervenant au terme d'une conciliation en droit des entreprises en difficulté. La doctrine pour sa part, de manière récurrente, précise que l'accord issu des processus ou procédures de résolution amiable des différends peut prendre la forme d'un acte sous signature privée soumis aux articles 1372 et suivants du Code civil.

Par ailleurs, si l'on se réfère au contrat de transaction, les réformateurs de la justice du XXIème siècle ont maintenu, à la suite de la définition donnée à ce contrat spécial à l'article

2044 alinéa premier du Code civil, ce qui apparaît comme l'exigence d'un écrit en matière d'accord amiable transactionnel. L'alinéa second du texte prévoit, comme à l'origine de l'édition du Code civil, que « *ce contrat doit être rédigé par écrit* ». Est-ce à dire que le contrat de transaction consiste en un contrat solennel ?

1313. Rappel du caractère consensuel de l'accord amiable. Concernant l'accord amiable non qualifié de transactionnel, la jurisprudence considère que le seul échange des consentements des parties au différend suffit à caractériser la formation de l'accord amiable. Cette position fait de l'accord amiable, un contrat consensuel. L'article 1109 du Code civil – tel qu'issu de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016²¹⁵¹ – dispose à cet égard que « *le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression* ». Par opposition, le contrat est dit solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi. À cet égard, l'alinéa second de l'article 2044 du Code civil en exigeant que le contrat de transaction soit écrit pourrait laisser présager l'attribution d'un caractère solennel à ce accord amiable spécial. Cette disposition a soulevé une questionnement relatif à l'exigence pour le contrat de transaction d'un écrit *ad probationem* ou *ad validatem*. La jurisprudence²¹⁵² comme la doctrine²¹⁵³ considèrent de manière quasi unanime que cette règle pose qu'une condition de preuve. Cette solution qui n'est pas pour l'heure remise en question implique que l'accord amiable transactionnel n'est pas un contrat solennel, mais un contrat consensuel.

Il convient donc d'analyser ce qui constitue l'affirmation d'un principe de preuve écrite, indépendamment de toute qualification spéciale attribuée à l'accord amiable **(A)**. Toutefois, l'accord amiable n'étant pas forcément écrit, le simple échange des consentements suffit à caractériser sa formation, de sorte que se pose la question de l'admission de preuves remplaçant l'écrit **(B)**.

²¹⁵¹ Disposition non modifiée par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.*

²¹⁵² Cass. req., 2 août 1927, *Gaz. Pal.* 1927, 2, p. 883 – Ég. Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1986, *Bull. civ.* I, n° 174 ; *JCP G* 1986, IV, 155 ; *D.* 1986, IR p. 300 – *Adde* CA Nancy, 1^{er} juill. 2009, *JurisData* n° 2009-379619 : l'écrit n'étant qu'une condition de preuve, les juges estiment qu'il ne peut être rédigé qu'après l'exécution de la transaction – Pour une décision ambiguë se référant à l'exigence de l'écrit en matière d'accord amiable transaction, Cass. civ. 3^{ème}, 29 mars 2000, n° 97-18.273, NP : La troisième chambre civile de la Cour de cassation au visa de l'article 2044 alinéa second du Code civil rappelle dans un chapeau que « la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ; que ce contrat doit être rédigé par écrit » pour sanctionner une cour d'appel qui n'avait pas relevé l'existence d'un accord des parties, donné par écrit ou constaté par le juge »

²¹⁵³ Aubry et Rau, *op. cit.* n° 1, t. 6, § 42. – Ég. A. Bénabent, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 2014, n° 101. – P. Chauvel, *Transaction, Rép. civ. Dalloz*, 2011, n° 393.

A. Le principe d'un écrit *ad probationem*

1314. Le renvoi au droit commun de la preuve et l'apport de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Puisque l'écrit imposé par l'alinéa second de l'article 2044 du Code civil n'a qu'une valeur *ad probationem*, le contrat de transaction, à l'instar de l'accord amiable non qualifié de contrat de transaction, se trouvent soumis aux règles de preuve des actes juridiques de droit commun prévues, depuis la réforme aux articles 1359 et suivants du Code civil. La jurisprudence rappelait régulièrement que le contrat de transaction doit être rédigé par écrit et se trouve en conséquence soumis aux règles de preuve édictées par l'ancien article 1341 du Code civil, devenu les articles 1359 et suivants du Code civil²¹⁵⁴. Afin de mesurer la portée de ce principe de l'écrit à force probante, il convient d'en préciser les contours **(1)** et modalités **(2)**.

1) Les contours du principe de la preuve par écrit

1315. Position du problème. Malgré la soumission de l'accord amiable transactionnel au droit commun de la preuve des actes juridiques, la jurisprudence, en matière d'accord amiable transactionnel, est venue préciser les règles en vigueur en dissociant la question de la preuve de l'existence de l'accord amiable transactionnel **(a)**, régie par des exigences restrictives, de celle de la preuve de son contenu **(b)**, soumise à un système plus libéral.

a) Le principe de la preuve de l'existence de l'accord amiable

1316. Signification. Au visa de l'alinéa second de l'article 2044 du Code civil, la preuve de l'accord amiable transactionnel suppose dans toutes les hypothèses un écrit. Cette exigence de portée générale se révèle plus contraignante qu'en matière de droit commun de la preuve puisqu'elle intervient indifféremment de la valeur du contrat, que celle-ci soit inférieure ou supérieure à 1 500 euros²¹⁵⁵.

En conséquence, afin de reconnaître l'existence de la conclusion de l'accord amiable transactionnel, les juges devant nécessairement relever la présence d'un écrit ne peuvent se référer uniquement au comportement des parties. L'accord amiable transactionnel ne peut donc

²¹⁵⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, n° 93-15.626, *Bull. civ. I*, n° 360 ; *JCP G*, 1995, IV, p. 315 ; *JCP N* 1996, II, 270 ; *Gaz. pal.* 23-25 juin 1996, pan., p. 156.

²¹⁵⁵ Cass. civ., 8 janv. 1879, *S.* 1879, p. 216 – De manière plus contemporaine : Cass. civ. 2^{ème}, 26 juin 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 2, somm. p. 222.

être tacite²¹⁵⁶, ce qui différencie ce contrat de la technique judiciaire étudiée de l'acquiescement. Au regard de cette distinction, découle la question d'une sous-distinction entre le problème de l'accord amiable transactionnel tacite et celui de l'acceptation implicite. Si, en théorie, une telle acceptation apparaît difficilement conciliable avec l'exigence probatoire d'un écrit, elle est pourtant admise, comme en droit commun des contrats, en fonction des circonstances. Tel est le cas, par exemple, du silence gardé par le destinataire de l'offre, déjà en relations d'affaires avec le pollicitant²¹⁵⁷ ou de l'exécution spontanée des engagements prévus dans l'offre de transiger²¹⁵⁸. La conclusion de l'accord amiable transactionnel peut donc valablement s'effectuer par le biais d'une acceptation tacite, tandis que l'accord amiable transactionnel ne peut pas être, quant à lui, entièrement tacite.

En conséquence, l'exigence de l'écrit semble être mise en œuvre de toute sa rigueur lorsqu'il s'agit de prouver l'existence de l'accord amiable transactionnel. Cependant, certaines limites à ce principe peuvent être dégagées.

1317. Les limites au principe de la preuve par écrit de l'existence de l'accord amiable transactionnel. Cette contrainte d'ordre probatoire connaît des limites tenant soit à des circonstances particulières, soit à l'interférence du régime de la preuve en vigueur dans certaines branches du droit.

Tout d'abord, et selon une jurisprudence constante, dans l'hypothèse où l'accord amiable transactionnel a été exécuté volontairement, la preuve écrite devient inutile²¹⁵⁹. Cette solution est générale en droit commun des contrats et s'applique en conséquence à l'accord amiable non transactionnel.

Ensuite, en matière commerciale, la question de savoir si l'exigence de l'écrit probant de l'existence de l'accord amiable transactionnel s'est posée dans la mesure où prime en principe, dans ce domaine la liberté probatoire. Alors que des décisions très anciennes exprimaient certaines hésitations²¹⁶⁰, la Cour de cassation a décidé de faire primer le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale sur le principe de preuve écrite spécifique au contrat de transaction, en admettant la preuve par témoin ou par présomption²¹⁶¹.

²¹⁵⁶ Cass. soc., 13 janv. 1955, *Bull. civ.* IV, n° 38.

²¹⁵⁷ CA Paris, 21 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. p. 48.

²¹⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2003, n° 01-03.016, *Bull. civ.* I, n° 119.

²¹⁵⁹ CA Fort-de-France, 13 avr. 1950, *JCP* 1950, II, 5989. Notons que cet arrêt a été cassé mais sur le fondement d'un autre motif : Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 1953, *Bull. civ.* I, n° 155.

²¹⁶⁰ P. ex., CA Bourges, 12 août 1871, *S.* 1873, 2, p. 161.

²¹⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 26 déc. 1950, *Bull. civ.* I, n° 268 ; *S.* 1952, 1, p. 37.

b) La preuve du contenu de l'accord amiable

1318. Le rejet de l'exigence d'une preuve écrite. Bien que l'article 2044 du Code civil semble fixer un principe de l'écrit probant de portée générale, la jurisprudence a assoupli cette exigence en instaurant une distinction en fonction de l'objet de la preuve. L'exigence de l'écrit n'est en effet plus requise lorsqu'il s'agit de prouver le contenu ou les modalités d'exécution du contrat²¹⁶². Le principe de la liberté probatoire joue alors pleinement dans ces hypothèses. Cette solution, basée sur une dichotomie non prévue par les textes, n'est pas propre au régime du contrat de transaction et correspond à l'état du droit en vigueur pour d'autres contrats²¹⁶³ et s'applique en conséquence, à l'accord amiable non transactionnel.

1319. La portée de la non-exigence d'une preuve écrite. La portée de cet allègement doit cependant être strictement analysée. Les modifications relatives aux modalités d'exécution de l'accord amiable transactionnel supposent en effet pour être valables des conditions de forme en raison de l'autorité de chose « transigée », qui lui est attachée²¹⁶⁴.

2) Les modalités de l'écrit probatoire

1320. Le rôle fédérateur du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. L'écrit nécessaire pour apporter la preuve d'un accord amiable transactionnel ne doit répondre, en principe, à aucune exigence de forme particulière. Dès lors, tout type d'écrit étant recevable, à la condition d'avoir valeur de preuve littérale²¹⁶⁵. L'accord amiable peut être constaté judiciairement **(a)**, ou encore prendre la forme d'un acte sous signature privée **(b)** et être contresigné par avocats **(b)**.

a) Le constat d'accord et le procès-verbal d'accord

1321. En matière de droit commun procédural de la résolution amiable des différends. Dans le cadre *judiciaire*, l'article 129-1 du Code de procédure civile dispose que les parties peuvent toujours, en matière de conciliation, demander au juge de constater leur

²¹⁶² Cass. soc., 22 juin 1960, *Bull. civ.* IV, n° 671.

²¹⁶³ P. ex. pour le mandat : Cass. civ., 10 juill. 1945, *D.* 1946, p. 181, note P. Mimin – Pour le contrat de bail : Cass. civ. 3^{ème}, 22 janv. 1970, *Bull. civ.* III, n° 50.

²¹⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, n° 93-15.626, *Bull. civ.* I, n° 360 ; *JCP G* 1995, IV, p. 315 ; *JCP N* 1996, II, 270 ; *Gaz. Pal.* 23-25 juin 1996, pan. p. 156.

²¹⁶⁵ Cass. soc., 29 févr. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, pan. jurispr. p. 270.

conciliation. L'article 130 du Code relatif à la conciliation déléguée à un conciliateur de justice prévoit que la teneur de l'accord amiable, même partiel peut être consigné dans un procès-verbal signé par les parties et le juge ou dans un constat signé par les parties et le conciliateur de justice. En revanche, les dispositions relatives à la médiation judiciaire demeurent silencieuses en ce qui concerne la possibilité pour le médiateur de constater l'accord amiable des parties. Pourtant, en pratique le constat paraît utile afin d'attester de la fin de la procédure de résolution amiable et de ce que les parties sont parvenues ou non, ou encore que partiellement à la conclusion d'un accord amiable.

La question se pose de savoir si le constat signé entre le conciliateur de justice ou le médiateur d'une part, et les parties d'autre part, doit seulement faire mention de la réussite ou de l'échec de la conclusion de l'accord amiable ou bien, si le constat doit reprendre précisément le contenu de l'accord amiable intervenu entre les parties. En effet, dans le cas où l'une des parties contesterait en justice la conclusion de l'accord amiable, le constat pourrait être produit en justice, ce qui affecterait le principe de confidentialité de l'accord amiable. Mais plus encore, c'est davantage la question de la publicité liée au jugement de donner acte par lequel les parties saisissent le juge pour qu'il constate l'existence de la conclusion de l'accord amiable qui serait de nature à affecter la confidentialité couvrant la résolution amiable du différend.

Nous relevons que la possibilité d'établir pareil constat est prévu dans le cadre extrajudiciaire par le législateur. Ainsi l'article 1540 au titre de la conciliation « conventionnelle » menée par un conciliateur de justice prévoit qu'en cas de conciliation, même partielle, il peut être établi un constat d'accord signé par les parties et le conciliateur de justice. Ce texte dispose encore que la conciliation peut également être contresignée dans un constat signé par le conciliateur et une ou plusieurs parties lorsque l'une ou plusieurs d'entre elles ont formalisé les termes de l'accord auquel elles consentent dans un acte signé par elles et établi hors la présence du conciliateur de justice. Dans cette hypothèse, il incombe au conciliateur de justice de viser l'acte dans le constat et de l'annexer à celui-ci. C'est dire qu'une contestation sur la conclusion de l'accord amiable et la production en justice du constat lèvera alors la confidentialité sur le contenu de l'accord amiable à l'égard du juge. Par ailleurs, les dispositions relatives à la médiation dite « *conventionnelle* » ne se révèle pas aussi précises et ne prévoit pas la possibilité de l'établissement d'un constat d'accord issu de la médiation. Toutefois, il convient de relever que l'article 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, texte fondateur d'un droit au recours effectif à la résolution amiable prévoit que le principe de confidentialité peut être levé lorsque que la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation – entendue de manière générale – est nécessaire pour

sa mise en oeuvre ou son exécution. Cette disposition induit que le constat du tiers missionné – conciliateur ou médiateur – peut contenir le contenu de l'accord amiable, lequel sera, en cas de difficulté d'exécution produit en justice afin d'attester de la preuve de l'intervention de la conclusion d'un accord amiable.

1322. En matière de droits spéciaux de la résolution amiable des différends. Nous pouvons prendre pour illustration le cas de l'accord amiable intervenant au terme d'une conciliation en droit des entreprises en difficulté. Le chef d'entreprise débiteur a, en principe, le choix entre deux démarches consistant : soit à faire constater l'accord amiable intervenu entre lui et ses principaux créanciers ou cocontractants habituels ; soit à faire homologuer l'accord. Nous réservons cette dernière possibilité au cas de l'homologation. Le débiteur peut donc se contenter de faire constater judiciairement l'accord intervenu, en préservant la confidentialité totale de l'accord amiable puisque la décision judiciaire constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours. Le président du tribunal de commerce est saisi, au visa de l'article L. 611-8 I du Code de commerce, sur requête conjointe des parties et statue par ordonnance au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant que ce dernier ne trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou que ce dernier y met fin. L'accord est alors déposé au greffe et des copies peuvent être délivrées aux parties, ces copies valant alors titre exécutoire en application de l'article R. 611-39 du Code de commerce.

Cette constatation judiciaire de l'accord amiable donne force exécutoire à ce dernier et met fin à la procédure de conciliation.

b) L'accord amiable sous la forme d'acte sous signature privée

1324. Les difficultés de mise en oeuvre. En matière d'acte sous signature privée, le droit commun s'applique aux vises des articles 1372 et suivants du Code civil. Deux éléments essentiels conditionnent alors la valeur probatoire de l'écrit : la signature des parties **(I)** et la production d'originaux multiples **(II)**.

I. La signature de l'ensemble des parties au différend

1325. En pratique. L'écrit doit comporter la signature de l'ensemble des parties. Plus précisément, leur signature, afin d'éviter le risque d'abus de blanc-seing, doit apparaître en fin

d'acte et non en marge ou en début²¹⁶⁶. Par ailleurs, chaque partie est tenue de se conformer à cette obligation et pas uniquement l'une d'entre elles. Les juges du fond ont ainsi eu l'occasion de ne pas reconnaître la portée probatoire d'un support écrit dans lequel ne figurait que la signature de l'une des parties²¹⁶⁷.

Par ailleurs, dans l'hypothèse particulière où le contrat est passé par le biais d'un mandataire, le mécanisme de la représentation suppose que la signature du représentant soit exigée.

II. *La production d'originaux multiples*

1326. La justification du caractère synallagmatique des accords amiables. Les accords amiables, qualifiés ou non de contrat de transaction relèvent de la catégorie des contrats synallagmatiques et doivent en conséquence répondre à la condition relative au nombre d'originaux posée à l'article 1325 du Code civil. Ce que ne manque pas de rappeler la jurisprudence²¹⁶⁸. Dès lors, la production doit être faite en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Les parties à l'accord amiable peuvent toutefois n'établir qu'un seul exemplaire qui sera alors déposé entre les mains d'un tiers, un notaire par exemple.

1327. Les exceptions au principe de production d'originaux. Cette exigence n'a pas lieu d'être dans trois situations.

Tout d'abord, dans l'hypothèse où l'une des parties délivre à l'autre une quittance afin de prouver l'exécution de l'accord amiable, elle n'est pas soumise à la règle des originaux multiples. Cette solution se justifie par la nature juridique de la quittance qui, analysée comme un acte unilatéral, se trouve donc exclue du champ d'application de l'article 1325 du Code civil²¹⁶⁹.

Ensuite, la règle du double original n'a plus d'intérêt à s'appliquer quand l'une des parties exécute son obligation dès la conclusion de l'accord amiable. Seule la partie restée

²¹⁶⁶ CA Lyon, 7 avr. 1938, *S.* 1938, 2, p. 194.

²¹⁶⁷ CA Paris, 21e ch., sect. B, 6 févr. 1986, *JurisData* n° 1986-024578 et CA Bordeaux, 3e ch : Dans cette espèce, des contrats de transactions avaient été conclus entre un employeur et son salarié et la signature de l'un ou de l'autre faisait défaut.

²¹⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 27 déc. 1962, *Bull. civ.* I, n° 564.

²¹⁶⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 1968, *Bull. civ.* I, n° 12 ; *RGAT* 1968, 347 : Cette décision est relative à une quittance que les compagnies d'assurances demandent de signer aux victimes lorsqu'elles versent l'indemnité prévue dans le contrat de transaction.

créancière ayant besoin d'un exemplaire, la violation du dispositif de l'article 1325 du Code civil ne peut être valablement invoquée²¹⁷⁰.

Enfin, cette formalité n'est plus requise lorsque l'accord amiable résulte d'un échange de lettres. Si ces dernières doivent être signées, la pluralité des exemplaires ne s'impose pas puisque chaque partie dispose d'une preuve de ses droits grâce à la lettre reçue de l'autre. Toutefois, ce mode particulier de constitution d'un contrat soulève des difficultés de mise en œuvre propres, notamment, relativement au rôle des juges en matière d'interprétation de l'intention véritable des parties ou encore à l'égard du problème des lettres émanant d'un échange non pas entre les parties mais entre leurs avocats. En effet, doit être prise en compte dans ce cas l'obligation du secret professionnel qui est susceptible de constituer un obstacle à la production en justice de ces lettres en vue de prouver l'existence d'un accord amiable. Notons, à cet égard, que les solutions jurisprudentielles tendent à admettre une entorse au secret professionnel avec l'autorisation du bâtonnier²¹⁷¹.

1328. La question de la sanction applicable au défaut de formalisme. Lorsque le support écrit de l'accord amiable ne répond pas aux formalités probatoires, la sanction applicable n'est pas la nullité de l'acte. Dans ce cas, l'écrit ne revêt pas la qualité de preuve littérale mais, selon une jurisprudence ancienne, il peut tout de même constituer, en dépit de l'absence de signature ou du nombre d'exemplaires originaux requis, un commencement de preuve par écrit²¹⁷².

Toutefois, dans certaines circonstances, le respect d'un formalisme particulier est imposé par la loi au nom de la protection de l'une des parties. Ce formalisme *ad validatem* est présent principalement en droit des assurances pour les accords amiables indemnitaires transactionnels conclus à la suite d'un accident. Le support écrit comportant l'ensemble des mentions obligatoires devient alors une condition de validité de l'accord amiable transactionnel et non plus une simple condition de preuve.

c) L'accord amiable contresigné par avocats

1329. Le poids de la signature des rédacteurs d'actes. Le législateur en édictant la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 *de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et*

²¹⁷⁰ Cass. civ., 8 janv. 1900, *DP* 1904, 1, p. 606.

²¹⁷¹ P. ex. Cass. soc., 24 avr. 1985, *Bull. civ.* V, n° 253 et Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 1988, *Bull. civ.* I, n° 90.

²¹⁷² Cass. civ., 28 nov. 1864, *DP* 1865, 1, p. 105.

*certaines professions réglementées*²¹⁷³, dite Loi Bételle, est venue modifier la loi n° 71-1130 du 30 décembre 1971 *portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*²¹⁷⁴ en créant le contresing de l'avocat au travers de trois dispositions dont deux – les articles 66-2-3 et 66-3-3 de la loi – ont été abrogées par la réformateurs de la justice du XXIème siècle pour les reprendre au titre de l'article 1374 du Code civil. L'article 66-3-1 de la Loi de 1971 dispose ainsi qu' « *en contresignant un acte sous seing privé, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte* ». L'article 1374 tel qu'issu de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations reprend les dispositions initialement prévue par la Loi Bételle. Le texte prévoit ainsi que « *l'acte sous signature privée contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait foi de l'écriture et de la signature des parties, tant à leur égard, qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause* ». Par ailleurs, la procédure de faux prévue par le Code de procédure civile lui est applicable. Par ailleurs, cet acte est dispensé de tout mention manuscrite exigée par la loi²¹⁷⁵.

À cet égard, nous relevons que la convention de divorce par consentement mutuel extrajudiciaire est visée par le législateur comme un « *acte sous signature privée contrasignée par avocats, déposé au rang de sminutes d'un notaire* ». C'est dire que par leur contresing les avocats de chacun des époux attestent avoir pleinement l'époux qu'il conseille sur les conséquences juridiques de la convention de divorce, au risque de voir leur responsabilité professionnelle engagée. Le dépôt au rang des minutes du notaire permettant quant à lui, l'obtention de la force exécutoire mais également probante à l'acte juridique. Excepté dans le cadre de la convention de divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, l'accord amiable, qu'il soit qualifié de contrat de transaction ou non n'est aucunement soumis à une obligation de contresing des avocats rédacteurs d'actes, lesquels engagent potentiellement leur responsabilité professionnelle au titre de leur obligation d'information et de conseil.

Toutefois, nous constatons, qu'en matière de procédure participative, marquée par la présence des avocats collaboratifs assistants les parties au différend dans la résolution amiable. L'article 1546-3 relatif aux actes contresignés par avocats dans le cadre de la procédure participative aux fins de mise en état, précise que par ces actes précisés dans la convention de procédure participative, le sparties peuvent : constater les faits qui ne l'auraient pas été dans la convention ; déterminer les points de droit auxquels elles entendent limiter le débat, dès lors

²¹⁷³ JO 29 mars 2001, n° 0074,

²¹⁷⁴ JO 5 janvier 1972, p. 131.

²¹⁷⁵ B. Pillet, « Le contresing de l'avocat et la responsabilité civile professionnelle du rédacteur d'acte », *AJ fam.* 2011, p. 300.

qu'ils portent sur des droits dont elles ont la libre disposition ; convenir des modalités de communication de leurs écritures ; recourir à un technicien ou encore désigner un conciliateur de justice ou un médiateur. Cette disposition atteste par ailleurs d'une possibilité de panachage des procédures de résolution amiable des différends, une pacerelle étant ainsi jeté en une forme de négociation directe de la solution du différend entre parties et avocats et la conciliation ou la médiation supposant l'intervention d'un tiers neutre, impartial et indépendant.

B. Les preuves de l'accord amiable remplaçant l'écrit

1330. L'expression du rôle fédérateur du droit commun de la preuve des obligations. L'écrit imposé à l'article 2044 du Code civil n'ayant qu'une portée probatoire, c'est en définitive le régime général de la preuve des obligations qui s'applique. Dès lors pour l'accord amiable transactionnel, comme pour l'accord amiable non soumis au régime spécial transactionnel, il est envisageable de mettre en œuvre les autres modes de preuve prévus par le droit commun de la preuve en matière d'actes juridiques. Au visa de l'article 1361 du Code civil, tel qu'issu de la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016²¹⁷⁶, sont admissibles les preuves considérées comme équivalentes à l'écrit **(1)** et le jeu des témoignages et des présomptions **(2)**. Nous relevons que les règles en vigueur ne présentent pas d'originalité à l'égard de l'accord amiable transactionnel par rapport aux solutions retenues pour les autres types de contrat. Ces solutions s'appliquent donc à tout accord amiable qualifié ou non de contrat de transaction.

1) Les preuves équivalentes à l'écrit

1331. L'admission des preuves absolues. À l'instar de tous les contrats, l'aveu judiciaire et le serment décisive s'imposent comme preuves absolues, et sont admissibles en matière d'accord amiable, peu importe que celui-ci soit qualifié de contrat de transaction.

1332. Concernant l'aveu judiciaire. L'aveu judiciaire se définit comme l'aveu fait au cours de l'instance par une partie ou son fondé de pouvoirs, devant les juges ou arbitres, ou devant l'un d'eux. Il convient de préciser que l'aveu prouvé par procès-verbal de conciliation est volontiers considéré comme équivalent à un aveu judiciaire²¹⁷⁷.

²¹⁷⁶ Et non modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.*

²¹⁷⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, V° « Aveu judiciaire ».

L'existence d'un accord amiable verbal peut être prouvée par cette catégorie de preuve. Toutefois, et comme pour tout contrat, la règle de l'indivisibilité, d'application problématique, est susceptible de complexifier la portée probatoire de l'aveu. Ainsi, selon les circonstances, l'absence d'indivisibilité a pu être, par exemple retenue entre la reconnaissance d'un contrat de transaction et les circonstances particulières de sa signature qui pouvaient éventuellement caractériser un abus d'autorité²¹⁷⁸. Par opposition, a été considéré comme indivisible l'aveu par le biais duquel une victime d'un dommage reconnaissait avoir transigé pour une partie de celui-ci²¹⁷⁹.

1333. Concernant le serment décisore. Le serment décisore se définit comme le serment déféré par un plaideur à son adversaire, sur des faits personnels à ce dernier, afin d'en faire dépendre la solution du litige et qui, doté de tels effets, constitue à la fois une preuve légale et un mode de disposition du droit²¹⁸⁰. La faculté d'apporter la preuve d'un accord amiable par la voie d'un serment décisore n'est pas discutée. Ainsi, la jurisprudence admet depuis fort longtemps qu'un serment décisore peut être déféré relativement à l'existence et au contenu d'un accord amiable transactionnel verbal²¹⁸¹.

2) Les preuves par témoignage et présomption

1334. Une consécration jurisprudentielle ancienne. Au regard de l'alinéa second de l'article 2044 du Code civil, la question s'est posée de savoir si l'accord amiable transactionnel peut être prouvé par témoignages et présomptions. De très anciennes décisions de juges du fond se montraient hostiles à leur admission²¹⁸². La Cour de cassation a fini par soumettre le contrat de transaction au droit commun en admettant le jeu de ces preuves dans trois hypothèses tout d'abord, en présence d'un commencement de preuve par écrit²¹⁸³, ensuite en cas d'impossibilité de produire un écrit ou, enfin, dans le cadre de litiges commerciaux.

²¹⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 28 janv. 1981, n° 79-14.501, *Bull. civ.* I, n° 33.

²¹⁷⁹ CA Colmar, 22 déc. 1954, *D.* 1954, p. 374.

²¹⁸⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.* V° « Serment décisore ».

²¹⁸¹ CA Limoges, 6 févr. 1845, *DP* 1846, 4, p. 458 ; *S.* 1845, 1, p. 763 – Ég. CA Nancy, 29 juill. 1837, *S.* 1839, 2, p. 140.

²¹⁸² CA Caen, 12 avr. 1845, *DP* 1845, 2, p. 108 – Ég. CA Nancy, 5 déc. 1867, *S.* 1868, 2, p. 3. – Ég. CA Paris, 30 nov. 1876, *DP* 1878, 2, p. 64.

²¹⁸³ Cass. civ., 24 déc. 1877, *DP* 1878, 1, p. 160 – Cass. civ. 3^{ème}, 6 févr. 1973, *Bull. civ.* III, n° 104 ; *JCP G* 1973, IV, 115 ; *D.* 1973, somm. p. 96 : « Attendu que la transaction est un contrat, et est, à ce titre, soumise aux règles édictées par l'article 1362 du Code civil, que la preuve peut en être rapportée par témoins ou présomptions lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit » – Bien plus récemment, Cass. civ. 3^{ème}, 23 janv. 1985, n° 83-13.445, NP.

1335. Les difficultés liées à la caractérisation d'un commencement de preuve par écrit. Le commencement de preuve par écrit est défini à l'article 1362 du Code civil, tel qu'issu de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations²¹⁸⁴ *comme « tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte ou de celui qu'il représente rend vraisemblable ce qui est allégué »*. En pratique, la caractérisation du commencement de preuve par écrit a pu poser difficultés. La jurisprudence considère ainsi comme un commencement de preuve par écrit, le support qui avait initialement vocation à servir de preuve littérale mais dont un élément de forme fait défaut. Il en est de même à l'égard d'une offre écrite si elle est opposée à son auteur²¹⁸⁵ ou à l'encontre d'un chèque tiré par l'une des parties au profit de l'autre qui l'a encaissé ou endossé²¹⁸⁶. Enfin, la jurisprudence a considéré comme un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution. Une solution aujourd'hui consacrée légalement à l'alinéa second de l'article 1362 du Code civil.²¹⁸⁷

En définitive, les solutions jurisprudentielles retenues en matière d'accord amiable transactionnel démontrent une appréciation souple de la caractérisation du commencement de preuve par écrit.

1336. Le commencement de preuve par écrit et les preuves complémentaires : témoignages et présomptions judiciaires. Comme en droit commun, le commencement de preuve par écrit en matière d'accord amiable doit par ailleurs être conforté par des preuves complémentaires : témoignages et présomptions judiciaires. Nous constatons qu'en matière d'accord amiable transactionnel, alors que le jeu des témoignages reste limité en pratique, celui des présomptions judiciaires fondées sur des indices est beaucoup plus répandu. Deux séries d'indices sont alors susceptibles d'être prises en compte : celle relative aux circonstances antérieures à la conclusion du contrat de transaction et celle relative aux circonstances postérieures.

Concernant les circonstances antérieures entourant la conclusion du contrat de transaction, la Cour de cassation a retenu par exemple les circonstances tenant aux tractations et

²¹⁸⁴ Non modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.*

²¹⁸⁵ Cass. civ., 9 juin 1947, *JCP G* 1947, II, 3931, note R. Rodière ; *RTD civ.* 1947, p. 440, obs. J. Carbonnier – Ég. et plus récemment, Cass. civ. 3^{ème}, 6 févr. 1973, *Bull. civ.* III, n° 104 ; *JCP G* 1973, IV, 115 ; *D.* 1973, somm. p. 96.

²¹⁸⁶ Cass. soc., 17 déc. 1962, *Bull. civ.* IV, n° 911 – Cass. soc., 28 janv. 1998, *Gaz. Pal.* 1998, pan. p. 96.

²¹⁸⁷ Voy. ég. anc. art. 1347 al. 2, issu de la Loi n° 75-596, 9 juill. 1975, *JO* 10 juill. 1975, *JCP G* 1975, III, 43063 ; *D.* 1975, p. 239.

donc au pourparlers de l'accord amiable entre les parties²¹⁸⁸. Il paraît évident que lorsqu'un processus ou une procédure de résolution amiable des différends est mis en œuvre et permet la conclusion de l'accord amiable, celle-ci peut être facilement prouvée par l'intermédiaire du tiers missionné notamment par l'établissement d'un constat d'accord amiable attestant de la réussite du processus et donc de la conclusion de l'accord amiable, sans en révéler toutefois le contenu, excepté accord des parties.

Concernant, les circonstances postérieures à la conclusion de l'accord amiable transactionnel, la jurisprudence considère, de manière très ancienne, que celles-ci peuvent être caractérisées par l'exécution de l'accord amiable transactionnel²¹⁸⁹, et ce même par voie d'abstention. En ce sens, a pu être analysé comme tel, le fait pour un bailleur d'avoir laissé son locataire dans les lieux comme le prévoyait l'accord amiable transactionnel²¹⁹⁰ ou, encore, le fait pour un maître d'ouvrage de ne pas verser les honoraires à un architecte alors même que l'accord amiable transactionnel visant à régler un litige né entre eux prévoyait la remise de la dette de ces honoraires²¹⁹¹. En revanche, a été jugée comme un indice insuffisant l'existence d'un rabais révélé par la comparaison entre un devis et une facture, car cette différence de prix pouvait s'expliquer par une raison autre que l'existence d'un accord amiable transactionnel²¹⁹².

1337. L'hypothèse de l'impossibilité de produire un écrit. En dehors de l'hypothèse pour laquelle il est possible de caractériser un commencement de preuve par écrit, la preuve par témoin ou présomption est également envisageable en cas d'impossibilité de produire un écrit suite à une impossibilité matérielle ou morale²¹⁹³. Cette hypothèse est envisagée par le droit commun de la preuve à l'article 1360 du Code civil, tel qu'issu de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations et s'applique à l'accord amiable qualifié ou non de contrat de transaction, malgré l'exigence, dans ce dernier cas, de l'écrit posée à l'alinéa second de l'article 2044 du Code civil.

1338. L'hypothèse de l'accord amiable transactionnel conclu en matière commerciale. L'exigence de l'écrit *ad probationem* n'est pas de mise en matière commerciale, domaine dans lequel prédomine la liberté de la preuve. Dans un premier temps, la jurisprudence développée au XIX^{ème} siècle a pu, au visa de l'alinéa second de l'article 2044 du Code civil,

²¹⁸⁸ Cass. soc., 8 juill. 1968, *Bull. civ.* V, n° 379.

²¹⁸⁹ Cass. req., 13 juin 1936, *DH* 1936, p. 393.

²¹⁹⁰ Cass. civ., 9 juin 1947, *RTD civ.* 1947, p. 440, obs. J. Carbonnier.

²¹⁹¹ Cass. civ. 3^{ème}, 6 févr. 1973, *Bull. civ.* III, n° 104 ; *JCP G* 1973, IV, n° 115.

²¹⁹² CA Amiens, 18 nov. 1997, *Gaz. Pal.* 1998, 2, somm. p. 713.

²¹⁹³ CA Bordeaux, 11 juill. 1898, *S.* 1899, p. 206.

refuser l'application de l'assouplissement du régime de la preuve régissant cette branche du droit pour les accords amiables transactionnels²¹⁹⁴. Toutefois les juges, ont très rapidement fait prévaloir le principe de liberté de la preuve en matière commerciale sur le dispositif spécifique au contrat spécial de transaction²¹⁹⁵.

§2. La force exécutoire applicable à tout accord amiable

1339. L'indifférence de la qualification contractuelle de l'accord amiable sur l'octroi de la force exécutoire. Peu importe que l'accord amiable soit qualifié ou non de contrat de transaction, tout acte juridique peut se voir attribuer la force exécutoire. À la différence de la force obligatoire, attribut de tout contrat et en conséquence de tout accord amiable, fut-il qualifié de contrat de transaction, la force exécutoire n'est pas un apanage naturel de l'acte juridique. Étant dépourvue de cette qualité, l'accord amiable présente une faiblesse puisque le créancier, dans la situation d'attente de l'exécution du contrat, ne peut pratiquer aucune mesure d'exécution ou de saisie contre le patrimoine du débiteur. Dès lors, l'accord amiable transactionnel ou non apparaît moins efficace que le jugement qui, lui est exécutoire lorsqu'il passe en force de chose jugée.

Reste que deux modalités permettent de conférer la force exécutoire à l'acte juridique : d'une part l'authentification **(A)** et d'autre part, l'homologation **(B)**.

A. L'accord amiable sous la forme authentifiée

1340. Définition et effets de l'acte authentique. L'acte authentique est défini à l'article 1369 du Code civil tel qu'issu de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations²¹⁹⁶. Il s'agit de l'acte qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public, ayant compétence et qualité pour instrumenter. Il peut être dressé sur support électronique. Lorsqu'il est reçu par notaire, il se trouve dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi, fait foi en justice et bénéficie de la force exécutoire. L'acte authentifié bénéficie ainsi de la force probante et de la force exécutoire.

²¹⁹⁴ CA Bourges, 12 août 1871, *S.* 1873, 2, p. 161.

²¹⁹⁵ CA Paris, 13 juin 1894, *S.* 1895, 2, p. 19 – Cass. civ., 26 déc. 1950, *Bull. civ.* n° 268 ; *S.* 1952, 1, p. 37, note R. Meurisse.

²¹⁹⁶ Disposition non modifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, *préc.*

1341. Les intérêts de l'authentification de l'accord amiable. L'authentification de l'accord amiable est en principe facultative mais s'imposera lorsque sa conclusion intervient dans le cadre de la vente immobilière pour les besoins de la publicité foncière.

Dans la mesure où l'authentification permet d'attribuer la force exécutoire, au même titre que la procédure d'homologation devant le juge, il peut paraître aux parties, afin de garantir le respect du principe de confidentialité, de recourir à l'authentification devant notaire, plutôt que devant le juge. Nous relevons à cet égard, que la convention de divorce par consentement mutuel extrajudiciaire donne lieu à un dépôt au rang des minutes d'un notaire qui en contrôle le respect des exigences formelles tenant à l'identité des époux et éventuellement des enfants, et dans ce cas que le mineur a bien été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté. L'article 229-1 du Code civil précise les effets de ce dépôt : la convention de divorce amiable se voit conférer date certaine et force exécutoire.

Nous relevons par ailleurs qu'un règlement européen en date du 4 juillet 2012 est venu préciser que les transactions judiciaires en matière successorale qui sont exécutoires dans l'État membre d'origine sont déclarées exécutoires dans un autre État membre à la demande de toute partie intéressée, la juridiction ayant approuvé la transaction ou devant laquelle elle a été conclue étant tenue, à la demande de toute partie intéressée de délivrer une attestation. Il est toutefois réservé le droit pour la juridiction auprès de laquelle un recours est formé contre la décision de déclaration constatant la force exécutoire, de refuser ou de révoquer cette déclaration que dans le cas où l'exécution de la transaction judiciaire est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre de l'exécution²¹⁹⁷.

B. L'accord amiable homologué

1342. Homologation obligatoire ou homologation optionnelle ? Dans le cadre des jugements convenus, ce sont les parties qui prennent seules l'initiative de soumettre leur accord à la décision du juge et dans le cadre d'un jugement d'homologation, le contrôle judiciaire leur est imposé.

En matière d'accord amiable transactionnel, ce contrôle apparaît très restreint puisqu'il intervient que pour les contrats de transaction concernant certains incapables ou pour ceux conclus en cours de procédure collective. Dans ce dernier cas, il s'agit d'accord amiable

²¹⁹⁷ Voy. art. 61 du Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juill. 2012, *JOUE* 27 juill. 2012, L 201/107.

transactionnels conclus par le liquidateur et autorisés par le juge-commissaire, lorsqu'ils portent sur une valeur indéterminée ou qu'elles excèdent la compétence en dernier ressort du tribunal²¹⁹⁸.

Par ailleurs, nous constatons que l'homologation est obligatoire pour les accords amiables issus des médiations mises en œuvre dans le cadre de l'action de groupe de droit commun et de certains actions de groupe spéciales²¹⁹⁹.

Outre les cas d'homologation imposée par le législateur, la simple possibilité d'homologuer l'accord amiable concerne, tout aussi bien l'accord amiable non qualifié de contrat de transaction **(1)**, que l'accord amiable transactionnel **(2)**. Il s'agit de rechercher si la qualification spécialement applicable à l'accord amiable impacte l'octroi de la force obligatoire ou si le droit d'commun des contrats joue encore pleinement son rôle fédérateur.

1) L'accord amiable non transactionnel et l'homologation

1344. Deux illustrations. Certains accords amiables, nous l'avons constaté, ne revêtent pas systématiquement la qualification spéciale de contrat de transaction et, sans être assujettis à l'application des dispositions de ce contrat spécial, demeurent uniquement soumis au droit commun des contrats. En conséquence, ils ne sont pas revêtus de l'autorité de chose transigée prévue à l'article 2052 du Code civil mais disposent néanmoins de la force obligatoire inhérente à tout contrat. Celle-ci peut s'avérer toutefois insuffisante. La force exécutoire présente alors un intérêt dans la mesure son attribution permet de mettre en jeu directement la contrainte sociale, en d'autres termes de recourir aux voies d'exécution forcée pour faire exécuter les dispositions qu'il contient. Ce caractère résulte en général de l'apposition de la formule exécutoire sur une expédition de l'acte et suppose en matière d'accord amiable le recours au juge de l'homologation. La question se pose de savoir si à cette occasion le juge de l'homologation peut être amené à contrôler le contenu de l'accord amiable et quelle est l'étendue de ce contrôle. En matière d'accord amiable non transactionnels, deux exemples appellent notre attention : tout d'abord, l'homologation de l'accord amiable issu de la conciliation en droit des entreprises en difficulté **(a)** et par ailleurs l'homologation telle qu'elle

²¹⁹⁸ L'art. L.622-7 du CCom. prévoit ainsi que « le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou à compromettre ou transiger ». La réforme opérée par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 est venue ajoutée une contrainte lorsque l'acte projeté est « susceptible d'avoir une incidence déterminante sur l'issue de la procédure », de sorte que « le juge-commissaire ne peut statuer qu'après avoir recueilli l'avis du ministère public ».

²¹⁹⁹

est instituée pour les conventions de divorce ou d'aménagement de l'autorité parentale **(b)**.

a) L'homologation de l'accord amiable en droit des entreprises en difficulté

1345. Un contrôle renforcé du contenu de l'accord amiable. Le chef d'entreprise débiteur, outre la possibilité de faire constater judiciairement l'accord amiable, peut en demander l'homologation au juge du tribunal de commerce sur le fondement de l'article L. 611-8 du Code de commerce dès lors : qu'il n'est pas en cessation, des paiements ou bien que l'accord amiable y met fin ; que les termes de l'accord amiable sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ou encore que l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires. Cette disposition du Code de commerce ne précise pas l'étendue du contrôle du juge sur le contenu de l'accord amiable. L'homologation présente l'avantage de conférer en matière de prévention des difficultés des effets importants à l'accord amiable. Celui-ci devient en effet très attractif pour les créanciers ayant accepté d'y participer, tout en conservant son caractère contractuel. Toutefois, la décision judiciaire d'homologation est alors susceptible de recours et fait l'objet d'une publicité, de sorte que les difficultés du débiteur risquent d'être dévoilées auprès d'un large public, ce qui contrarie très directement l'esprit des négociations discrètes avec les principaux partenaires et explique que l'homologation ne soit effectivement demandée que dans une petite minorité de cas²²⁰⁰.

L'accord amiable homologué ne peut être communiqué qu'aux parties et aux personnes pouvant s'en prévaloir. Il est toutefois transmis au commissaire aux comptes du débiteur, lorsqu'il existe²²⁰¹. Le jugement d'homologation lui-même, qui ne reprend pas les termes de l'accord est déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance et publicité du jugement est faite par insertion d'un avis au *BODACC*. Cette publicité est par ailleurs accomplie sur une longue période pouvant aller de Cinq à six semaines²²⁰² tout en étant communiqué au conciliateur et au ministère public. Car ce dernier peut faire appel du jugement d'homologation. Les parties à l'accord amiable sont également en mesure de faire appel mais de manière restreinte, seulement en cas de contestation relative au privilège de conciliation reconnu à certains créanciers, lequel peut être préjudiciable aux créanciers qui en sont exclus et qui ont donc un intérêt à le contester au motif que les financements ou prestations auxquels il

²²⁰⁰ V. I. Rohart-Messenger, « L'amélioration de la prévention », *Gaz. pal.* 6-7 mars 2009, n° spéc., p. 5 s.

²²⁰¹ Voy. l'art. R. 611-44 CCom.

²²⁰² Voy. les art. L. 611-10 al. 2 et R. 611-43 CCom.

est attaché ne remplissent pas les conditions légales auxquelles il est subordonné²²⁰³. Reste que l'homologation de l'accord amiable en droit des entreprises en difficulté présentent des avantages pour certains créanciers en sécurisant les actes passés en vue de l'accord homologué. Au visa de l'article L 631-8 alinéa 2 du Code de commerce, en cas d'échec de la conciliation, la période suspecte ne peut débuter avant l'homologation de l'accord et les garanties souscrites dans le cadre de cet accord ne peuvent être mises en cause. Par ailleurs, l'homologation permet l'octroi d'un privilège aux approuvés de trésorerie et aux créanciers fournisseurs et prestataires de services dans le cadre de l'accord homologué lesquels se voient également protégés du risque d'une responsabilité pour soutien abusif.

En conséquence, l'office du juge de l'homologation ne consiste pas en un simple contrôle formel. Il apprécie la viabilité de l'accord. D'aucuns visent une « véritable magistrature économique »²²⁰⁴. Comme tout juge, le juge de l'homologation ne peut modifier le contenu de l'accord amiable ou de l'influer en décidant par exemple de l'octroi de délai de grâce aux créanciers non participants à l'accord. La décision d'homologation peut toutefois être facilitée par les auditions auxquelles le juge est tenu de procéder au visa de l'article L. 611-9 du Code de commerce. Par ailleurs, il dispose du pouvoir d'entendre toute autre personne dont l'audition lui paraît utile.

b) L'homologation des conventions de divorce

1346. Un triple contrôle. Excepté en ce qui concerne le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire ou le contrôle de la convention de divorce revient au notaire, le juge, dans le cadre du divorce par consentement mutuel judiciaire se voit soumettre par les époux leur convention de divorce. Le contrôle du juge aux affaires familiales ne consiste pas en une simple formalité. Il doit convoquer en premier lieu les époux afin de les entendre séparément puis en semble, accompagné de leur(s) avocat(s). Le contrôle opéré lors de l'homologation de la convention de divorce est triple.

Ainsi, en premier lieu s'assure que les époux disposent de la capacité de divorce et ne sont pas soumis à un régime juridique de protection de type tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice. En second lieu, le juge de l'homologation contrôle le consentement des parties et, au visa de l'article 232 alinéa 1^{er} du Code civil, s'assure de l'absence de tout vice du consentement notamment lors des entretiens individuels. Enfin, il vérifie l'équilibre de la convention, la prise

²²⁰³ CA Montpellier 2 févr. 2010, *JCP E* 2010, p. 1875, obs. C Lebel.

²²⁰⁴ A. Jacquemont et R. Vabres, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 9^{ème} éd, 2015, p. 78.

en compte et le respect de l'intérêt de l'enfant ainsi que des époux. Dès lors que ce contrôle permet d'établir que les intérêts en présence sont suffisamment préservés, le juge prononce sur le champ l'homologation. Toutefois, celui-ci peut refuser l'homologation auquel cas, les parties disposent d'un délai de quinze jours pour faire appel de l'ordonnance d'ajournement.

Nous rappelons dans ce cadre, et justifiant que la qualification transactionnelle ne soit pas en pratique très souvent appliquée, l'article 373-2-13 du Code civil dispose en effet que les dispositions contenues dans la convention homologuée de divorce ou dans la convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire, ainsi que les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande des ou d'un parent ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non. Le contrôle du juge par exception peut donc venir modifier le contenu de ces conventions.

1347. En définitive, nous constatons que dans ces domaines, le contrôle du juge dans le cadre de l'homologation ne consiste pas en une simple formalité. Néanmoins, ce contrôle du juge confère toute son efficacité aux accords amiables que ceux visent à résoudre ou bien à prévenir, mais dans tous les cas de manière définitive le différend.

2) L'accord amiable transactionnel et l'homologation

1348. La question des modalités de traitement de l'accord amiable transactionnel dans le cadre de l'homologation. Dans le cas où la transaction est soumise à homologation se pose la question des modalités de son traitement. Doit-on considérer l'opération de manière globale ou bien dissocier les deux actes conventionnel et juridictionnel ?

Une solution de principe a été dégagée par la jurisprudence consistant à considérer les deux actes de manière distincte, chacun conservant sa nature juridique²²⁰⁵. De sorte que, la nature contractuelle de la transaction doit être préservée et ne se trouve aucunement altérée par l'homologation du juge²²⁰⁶. Il existe néanmoins des tempéraments dans des situations pour lesquelles la détermination des conséquences pratiques ne peut passer que par une approche globale de l'acte homologué. Dans ces hypothèses, la jurisprudence a tendance à faire primer la dimension judiciaire de l'acte sur sa dimension contractuelle. Deux illustrations éclairent cette

²²⁰⁵ I. Balensi, « L'homologation judiciaire des actes juridiques, *RTDCiv.* 1978, p. 42 et 233.

²²⁰⁶ Cass. req., 20 avr. 1857, *DP* 1857, 1, p. 396.

tendance. En premier lieu, la décision d'homologation est susceptible de faire l'objet d'un recours en appel ou d'une tierce opposition, ce qui aboutit en définitive à attaquer la transaction homologuée dont le régime exclu ce type de recours²²⁰⁷. En second lieu, il est admis que le jugement d'homologation donne lieu à une hypothèque judiciaire et ce, même s'il n'a pas fait l'objet d'une contestation²²⁰⁸.

Quoiqu'il en soit, il revient aux parties de solliciter l'intervention d'un juge pour obtenir l'exécution forcée de l'accord amiable transactionnel ce qui soulève des enjeux différents selon que la transaction relève de l'ordre judiciaire **(a)** ou de l'ordre administratif **(b)**.

a) L'homologation par le juge judiciaire

1349. La multiplication des moyens permettant de demander la force exécutoire au juge judiciaire. S'il est bien un point relatif aux accords issus des processus ou procédure de résolution amiable sur lequel le législateur veille à se prononcer, c'est bien celui de la possibilité de l'homologation de l'accord amiable. Cette force exécutoire peut être accordée par le biais d'un contrat judiciaire ou par celui d'un jugement d'expédient.

1350. Le débat relatif au contrôle du juge judiciaire sur le contenu de l'accord amiable. Un décret du 31 décembre 1998 avait instauré au Code de procédure civile l'article 1441-1 lequel prévoyait que « *le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté* »²²⁰⁹. Cette disposition autorisait une seule des parties à saisir sur requête un juge pour qu'il donne force exécutoire à l'accord amiable transactionnel. Il était au demeurant possible de saisir le juge de l'homologation en dehors de toute instance.

L'étendue du contrôle exercé par le juge dépendait du moyen employé pour obtenir l'exécution forcée de la transaction. Alors que dans le contexte d'un contrat judiciaire son rôle était très limité puisqu'il se bornait à vérifier l'existence des consentements, il exerçait un pouvoir de contrôle plus intrusif dans l'hypothèse d'un jugement d'expédient. Les contours de

²²⁰⁷ Cass. com., 27 nov. 1978, *Bull. civ.* IV, 1978, n° 279.

²²⁰⁸ Cass. civ., 4 janv. 1911, *DP* 1911, 1, p. 249, note M. Planiol – CA Paris, 20 nov. 1862, *DP* 1862, 2, p. 203.

²²⁰⁹ L. Cadiet et R. Perrot, « L'homologation des transactions », *Procédures* 1999, chron. 10 – S. Guinchard, « L'ambition d'une justice civile renouvelée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *D.* 1999, I, 65, n° 18 – G. Taormina, « Brèves remarques sur quelques difficultés pratiques rencontrées dans le cadre de la procédure d'exequatur des transactions de l'article 1441-4 du Code de procédure civile », *D.* 2000, p. 2353 – L. Poulet, *Transaction et protection des parties, op. cit.*, n° 539 et s.

l'intervention du juge n'étant pas clairement précisés par l'article 1441-4 du Code de procédure civile, la majorité des commentateurs s'accordait en faveur d'un contrôle limité visant à s'assurer que la transaction n'est pas contraire à l'ordre public. Cette analyse semblait trouver une confirmation dans un avis rendu par la Cour de cassation du 20 octobre 2000 dans lequel il était précisé que le contrat de transaction homologué par la procédure prévue à l'article 1141-4 du Code de procédure civile ne permet pas une expulsion, décision impliquant qu'elle ne doit pas être considérée comme une décision de justice²²¹⁰. Certains auteurs considéraient qu'indirectement, cet avis confortait l'idée que la nature particulière du contrat de transaction induisait un contrôle restreint du juge en charge de l'homologation²²¹¹. Toutefois, certaines décisions avaient estimé que le contrôle devait également porter sur la nature de l'acte²²¹².

Le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 *relatif à la résolution amiable des différends* a abrogé l'article 1141-4 du Code de procédure civile²²¹³. La question du contrôle du juge de l'homologation sur les conditions de validité de l'accord amiable transactionnel se pose. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que le juge saisi d'une demande d'homologation se doit de contrôler la validité de la transaction. Ainsi, il est en mesure de refuser de rendre exécutoire une transaction pour absence de formation en cas de non-respect d'une condition suspensive²²¹⁴.

1351. L'hypothèse particulière de l'accord amiable transactionnel ayant objet de mettre un terme à la procédure contentieuse engagée. Dans ce cas, le juge, n'étant pas dessaisi, peut ordonner son exécution²²¹⁵. La demande engagée par la partie victime peut aboutir à une exécution en nature, par le biais d'astreintes ou à une exécution par équivalent, par la voie de dommages et intérêts moratoires.

Concernant l'exécution par équivalent et l'octroi de dommages et intérêts moratoires, la question du point de départ de leur calcul s'est posé. La mise en application de ces derniers soulève le problème de la détermination de leur point de départ. En principe, au visa de l'article

²²¹⁰ Cass., avis, 20 oct. 2000, *Bull. civ.* 2000, avis, n° 9 ; *JCP G* 2001, II, 10479, note Y. Desdevises ; *RTD civ.* 2001, p. 13.

²²¹¹ H. Croze et C. Laporte, « Mais où est donc passé l'article 1441-4 du Code de procédure civile ? », *Gaz. Pal.* 1^{er} avr. 2012, p. 92.

²²¹² CA Versailles, 18 juin 2003, *JurisData* n° 2003-257934 ; *D.* 2004, p. 1332, note A. Merveille et R. Thominet : les juges d'appel versaillais considèrent que l'ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal n'est pas un simple visa apposé automatiquement mais suppose un contrôle minimum du juge, au moins sur la nature de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité apparente avec l'ordre public.

²²¹³ *JO* 22 janv. 2012, n° 0019 : la mise en œuvre de l'article 1441-4 CPC est au demeurant limitée à Wallis et Futuna.

²²¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 10 sept. 2014, n° 13-11.843, *Bull. civ.* I, 2014, n° 146.

²²¹⁵ CA Angers, 17 mars 1970, *JCP G* 1970, II, 16425, note J. B.

1231-6 du Code civil – tel qu’issu de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations²²¹⁶ – « *les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d’une obligation de somme d’argent consistent dans l’intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure* ». Cette règle connaît, cependant, des dérogations qu’elles soient communes à tous les contrats ou spécifiques à l’accord amiable transactionnel.

Ainsi, d’une manière générale, le décompte sera différé au jour de l’assignation s’il est avéré que le débiteur se trouvait dans l’impossibilité d’exécuter son obligation du fait du créancier. Concernant plus spécialement l’accord amiable transactionnel, des adaptations découlent du droit des assurances. Principalement, en matière de réparation des dommages corporels résultant d’un accident de la circulation, d’actes de terrorisme ou d’accidents médicaux, il est prévu que le paiement des sommes convenues doit intervenir dans le délai d’un mois après l’expiration du délai de dénonciation de 15 jours à compter de la signature de l’accord amiable indemnitaire transactionnel²²¹⁷. À défaut, les sommes non versées produisent de plein droit des intérêts au taux légal majoré de moitié durant 2 mois, puis, à l’expiration de ces 2 mois, au double du taux légal. Par ailleurs, s’il apparaît que le débiteur a pu être en mesure de tirer profit des sommes non versées, les dommages et intérêts moratoires peuvent courir du jour de la conclusion de la transaction²²¹⁸.

b) L’homologation par le juge administratif

1352. La controverse doctrinale. Selon un avis rendu par le Conseil d’État le 6 décembre 2002, « la transaction est exécutoire de plein droit » et n’a pas à être homologuée pour constituer un titre exécutoire. Cette prise de position a bouleversé les solutions jusqu’alors retenues et alimenté un débat doctrinal. Alors que pour certains auteurs, il n’était pas acquis que les transactions administratives bénéficient de la force exécutoire²²¹⁹, le sens de l’avis rendu par le Conseil d’État a été conforté un temps par le fait qu’aucun texte ne prévoit une procédure d’homologation devant le juge administratif. L’accord amiable transactionnel semblait constituer, en lui-même, un titre exécutoire, le recours à l’homologation par le juge administratif devant rester exceptionnel. Le 6 décembre 2002, le Conseil d’État avait ainsi ouvert une voie de droit prétorienne, en admettant la recevabilité d’une demande

²²¹⁶ Non modifié par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018, *préc.*

²²¹⁷ Voy. les art. L. 211-17 et L. 422-2 C. assur. ; Ég. voy. l’art. L.1142-14 C. s. pub. en matière d’accident médicaux.

²²¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 10 déc. 1980, *Bull. civ.* I, n° 322.

²²¹⁹ P. ex. L. Poulet, *Transaction et protection des parties faibles*, *op. cit.*, spéc. n° 115.

d'homologation présentée au juge administratif, en dehors de toute instance juridictionnelle « dans l'intérêt général, lorsque la conclusion d'une transaction vise à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation, ou lorsque son exécution se heurte à des difficultés particulières. Tel peut être notamment le cas en matière de marchés publics ou de délégations de service public »²²²⁰.

1353. Les apports de la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle.

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle* a innové en introduisant le processus de médiation, dont la mise en œuvre peut être tant *judiciaire* qu'*extrajudiciaire*. Ainsi, au titre des dispositions générales relative à la médiation au Code de justice administrative, l'article L. 213-3 dispose que « *l'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition* ». En d'ordre terme, le contenu de l'accord amiable issu de la médiation *judiciaire* ou *extrajudiciaire* ne peut être contraire à l'ordre public. Et les réformateurs ajoutent à l'article suivant, L. 213-4 que « *saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut, dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en application du présent chapitre, homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation* ». En d'autres termes, l'accord amiable issu d'une médiation administrative mise en œuvre dans le cadre *judiciaire* ou *extrajudiciaire* lequel peut être qualifié de contrat de transaction lorsqu'il remplit les conditions de validité de ce contrat spécial, peut faire l'objet d'une homologation. Les réformateurs insistent d'ailleurs en se référant à la mission du juge administratif qui est alors d' « homologuer et donner force exécutoire » à l'accord amiable, ce qui paraît redondant.

Dès lors, l'accord amiable transactionnel ou non, intervenant en matière administrative, ne bénéficie pas d'une force exécutoire de plein droit comme l'avait suggéré le Conseil d'État dans son avis du 6 décembre 2002. Fin de la polémique. Néanmoins, la question de l'étendue du contrôle du juge administratif sur l'accord amiable se pose, par comparaison à celui opéré par le juge judiciaire en matière civile.

1354. Le contrôle du juge administratif sur l'accord amiable. Saisi d'une demande d'homologation, le juge administratif se livre à une vérification plus étendue que celle du juge judiciaire ce qui implique un délai d'examen plus long. Le contrôle opéré porte, en particulier,

²²²⁰ CE, avis, 6 déc. 2002, *Synd. intercommunal des établissements du second cycle du district de l'Hay-les-Roses*, *RFDA* 2003, p. 302.

sur la licéité de l'objet, l'absence de libéralité et la conformité à l'ordre public. Le refus d'homologation pour illégalité rend la transaction nulle et de nul effet²²²¹.

Le juge administratif n'admet la recevabilité d'une demande d'homologation que lorsque son exécution rencontre une difficulté sérieuse ce qui n'est pas le cas lorsque le comptable refuse de l'exécuter²²²² ou lorsqu'une clause du contrat de transaction a prévu qu'elle ne prendrait effet qu'à compter de son homologation²²²³.

1354. En définitive, l'octroi de la force exécutoire à l'accord amiable permet à la partie lésée par son inexécution, comme pour tout contrat synallgmaticque, d'en poursuivre l'exécution forcée. Si le législateur est resté particulièrement silencieux en matière procédurale en ce qui concerne la définition de l'accord issu des procédures de résolution amiable des différends, l'ensemble des dispositions qui les régissent prévoit systématiquement la possibilité, voir une obligation d'homologation dans certains droits spéciaux de la résolution amiable des différends. Néanmoins, les dispositions légales ne précise aucunement le rôle du juge homologateur dans son office. Dès llors, nous constatons la pratique. Deux sortes d'homologation sont possibles.

En premier lieu une homologation allégée consiste pour le juge à exercer un contrôle sur les conditions d'octroi de la force exécutoire.

Dans cette hypothèse, la force exécutoire attribuée à l'accord amiable est soit inhérente à l'intervention du juge, soit attribuée postérieurement par le juge, soit il s'agit d'une « homologation-octroi de la force exécutoire par le juge. Tout d'abord, les cas de la force exécutoire inhérente à l'intervention du juge concernent la conciliation qu'il mène directement entre les parties ou encore qu'il constate. Il exerce alors un contrôle sur la régularité formelle de l'acte et sa conformité à l'ordre public. Ce contrôle n'a alors pour seul fondement que l'*imperium* du juge. Cette homologation ne suppose ainsi aucun contrôle sur l'équilibre des intérêts en présence. L'accord amiable n'acquiert alors pas la force d'un jugement de sorte qu'aucune voie de recours n'est ouverte. Il s'agit alors d'un « contrat judiciaire » conservant sa nature d'acte juridique. L'accord amiable peut alors seulement faire l'objet d'un recours en nullité en application du droit commun des contrats. Ensuite, lorsque la force exécutoire est octroyée *a posteriori par le juge*, sont concernés l'accord amiable transactionnel dont la conclusion intervient de manière extrajudiciaire et le constat d'accord du conciliateur de justice. Pour ce qui concerne l'accord amiable transactionnel, dès lors qu'il est homologué, il

²²²¹ CAA Lyon, 7 janv. 2010, n° 08LY00326, *Sté Brace ingénierie*, *JurisData* n° 2010-000652.

²²²² CAA Douai, ass. plén., 13 avr. 2006, n° 02DA00157, *JurisData* n° 2006-300342.

²²²³ TA Paris, 2^{ème} ch., 3^{ème} sect., 8 nov. 2006, n° 0604109, Min défense, *JurisData* n° 2006-326751.

consiste en un titre exécutoire et autorise ainsi le recours à des mesures d'exécution forcée. Le constat d'accord du conciliateur de justice reçoit pour sa part force exécutoire mais ne peut valoir titre exécutoire. C'est dire que dès que les parties en expriment la volonté dans l'acte constatant leur accord, le juge peut donner force exécutoire à l'acte exprimant l'accord signé sous l'égide du conciliateur de justice. Le juge confère alors la force exécutoire sans exercer sa *juridictio*. Le contrôle du juge doit avoir pour seul fondement l'*imperium* et les conditions d'octroi de la force exécutoire. Par ailleurs, le refus d'accorder la force exécutoire est sans effet sur la validité du constat d'accord. Ce refus interdit seulement le recours aux procédures civiles d'exécution. Enfin l'homologation-octroi de la force exécutoire par le juge concerne deux cas de figure. Le premier est celui de la conciliation déléguée pour laquelle un constat d'accord signé par les parties est établi par le conciliateur de justice. Le contrôle du juge est alors flou et les textes ne précisent pas un contrôle sur la validité de l'accord amiable. De fait, le juge est uniquement tenu de lui conférer force exécutoire. Le second concerne la médiation judiciaire. Dans ce cas, le juge qui a désigné le médiateur homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent et cette homologation relève de la matière gracieuse. Toutefois, dès lors que l'accord amiable a été conclu sous l'assistance d'un médiateur dans le cadre judiciaire ou d'un conciliateur de justice, le juge ne devrait pas avoir à contrôler les intérêts en présence.

En second lieu, l'homologation véritable implique un contrôle du juge sur le contenu de l'accord des parties.

Ainsi est-ce le cas en matière de convention de divorce par consentement mutuel judiciaire pour laquelle le juge veille à la volonté réelle de chacun des époux, que leur consentement est libre et éclairé, et sur la condition de l'accord préserve les intérêts des enfants et de s'époux. La convention est alors soumise à un régime très particulier. Elle revêt la même force exécutoire qu'une décision de justice mais peut toutefois être révisée par une autre convention des époux. Dans les autres cas de divorce, le juge, après avoir vérifié que l'intérêt de chacun des époux et des enfants est préservé, homologue les conventions en prononçant le divorce. La convention est alors dotée de la force exécutoire d'une décision de justice. L'homologation en matière familiale relève incontestablement de la matière gracieuse. En l'absence de différend, le juge doit opérer un contrôle afin de protéger les intérêts de chacun. De même, en matière d'autorité parentale, le juge procède à un contrôle d'opportunité au regard de l'intérêt de l'enfant et de la liberté de consentement des parents. Il opère alors un contrôle de légalité, la non-conformité à l'ordre public étant une cause de refus d'homologation. Enfin, en matière de médiation familiale, la constatation par le juge de l'accord des parties ne transforme pas l'acte en un titre exécutoire. Par ailleurs, en cas de difficulté, l'article 373-2-10 du Code

civil prévoit que le juge peut encore concilier les parties ou procéder à la désignation d'un médiateur familial. Dans ces derniers cas, l'homologation emporte une autorité de chose jugée, comme attribut du jugement gantissant l'immutabilité de la solution ou de l'aménagement convenu à l'accord. . Par ailleurs, la convention homologuée demeure fragile parce que soumise aux actions en annulation. Reste que la force exécutoire est difficilement conférée à des accords homologués.

1355. Conclusion de la section II relative au rôle fédérateur de la variation des forces de l'accord amiable

Il est en effet possible pour les rédacteurs d'actes de renforcer la force probante de l'acte. Et nous avons constaté à ce titre, que malgré le maintien de l'exigence de l'écrit en matière transactionnelle, celui-ci est admis *ad probationem*. C'est dire toute l'emprise du droit commun des contrats sur les dispositions spécifiques au contrat de transaction. Un renforcement de la force probante de l'acte qui peut encore être élevé, au-delà de l'écrit par l'authentification qui assure à la fois force probante et force exécutoire à l'acte. Lorsqu'elle n'est pas imposée, l'homologation permet l'octroi de la force exécutoire à l'accord amiable, permettant d'envisager les suites de l'exécution de l'accord amiable, qualifié ou non de contrat de transaction. Au demeurant, nous avons constaté une variété des formes d'homologation supposant un contrôle variable du juge quant aux intérêts en présence et à la conformité de l'accord amiable au regard de l'ordre public. Reste que l'homologation et la question de l'octroi de la force exécutoire se confrontent à l'esprit de l'accord amiable et ce, à deux égards. Tout d'abord, du point de vue d'une certaine philosophie liée à l'accord amiable, à la justice amiable, celle-ci étant fondée sur un rétablissement du lien par le contrat, dynamique de l'exécution forcée ne se met pas systématiquement en œuvre. L'exécution de l'accord amiable trouvant son fondement dans la confiance restaurée entre les parties. Par ailleurs, l'homologation judiciaire, par la publicité du jugement, est de nature à lever le voile de confidentialité de l'accord amiable, principe directeur de la résolution amiable des différends. Reste que le droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations offre l'outil de l'authentification, permettant d'ajouter à la force obligatoire essentielle à tout accord amiable, en lui conférant force probante et force exécutoire. La qualification transactionnelle ajoute quant à elle l'autorité de chose transigée qui lui est si singulière, justifiant aujourd'hui que son régime spécial soit encore maintenu au Code civil. C'est donc tout le droit des contrats, au sens du droit commun des contrats et du droit spécial des contrats, qui offre les outils d'un accord amiable sur mesure, pleinement efficace.

* *
*

1356. Conclusion du Chapitre II relatif au droit commun des contrats fédérateur des forces de l'accord amiable.

Le droit commun des contrats garantit un standard minimum, une force fondamentale à tout accord amiable, au titre de sa nature contractuelle et peu important la qualification spéciale revêtue : la force obligatoire. *A minima* donc, un accord amiable peut consister en un accord de volonté bénéficiant seulement d'une force obligatoire ayant des effets à l'égard des parties et des tiers. L'accord amiable transactionnel bénéficie également de cette force fondamentale malgré certaines spécificités. Tout d'abord, la force obligatoire en matière transactionnelle implique des facultés de révocation et de révision limitées à l'égard des parties. Ensuite, à l'accord amiable se trouve soumis au principe d'une interprétation restrictive bien qu'atténué par « *les suites nécessaires* » renvoyant à une application du droit commun des contrats, mais également à l'équité. À l'égard des tiers, l'effet utile de l'accord amiable transactionnel est recherché au travers de la reconnaissance de l'opposabilité de la renonciation que ce contrat spécial renferme servant les buts de résolution ou de prévention définitives du différend. L'analyse de l'opposabilité du contrat de transaction non pas au tiers, mais par les tiers remet en cause le régime spécial de ce contrat tout en révélant le rôle fédérateur du droit commun des contrats.

La qualification transactionnelle ajoute quant à elle l'autorité de chose transigée, qui lui est si singulière, justifiant aujourd'hui que son régime spécial soit encore maintenu au Code civil. Une autorité qui confine à l'autorité de chose jugée, telle qu'elle lui était attribuée initialement par les codificateurs du Code civil et aujourd'hui reformulée au sens de la nature contractuelle cet accord amiable spécifique. Sans réelle remise en question sur le fond, l'accord amiable transactionnel se dresse dès sa conclusion comme un obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet, à savoir le même différend. Cela implique une détermination précise de l'objet de la transaction lors de sa rédaction. L'accord amiable transactionnel présente à cet égard une force qui ne peut être négligée des rédacteurs d'actes, dans la mesure où cette autorité vient limiter les voies de recours à l'égard de l'accord amiable qui ne peut plus être remis en question que sur le fondement de la nullité au titre de l'absence d'une de ces conditions de validité.

Mais le droit commun des contrats offre encore la possibilité de faire varier les forces de l'accord amiable, que celui-ci soit conçu comme un contrat *sui generis* lui étant « totalement » soumis, ou comme un contrat de transaction qui lui être « grandement » soumis. Le droit commun des contrats garantit en effet la possibilité de concevoir un accord amiable « sur mesure » en lui ajoutant force probante ou force exécutoire. C'est dire qu'*a minima*, l'accord amiable peut procéder d'un simple échange des consentements mais bénéficier de sa force obligatoire essentielle. Il peut encore consister en un acte sous signature privée des parties ayant la même force obligatoire. Il est alors encore possible de faire varier ses forces par l'apposition du contresing d'avocat, l'authentification ou veiller à l'attribution de sa force exécutoire par homologation du juge. L'accord amiable présentant les forces les plus développées consistant à concevoir un accord amiable transactionnel, dont la force obligatoire inhérente à tout contrat s'allie à son autorité de chose transigée impliquant qu'il ne puisse être remis en cause trop facilement. Un accord amiable transactionnel qui peut par application du droit commun des contrats être renforcé dans sa force probante ou dans sa force exécutoire.

* *
*

1357. Conclusion du Titre II relative à la diversité tempérée par le rôle fédérateur du droit commun des contrats

Il est remarquable de constater, que le souffle du vent de modernisation de la justice du XXIème siècle a emporté nombres de dispositions du contrat de transaction révélant que l'accord amiable transactionnel a toujours connu une forte emprise du droit commun des contrats sur son régime spécifique. Le maintien de ce dernier se trouve justifié par la force particulière qui lui est octroyée afin de servir un but tout à fait singulier : un objectif de justice, la résolution définitive du différend. En définitive, l'accord amiable non transactionnel se trouve simplement privé de cette autorité de chose transigée. Il ne peut donc être un obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet. C'est dire qu'il peut être remis en question plus facilement. Cela peut être utile lorsque l'accord amiable nécessite les possibilités de révocation et de révision dans le cadre d'aménagements des conséquences liées à un événement. En cela, la qualification légale de contrat de transaction appliquée à l'accord amiable indemnitaire des victimes d'accident nous paraît critiquable.

Au-delà, tout accord amiable, au même titre que l'accord amiable transactionnel

bénéficie de la force obligatoire fondamentale, inhérente à tout contrat, mais peut encore se voir attribuer en application du droit commun des contrats, une force probante renforcée ou/et une force exécutoire. C'est dire qu'au regard des forces garanties par le droit commun des contrats, l'accord amiable non transactionnel et l'accord amiable transactionnel peuvent être très proches. IL s'agit alors de ce tourner vers le but souhaité par les parties : résolution ou prévention définitive ? Résolution ou prévention temporaire en se réservant une possibilité de révision et de remise en cause de l'accord ? Nous comprenons toute l'importance pour les rédacteurs d'actes de rechercher la commune intention des parties afin de veiller à adapter l'outil, l'*instrumentum* de l'accord amiable afin de servir au mieux l'opération projetée par les parties, le droit commun des contrats permettant de fédérer les accords amiables.

1358. Conclusion de la Partie II relative au maintien d'une certaine diversité des accords amiables

Le contrat de transaction parce qu'il termine ou prévient définitivement une contestation en cristallisant, d'un point de vue procédural, la solution contractuellement définie comme les concessions réciproques de chacune des parties consiste en un accord amiable de référence. Le caractère définitif de la résolution de la contestation qu'il emporte s'exprime au travers d'un effet juridictionnel donnant tout son sens à la justice amiable. Au visa de l'article 2052 du Code civil, l'accord amiable transactionnel se dresse comme un obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet : la contestation.

Toutefois, nous avons constaté que tout accord amiable ne revêt pas systématiquement la qualification de contrat de transaction. Il en est ainsi de l'accord amiable en droit des entreprises en difficulté, pour lequel le législateur ne confère aucune qualification transactionnelle. Dans le même esprit, l'accord amiable issu de la conciliation ou de la médiation des conflits collectifs du travail n'est pas défini légalement comme un contrat de transaction mais comme une convention collective du travail ou un accord salarial plus circonscrit. Pourtant, dans ces deux cas de figure, les accords peuvent parfaitement présenter les conditions de validité, ou devrions-nous dire de qualification du contrat de transaction. L'existence d'une contestation sous-tendant l'existence d'un droit d'agir peut bien être avérée, qu'il s'agisse du conflit collectif du travail ou des difficultés que le débiteur peut rencontrer dans son entreprise pouvant affecté directement les droits de ses créanciers. Par ailleurs, dans le cadre d'un accord, les collectivités de travailleurs et le chef d'entreprise, ou le chef d'entreprise débiteur et ses créanciers peuvent se consentir des concessions réciproques. Le tout dans la

commune intention de mettre un terme définitif aux difficultés ou au conflit qui les opposent. C'est dire que certains accords amiables tout en présentant les conditions de qualification du contrat de transaction échappent à son régime et ne seraient uniquement soumis qu'au droit commun des contrats.

Outre le cas où l'accord amiable présente l'ensemble des conditions objectives de qualification du contrat de transaction – existence d'une contestation et de concessions réciproques – et qu'il ne reste en définitive qu'à apprécier la commune intention des parties, c'est-à-dire la cause impulsive et déterminante des concessions réciproques, afin de cibler s'il s'agit d'un accord amiable transactionnel soumis au régime spécial des articles 2044 et suivants du Code civil ou un accord amiable seulement soumis au droit commun des contrats, il existe un jeu relatif à l'existence des conditions de qualification du contrat de transaction permettant de rapprocher cet accord amiable spécial de notions voisines. Certaines lui sont proches, à l'instar du partage amiable pour leur effet déclaratif commun mais une absence de différend ; de la résiliation amiable dont la qualification transactionnelle joue dès lors que les parties ont entendu mettre fin au différend existant et qu'elles se consentent des concessions réciproques ; de la remise de dette qui, si elle n'est pas consentie dans l'opération globale transactionnelle au titre de la concession réciproque de l'une des parties, consiste en un acte unilatéral ou encore de l'arrêté de compte dont l'enjeu de la qualification transactionnelle joue dans l'hypothèse de l'arrêté de compte préventif de difficultés. D'autres qualifications satellitaires lui sont plus lointaines à l'image de certains actes probatoires unilatéraux tels que la reconnaissance de dette, la reconnaissance de paiement, pouvant également être absorbées par l'opération transactionnelle globale, ou encore le reçu de solde de tout compte, la donation, l'occupation précaire et enfin certains actes judiciaires abdicatifs tels le désistement, l'acquiescement, la renonciation et la confirmation. C'est dire que ces notions satellitaires, pour certaines, peuvent être absorbées par l'opération transactionnelle plus globale.

Ce polymorphisme des accords amiables est sans aucun doute favorisé par un droit commun fédérateur, tant au regard des conditions de validité de l'accord amiable, que de ses forces. Et force est de constater, osons-nous dire, que les réformateurs ont clarifié un régime du contrat de transaction marqué dès l'origine par l'emprise du droit commun des contrats, notamment au regard des vices du consentement. L'ensemble des dispositions principalement relatives à l'erreur et ce malgré une apparente spécificité en matière d'erreur de droit ont été ainsi abrogé, appelant à une application des solutions du droit commun des contrats. Ne subsiste que le poids de l'effet particulier du contrat de transaction qui justifie à lui seul le maintien du régime de ce contrat spécial au sein du Code civil. Mais là encore, le droit commun

peut venir au soutien d'une force obligatoire fondamentale à tout accord amiable, contrat par nature : soit au titre de l'accord amiable *sui generis* par les outils de la force probante et de la force exécutoire par homologation ou authentification ; soit au titre de l'accord amiable transactionnel bénéficiant à la fois de la force fondamentale obligatoire du droit commun des contrats et de l'autorité de chose transigée issu de son droit contractuel spécial, pour se voir encore attribué par le jeu du droit commun des contrats, une force probante ou une force exécutoire.

Le droit des contrats permet ainsi l'établissement d'accords amiables sur mesure nécessitant que les rédacteurs d'actes soient à même d'en apprécier les effets de manière à assurer la pleine efficacité de l'accord de volontés des parties portant sur la solution constituée par elles et contribuant à une justice amiable, contractuelle de qualité, que le juge, acteur clé peut encore venir régulé. C'est le défi à relever !

CONCLUSION GÉNÉRALE

1359. La Justice amiable prend pour objet la procédure contractuelle – notion polysémique – renvoyant tantôt, à la procédure qui conduit à la conclusion du contrat, qui est *contrahere* avant d'être *contractus*¹, tantôt aux procédures structurant la solution conventionnelle des différends² mettant en exergue l'existence, dans les procédures de résolution amiable des différends, de « règle de procédure », comme dans la procédure civile ou arbitrale, permettant de « structurer le processus » afin d'en garantir la prévisibilité et donc la confiance des parties. Cette conception a été retenue par le droit de l'Union européenne et par le droit français, qui précurseur en ce domaine, en a transposé les termes à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 définissant la médiation comme « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* ».

1360. La justice amiable qui recouvre l'ensemble des procédures conventionnelles de résolution amiable des différends revêt une double dimension procédurale et contractuelle. À bien des égards, la justice amiable se révèle être une forme de justice contractuelle. La dimension procédurale de cette justice privée se révèle naturellement plus forte lorsque ces procédures sont mises en œuvre dans le cadre judiciaire³. Ces sens – juridiques – ne doivent pas être totalement séparés de l'acceptation retenue en philosophie. L'idée d'une justice *corrective* chez Aristote renvoie à la justice organisant les relations privées, entre individus, à l'équilibre des échanges : la *synallagma*. Un caractère synallagamatique, d'équilibre, de réciprocité, d'interdépendance que nous retrouvons dans la solution conventionnelle figée par l'accord amiable, justifiant la consécration légale par les réformateurs de la justice du XXI^e siècle de l'exigence de concessions réciproques au titre de la définition du contrat de

¹ G. Houette, *Encyclopedia universalis*, V° « Contrat » – Voy. ég. J. Ghestin, *les obligations – Le contrat : formation*, LGDJ 3^{ème} éd., n° 182-292 – Voy. ég. J.-M. Mousseron, *technique contractuelle*, 2^{ème} éd. F. Lefebvre, n° 31 s., p. 41 s.

² J. Thibault, *Les procédures de règlement amiables des litiges au Canada*, th., Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, n° 159, s. spéc. n° 181-195.

³ J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, op. cit., spéc. p. 303 s. – Ég ; B. Blohorn-Brenneur, « La médiation judiciaire ; quelle procédure pour les MARL ? » in P. Chevalier, Y. Desdevises et Ph. Milburn (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges ; les voies nouvelles d'une autre justice*, op. cit., p. 173 s.

transaction. Ricoeur de manière plus contemporaine parle ainsi de procédure contractuelle ou contractualiste pour désigner la théorie rawlsienne de la justice, conçue comme *fairness*⁴.

1361. Notre étude a pris pour objet une analyse approfondi de ces procédures conventionnelles de résolution amiable des différends que sont la médiation, la conciliation, la procédure participative ou encore le droit collaboratif afin de compléter l'analyse procédurale qui en est retenue, par une analyse contractuelle. Dès lors, se révèle une unité fondamentale tenant à ce que toute procédure de résolution amiable est une procédure conventionnelle fondée sur la conclusion de conventions permettant d'organiser leur mise en œuvre. Cette mise en œuvre n'étant pas aisée au jour de la survenance des différends, il existe par ailleurs des leviers permettant leur déclenchement : des leviers contractuels tout d'abord, consistant en des clauses de résolution amiable bénéficiant, d'un point de vue contractuel, d'un régime unitaire et incluses dans la catégorie plus large des clauses de résolution des différends. Pour leur pleine efficacité, elles bénéficient de manière unitaire d'un principe d'autonomie par rapport aux contrats qui les portent et ne sont pas exclusives d'une intervention du juge du fond du litige – à la différence de la clause compromissoire – en cas d'échec de la procédure contractuelle. Ensuite, par une politique incitation par la création d'obligation légale à la tentative de résolution amiable des différends préalablement à la saisine du juge.

1362. Car conciliation, médiation, procédure participative sont bien des procédures contractuelles. Au-delà de servir une mission de justice – la résolution du différend – elles organisent une tentative de négociation des solutions au regard des besoins et intérêts des parties ainsi que la construction d'une offre conjointe de conclure l'accord amiable pouvant être acceptée de toutes les parties. Les tiers missionnés à la résolution amiable des différends – conciliateur, médiateur, avocats collaboratifs – sont liés par les conventions permettant la mise en œuvre de la tentative de conclusion de l'accord amiable. Ils sont les garants du respect des principes directeurs de la résolution amiable attestant, sur le fondement de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 de l'émergence d'un droit au recours effectif à la résolution amiable des différends, pendant du droit d'accès effectif au juge consacré par l'article 6 §1^{er} de la Convention européenne des droits de l'Homme. Celle-ci étant ambivalente, ces principes sont pour certains procéduraux : principe d'égalité décliné au regard du temps de parole, au regard des armes mises à la disposition des parties par l'assistance des avocats conseils ou

⁴ P. Ricoeur, *Le Juste*, *op. cit.*, p. 72.

encore principe de loyauté, ainsi que l'ensemble des principes gouvernant l'assistance des tiers missionnés au titre desquels l'indépendance, la confidentialité, la neutralité, sans oublier, et au combien importante, la compétence. D'autres principes ont une essence contractuelle : liberté de rompre les pourparlers, liberté de ne pas conclure l'accord amiable, liberté d'en choisir le contenu et la qualification, toutes déclinaisons de la liberté contractuelle ; mais encore principe du consentement libre et éclairé duquel découle l'obligation d'information des tiers missionné sur l'objet et le déroulement de la résolution amiable par le processus choisi et principe de bonne foi revêtant une double signification dans le cadre de la résolution amiable procéduralisée des différends. Celui-ci implique en effet l'obligation de mener de bonne foi les négociations et la conclusion de l'accord amiable laquelle peut encore se traduire par l'obligation d'exécuter de bonne foi les conventions organisant la mise en œuvre des procédures. Reste un principe totalement singulier l'ensemble des processus conventionnels de résolution des différends, y compris l'arbitrage : principe de confidentialité pouvant en outre faire l'objet d'un manégement conventionnel ou d'une levée par une justification d'ordre public. Une justice humaine dont le principal défi relève d'un travail collaboratif de l'ensemble des acteurs de la sphère judiciaire et d'un changement de culture juridique. Une justice plus humaine en ce que certes fondée sur le droit, elle plonge également ses racines dans l'équité et impose une pluridisciplinarité faisant appel aux techniques de communication non violente, de psychologie, en somme au savoir être pour contribuer à un vivre ensemble. Un retour au bon sens des relations que celles-ci s'inscrivent dans le cadre des affaires, de la famille, du travail, de l'environnement, de l'administration ou dans le rapport à l'autre dans l'infraction pénale.

1363. Les procédures conventionnelles de résolution amiable des différends, qui avec l'arbitrage – procédure conventionnelle de résolution contentieuse des différends – composent cette catégorie dites des modes alternatifs de résolution des différends (MARD) participant d'une Justice amiable, sont pour leur part, une composante intégrante d'une Justice contractuelle en ce qu'elle aboutisse à un accord de volontés des parties cristallisant la solution du différend. Qu'il s'agisse de le terminer par résolution ou par prévention, qu'il revête un caractère indemnitaire ou vienne aménager les conséquences liées à un événement (divorce, autorité parentale, rupture du contrat de travail, accident). Si nous avons tenté de lever le voile sur la diversité des procédures conventionnelles de résolution amiable des différends pour en révéler l'unité fondamentale tenant à leur dimension contractuelle, ce mouvement à révéler le maintien d'une certaine diversité des accords amiables.

À cet égard, le contrat de transaction est apparu naturellement comme un référent désigné à l'accord amiable. Nous en avons de fait exploré les conditions de qualification et les caractères révélateurs de son régime unitaire. Nous nous sommes également attachés à explorer son domaine, la jurisprudence étant révélatrice de cette qualification particulière à laquelle les parties et rédacteurs d'acte soumettent leur accord amiable. Et force est de constater l'attractivité du régime du contrat de transaction dont la conclusion s'imisce dans tous les sphères du droit n'ayant pour seule limite l'ordre public, réduite par le législateur qui ouvre dans des domaines pourtant fortement marqués par son emprise – droit du travail, droit de la consommation, ou encore matières pénale et administrative – la voie au recours aux procédures permettant ses négociation et conclusion.

Reste que certains accords amiables, de manière résiduelle, se prêtent mal à la qualification transactionnelle. Cela tient principalement à son effet – l'autorité de chose transigée – qui rapproche ce contrat d'un acte juridictionnel empêchant sa révision ou sa révocation. Dès lors, certains accords amiables qui prévoient des aménagements au titre de la solution du différend, et en particulier au regard de sa prévention, nécessitent que ceux-ci puissent faire l'objet de modifications ultérieures, suite à la conclusion de l'acte. C'est en cela que la qualification légale de contrat de transaction appliquée à l'accord amiable indemnitaire des victimes est contestable au regard d'une évolution éventuelle du préjudice subi. D'autres accords amiables côtoient le contrat de transaction et c'est alors un jeu de requalification qui s'opère par l'entremise du juge, qui veille au maintien, lorsque cela est possible de l'accord de volontés des parties, par l'appréciation de la commune intention des parties à l'acte. Le juge, atteste de ce que la Justice amiable se complète de la justice étatique Il est un prescripteur du recours à la résolution amiable des différends, comme il est garant du respect des conventions à l'égard de l'ordre public et des intérêts en présence. Il est encore amené à jouer un rôle dans l'interprétation, dans l'exécution des accords amiables et au titre de la révision pour imprévision consacrée par la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018.

1364. Tout accord amiable n'est donc un contrat de transaction. Le rôle fédérateur du droit commun des contrats lequel s'applique en complément des dispositions spéciales du contrat de transaction dont le régime ne tient qu'au fil de son autorité de chose transigée. Un fil essentiel tissant l'œuvre d'une justice amiable effective. Un droit commun des contrats qui vient au soutien des accords amiables non transactionnels ne bénéficiant pas de pareille force afin de leur conférer les outils nécessaires à leur pleine efficacité, à l'instar par exemple de

l'accord amiable issu de la conciliation en droit des entreprises en difficulté. La force obligatoire commune à tout accord amiable peut ainsi être appuyée de la force probante et de la force exécutoire. L'accord amiable lui-même pouvant bénéficier de pareils attraits, soit que les parties au différend devenues cocontractantes le souhaitent, soit que le législateur impose ses forces. L'accord amiable ne connaît pour seules limites que le respect de l'ordre public tenant à la libre disposition des droits des parties et à un jugement non encore intervenu sur le différend et le litige qu'il sous-tend. Dès lors, sa conclusion peut intervenir de manière extrajudiciaire ou au contraire alors même que le juge est saisi. Ce dernier joue un rôle encore essentiel afin de consacrer l'accord amiable sous la forme d'un contrat judiciaire gardant sa nature d'acte juridique. Le moment de l'expression de l'accord des volontés présente ainsi une grande souplesse.

1365. La conclusion de l'accord amiable, appelé à être qualifié ou non de contrat de transaction ne suppose pas obligatoirement le recours à une procédure conventionnelle de résolution amiable des différends. Toutefois, comme en atteste le Projet de programmation 2019-2022 de réforme de la Justice actuellement en discussion à l'Assemblée nationale, le législateur manifeste sa volonté d'introduire de manière plus systématique l'obligation de tenter la résolution amiable des différends préalablement à la saisine du juge compétent du litige. Une obligation légale qui trouve un écho dans l'obligation contenue à la clause de résolution amiable des différends. Il s'agit d'une obligation de faire, consistant pour les parties au différend à rencontrer un tiers missionné à la résolution amiable du différend. Elle emporte comme corollaire une obligation d'information pour le tiers missionné – conciliateur, médiateur, avocats collaboratifs – sur l'objet et le déroulement de la résolution amiable. Des obligations qui, à notre sens doivent être sanctionnées en cas de non respect par l'irrecevabilité de la demande en justice.

Car les procédures conventionnelles de résolution amiable des différends fondées sur des conventions présentent des atouts majeurs. Ces conventions de conciliation, de médiation ou de procédure participative, en permettant les négociations et la conclusion de l'accord amiable le purge de ces vices. C'est en amont de sa conclusion que son vérification de la capacité des parties à contracter. De même, le tiers missionné de par l'exercice de sa police du comportement s'assure d'un consentement libre et éclairé au seuil de la conclusion de l'acte. Il est ainsi à même de déceler les vices du consentement tenant à l'erreur, au dol ou à la violence, pouvant à tout moment mettre un terme à la procédure. Dans leur exécution, les tentatives de résolution amiable permettent le maintien du principe de bonne foi qui guide les négociations et

la conclusion de l'accord amiable afin de favoriser son émanation au titre de l'exécution. Cette procéduralisation qui sous-tend en réalité une contractulisation de la formation et de la conclusion des amiables révèle ainsi leur unité fondamentale.

1366. Au soutien de la consécration d'un droit effectif à la résolution amiable des différends, il nous semble utile de faire quelques propositions afin d'en faciliter encore l'accès et de jeter une passerelle entre les dispositions procédurales de la résolution amiable judiciaire et extrajudiciaire des différends et le contrat de transaction.

Notre étude a révélé que sous l'angle d'une approche contractuelle de la médiation et de la conciliation, il demeure impossible encore distinguer la conciliation de la médiation. Il ressort en effet que l'offre et l'acceptation de conclure l'accord amiable doit, pour une pleine efficacité de l'accord, émaner des parties au différend. Pour se faire, elles sont assistées des tiers missionnés, conciliateur, médiateur ou avocats collaboratifs. Si en théorie la conciliation se distingue de la médiation en ce que le conciliateur dispose d'une force de proposition de solutions alors que le médiateur favorise d'avantage une solution émanant de manière conjointe des parties, il apparaît : en premier lieu, que les tiers missionnés, parties aux conventions organisant les procédures de résolution amiable ne sont pas parties à l'acte et peuvent tout au plus émettre des avis ou recommandation, sans valeur juridique, portant sur la solution du différend ; en second lieu, qu'en pratique bien souvent le conciliateur peut officier comme un médiateur et inversement. Il nous apparaît utile en conséquence de réserver la mission de concilier les parties au juge sur le fondement de l'article 21 du Code de procédure civile et de fusionner les missions de conciliation et médiations judiciaires d'une part, et d'autre part, les médiations et conciliation extrajudiciaires sous l'unique procédure de médiation telle que régie par la loi n° 95-125 du 8 février 1995, texte fondateur d'un droit au recours effectif à la résolution amiable des différends. Cela appellerait en conséquence une fusion des missions de médiateur et de conciliateur de justice.

Par ailleurs, il conviendrait de prévoir des dispositions définissant la clause de résolution amiable et la convention de médiation.

Enfin, la définition du contrat de transaction pourrait être encore affinée dans le prolongement de la réforme de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle en prévoyant à l'article 2044 du Code civil que : « *Le contrat de transaction est le contrat par lequel les parties, par des obligations réciproques interdépendantes, règlent un différend né ou préviennent un différend à naître* ». Nous ajouterions un second alinéa prévoyant que « *la transaction peut être conclue au terme d'une procédure de résolution amiable des*

différends ».

L'exigence de l'écrit pourrait en outre être maintenu afin de sécuriser la conclusion de cet accord amiable emportant un effet particulier.

La justice contemporaine doit relever ses défis – Le meilleur est donc Avenir !⁵

⁵ Tout ma gratitude au professeur Jacques Mestre.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS ET TRAITÉS

- ACCARIAS C., *De la transaction en droit romain et en droit français*, Versailles, 1863.
- ALLAND D. et RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*.
- ANTONMATTEI P.-H. et RAYNARD J., *Contrats spéciaux*, 4^{ème} éd. Litec, 2004.
- AMBROISE-CASTÉROT C., *Droit pénal des affaires*, Gualino, coll. Master, 3^{ème} éd., 2018.
- ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Flammarion, 2004
- ATIAS Ch., *Philosophie du Droit*, PUF, 4^{ème} éd., p. 73.
- AUBRY C. et RAU C., *Droit civil français*, t. 4, 6^{ème} éd., Paris, Litec, 1935.
- BARTOLE, *In primam Codicis partem. Commentaria. Augustae Taurinorum*, 1589, spéc. vol. t. I^{er}, p. 63 *De transactionibus, lex prima*, §1^{er}
- BAUDRY-LACANTINERIE G. et WAHL A., *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XXI, Larose et Tenin, 3^{ème} éd., 1907.
- BÉNABENT A., *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 2017.
- BÉNABENT A., *Droit civil, La famille*, 11^{ème} éd. Litec 2003.
- BONASSIES P. et SCAPEL C., *Droit maritime*, LGDJ, 2016.
- CABRILLAC M., MOULY C., CABRILLAC S. et PÉTEL Ph., *Droit des sûretés*, LexisNexis-Litec, 11^{ème} éd., 2015.
- CADIET L., NORMAND J. et AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^{ème} éd. 2013.
- CADIET L. et JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, 9^{ème} éd., 2017.
- CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.
- CAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 9^{ème} éd. 2014.
- CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, 22^{ème} éd., Paris, PUF, 2000.
- CARBONNIER J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2001.
- CARBONNIER J., *Droit civil, Les obligations*, t.4, *Thémis*, PUF, 22^{ème} éd., 2000.
- CARBONNIER J., « Variation sur les petits contrats », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2001
- CHAULEUR A. et HALPÉRIN J.-L., « Présentation » in *Les Français et leur Code civil : Direction des journaux officiels*, 2004, p. XIII, spéc. p. XV
- COLLART-DUTILLEUL F. et DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2002.
- CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Procédure pénale*, 4^{ème} éd., Armand Colin 2002.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 12^{ème} éd., Quadriges, PUB 2018.
- CROZE H., MOREL C. et FRADIN O., *Procédure civile, Manuel pédagogique et pratique*, LexisNexis-Litec, 4^{ème} éd., 2008.
- DEMOLOMBE C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 7, Paris, Hachette, 1879.
- DEKKERS R., *Précis de droit civil belge*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1955.
- DOCKÈS E., JEAMMAUD A., PÉLISSIER J. et LYON-CAEN A., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2008.

- DOMAT J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre I, Titre 13, in *Œuvres de J. Domat*, par J. Rémy, Librairie Alex Gobelet, Paris, 1835.
- ÉPICURE, *Les Maximes capitales d'Épicure, XXXI à XXXVIII*, éd. La bibliothèque digitale, 2013.
- FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827.
- FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Vidocq 1836.
- FLOUR J. et CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand-Colin, 2^{ème} éd. 2001.
- FRANÇOIS J., *Traité de droit civil, Les obligations, Régime général*, 4^{ème} éd., 2017.
- GARAPON A., *Bien juger – Essai sur le rituel judiciaire*, préf. J. Carbonnier, éd. O. Jacob, 1997.
- GHESTIN J., *Les obligations, Le contrat : formation*, LGDJ, 4^{ème} éd. 2013.
- GIRARD P.-F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2003.
- GLASSON E., TISSIER A. et MOREL R., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Sirey, 3^{ème} éd. 1925-1936.
- GLOUR J. Flour, AUBERT J.-L et SAVAUX É., *Droit civil : Les obligations*, Sirey, éd. 2011.
- GUINCHARD S., VARINARD A., DEBARD Th., *Institutions juridictionnelles*, 14^{ème} éd., Précis Dalloz, 2017.
- GUINCHARD S., FERRAND F. et CHAINAIS C., *Procédure civile : droit interne et droit de l'union européenne*, Dalloz, 34^{ème} éd., 2018.
- HÉRON J., *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991.
- HILAIRE J. *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, 2013
- JACQUEMONT A. et VABRES R., *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2015.
- KESSEDIAN C., *Droit du commerce international*, PUF, 1^{ère} éd. 2013.
- MERLE P. et VITU A., *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 5^{ème} éd. Cujas, 2001
- LAMBERT FAIVRE Y., *Droit des assurances*, Dalloz, 11^{ème} éd. 2001.
- LAROMBIÈRE L., *Théorie et pratique des obligations*, t. 5, Paris, Durand, 1857.
- LARROUMET C., *Droit civil*, t. 3, 3^{ème} éd., Paris, Économica, 1996.
- LEBORGNE A., *Droit de l'exécution*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2014.
- LOCRÉ J.-G., *Procès-verbaux du Conseil d'État contenant la discussion du projet du Code civil*, t. VII, Imprimerie impériale, Paris, 1806.
- MALAUURIE Ph. et AYNÈS L., *Droit des obligations*, LGDJ, 9^{ème} éd., juill. 2017.
- MALAUURIE Ph., AYNÈS L. et GAUTIER P.-Y., *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 8^{ème} éd. 2016.
- MALAUURIE Ph., AYNÈS L., *Obligations*, t. 6, vol. 2, Contrats et quasi-contrats, 11^{ème} éd., Éditions Cujas, 2001/2002
- MALAUURIE Ph. et AYNÈS L., *Droit civil*, t. 6, 9^{ème} éd., paris, Cujas, 1999.
- MALAUURIE Ph. et AYNÈS L., *Cours de droit civil*, t. 8, 11^{ème} éd., Paris, Cujas, 1997.
- MALAUURIE Ph. et AYNÈS L., *Droit des biens*, LGDJ, 6^{ème} éd. 2015.
- MAZEAUD H., MAZEAUD L. et MAZEAUD J., *Leçons de droit civil*, t.2, vol. 2, 5^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1980.
- MOTULSKY H., « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de philosophie du droit*, 1964, repris in *Écrits, études et notes de procédure civile*, Paris, 1973.
- MOTULSKY H., *Écrits, études et notes de procédure civile*, Paris, 1973, t. II., 1973.
- MOUSSERON J.-M., *Technique contractuelle*, Éd. Francis Lefebvre, 2^{ème} éd., 1999.
- MOUSSERON J.-M., GUIBAL M. et MAINGUY D., *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001.
- PLANIOL M. et RIPERT G. par ESMEIN P., *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Paris, 1952.

- PONT P., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon, Commentaire-traité des petits contrats*, Tome II, éd. Delamotte, 1867.
- PONT P., *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IX, « Des petits contrats », t. II, Delamotte et fils, 1867.
- RAYNARD J. et SEUBE J.-B., *Droit civil – Contrat Spéciaux*, Lexis Nexis, 2017.
- RAWLS J., *A theory of justice*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard University, Press, 1971
- RAWLS J., *Théorie de la justice*, éd. Seuil, 1987, trad. C. Audard.
- RICOEUR P., *Éthique et morale*, Lecture 1, 1990.
- SCHMIDT-SZALEWSKI J. et PIERRE J.-L., *Droit de la propriété industrielle*, Litec 2007.
- SUPIOT A. in Camerlynck G.-H. (dir.), *Droit du travail*, t. IX, *Les juridictions du travail*, Dalloz, 1987.
- TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd. 2013.
- TROLONG M., *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et y compris le titre de la vente, du cautionnement et des transactions*, Tome dix-septième, Paris, 1846.
- WEILL A. et TERRÉ F., *Droit civil – Les obligations*, 4^{ème} éd., paris, Dalloz, 1986.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, ESSAIS ET MONOGRAPHIES

- ACCARIAS C., *Études sur la transaction en droit romain et en droit français*, Th. Paris, 1863.
- ALBARIAN A., *De la perte de confiance légitime en droit contractuel : Essai d'une théorie*, Th. dactyl., Bibliothèque des thèses, Droit privé et sciences criminelles, 2012.
- ANCEL P. et RIVIER M.-C., *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica 2001.
- ANTAKI N.-N., *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 1998.
- AUBERT J.-L., RAYNAUD P. et SAVAUX E., *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, 2^{ème} éd., 1996, Paris, Dalloz.
- BENSIMON S. (dir.), *Art et technique de la médiation*, LexisNexis Litec, 2004
- BENSIMON S. (dir.), *Art et technique de la négociation*, lexisNexis Litec, 2^{ème} éd. 2003.
- BERNARD A., *L'optimisation du contentieux par les entreprises*, Dalloz 2009, Études et commentaires.
- BLANCHIN C., *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, LGDJ, 1995.
- BARBIER H., *La liberté de prendre de risques*, préf. J. Mestre, Th. PUAM, 2010.
- BOILLOT, *La transaction et le juge*, Th. Presse universitaire de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2003, vol. 16, n° 786 s.
- BOULAN F., *La transaction en droit privé français*, Th. dactyl., Université d'Aix-Marseille, Faculté de droit et des sciences économique d'Aix-en-Provence, 1978.
- BOURRY D'ANTIN M., PLUYETTE G. et BENSIMON S., *Art et techniques de la médiation*, LexisNexis Litec, éd. Juris-classeur, Pratique professionnelle, 2004.
- BOYER L., *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Th. Toulouse, Sirey, Paris, 1947.
- BRENNEUR B. (dir.), *Panorama des médiations du monde : La médiation, langage universel de règlement des conflits*, Premières assises internationales de la médiation judiciaire, 16 et 17 oct. 2009, Actes de colloque, éd. L'Harmattan, 2009.

- BRET J.-M., *Le cadre juridique du processus de médiation*, préf. G. Planès, éd. Médias&Médiations, 2015.
- BRET J.-M. Bret, *La médiation : un mode innovant de gestion des risques psychosociaux*, Qualité de vie/souffrance au travail, Que peut la médiation ? , éd. Médias et Médiations, 2016
- BRETT J. et GOLBERG S., *Gérer les conflits « autrement » : Méthode de négociation et de résolution des conflits*, éd. A2C Médias, 2008.
- BROWN H. et MARRIOT A., *ADR Principales and Practice*, Sweet et Maxwell ed., Londres, 1993, p. 9.
- CABRILLAC R., *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Th. Paris, LGDJ, 1990.
- CADIET L., *Les modes alternatifs de règlement des litiges* », Litec LexisNexis 2005.
- CAMOUS E., *Règlements non juridictionnels des litiges de la consommation, Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlement des conflits*, Th., LGDJ, 2002.
- CANIVET G., « Genèse et histoire du Code civil » in *La vigencia de los 200 anos del Codigo civil napoléonico en el mundo* ; Congrès de l'Université de Lima, 30 juin 2004, non publié.
- CASAUX-LABRUNÉE L. et ROBERGE J.-F., *Pour un droit du règlement amiable des différends : des défis à relever pour une justice de qualité*, Préf. de N. Belloubet, LGDJ, 2018.
- CHABOT J.-L., GAL S., TOURNUS Ch., *Figures de la médiation et lien social*, Université Pierre Mendès-France, La Librairie des Humanités, éd. L'Harmattan, 2007.
- CHARLES Th., *Plaidoyer pour la sous-traitance industrielle*, éd. L'Harmattan, mai 2011.
- CHEVALIER J. Chevalier, « Vers un droit post-moderne ? » in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998
- CLAY Th. (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, éd. Lextenso, 2011.
- CLAY Th. Clay, *L'arbitre*, th. LGDJ, 2000.
- COHÉRIER A., *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, Th. Paris, 1939.
- COIPEL-CORDONNIER N., *Les conventions d'arbitrage et d'élection du for en droit international privé*, préface M. Fallon, avant-propos P. Mayer, Th., LGDG, 1999.
- COMTE-SPONVILLE A., *Petit traité des grandes vertus*, PUF 1995.
- CORNU G., Rapport de synthèse sur les modes alternatifs de règlement des conflits, in *Actes du Colloque de Damas*, RIDC 1997, p. 313.
- DAGNAUD. J.-B, LIEBERHERR J.-G. et GUILLAUME M., *Du bon usage de la médiation*, éd. Descartes&Cie, 2018
- DAGNAUD. J.-B, LIEBERHERR J.-G. et GUILLAUME M., *Plaidoyer pour la médiation*, éd. Descartes&Cie, 2017.
- DROSS W. et MALLET-BRICOUT B. (dir.), *La transaction – Propositions en vue de la réforme du Titre XV, Livre troisième du Code civil*, collec. Perspectives sur la justice, La documentation française, 2014.
- DAGNAUD J.-B, LIEBERHERR et GUILLAUME M. J, *Du bon usage de la médiation*, éd. Descartes&Cie, 2018.
- DE GAVRE J., *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, Bruxelles Bruylant, 1967.
- ELGOSYN G., *Le contradictionnaire ou l'esprit des mots*, Denoël, 196.
- ESTOUP P., *La pratique de la juridiction prud'homale*, Litec, 1991.
- FISHER R., URY W. et PATTON B., *Comment réussir une négociation*, éd. Seuil, 2006.
- FIUTAK Th., « *The Fiutak mediation circle* » in Th. Fiutak, *Le médiateur dans l'arène : Réflexions sur l'art de la médiation*, éd. Eres, 2009.

- FRICERO N. (dir.), BUTRUILLE-CARDEW, BENRAÏS L., GORCHS-GELZER B., PAYAN G., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Guides Dalloz, 2017/2018.
- FRICERO N. (dir.), POIVEY-LECLERCQ, SAUPHANOR S., *Procédure participative assistée par avocat*, Lamy, Collec. Axe Droit, 2012.
- GEMME-France, *Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaire*, l'Harmattan, 2012.
- GAUTIER P.-Y., « Sous le Code civil des Français : Rome (l'origine du droit des contrats) » in *1804-2004, Le Code civil. Un Passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004.
- GHESTIN J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Th. Paris, préf. J. Boulanger, LGDJ, 1963.
- GHOZI A., *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Th. Paris, LGDJ, 1980.
- GOUBEAUX G., *La règle de l'accessoire en droit privé*, Th. Paris, LGDJ, 1969.
- GUILLAUME-HOFNUNG M., *La médiation*, éd. Que sais-je ?, 2015.
- JARROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, Th. Paris, LGDJ 1987.
- JOLY-HURARD J., *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. Guinchard, Th. Paris, PUAM, 2003.
- HEINICH J., *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, th., préf. J. mestre, PUAM, 2015.
- HOUTCIEFF D., *Le principe de cohérence en droit privé des contrats*, Th. Aix-Marseille Université, PUAM, 2000.
- JOLY-HURARD J., *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. Guinchard, Th. Aix-Marseille Université, PUAM, 2003.
- JOURDAN (dir.), ANTONMATTEI P.-H., DERUE A et MORAND M., *Les risques psychosociaux : identifier, prévenir, traiter*, Lamy axe droit, 2010.
- LABARTHE F., *La notion de document contractuel*, préf. J. Ghestin, Th. Paris I, LGDJ, 1994.
- LACHANCE M., *Le contrat de transaction – Étude de droit international privé comparé et de droit international*, Th. Université de Laval et Université de Paris II, Bruylant, 2005.
- LE NINIVIN D., *La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile*, Litec, 1983.
- MALLET-BRICOUT B., NOURISSAT C., ss dir., *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, Collec. Actes – thèmes et commentaires, 2006.
- MATTEI L., *La responsabilité sociétale des entreprises et la médiation*, Th. dactyl. 2012, Université Paris-Dauphine.
- MAZEAUD D., *La notion de clause pénale*, Th. Paris, LGDJ 1992.
- MELIN-SOUCRAMANIEN B., *Le juge des référés et le contrat*, Th. Aix-Marseille Université, PUAM 2000.
- MERLE R., *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Th. Toulouse, 1948.
- MORIN A., *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Th. Paris, LGDJ, 1998.
- MULLER Y., *Le contrat judiciaire en droit privé*, Th. Paris I, 1955.
- OSMAN F. (ss. dir.), *La médiation en matière civile et commerciale : Un nouveau champ d'exploration pour les modes alternatifs de règlement des différends en méditerranée*, Bruylant, 2012.
- OVERSTAKE J.-F., *Essai sur la classification des contrats spéciaux*, Th. Paris, LGDJ, 1969.
- PÉROCHON F., *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^{ème} éd. 2014.
- PICOT N., *La remise de dette en droit privé*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Th. Toulouse, Dalloz, 2013.
- PIZZIO-DELAPORTE C., *De la transaction prévue par le Code civil à la transaction utilisée en droit du travail : réflexions sur une règle en dérive in 1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*,

- POLLAUD-DULIAN F., *La propriété industrielle*, « Corpus », Économica, 2010.
- PONS B., *Contrat de transaction, Solutions transactionnelles : Conciliation – Médiation – Procédure participative*, Dalloz référence, 2014/2015.
- POULET L., *Transaction et protection des parties*, préf. Y. Lequette, Th. Paris (Panthéon-Sorbonne), LGDJ, 2005.
- PRICEMATERHOUSE COOPERS, Landwells et associés, *Développement durable : aspects stratégiques et opérationnels*, éd. Francis Lefebvre, 2010.
- RAY J.-E., *Droit du travail, droit vivant*, Liaisons, 2012/2013.
- ROBERGE J.-F., *La justice participative, Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, éd. Yvon Blais, 2011.
- ROCHLITZ R., « Critériologie du juste et du beau, in *Droit et éthique*, ADP, t. 40, Sirey, 1996
- ROGERS C. Rogers et KINGET G.-M., *Psychothérapie et relations humaines*, vol. II, 4^{ème} éd., Montréal, Institut de recherches psychologiques et sociales, 1969.
- ROSENBERG M.-B., *Les mots sont des fenêtres (ou bien sont des murs) – Introduction à la communication non violente*, éd. La découverte, Paris 2005
- SALZER J., FEFEU M. ET SAUBESTY J.-P., *Guerre et Paix... dans l'entreprise*, Guide pratique de l'usager de la médiation, 2^{ème} éd., Médias et médiations, 2^{ème} éd. 2013.
- SCHMIDT J., *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, 1982.
- SERVERIN E., *Sociologie du droit*, Paris, éd. La Découverte.
- SEUBE J.-B., *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Th. Paris, Litec, 1999.
- SIMLER Ph., *La nullité partielle des actes juridiques*, Th. Paris, LGDJ 1969.
- SMETS-GARY C., *PMR Europe Formation*, 2008.
- STOFFEL-MUNCK Ph., *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Th. Aix-Marseille Université, PUAM 1994.
- TEIXEIRA DO REIS (HUET) A., *La Justice humaine chez Thomas d'Aquin*, École des Hautes Études, th. de philosophie. Laboratoire d'Études sur les Monothéismes.
- TEYSSIER B., *Les groupes de contrats*, LGDJ, PARIS, 1975.
- THIBIERGE L., *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Th. Paris, LGDJ, 2011.
- TOURNU Ch. et St. GAL (dir.), *Figures de la médiation et lien social*, L'Harmattan, 2007 et B. Brenneur, *Stress et souffrance au travail, un juge témoigne*, L'Harmattan, 2010.
- URY W., *Comment négocier avec les gens difficiles : de l'affrontement à la coopération*, éd. Seuil, 2006.
- TRAIN F.-X., *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international : étude de jurisprudence arbitrale*, Th. Paris, LGDJ, 2003.
- VAN LEYNSEELE P., « La « méd-arb » et ses dérivés – Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », *Liber Amicorum Georges-Dal*, éd. Larcier 2013.
- VINEY G. et JOURDAIN P., « Les effets de la responsabilité », in J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2001.
- WEILLER L., *Le liberté procédurale du contractant*, préf. J. Mestre, Th. Aix-Marseille Université, PUAM, 2004.

III. ARTICLES, ÉTUDES ET ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES

- ADELIN A., « Déjudiciariser les conflits : les enjeux de la médiation », *Encyclopedia Universalis* 1999, p. 170 s.

- ALBARIAN A., « Prendre la médiation au sérieux (pour la rendre efficace...) ! », *LPA* 6 oct. 2014, p. 5.
- ALBARIAN A., « La « médiation agressive » : oxymore ou émergence d'une médiation d'un nouveau genre ? », *LPA*, 5 juin 2018, n° 112, p. 6.
- ALBARIAN A. et POLI C., « L'impact de l'extension du domaine des clauses de conciliation sur l'activité du notaire », *op. cit.*, p. 33.
- ALLAMÉLOU A., « Transposition de la directive 2013/11/CE : quand médiation rime avec consommation », *D. actualités*, 29 juill. 2016.
- ANCEL P. « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *D.* 2003, p. 1386.
- ANCEL P. et COTTIN M., « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation ». *D.* 2003, p. 1386
- ALRAN L., « Les inventions du salarié », *Gaz. Pal.* 10-12 déc. 2006, doct. 5.
- AMRANI-MEKKI S., « Droit des contrats, oct. 2005-sept. 2006 », *D.* 2006, p. 2638.
- AMRANI-MEKKI S., « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Deffrénois*, 2002, p. 355.
- ARHAD-GIRARDIN F., « L'effectivité de la procédure de règlement amiable des accidents médicaux », *RDSS* 2011, p. 1093.
- AUBRY J.-M., « La transaction en matière administrative », *AJDA*, 1956, p. 1-4.
- AYNÈS L., « L'imprévision en droit privé », *RJC* 2005, n° 5, p. 397.
- BALENSI I., « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTDCiv.* 1978, p. 42 et 233.
- BARRIÈRE C.-Ph., « L'obligation du secret entre les juges d'instance et les conciliateurs de justice », *Gaz. Pal.* 21-22- août 2003, p. 2 s.
- BELLAN M., « La médiation inter-entreprises étend sa mission à l'innovation », *Les Échos*, 13 mars 2014.
- BÉNABENT A., *Encyclopédie juridique Dalloz : répertoire de procédure civile*, 2^{ème} éd., « Jugement ».
- BERNARD A., « L'optimisation du contentieux par les entreprises », *D.* 2009, Études et commentaires, n° 25.
- BERNHEIM-DESVAUX S., « La transposition de la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extra-judiciaire des litiges de consommation (RELC) par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 », *CCC* 2015, Étude 11.
- BERR C.-J. et GROUTEL H., « « Une coexistence difficile » : clause de transaction et clause de déchéance dans l'assurance de responsabilité », *D.* 1971, chron. p. 121.
- BERTRAND Ph., « La liste des médiateurs dans chaque cour d'appel : nouvelle exigence de la loi J21 », *Gaz. Pal.* 14 févr. 2017, p. 17.
- BEURIER J.-P. et N'DENDÉ M., « Fonds International d'Indemnisation pour les dommages dus à la pollution par Hydrocarbures (FIPOL) », *JCl. Environnement et Développement durable*, fasc. 4860.
- BLAISE H., « Rupture amiable et transaction : une distinction délicate en droit du travail », *Dr. Soc.* 1996, p. 33.
- BOLLÉE S., « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », *Rev. arb.* 2005, p. 917.
- BONET G., « La protection des inventions de salariés et son application par la commission paritaire de conciliation », in *Études dédiées à René Roblot*, LGDJ 1984, p. 115 s.
- BORGA N., « La transaction en droit des affaires », in W. Dross, B. Mallet-Bricout, *La transaction : Propositions en vue de la réforme du titre XV, Livre troisième du Code civil « Des transactions »*, La documentation Française, Perspectives sur la justice, 2014, p. 289 s.
- BOULANGER J., « Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *RTD Civ.* I, 1950, n° 4, p. 3.

- BOULMIER D., « Contentieux individuels de travail et conciliation/médiation : état des lieux (dégradé !), *Dr. soc.* 2012, p. 121
- BOULMIER D., « La médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale : nid ou déni de justice ? », *Dr. Ouvrier* 2002, p. 185 s.
- BOUTEILLER J., « Le nouveau cadre juridique des relations entre les banques et leurs clients », *CCC* 2002, chron. 5.
- CADIET L., « Les jeux du contrat et du procès », *Mél. offerts à G. Farjat*, Éd. Frison-Roche, 1999, p. 23 s.
- CADIET L., « L'arbitrage et l'évolution contemporaine des modes de règlement des conflits », in Y. Strickler et J.-B. Racine, *L'arbitrage – Questions contemporaines*, p. 29-46, L'Harmattan, 2012
- CADIET L., « Une justice contractuelle, l'autre », in Études offertes à J. Ghestin, *Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, Anthropologie du droit, 2001, p. 177 s.
- CADIET L., « Droit judiciaire privé », *JCP* 1995, I, 3846, n° 15.
- CADIET L. et CLAY Th., *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Connaissance du droit, Dalloz, 2ème éd., 2017
- CADIET L. et PERROT R., « L'homologation des transactions », *Procédures* 1999, chron. 10.
- CARBONNIER J., « Variation sur les petits contrats », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème éd., LGDJ, 2001.
- CHASSAGNARD-PINET S., « Promesse de vente et transaction », *D.* 2006, Chron. p. 2057
- CHAUMETTE P., « Droit social des gens de mer », in J.-P. Beurrier (dir.), *Droit maritime*, 2ème éd., Dalloz action, 2008, n° 411.00 s.
- CHAUVEL P., « Transaction », *Rép. civ. Dalloz 2004 et 2011*.
- CHAVENT-LECLERE A.-S., « La transaction existe-t-elle en droit pénal ? » in B. Mallet-Bricout et C. Nourrissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Actes de colloque, Dalloz, 2006, p. 147 s.
- CHAVIER G., « Réflexions sur la transaction en droit administratif », *RFD adm.* 2000.
- CHÉNEDÉ F., « Les classifications des contrats », *Dr. et patr.*, mai 2016, n° 258, dossier, p. 48 et « Le contrat d'adhésion de l'article 110 du Code civil », *JCP G*, 2016, p. 776.
- CHEVALIER J., « Vers un droit post-moderne ? » in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 21 s.
- CHRISTIE G. C., *L'auditoire universel dans l'argumentation juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- CLARET H. et PAISANT G., « La nouvelle codification administrative du droit de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 1 mars 2016 », *JCP G* 2016, doct. 796.
- CLAY Th., « Qui arrêtera la circulation de la clause compromissoire ? », *D.* 2003, p. 2471.
- CLAY Th., « La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le Code civil », *JCP G* 2014, I, p. 492.
- CLAY Th., « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la « Justice du XXIème siècle » - Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 », *JCP G*, 28 nov. 2016, doct. p. 1295.
- CLAY Th., « Transaction et autres contrats relatifs aux litiges », in B. Mallet-Bricout et C. Nourrissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Actes de colloque, Dalloz, 2006, p. 25 s.
- COHEN C., « Médiation inter-entreprises : 4 nouvelles missions pour aider les PME innovantes », *Journal Chef d'entreprises*, 14 mars 2014.
- CORNU G., « Les modes alternatifs de règlement des conflits – rapport de synthèse », *RIDC*, 1997, p. 313.
- COTTEREAU V., BARDON G., « Créations de salariés », *J.-Cl. Brev.*, Fasc. 250, 1999, n° 131.

- COUSIN A., « Vers une protection accrue du secret des affaires », Entretien, *D.* 2012, p. 1808.
- DAGNAUD J-B et PELOUZET P., « La médiation inter-entreprises et de la sous-traitance », interventions au *IVème Assises Internationales de la médiation judiciaire, La médiation, un choix de société du GEMME*, 5 juill. 2013.
- DARY M. et LEUNG H., « Médiation de la consommation : contrainte ou opportunité pour les professionnels ? », *RLDA* 2016, étude, 112.
- DE BELVAL B., « Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit », *Gaz. Pal.* 6-8 mai 2012, p. 11.
- DEHARO G., « L'autorité de chose transigée », *Gaz. Pal.* 30 nov. et 1^{er} déc. 2005, p. 2.
- DE LA MANIÈRE C., « La transaction, regard fiscal », in B. Mallet-Bricout et C. Nourrissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Actes de colloque, Dalloz, 2006, p. 169 s.
- DELEBECQUE Ph. Delebecque, *Juris-Classeur civil*, « Art. 1217 à 1225 », fasc. 55 à 57.
- DELMAS-SAINT-HILAIRE J.-P., « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in P. Durand (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960, p. 189.
- DERRIDA F., *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, 2^{ème} éd. « Indivisibilité », n° 8, p. 2.
- DESDEVISES Y., « Conciliation et médiation », in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1^{ère} éd., 2004, p. 191 s.
- DOUAOUI M.-D., « Les garanties processuelles fondamentales des parties dans le *mini trial* », *RDAI* n° 5, 2000, p. 599-637.
- DROSS W., « Ordre public et transaction » in B. Mallet-Bricout et C. Nourrissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Actes de colloque, Dalloz, 2006, p. 63.
- DROSS W., « Effets du contrat de transaction », in W. Dross et B. Mallet-Bricout (dir.), *La transaction : propositions en vue de la réforme du Titre XV Livre troisième du Code civil « Des transactions »*, p. 171.
- DROSS W., « Réformer la transaction ? », *Droits et procédures*, févr. 2014, n° 2, p. 26
- ÉGÉA V., « La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille », *Deffrénois* 2010.
- ÉGÉA V., « L'essor de la médiation familiale, un modèle pour les MARC ? », *RLDC* déc. 2011, n° 88, p. 53.
- ESTOUP P., « Conciliation judiciaire et extrajudiciaire dans les tribunaux d'instance », *Gaz. Pal.* 1986, p. 288.
- FAGES B., « Équilibre et transaction : l'exigence de concessions réciproques », in B. Mallet-Bricout, C. Nourrissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz 2006, p. 52.
- FLAMENT L., « La rémunération des inventions du salariés », *JCP S* 15/2006, p. 23 à 26, spéc. p. 26 s.
- FRICERO N., « Le fabuleux destin de la chose jugée », in Mél. à J.-F. Burgelin, Dalloz 2008.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Le contrat et la responsabilité : consentement, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.* janv.- mars 1998, p. 43 s.
- FROSSARD S., « III. L'objet de la transaction en droit du travail », in F. Khodri-Benamrouche, « La transaction en droit du travail », in W. Dross, B. Mallet-Bricout, *La transaction : Propositions en vue de la réforme du titre XV, Livre troisième du Code civil « Des transactions »*, p. 275 s.
- GAUTIER P.-Y., « Le cas Bettenvourt au regard du droit des obligations », *D.* 2016, p. 1752.
- GERBAY N., « La clause de conciliation préalable : entre tensions contractuelles et processuelles », *Procédures*, juill. 2015, n° 7, p. 7.

- GERBAY N., « La clause d'arrangement amiable et la mesure d'exécution forcée », *JCP G*, 25 sept. 2017, n° 39, p. 985.
- GHERARDI E. « Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales », *RFD adm.* 1999, p. 910.
- GHESTIN J., *Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ 2001, n° 1127, p. 1211.
- GHESTIN J., « Rupture abusive des pourparlers : responsabilité délictuelle », *JCP G* 2007, I, 155 ; *ibid.*, « ... Dommages réparables », I, 157.
- GIRARDOT-ROUCHETTE E., « la mission du tiers dans les modes alternatifs de résolution des conflits, une mission aux contours incertains » in J.-B. Racine (dir.), *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, Lyon, l'Hermès, 2002.
- GOUËZIGOUX A., « Le règlement amiable judiciaire », *RD rur.* 1994, p. 76.
- GRUA F., « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats commutatifs et aléatoires », *RTDCiv.*, 1983, p. 263 s.
- GRYNDBAUM L., « Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation », *D.* 2003, p. 1706.
- GUINCHARD S., « L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *D.* 1999, I, 65, n° 18.
- HAUTEREAU-BOUTONNET M., « Le préjudice écologique, comment renforcer l'efficacité de sa réparation ? », *Rev. Energ., Envir., Infrs.*, dossier n° 12, 2016 .
- HEURÉ V., « Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? », *D.* 2011, p. 2880.
- HOLLEAU B., « Médiation prud'homale : renouveau de l'office du juge, *SSL*, n° 1538, 14 mai 2012.
- HOUTCIEFF D., « Renonciation », *Rép. Civ. Dalloz*.
- HUCHET G., « La clause de médiation et le traitement de l'urgence », *LPA* 2008, n° 218, p. 3.
- JARROSSON Ch., « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RIDC* 1997, p. 225 s.
- JARROSSON Ch., « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, chron. p. 267 s.
- JARROSSON Ch., « Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales », *Rev. crit. DIP* 1997, p. 657 s.
- JARROSSON Ch., « La médiation et la conciliation : essai de présentation, *Rev. Dr. et patr.*, déc. 1999, p. 36.
- JARROSSON Ch., « La transaction comme modèle », in ss dir. P. Ancel et M.-C Rivier, *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *Economica* 2001, p. 58 s.
- A. JEAMMAUD, « Genèse et postérité de la transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. Mallet-Bricout et C. Nourrissat, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2006, p. 5 s.
- JEAMMAUD A., « Conflit, différend, litige, Droits », *Revue française de théorie juridique*, 2001, n° 34, (Mots de la Justice), p. 15 s.
- JEAMMAUD A., « Retour sur une transaction en quête de stabilité », *Dr. soc.* 1999, p. 251 s.
- JESTAZ Ph., *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, préf. P. Raynaud, Th. Paris, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1968.
- JULIENNE F., « La caractérisation des concessions réciproques dans le contrat transactionnel », *RRJ droit prospectif*, 2012, n° 4, p. 1807.
- JULIENNE F., *JCl. Civil Code*. « Art. 2044 à 2058 », fasc. 10, « Transaction- Notion ».
- JULIENNE F., *JCl. Civil Code*, « Art. 2044 à 2058 », fasc. 20, « Transaction – Domaine ».
- JULIENNE F., *JCl. Civil Code*, « Art. 2044 à 2058 », fasc. 30, « Transaction – Formation ».
- JULIENNE F., *JCl. Civil Code*, « Art. 2044 à 2058 », fasc. 40, « Transaction – Effets ».

- KENFACK H., « La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire hors toute instance », *D.* 2015, p. 384.
- KENFACK H., « Transaction et autres risques de confusion (partage, résiliation amiable, désistement d'instance, remise de dette, reçu de solde de tout compte...) » in B. Mallet-Bricout, C. Nourissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz 2006, p. 27 s.
- KHODRI F., « Du particularisme de la transaction destinée à régler les conséquences d'une rupture », *RDT* 2011, p. 689 s.
- KINDERMANS M., « La médiation interentreprises de plus en plus sollicitée pour aplanir les relations difficiles », *Les échos*, 24 sept. 2014.
- LAGARDE X., « Qu'est-ce qui est juste ? Propos d'un juriste », *Mél.* G. Goubeaux, Dalloz et LDGJ, 2009.
- LAGARDE X., « Transaction et ordre public », *D.* 2000, chron. p. 217.
- LAGARDE X., « Les spécificités de la transaction consécutive à un licenciement », *JCP G*, 2001, I, 337.
- LAGARDE X., « La transaction et les tiers : tentative de clarification d'une question complexe », *RDC* 2005, p. 413.
- LARGARDE X., « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des conflits », *Rev. arb.* 2001, p. 423.
- LAMBERT-FAIVRE Y., « La loi du 4 mars 2002 et l'indemnisation des accidents médiatiques », *D.* 2002, p. 1367.
- LAPORTE Ch., « Saisie immobilière – Clause de médiation préalable », *Procédures*, n° 8-9, août 2017, comm. 186.
- LASALLE B., « Les pourparlers », *RRJ*, 1994, p. 825.
- LEBLOIS-HAPPE J., « De la transaction pénale à la composition pénale – Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *JCP G* 2000, I, 198.
- LE BOURG J., « Définir la transaction », in W. Dross et B. Mallet-Bricout, *La transaction : Propositions en vue de la réforme du Titre XV – Livre troisième du Code civil « Des transactions »*, Perspectives sur la justice, La Documentation Française, 2014, p. 39.
- LE CORRE P.-M., « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, cahier spécial, suppl., n° 33.
- LEGROS B., « Pourparlers », *JCl. Contrats-Distribution*, fasc. 20.
- LE GUIDEC R., « La loi du 26 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités – Vue Panoramique », *JCP G* 2006, I, 160.
- LEVENEUR L., « Marée noire de l'Érika : transaction entre le FIPOL et un pêcheur à pied », *CCC*, 2008, n° 4, comm. 90.
- LYON-CAEN A., « Sur la transaction en droit administratif », *AJDA* 1987, p. 48-53.
- MALLET-BRICOUT B., « Au-delà de la nullité, la transaction », *RDC* 2006, p. 5, n° 203, p. 806.
- MALLET-BRICOUT B., « Vices et transaction » in B. Mallet-Bricout, C. Nourissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz 2006, p. 35.
- MAYER V., « La « circulation » des conventions d'arbitrage », *AJDI* 2005, p. 251.
- MAYER L., « La transaction, un contrat spécial », *RTD civ.* 2014, p. 523, spéc. n° 16-29.
- MAZEAUD A., « Harcèlement entre salariés : apport de la loi de modernisation », *Dr. Soc.* 2002, n° 3, p. 321.
- MAZEAUD D., « La genèse du contrat, un régime de liberté surveillé », *Revue Droit et Patrimoine*, juill. 1996, p. 44 s.
- MENEZ J. et GAVALDA Ch., « Le règlement amiable des difficultés des entreprises (loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 et Décr. n° 85-295 du 1^{er} mars 1985) », *JCP G* 1985, I, 3196, 101703, n° 8.

- MESTRE J. et FAGES B., « Conciliation au plus haut niveau en faveur... des clauses de conciliation », *RTD civ.* 2003, p. 294.
- MONSÉRIÉ-BON M.-H., *Rép. Com. Dalloz*, Entreprises en difficulté, Mandat ad hoc – Conciliation, mars 2012, n° 107.
- MOUSSERON J.-M., « La durée dans la formation des contrats », in *Études offertes à A. Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974.
- MOREAU J., « À la recherche de l'acte complexe : l'exemple du droit public français », *Droits-7*, 1988, n° 1, p. 76 .
- MORIN M., « La nature du contrat de transaction et le problème de la novation », *RGD* 1989, p. 199.
- MOURY J., « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD Civ.* 1994, n° 10, p. 260 .
- MULON E., « État des lieux des modes amiables de règlement des conflits en matière familiale », *Gaz. Pal* 5 fév. 2001, p. 8 s.
- NAJJAR I., « La notion d'ensemble contractuel » in *Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, p. 509.
- NAJJAR I., « Transaction et ensemble contractuel » *D.* 2006, p. 1396.
- NEUER L., « La médiation pour résoudre les conflits au travail », *Journal Le Point*, 12 juill. 2012.
- NEUVILLE S., « La transaction suspecte, observations sur la notion de transaction au regard des nullités de la période suspecte », *D.* 2000, p. 571.
- OUELLETTE LAUZON M., « Des transactions : effets et rapprochements avec d'autres opérations juridiques », *RJT* 1968, p. 106.
- OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES C., « Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles », *D.* 2002, n° 193
- PAILLER P., « L'opposabilité de la transaction aux tiers », *RLDC* 2015, p. 126.
- PEYRET S., « Le premier bilan de la médiation bancaire », *Bull. Banque de France*, n° 133, janv. 2005, p. 49.
- PELLETIER C., « Clause de conciliation et référé », *RDC*, 01 juill. 2009, n° 3, p. 1160.
- PERRIER J.-B., *La transaction en matière pénale*, préf. S. Cimamonti, LGDJ, 2014.
- PLESSIX B., « Transaction et droit administratif », in in B. Mallet-Bricout, C. Nourissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz 2006, p. 133 s.
- PLUYETTE G., « La médiation judiciaire », *Gaz. Pal.* 1998, doct. 702 s.
- POLI C., « La médiation : une technique juridique au service de la paix en droit des affaires » in *La Paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires ? Actes de colloque organisé les 3 et 4 octobre 2014 par le Centre de droit économique, Aix-Marseille Université, LGDJ, 2016.*
- POLI C., « Médiation des litiges de la consommation : vers l'affirmation d'un droit au recours à la résolution amiable des différends », Étude de la transposition en droit français de la directive 2013/11/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation, *REDC*, 2015/2, p. 329.
- POLI C., « Regards comparatifs sur les pratiques de la médiation » in *Réflexions croisées « Regards pratiques sur les MARC, à l'heure de l'Ordonnance du 16 novembre 2011 »*, *RLDC*, déc. 2011, n° 88, p. 59
- POLI C., « Le droit comparé et... la médiation », in O. Moréteau, A. Albarian (dir.), *Le Droit comparé et... Comparative Law and...*, PUAM 2016, préf. Ph. Bonfils, p. 337 s.
- POLI C., « OHADA et Médiation : enfin un Acte uniforme consacré à la résolution amiable des différends en droit des affaires », site *Actualités du droit Lamy*, rubrique Afrique, 5 déc. 2007.
- PORCHY-SIMON S., « Transaction et droit de l'indemnisation » in B. Mallet-Bricout, C. Nourissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz 2006, p. 111 s.

- PRADEL J. I., « Une consécration du *Plea bargaining* à la française : la composition pénale », *D.* 1999, p. 379.
- PUTMAN E., « L'amiable tient-il le judiciaire en l'état ? », in *Lamy Droit des contrats*, n° 396, p.28.
- RACINE J.-B., « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2005, p. 305.
- RADÉ C., « L'autonomie du droit du licenciement (Brefs propos sur les accords de rupture amiable du contrat de travail et les transactions), *Dr. soc.* 2000, p. 178 s.
- RAYNAUD P., « La renonciation à un droit – sa nature et son domaine en droit civil », *RTD Civ.* 1936, n° 22 s., p. 763.
- REDON, « Transaction », *Répertoire Pénal*.
- REVEL Th., « Une philosophie générale ? », in « Réforme du droit des contrats : quelles innovations ? », *RDC*, avril 2016/ Hors-série, p. 5
- REVEL Th., « Commentaire de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *RTDciv.* 1999, p. 220 s
- RIEG A., « La punctatio, contribution à l'étude de la formation successive des contrats », in *Ét. Offertes à A. Jauffret*, PUAM, 1974, p. 593 s.
- RIVIER M.-C., « Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail », *Justices* 1997, n° 8, p. 33 s.
- RIVIER M.-Cl., « Les modes alternatifs de règlement des conflits, Un objet nouveau dans le discours des juristes français ? », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, P. Chevalier, Y. Desdevises, Ph. Milburn, La documentation française, 2003.
- ROZES L., « Projets et accords de principes », *RTD com.* 1998, p. 501 s.
- RUPELLAN F. « Les MARC, pour une justice plurielle dans le respect du droit », *JCP G*, 1999, I, 135.
- SAVATIER J., « Résiliation amiable du contrat de travail et transaction, *Dr. soc.* 1996, 687 s.
- SCHIMDT J., « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.*, 1974, p. 46 s. ; Du même auteur, « La période précontractuelle en droit français », *RIDC*, 1990, p. 545 s.
- SEILLAN Y., « L'acte abdicatif », *RTD Civ.* 686, n° 58, p. 732.
- SCHENIQUE L., « Action de groupe : le recours à la médiation, un point point de la nouvelle loi ? », *Dalloz Actualité*, 6 déc. 2016.
- SPORTOUCH J.-M., « Transaction, rupture amiable et chronologie », in *Analyses juridiques et valeurs en droit social – Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, p. 511 s., spéc. 524.
- STOFFEL-MUNCK Ph., « L'imprévision en question – interrogations sur les conséquences d'un bouleversement de l'économie d'un contrat par suite d'une évolution imprévue des circonstances », *Communication Commerce électronique*, 2004, n° 10, p. 41 s.
- TALMONT V. et P. PELOUZET : « Rebâtir de la confiance autour du Crédit Impôt Recherche », *Les échos entrepreneurs*, 20 mai 2014.
- TAORMINA G., « Brèves remarques sur quelques difficultés pratiques rencontrées dans le cadre de la procédure d'exequatur des transactions de l'article 1441-4 du Code de procédure civile », *D.* 2000, p. 2353.
- TAQUET F., « Quelques réflexions sur les dispositions relatives au licenciement de l'avocat et du notaires salariés », *JCP E* 1993, I, 26, n° 4.
- THIBIERGE L., « Arbitrage et volonté », *Dr. et patr.*, juin 2012, p. 36 s.
- THOURET S., *JCl. Procédures*, « Divorce », Fasc. 30.
- THUILLIER B., *JCl. Com.*, « Procédure de conciliation et concordat amiable ».
- VACHET G., « La transaction en droit de la sécurité sociale », in W. Dross, B. Mallet-Bricout, *La transaction : Propositions en vue de la réforme du titre XV, Livre troisième du Code*

- civil « Des transactions »*, La documentation Française, Perspectives sur la justice, 2014, p. 283.
- VAN DE MOORTELE B., « Confidentialité et secret professionnel : pour en finir avec la confusion », *Gaz. Pal.* 6 mai 2003, p. 6.
- VEAUX D., *Juris-Classeur civil*, « Art. 2044 à 2058 », Fasc. 10.
- VEAUX D., *Juris-Classeur civil*, « Art. 2044 à 2058 », Fasc. 60.
- VEAUX D. et VEAUX-FOURNERIE P., « La représentation mutuelle des coobligés », in *Mélanges A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983.
- VIENNOIS J.-P., « Transaction et droit de la concurrence et droit de la distribution », in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat, *La transaction dans toutes ses dimensions*, préc. p. 123.
- VIREY R., « vers une généralisation du principe de l'imprévision en droit privé ? », *D. aff.* 1997, n° 29, p. 918.
- VIVIEN G., « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTD civ.*, 1992, p. 305.
- VOLOT J.-C., propos recueillis par D. Cosnard et A. Goncalves, « Les acheteurs des grands groupes pillent les PMI », *Les Échos*, 24 févr. 2012 ; Ég. *Le Figaro* et *Le Monde*, 24 févr. 2012.
- WEILLER L., « La médiation familiale », in L. Weiller (dir.), *Les transformations du contentieux familial*, PUAM, Coll. Équipe Pierre Kayser, 2012, p. 59.
- YAZIDI K. et DARMAILLACQ C., « Le traitement des litiges en droit du travail : constat et perspectives économiques », *Trésor-Éco*, lettre, oct. 2014, n° 137.
- YILDRIM G., « La modernisation des opérations de partage », *D.* 2006, p. 2570.

IV. RAPPORTS ET COLLOQUES

CASORLA F., « Médiation et... Droit de l'environnement », intervention dans le cadre du DESU Droit et pratique de la médiation et de la négociation en matière commerciale, économique et sociale, mars 2014, Faculté de droit et de Science politique, Aix-Marseille Université .

CONSTANTS E., Rapport et recommandations, Médiateur des ministères économiques et financiers, Groupe de travail relatif à la médiation et au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, mai 2014.

COULON J.-M., *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 1997, p. 19.

DÉTRAIGNE Y., Rapport, Commission des Lois du Sénat, 28 oct. 2014

FRICERO N., « Droit collaboratif et procédure civile », Colloque *Le droit collaboratif dans tous ses états*, Association française des praticiens de droit collaboratif (AFPDS), 22 mars 2012.

GUICHARD S. Rapport, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Collec. Des rapports officiels, La Documentation française, 1996.

JOLIBOIS C. et FAUCHON P., Quels moyens pour quelle justice ?, Mission d'information de la Commission des lois, les rapports du Sénat, n° 49, 1996-1997, p. 19.

LEROY C., *L'apport de l'expertise financière de partie dans les litiges économiques : enjeux, avantages et inconvénients*, Étude réalisée par Eight Advisory auprès de directeurs juridiques, d'avocats contentieux et de juges en collaboration avec le Cercle Montesquieu, Association des directeurs juridiques, 24 juin 2014, dispo sur le site www.8advisory.com.

MALLET-BRICOUT B. et NOURISSAT C. (dir.), Colloque organisé par le Centre de droit privé – Théorie juridique et l'Équipe de droit international et comparé, *La transaction dans toutes ses dimensions*, Faculté de droit de l'Université Jean Mpoulin Lyon III, 2 et 3 déc. 2005.

MALLET-BRICOUT B. et DROSS W., *La transaction : propositions en vue de la réforme du Titre XV Livre troisième du Code civil « Des transactions »*, Perspectives sur la justice, La documentation française, 2014.

URVOAS J.-J., *Audition devant la Commission des Lois AN*, 3 mai 2016.

VAUGON I, NAIMARK R., « Vers un management optimisé des litiges : Améliorer les résultats économiques et non économiques de l'entreprise par une gestion avisée des conflits », *Enquête du Cabinet Fidal*, juin 2009, disponible sur le site www.fidal.fr.

VAUGON I, NAIMARK R. et APPEL M., « Le management optimisé des litiges : Meilleures pratiques adoptées par les directions juridiques au service de la prévention des risques, de la maîtrise des contentieux et de l'amélioration des résultats économiques de l'entreprises », *Réactualisation de l'enquête du Cabinet Fidal*, juin 2013, ég. dispo sur le site www.fidal.fr

Colloque de présentation de la 2^{ème} Étude du Cabinet Fidal, *Dispute-wise business management, 2^{ème} étude, dernières tendances et meilleures pratiques des directions juridiques*, Automobile Club de France, 12 juin 2013.

Rapport d'activité 2017 Médiation du crédit aux entreprises : www.economie.gouv.fr

Rapport d'activité 2017 de la médiation inter-entreprises, disponible sur www.economie.gouv.fr

Rapport du Médiateur Engie, 2017 : dispo. sur le site www.mediateur-engie.com

Communiqué MINEFE du 13 janv. 2016, « Installation de la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation », *JCP E* n° 3, 21 janv. 2016, act. 67.

Communiqué du CNB, « Mise en place d'un médiateur national de la consommation de la profession d'avocat », *CCC* n° 2, févr. 2016, alerte 16.

Rapport du Conseil d'État, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Documentation française, 1993.

Séminaire inter-barreaux Paris, Aix-en-Provence, Québec : « Nouvelles voies de justice au Québec : justice participative, droit collaboratif, médiation », pratique du droit collaboratif en matière familiale, août 2012, Montréal, Canada.

Séminaire inter-barreaux Paris, Aix-en-Provence, Québec : « Nouvelles voies de justice au Québec : justice participative, droit collaboratif, médiation » à Montréal, province du Québec, Canada, août 2012.

Commission ouverte sur la Médiation sous la dir. de Mme M. Jaudel, Intervention de Mme A.-M. Guillaume, Directrice juridique grands contentieux l'entreprise Total, « Le réflexe médiation », mars 2012, faisant état de l'existence d'une grille de lecture des litiges et d'une orientation adéquate de leur traitement par voie judiciaire classique, par arbitrage ou par résolution amiable.

Maison du Barreau, Ordre des avocats de Paris, Commission de Droit collaboratif sous la direction de Maître N. Tisseyre-Boinet : création de la Charte de Droit collaboratif et de l'annuaire des avocats collaboratifs en cours d'élaboration, mars 2013.

GEMME, *IVème Assises Internationales de la médiation judiciaire, La médiation, un choix de société*, 4, 5, 6 juill. 2013, sous le haut patronage de Mme Ch. Taubira, Garde des Sceaux et ministre de la Justice, « Responsabilité sociétale des entreprises et médiation », 5 juill. 2013

Compte rendu du Colloque Planet'Mediation, *Les leviers de performance de l'entreprise : Médiation, responsabilité Sociale des Entreprises (RSE) et dialogue social*, jeudi 19 sept. 2013.

Actes du colloque, *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?*, Lausanne 14 et 15 nov. 1991, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, éd. Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1992.

Colloque consacré à la négociation dont les actes ont été publiés à la *RTDCom.* 1998, p. 447 s.

Colloque « *Les enjeux de la médiation commerciale : points de vue des avocats, entreprises, magistrats et médiateurs* » organisé par le CMAP et le Barreau de Paris, 7 nov. 2013, Auditorium de la Maison du Barreau de Paris.

Colloque, *La Médiation dans les activités économiques*, 16 et 17 oct. 2014, Université Toulouse Capitole.

Colloque, « La justice du XXIème siècle », UNESCO, 10-11 nov. 2014.

Colloque « Le juge, acteur de prévention et du traitement amiable des différends économique », organisé au sein de la chambre commerciale de la Cour de cassation, sous la direction du professeur J. Mestre et de Monsieur Y. Gérard, et sous la présidence de Monsieur R. Espel – 1^{er} déc. 2014.

Colloque, « L'accord amiable, et après ? » Centre de droit économique, Aix-Marseille Université, 8 juin 2018.

Sites utiles :

Site de la médiation inter-entreprises des entreprises : www.mediation-interentreprises.fr

Association nationale des Médiateurs (ANM) : www.anm-mediation.com.

Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris : www.CMAP.fr.

V. CONCLUSIONS, NOTES ET OBSERVATIONS

ABITBOL E. :

Note ss Cass. ch. mixte, 29 janv. 1971, n° 67-93.320, *Bull. civ. ch. mixte*, 1971, n° 1 ; *D.* 1971, p. 301.

ABITBOL E. et HAUSER J. :

Note ss Cass. ch. mixte, 29 janv. 1971, n° 67-93320, *Bull. ch. mixte* n° 34, p. 82 ; *D.* 1971, p. 301 et *D.* 1971, jur., p. 30.

AMRANI-MEKKI S. :

Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n° 03-19.411, *Bull. civ. III*, n° 117, *D.* 2005, pan. 2837 – Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, *Bull. civ. III*, n° 164, *D.* 2006, pan., p. 2639 – Obs. ss. Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *Bull. civ. ass. plén.* 2006, n° 8, p. 21 ; *JCP G* 2006, I, 183 – Note ss. Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19684, *Bull. ch. mixte* 2014, n° 3 ; *Gaz. Pal.* 8-10 mars 2015, p. 9.

AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M. :

Obs. ss. Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.956 ; *JCP G* 2012, p. 459.

ANCEL P. et COTTIN M. :

Note ss. Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et n° 00-19.424, *Bull. ch. mixte* n° 1 ; *D.* 2003, p. 2480.

ANCEL P. et GOUT O. :

Note ss. CA Paris, 8 oct. 1998, arrêt « Sam » ; *Rev. arb.* 1999, p. 350.

ATIAS Ch. :

Note ss. Cass. com. 18 oct. 1994, *D.* 1995, p. 180.

AUBERT J.-L. :

Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 4 févr. 1976, n° 74-13.064, *Bull. civ. III*, 1976, n° 50 ; *Defrénois* 1976, art. 31181 – Obs. ss., Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 1984, *Bull. civ. III*, 1984, n° 13 ; *Defrénois* 1985, art. 33481, n° 11 – Obs. ss., Cass. com., 6 mars 1990, n° 88-12.477, *Bull. civ. IV*, n° 74 ; *D.* 1991, somm, 317 – Obs. ss. Cass. com., 22 oct. 1991, n° 89-20.490 ; *Defrénois* 1992, art. 35212 – Obs ss. Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 1992 ; *D.* 1992, somm. p. 397, obs. J.-L. Aubert.

AUDINET E. :

Note ss. Cass. ch. réunies, 2 févr. 1921, *S.* 1921, 1, p. 113 – Note ss Cass. civ., 12 déc. 1921 ; *S.* 1923, 1, p. 353.

AUDIT B. :

Obs. ss. CA Paris, 15 mai 1990, n° 90/001030, Soc. Charphil c. Soc. Topkapi et Sonetex, *JDI* 1993, p. 140.

AVÉRA-ROBARDET V. :

Obs. ss. Cass. civ. 2^{ème}, 4 avr. 2002, arrêt « Barbot », n° 00-18.009, *Bull. civ. II*, n° 68 ; *D.* 2002, IR, 1402 – Obs. ss. Cass. com., 9 avr. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 69 ; *D.* 2002, IR, 1402, obs. V. Avéra-Robardet.

AYNÈS L. :

Obs. ss Cass. civ. 3^{ème}, 21 févr. 2001, *Bull. civ. III*, n° 20 ; *D.* 2001, 2702, somm. 3226 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 06-19.643, *Bull. civ. I*, n° 151 ; *Dr. et patrimoine* févr. 2009, p. 126, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck ; *D.* 2001, p. 2702.

AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 06-19.643, *Bull. civ. I*, n° 151 ; *Dr. et patrimoine* févr. 2009, p. 126.

BARBIER H. :

Obs. ss. Cass. Com. 29 avr. 2014, n° 12-27.004, *Bull. Civ. IV*, n° 76 ; *RTDCiv.* 2014, p. 655.

BATTEUR A. :

Note ss. Cass. civ. 2^{ème}, 25 janv. 1984, *Bull. civ. II*, 1984, n° 13 ; *JCP* 1986, II, 20540, note A. Batteur.

BÉGUIN J. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 02-13.252, *Bull. civ. I*, n° 378 ; *JCP* 2006, I, 14866.

BEIGNIER B. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 19 oct. 1999, n° 97-21466, *Bull. civ. I*, 1999, n° 284 ; *Dr. famille* 2000, comm. 42, note B. Beignier.

BERR C.-J. et GROUTEL H. :

Obs. ss. CA Lyon, 1^{er} juin 1976, *D.* 1977, IR p. 461 – Chron. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1976, *Bull. civ. I*, 1976, n° 243 ; *D.* 1971, chron. p. 121, « « Une coexistence difficile » : Clause de transaction et clause de déchéance dans l'assurance responsabilité » ».

BILLIAU M. :

Note ss. Cass. com., 22 oct. 1991, n° 89-20.490, *Bull. civ. IV*, n° 302 ; *JCP G* 1992, I, 3570 – Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2014, n° 13-13.406, *Bull. civ. I*, 2014, n° 83 ; *JCP G*, 2014, n° 998, note M. Billiau.

BISCHOFF J.-M. :

Note ss. CJCE, 3 juill. 1997, aff. C-269/95, *Bull. info CJCE* n° 20/97, p. 1 ; *JDI* 1998, p. 581.

BLANC G. :

Note ss. Cass. com., 26 juin 2001, n° 98-16.479, NP, *Rev. proc. coll.* 2002, p. 275 – Note ss. Cass. com., 11 févr. 2004, n° 01-16.868, *Rev. proc. coll.* 2004, p. 385 – Note ss. Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-15.619, *Rev. proc. coll.* 2008, p. 60.

BLANCHARD B.

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 2000, n° 97-14.713, *Bull. civ. I*, n° 214 ; *D.* 2002, somm. 854.

BLOCH C. :

Note ss. CA Aix-en-Provence, 10^{ème} ch., 14 avr. 2004, n° 01/18944, *JurisData* n° 2004-249831 ; *D.* 2004, p. 2959.

BLONDEAU :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 23 avril 1969, *JCP* 1981.II.15897.

BOILLOT C. :

Note ss. Cass. com., 31 mars 2009, n° 08-15. 655, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 686.

BOLLÉE S. :

Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, « ABS », n° 04-20.842, *Bull. civ. I*, n° 129 ; *D.* 2007, p. 2077.

BOUBLI B. :

Note ss. Cass. soc. 6 déc. 2000, n° 98-44.447, NP, *TPS* 2001, n° 117.

BOULMIER D. :

Note ss. Cass. ass. plén., 4 juill. 1997, n° 93-43.375, *Bull. civ. ass. plén.* 1997, n° 10 ; *D.* 1998, p. 101 – Note ss Cass. Soc. 28 mars 2000, n° 97-42.419, *Bull. civ. V*, n° 135 ; *Dr. Ouvriers* 2004. p. 98 ; Note ss. Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-45.157, *JCP E* 2008, 1052.

BOUSEZ F. :

Obs. ss. Cass. soc. 18 févr. 2003, n° 00-42.948, *Bull. civ. V*, n° 61, *JCP* 2004, I, 145.

BRAULT P.-H. :

Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 10 mars 2010, n° 09-10.344, *Bull. civ. III*, n° 59, ; *Loyers et copropriété*, 2010, n° 139.

BREDIN J.-D :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, *Bull civ. I*, n° 246 ; *JDI* 1964.83, note J.-D. Bredin.

BRENA S. :

Note ss. Cass. com. 1^{er} oct. 2013, n° 12-23.975, *Bull. civ.* IV, n° 142 ; *Bull. Joly Entreprises en difficulté* 2014, p. 39.

BRETON A. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 1967, *Bull. civ.* I, 1967, n° 208 ; *D.* 1967, p. 584.

BRUNOIS A. :

Obs. ss. CA Aix, 18 déc. 1991, *D.* 1994, somm. p. 134 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 7 juill. 1987, *Bull. civ.* I, 1987, n° 220 ; *D.* 1998, somm. p. 236.

BUGADA A. :

Note ss. Cass. soc. 20 nov. 2013, n° 10-28.582, *Bull. civ.* V, n° 277 ; *JCP S* 2014, act. 1207,.

CABRILLAC R. :

Obs. Cass. com., 5 janv. 1989, *JCP E* 1999, 809.

CADIET L. et LAGARDE X. :

Obs. ss. Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et n° 00-19.424, *Bull. ch. mixte* n° 1 ; *BICC* n° 576, p. 41 ; *RDC* 2003, p. 182 et s.

CAPITANT H. :

Note ss. Cass. civ., 12 déc. 1921, *DP* 1921, 1, p. 153 – Note ss. Cass. civ., 12 déc. 1921, *DP* 1922, 1, p. 153.

CARBONNIER J. :

Obs. ss. Cass. civ., 9 juin 1947 ; *RTD civ.* 1947, p. 440 – Obs. ss. Cass. soc., 24 avr. 1952, *Bull. civ.* III, 1952, n° 327 ; *RTD civ.* 1953, p. 126.

CATALA N. :

Note ss. CA Toulouse, 9 nov. 1959, *D.* 1960, p. 105.

CAUSSIN J.-J., DEBOISSY F. et WICKER G. :

Obs. ss. Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et no 00-19.424, *Bull. ch. mixte* n° 1 ; *JCP G* 2003, I, 134, n° 4.

CHAABAN R. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, n° 04-11.130, *Bull. civ.* I, n° 332 ; *D.* 2006, p. 1512.

CHABAS F. :

Obs. ss. Cass. com., 7 janv. 1981, *Bull. civ.* IV, 1981, n° 14 ; *RTD civ.* 1981, p. 849.

CHABOT G. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 01-14.311, *Bull. civ.* I, n° 95, *JCP G* 2004, II, n° 10132.

CHAMPENOIS G. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 19 janv. 1982, *Bull. civ.* I, n° 27 ; *Defrénois*, 2009, 1483 – Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 6 juill. 1982, *Bull. civ.* III, n° 250 ; *Defrénois* 1983, 33104, n° 71 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 19 oct. 1999, n° 97-21466, *Bull. civ.* I, 1999, n° 284 ; *Defrénois* 2000, p. 437.

CHASSAGNARD-PINET S. :

Chron. ss. Ass. plén., 24 févr. 2006, n° 04-20.525, *Bull. civ. ass. plén.* 2006, n° 1 ; *D.* 2006, Chron. p. 2057, « Promesse de vente et transaction ».

CHAZAL J.-P. :

Note ss. Cass. soc., 29 mai 1996, n° 92-45.115, *Bull. civ.* V, 1996, n° 215 ; *D.* 1997, jurispr. p. 49 – Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ.* I, 2000, n° 169 ; *D.* 2000, jurispr., 879.

CHEVALLIER J.

Obs. ss. CA Paris, 31 mai 1966, *D.* 1967, somm. p. 2 ; *RTD civ.* 1967.

CLAY Th. :

Obs. ss. CA Paris, 11 mai 2000, arrêt « Barbot », *Rev. arb.* 2002, p. 180 – Obs. ss. Cass. civ. 2^{ème}, 4 avr. 2002, arrêt « Barbot », n° 00-18.009, *Bull. civ.* II, n° 68 ; *D.* 2003 ; somm. 2470 – Obs. ss. Cass. com., 9 avr. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 69 ; *D.* 2003, somm. 2470 – Obs. ss. Cass. ch.

mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et n° 00-19.424, *Bull. ch. mixte* n° 1 ; *D.* 2003, p. 2480 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 02-13.252, *Bull. civ. I*, n° 378 ; *D.* 2005, pan. 3052 et 3060 et *D.* 2005, pan., p. 30-52 et p. 30-60 – Obs. Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, n° 05-10.464, *D.* 2008, pan. 182 – Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 28 mars 2007, n° 06-13.209 ; *JCP G* 2007, I, 200, n° 9 – Obs. ss. Cass. Civ. 3^{ème}, 28 nov. 2007, n° 06-19.272, *Bull. Civ. III*, n° 214 ; *JCP G* 2008, I, 138, n° 7 -Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 2010, n° 09-68.731, « *Soc. Blonde génétique* », *Bull. civ. I*, n° 183 ; *D.* 2010, p. 2933 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 2010, n° 09-12.442, « *Soc. Refcomp SPA* », *Bull. Civ. I*, n° 240 ; *D.* 2010, p. 2933 – Obs. ss. Cass. Com. 29 avr. 2014, n° 12-27.004, *Bull. Civ. IV*, n° 76 ; *D.* 2014, p. 2541 .

COHANDY E. :

Note ss. Cass. civ., 16 déc.1891, *DP* 1892, p. 177.

COHEN D. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, n° 98-20.776, « *Peavey Company c/ Organisme général des fourrages et a* », *Bull. civ. I*, n° 22 ; *Rev. arb.* 2001, p. 765 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2002, n° 00-12.144, « *Cimat* », *Bull. civ. I*, n° 146 ; *Rev. arb.* 2003, p. 397.

COIPEL-CORDONNIER N. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2002, n° 00-12.144, « *Cimat* », *Bull. civ. I*, n° 146 ; *Rev. crit. DIP* 2002, p. 758.

COLLART-DUTILLEUL F. :

Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n° 03-19.411, *Bull. civ. III*, 2005, n° 117 ; *RDC* 2005, p. 1071.

COLLIN-DEMUNIEUX M. :

Note ss. CEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c/ France*, *D.* 1996, p. 357.

COLOMERT C. :

Obs. ss. CA Paris, 1^{er} mars 1988, *JurisData* n° 1988-020835 ; *D.* 1989, somm. p. 48.

CORNU G. :

Note ss. Cass. civ. 2^{ème}, 30 janv. 1958, *D.* 1958, p. 689.

CORRIGNAN-CARCIN D. :

Note ss. Ass. plén., 4 juill. 1997, *Bull. civ. ass. plén.* n° 10 ; *JCP* 1997, II, 22952 – Cass. soc. 28 mai 2002, n° 99-43.852 et n° 99-43.853, *Bull. civ. V*, n° 182 ; *JCP* 2002, II, 10147.

COSTES L. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 01-14.311, *Bull. civ. I*, n° 95, *RLDA* 2004, 71, n° 4460.

COURBE P. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, *D.* 1999, p. 497, note P. Courbe.

CROZE H. et GAUTIER D. ;

Note ss. Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et n° 00-19.424, *Bull. ch. mixte* n°1 ; *BICC* n° 576, *JCP E* 8 mai 2003, 707 ; *Procédures* 2003, n° 96.

D'AVOUT L. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 07-17.788 ; *D.* 2010, p. 2333.

DAGORNE-LABBE Y. :

Note ss. Cass. com. 11 juill. 2000, n° 97-18275, *CCC* 2001 – Cass. civ. 3^{ème}, 13 févr. 2008, n° 06-22.093, *Bull. civ. III*, n° 28 ; *Gaz. Pal.* 8-10 juin 2008.

DANET A. :

Cass. Soc., 30 mai 2018, n° 16-22.356, *D. Actualité*, 26 juin 2018.

DARRET-COURGEON I. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2014, n° 13-13.406, *Bull. civ. I*, 2014, n° 83 ; *D.* 2014, p. 1715.

DE BELOT Ph. :

Obs. ss. CA Paris, 29 avr. 1988, *Gaz. Pal.* 1988, 2, somm. p. 456.

DEGOS L. :

Note ss. Cass. civ. 2^{ème}, 4 avr. 2002, arrêt « Barbot », n° 00-18.009, *Bull. civ. II*, n° 68 ; *D.* 2003, p. 1117 – Note ss. Cass. com., 9 avr. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 69, *D.* 2003, p. 117.

DEHARO G. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 14-27.168, *Bull. inf.* 2016, n° 846, II, n° 1016 ; *JCP G*, 2016, n° 585.

DELEBECQUE Ph. :

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ. I*, 2000, n° 169 ; *Defrénois* 2000, 37237, n° 68 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, n° 98-20.776, « *Peavey Company c/ Organisme général des fourrages et a* », *Bull. civ. I*, n° 22 ; *D.* 2001, p. 1134.

DELPECH X. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n° 07-13.266, *Bull. civ. I*, 2008, n° 153 ; *D.* 2008, p. 1629 – Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 7 janv. 2009, *Bull. civ. III*, n° 5 ; *D.* 2012, 2241 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 07-17.788 ; *D.* 2010, p. 1869 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 2014, n° 13-17.920, *D. actual.*, 17 oct. 2014.

DEMOGUE R. :

Obs. ss. CA Paris, 23 févr. 1937, *RTD civ.* 1937, p. 617.

DERRIDA F. :

Note ss. Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-15.525 et n° 96-16.349, *Bull. civ. IV*, 1998, n° 193, p. 160 ; *D.* 1998, p. 429.

DESBARATS I. :

Obs. ss. Cass. soc., 30 juin 1998, n° 96-40.394, *Bull. civ. V*, 1998, n° 352 ; *D.* 1999, somm. p. 172.

DESDEVISES Y. :

Note ss. Cass., avis, 20 oct. 2000, *Bull. civ.* 2000, avis, n° 9 ; *JCP G* 2001, II, 10479.

DIALLO O. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, *Clunet* 2007, p. 1255.

DIDIER P. :

Note ss. CA Paris, 24 mai 2000, *Rev. arb.* 2011, p. 535 – Note ss. Cass. civ. 2^{ème}, 4 avr. 2002, arrêt « Barbot », n° 00-18.009, *Bull. civ. II*, n° 68 ; *Rev. arb.* 2003, p. 103 – Note ss. Cass. com., 9 avr. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 69 ; *Rev. arb.* 2003, p. 103.

DISSAUX N. :

Obs. ss. Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19684, *Bull. ch. mixte* 2014, n° 3 ; *JCP G* 2015, 115.

DONNETTE A. :

Note ss. Cass. soc. 20 nov. 2013, n° 10-28.582, *Bull. civ. V*, n° 277 ; *Bull. Joly Entreprises* en difficulté 2014, p. 106.

DUBARRY J.-C et LOQUIN E. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, n° 98-20.776, « *Peavey Company c/ Organisme général des fourrages et a* », *Bull. civ. I*, n° 22 ; *RTD Com.* 2001, p. 413.

DUMONT-LEFRAND M.-P :

Note ss. Cass. com. 1^{er} oct. 2013, n° 12-23.975, *Bull. civ. IV*, n° 142 ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 338-339, p. 17.

DURRY G. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 1975, *Bull. civ. I*, n° 43 ; *RTD civ.* 1975, p. 537 – Obs. ss. Cass. com. 20 mars 1972 ; *RTD civ.* 1972, 779 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1976, *Bull. civ. I*, 1976, n° 243 ; *RTD civ.* 1977, p. 141.

ÉGÉA V. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 19 janv. 1982, *Bull. civ. I*, n° 27 ; *D.* 2009, 1201.

ESMEIN E. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 28 févr. 1949, *JCP G* 1949, II, 4888.

FADEUILHE P. :

Obs. ss. Cass. soc., 24 nov. 1998, n° 95-43.523, *Bull. civ. V*, n° 515 ; D. 1999, somm. 174 – Obs. ss. Cass. soc. 26 oct. 1999, n° 97-42.846, *Bull. civ. V*, n° 411 ; D. 2000, somm. 384.

FAGES B. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, *Bull. civ. I*, n° 7 ; *JCP* 1998, II, 10066 – Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 7 janv. 2009, *Bull. civ. III*, n° 5, *RTD civ.* 2009, p. 113 – Obs. ss. Cass. com., 18 sept. 2012, *Bull. civ. IV*, n° 163 ; *RTD civ.* 2012, p. 712.

FISCHER-ACHOURA E. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2014, n° 13-13.406, *Bull. civ. I*, 2014, n° 83 ; D. 2014, p. 2037.

FRANDESCAKIS Ph. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, *Bull. civ. I*, n° 246 ; *Rev. arb.* 1963.60, note Ph. Francescakis.

FRICERO N. :

Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *Bull. civ. ass. plén.* 2006, n° 8, p. 21 ; *Dr. et proc.* 2006, p. 348 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2014, n° 13-13.406, *Bull. civ. I*, 2014, n° 83 ; D. 2015, p. 287 – Obs. ss. Cass. Com. 29 avr. 2014, n° 12-27.004, *Bull. Civ. IV*, n° 76 ; *AJCA* 2014, p. 176.

FROSSAR J. :

Obs. ss. Cass. soc., 2 déc. 1992, n°91-42.326, *Bull. civ. V*, 1992, n° 578 ; D. 1993, somm. p. 264.

FOREST G. :

Cass. civ. 3^{ème}, 13 févr. 2008, n° 06-22.093, *Bull. civ. III*, n° 28 ; D. 2008, p. 621.

GAILLARD E. :

Obs. ss. CA Paris, 7 déc. 1994, *Soc. V 2000, Soc. Project XJ 220 Ltd. c/ Renault Jean-François*, *Rev. arb.* 1997, p. 537.

GALLOIS-COCHET D. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2007, n° 05-20.314, *Bull. civ. I*, n° 264 ; *JCP G* 2007, II, n° 101195.

GARINOT J.-M. :

Note ss. Cass. soc. 20 nov. 2013, n° 10-28.582, *Bull. civ. V*, n° 277 ; *Gaz. Pal.* 23 janv. 2014, p. 9.

GARNERI S. :

Note ss. Cons. const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC ; D. 2000, p. 424.

GAUDEMET- TALLON H. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1985, n° 84-16.338, *Rev. Crit. DIP* 1986, p. 537.

GAURY C. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 1975, *Bull. civ. I*, n° 43 ; D. 1975, p. 405.

GAUTIER P.-Y. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1993, n° 91-18.737, *Bull. civ. I*, n° 241 ; *RTD civ.* 1994, p. 634 – Obs. ss. Ass. plén., 4 juill. 1997, *Bull. ass. plén.* n° 10 ; *RTD civ.* 1998, n° 134 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2001 ; *RTD civ.* 2001, p. 909 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ. I*, 2000, n° 169 ; *RTD civ.* 2001, p. 863 – Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2000, n° 98-12.015, *Bull. civ. I*, n° 334 ; *RTD civ.* 2001, p. 380 – Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 2002, *Bull. civ. I*, 2002, n° 309 ; *RTD civ.* 2003, p. 313.

GÉNICON T. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 2013, *RDC* 2013, p. 516.

GHANASSIA R. :

Note ss. TCom. Aix-en-provence, 8 mars 1965, D. 1965.593.

GHESTIN J. :

Obs. ss. TGI Paris, 12 févr. 1980, *D.* 1980, IR, 261 – Note ss. Cass. com., 22 oct. 1991, n° 89-20.490, *Bull. civ.* IV ; *D.* 1993, jur., p. 181 – Note ss. Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.956, NP ; *JCP G* 2012, p. 135.

GOLDMAN B. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, *Bull. civ.* I, n° 246 ; *JCP*, 1963 II 13405.

GRIDEL J.-P. et CHAZAL J.-P. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Bull. civ.* I, 2002, n° 108 ; *D.* 2002, p. 1860.

GRIMALDI M. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, n° 06-16.454, *Bull. civ.* I, n° 9 ; *RTD civ.* 2008, 342.

GROSS B. :

Note ss. Cass. com., 6 mars 1990, n° 88-12.477, *Bull. civ.* IV, n° 74 ; *JCP G*, 1990, II, 21583.

GROSSER P. :

Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n° 03-19.411, *Bull. civ.* III, n° 117, *JCP* 2005, I, 172, n° 1 s.

GROUDEL H. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 1998, n° 96-12.489, *Bull. Civ.* I, n° 224 ; *D.* 1999, somm., p. 227.

GUÉNÉE L. :

Note ss. Cass. req., 15 déc. 1902, *DP* 1904, 1, p. 209.

GUEZ Ph. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, n° 00-17.709, *Bull. civ.* I, 2002, n° 97 ; *JCP G* 2002, 10199.

GUIGUE J. :

Note ss. Cass. civ. 2^{ème}, 26 janv. 1994, *Bull. civ.* II, 1994, n° 41 ; *Gaz. Pal.* 1994, 2, 525.

HARICHAUX :

Note ss. CEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c/ France*, *JCP G* 1996, II, 22648.

HAUSER J. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1998, *Bull. civ.* I, 1998, n° 102 ; *RTD civ.* 1998, p. 656 – Obs. ss. Cass. Civ. 1^{ère}, 23 févr. 1999, n° 97-15.098, *Bull. civ.* I, 1999, n° 66 ; *RTD civ.* 1999, p. 601 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2000, n° 97-21.119, *Bull. civ.* I, n° 19, p. 12 ; *RTD civ.* 2000, p. 553 – Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 3 oct. 2006, n° 04-14.388, *Bull. civ.* I, n° 428, p. 368 ; *RTD civ.* 2007, p. 98 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, *Bull. civ.* I, n° 447 ; *RTD civ.* 2007, 321.

HAUTEFORT M. :

Note ss. Cass. soc., 14 mai 2008, n° 07-40.946 à 07-41.061, *Bull. civ.* V, n° 106 ; *JSL* 2008, n° 235, p. 10.

HÉBRAUD H. :

Obs. ss. Cass. ch. mixte, 29 janv. 1971, n° 67-93320, *Bull. crim. ch. mixte* n° 34, p. 82 ; *RTD civ.* 1971, p. 689.

HÉBRAUD P. :

Obs. ss. CA Angers, 17 mars 1970, *JCP G* 1970, II, 16425 ; *RTD civ.*, 1970, p. 812.

HOLLEAUX G. H :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 3 nov. 1959, *Bull. civ.* I, 1959, n° 455 ; *D.* 1960, p. 187.

HORY A. :

Note ss. Cass. com., 10 mars 1998, n° 95-21.581, *Rev. arb.* 1999, p. 57.

JACOB F. :

Note ss. Cass. com. 1^{er} oct. 2013, n° 12-23.975, *Bull. civ.* IV, n° 142 ; *Banque et droit* 2013, n° 152, p. 45.

JAMIN Ch. :

Note ss. Ass. plén., 24 févr. 2006, n° 04-20.525, *Bull. ass. plén.* 2006, n° 1 ; D. 2006, Jur., p. 2076 – Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 21 févr. 2001, n°98-20.817, *Bull. civ.* III, n° 20 ; *JCP G* 2002.II.10027.

JARROSSON Ch. :

Note ss. Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et n° 00-19.424, *Bull. ch. mixte* n°1 ; *BICC* n° 576, p. 41 ; *Rev. arb.* 2003, p. 403 s. – CA Paris, 23 mai 2011, *Rev. arb.* 2003, p. 403.

JAULT-SESEKE F. J :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, n° 98-20.776, « *Peavey Company c/ Organisme général des fourrages et a* », *Bull. civ.* I, n° 22 ; *Rev. crit. DIP* 2001, p. 522.

JEANTET F.-C. :

Note ss. Cass. com., 26 mars 1979, n° 77-11.290, *Bull. civ.* IV, 1979, n° 113 ; *JCP G* 1979, II, 19249.

JULIEN P. :

Obs. ss CA Paris, 17 mars 1980, *D.* 1980, IR p. 464.

KEBIR M. :

Note ss. Cass. com., 30 mai 2018, n° 16-26.403 et n° 16-27.691 ; *D.* Actualité, 30 juill. 2018.

KELLER M. :

Obs. ss Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et n° 00-19.424 ; *Dr. soc.* 2003, p. 890.

KENFACK H. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 2002, *Bull. civ.* I, 2002, n° 309 ; *JCP G* 2003, II, 10081.

LAGARDE X. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003, *Bull. civ.* I, 2003, n° 174 ; *RDC* 2004, p. 1033 – Obs. ss. Ass. plén., 24 févr. 2006, n° 04-20.525, *Bull. ass. plén.* 2006, n° 1 ; *RDC* 2006, p. 806 – Note ss. Cass. com., 28 mars 2006, n° 04-12.197, *Bull. Civ.* IV, n° 85 ; *RDC* 2006, p. 806.

LAITHIER Y.-M. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, n° 09-66.113, *Bull. civ.* III, n° 192 ; *RDC* 2011, p. 412, obs. Y.-M. Laithier.

LAPORTE Ch. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 2014, n° 13-17.920 ; *Procédures* 2014, comm. 320.

LARDY-PELISSER B. :

Obs. ss. Cass. soc., 14 juin 2006, *Bull. civ.* V, n° 215 ; *RDT* 2006, 172.

LARGUIER J. :

Note ss. Cass. crim., 22 juin 1972, *Bull. crim.* 1972, n° 216 ; *JCP G* 1973, II, 17326.

LARROUMET C. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 1975, *Bull. civ.* I, n° 43 ; *JCP* 1975, II, 18100.

LAVRIC S. :

Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 06-19.643, *Bull. civ.* I, n° 151 ; D. 2008, p. 1551.

LE GUIDEC R. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, n° 06-16.454, *Bull. civ.* I, n° 9 ; *JCP* 2009, I, 109, n° 6.

LE TARNEC A. :

Obs. ss. CA Paris, 20 mars 2002, *Gaz. Pal.*, 6-8 avr. 2003, p. 27.

LEGEAIS D. :

Note ss. Cass. com. 1^{er} oct. 2013, n° 12-23.975, *Bull. civ.* IV, n° 142 ; *RD bancaire et fin.*, 2013, comm. 193.

LEPOINTE E. :

Note ss. Cass. crim., 20 déc. 1967, *Bull. crim.* 1967, n° 338 ; *D.* 1969, p. 309.

LEVENEUR L. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 5 avr. 1993, *CCC* août-sept.1993 n° 145 – Note ss. Cass. civ. 2^{ème}, 6 juill. 2000, n° 98-17.827 ; *CCC* 2001, n° 2 – Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, n° 98-20.776, « *Peavey Company c/ Organisme général des fourrages et a* », *Bull. civ.* I, n° 22 ; *CCC* 2001,

comm. n° 1135 – Obs. ss. Cass. com. 12 févr. 2002, *CCC* 2002, n° 90 – Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, *Bull. civ.* III, *CCC* 2006, n° 223 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 06-19.643, *Bull. civ.* I, n° 151 ; *CCC* 2008, comm. 225 – Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, n° 09-11.582, *Bull. Civ.* I, 2012, n° 173 ; *CCC* 2012 , comm. 250.

LIBCHABER R. :

Obs. Cass. civ. 3^{ème}, 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *Bull. Civ.* III, n° 20 ; *Defrénois* 2001, p. 764 – Obs. ss. Cass. soc. 28 mai 2002, n° 99-43.852 et n° 99-43.853, *Bull. civ.* V, n° 182 ; *Defrénois* 2002, 1253 – Obs. ss. Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et n° 00-19.424, *Bull. ch. mixte* n° 1 ; *BICC* n° 576, p. 41 ; *Defrénois* 2003, p. 1158, n° 37810, n° 86 – Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, *Bull. civ.* III, n° 164 ; *CCC* 2006, n° 223.

LIENHARD A. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2000, n° 97-21.119, *Bull. civ.* I, n° 19, p. 12 ; D. 2000, AJ 103 – Obs. ss. Cass. com. 26 avr. 2000, n° 97-10.335, *Bull. civ.* IV n° 81, p. 71 ; D. 2000, AJ p. 263 – Obs. ss. Cass. com., 2 oct. 2001, n° 98-19.694, *Bull. civ.* IV, 2001, n° 154 ; D. 2001, p. 3119 – Obs. ss. Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-03. 873, *Bull. civ.* IV, 2004, n° 84, p. 87 ; D. 2004, AJ 1594.

LINDON R. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 29 avr. 1969, *JCP* 1969, II, 15972 – Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 févr. 1972, n° 70-13.192, *Bull. civ.* I, 1972, n° 56 ; D. 1972, jurispr. p. 513.

LOISEAU G. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ.* I, 2000, n° 169 ; *JCP G* 2001, II, 10461.

LOQUIN E. :

Obs. ss. Cass. com., 10 mars 1998, n° 95-21.581, *RTD civ.* 1998, p. 834 – Obs. CA Paris, 8 oct. 1998, arrêt « *Sam* » ; *RTD com.* 1999, p. 845 – Cass. civ. 2^{ème}, 8 avr. 2004, *Bull. civ.* II, n° 162 ; *RTD com.* 2006, p. 764.

LOUSSOUARN Y. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 27 oct. 1969, *Bull. civ.* I, n° 314 ; *RTD civ.* 1970, p. 169 – Cass. com., 30 janv. 1974 ; *RTD civ.* 1974, p. 804.

LUCET F. :

Obs. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1994, n° 92-17.197, *Bull. civ.* I, 1994, n° 246 ; D. 1995, somm. 326.

LUDWICZAC F.

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 06-19.643, *Bull. civ.* I, n° 151 ; D. 2009, p. 272.

MACORIG-VENIER F. :

Obs. ss. Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-03. 873, *Bull. civ.* IV, 2004, n° 84, p. 87 ; *RTD com.* 2004, p. 590.

MAINGUY D. et SEUBE J.-B. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, n° 98-20.776, « *Peavey Company c/ Organisme général des fourrages et a* », *Bull. civ.* I, n° 22 ; *JCP E* 2001, p. 1228.

MALAURIE Ph. :

Note Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, *Bull. civ.* I, 2008, n° 9 ; *Defrénois* 2008, p. 786.

MALLET-BRICOUT B. :

Note ss. Ass. plén, 24 févr. 2006, n° 04-20.525, *Bull. civ. ass. plén.* 2006, n°1, p. 1 ; *RLDC* 2006, p. 5 ; *RDC* 2006, , p. 5, n° 203, « Au-delà de la nullité, la transaction ».

MARGUÉNAUD J.-P. :

Obs. ss. Cass. ass. plén., 6 juin 1997, *Bull. civ. ass. plén.*, 1997, n° 8 ; D. 1998, p. 255, concl. Tatu ; *RTD civ.* 1998, p. 518.

MARLY P.-G. :

Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2003, n° 01-17.971, *Bull. civ. I*, 2003, n° 136, p. 107 ; *D.* 2003, p. 2655.

MARTIN R. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 2000, n° 97-14.713, *Bull. civ. I*, n° 214 ; *JCP* 2000, II, 10417.

MARTIN-SERF A. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2000, n° 97-21.119, *Bull. civ. I*, n° 19, p. 12 ; *RTD com.* 2000, p. 460 – obs. ss. Cass. com., 2 oct. 2001, n° 98-19.694, *Bull. civ. IV*, 2001, n° 154 ; *RTD com.* 2002, p. 164.

MASSIP J. :

Obs. ss. Cass. ch. mixte, 29 janv. 1971, n° 67-93.320, *Bull. civ. ch. mixte*, 1971, n° 1 ; *Defrénois* 1971, art. 298881, p. 647 – Note ss. Cass. civ. 2^{ème}, 21 mars 1988, n° 86-16.598, *Bull. civ. II*, 1988, n° 74 ; *Gaz. Pal.* 1989, 1, 38 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2000, n° 97-21.119, *Bull. civ. I*, n° 19, p. 12 ; *Defrénois* 2000, p. 652 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, n° 03-17.923, *Bull. civ. I*, 2005, 70, p. 62 ; *Defrénois*, 2005, n° 22, *jurisp.* 83, p. 1841 – Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, *Bull. civ. I*, n° 447 ; *Defrénois* 2007, 300.

MATHEY N. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 136 ; *Rev. sociétés*, 2005, p. 587.

MATHIEU B. et VERPEAUX M. :

Obs. ss. Cons. const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC ; *JCP G* 2000, I, 261.

MAUGERI V. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 06-19.643, *Bull. civ. I*, n° 151 ; *RLDC* 2008/51, n° 3050.

MAYER D. :

Note ss. Cass. crim., 22 avr. 1975, *Bull. crim.* 1975, n° 101 ; *JCP G* 1976, II, 18417.

MAZEAUD D. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 5 avr. 1993, *Defrénois*, 1996, 1013 – Obs. ss. Cass. com. 18 oct. 1994, *Defrénois*, 1995, p. 332 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 24 févr. 1998, NP ; *Defrénois* 1999, art. 36953 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, *Bull. civ. I*, n° 7 ; *Defrénois* 1998, p. 741 – Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *Bull. Civ. III*, n° 20 ; *D.* 2001, p. 2702 – Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, *Bull. civ. III*, n° 164, *D.* 2006, p. 2963.

MAZEAUD H. et L. :

Obs. ss. T. civ. Seine, 7 juin 1943, *RTD civ.* 1944.

MAZUYER E. :

Note ss. Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-40.301, *Bull. civ. V*, n° 249 ; *JCP* 2003, II, 10018.

MERVEILLE A. et THOMIMETTE R. :

Note ss. CA Versailles, 18 juin 2003, *JurisData* n° 2003-257934 ; *D.* 2004, p. 1332.

MESTRE J. :

Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 1984, *Bull. civ. III*, 1984, n° 13 ; *RTD civ.* 1985, p. 367 – Obs. ss. Cass. com., 6 mars 1990, n° 88-12.477, *Bull. civ. IV*, n° 74 ; *RTD civ.* 1990, p. 463 – Note ss. Cass. com., 22 oct. 1991, n° 89-20.490, *Bull. civ. IV*, n° 302 ; *RTD civ.* 1992, p. 90 – Obs. Cass. civ. 1^{ère}, 16 avr. 1996, *Bull. civ. I*, n° 181 ; *RTD civ.* 1996, 894 – Obs. Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, *Bull. civ. IV*, n° 76 ; *RLDA* 2014/98, n° 5357, p.74.

MESTRE J. et FAGES B. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ. I*, 2000, n° 169 ; *RTD civ.* 2001, p. 827 – Obs. ss. Cass. civ. 2^{ème}, 6 juill. 2000, n° 98-17.827 ; *RTD civ.* 2001, p. 359 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 2000, n° 97-14.713, *Bull. civ. I*, n° 214 ; *RTD civ.* 2000, p. 828 – Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 21 févr. 2001, n° 98-20.817, *Bull. Civ. III*, n° 20 ; *RTD civ.* 2001, p. 355 – Obs. ss. Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-10.362, *Bull. civ. IV*, 2002, n° 12 ; *RTD civ.* 2002, p. 504 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Bull. civ. I*, 2002, n° 108 ; *RTD civ.* 2002, p. 502 – Obs. ss. Cass. com. 29 avr. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 77 ; *RTDCiv.* 2002, p. 500 – Obs. ss.

Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 136 ; *RTD civ.* 2005, p. 381 – Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n° 03-19.411, *Bull. civ. III*, 2005, n° 117 ; *RTD civ.* 2005, p. 772 – Obs. ss. Ass. plén., 24 févr. 2006, n° 04-20.525, *Bull. ass. plén.* 2006, n° 1 ; *RTD civ.* 2006, p. 301 – Cass. com., 28 mars 2006, n° 04-12.197, *Bull. Civ. IV*, n° 85 ; *RTD civ.* 2006, p. 766 – Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, *Bull. civ. III*, n° 164 ; *RTD civ.* 2006, p. 754 – Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 7 janv. 2009, *Bull. civ. III*, n° 5 ; *RTD civ.* 2009, p. 113.

MESTRE J. et MESTRE-CHIAMI A.-S. :

Note ss. Cass. Com. 29 avr. 2014, n° 12-27.004, *Bull. Civ. IV*, n° 76 ; *RLDA nov.* 2014, p. 5357.

MEURISSE R. :

Note ss. Cass. civ., 26 déc. 1950, *Bull. civ.* n° 268 ; *S.* 1952, 1, p. 37 – Note ss. Cass. civ. 2^{ème}, 30 janv. 1958, *S.* 1958, p. 359.

MEYNIAL E. :

Note ss. Cass. req., 29 mars 1852, *DP* 1954, 1, p. 392 ; *S.* 1888, 1, p. 425 – Note ss. Cass. Civ., 5 déc. 1887, *S.* 1888, 1, p. 425.

MEZGER E. :

Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 1973, n° 72-12.197, *Rev. Crit. DIP* 1974, p. 365 – Note ss. CA Paris, 26 nov. 1981, *Rev. arb.* 1982, p. 439

MIGNOT M. :

Note ss. Cass. com. 1^{er} oct. 2013, n° 12-23.975, *Bull. civ. IV*, n° 142 ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 310-311, p. 15.

MIMIN P. :

Note ss. Cass. civ., 10 juill. 1945, *D.* 1946, p. 181.

MORVAN P. :

Note ss. Cass. soc., 14 mai 2008, n° 07-40.946 à 07-41.061, *Bull. civ. V*, n° 106 ; *JCP G* 2008, II, n° 10139.

MOTULSKY H. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, *Bull. civ. I*, n° 246 ; *Rev. Crit. DIP*, 1963.615.

MOUSSERON P. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, n° 98-20.776, « *Peavey Company c/ Organisme général des fourrages et a* », *Bull. civ. I*, n° 22 ; *Dr. & patr.* 2001, n° 95, p. 120.

NAJJAR I. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 02-12.259, *Bull. civ. I*, n° 97, *D.* 2004 – Note ss. Ass. plén., 24 févr. 2006, n° 04-20.525, *Bull. ass. plén.* 2006, n° 1 ; *D.* 2006, p. 1396.

NERSON R. :

Obs. ss. Cass. ch. mixte, 29 janv. 1971, n° 67-93.320, *Bull. civ. ch. mixte*, 1971, n° 34 ; *RTD civ.* 1971, p. 616.

NIBOYET M.-L. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, n° 98-20.776, « *Peavey Company c/ Organisme général des fourrages et a* », *Bull. civ. I*, n° 22 ; *Gaz. Pal.* 2003, jur. p. 128 – Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2002, n° 00-12.144, « *Cimat* », *Bull. civ. I*, n° 146 ; *Gaz. Pal.* 2003, n° 51, p. 28.

OURLIAC P. et DE JUGLART M. :

Note ss. Cass. ch. réunies, 17 mars 1954, *Bull. civ.* 1954, n° 1 ; *JCP G* 1954, II, 8208.

PAILLER P. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, n° 09-11.582, *Bull. Civ. I*, 2012, n° 173 ; *D.* 2012, p. 1577 – Note ss. Cass. com. 1^{er} oct. 2013, n° 12-23.975, *Bull. civ. IV*, n° 142 ; *RLDC* 2013/110, n° 5310.

PAQUETTE-DESSAIGNE C. :

Note ss. Cass. com. 26 avr. 2000, n° 97-10.335, *Bull. civ. IV* n° 81, p. 71 ; *LPA*, 28 févr. 2001.

PATARIN J. :

Obs. Cass. civ. 1^{ère}, 6 juil 1982, n° 81-13.444, *Bull. civ. I*, n° 250 ; *RTD civ.* 1983, 769.

PELLET S. :

Note ss. Cass. soc. 20 nov. 2013, n° 10-28.582, *Bull. civ. V*, n° 277 ; *RDC* 2014, p. 243.

PELLETIER C. :

Comm. ss. CA Paris, 23 mai 2011, « Clause de conciliation et référé », *RDC*, 01 juill. 2009, n° 3, p. 1160.

PERRIER J.-B. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, n° 12-13.673 ; *D.* 2013, p. 1663.

PERROT R. :

Note ss. Cass. civ. 2^{ème}, 4 avr. 2002, arrêt « *Barbot* », n° 00-18.009, *Bull. civ. II*, n° 68 ; *Procédures* 2002, p. 112 – Obs. ss. Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *Bull. civ. ass. plén.* 2006, n° 8, p. 21 ; *RTD civ.* 2006, p. 825 – Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 28 mars 2007, *Bull. civ. III*, n° 43 ; *Procédures*, mai 2007, comm. p. 104 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n° 07-13.266, *Bull. civ. I*, 2008, n° 153 ; *RTD civ.* 2008, p. 549 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 07-17.788 ; *Procédures* 2010, comm. 336.

PHILIPPE C. :

Note ss. Cass. civ. 2^{ème}, 25 janv. 1984, *Bull. civ. II*, 1984, n° 13 ; *D.* 1984, p. 442.

PLANIOL M. :

Note ss. Cass. civ., 4 janv. 1911, *DP* 1911, 1, p. 249.

POLI C. et ALBARIAN A. :

Comm. ss. Cass. Com. 29 avr. 2014, n° 12-27.004, *Bull. Civ. IV*, n° 76 ; *Deffrénois* 2015, n° 1, p. 28.

PONCET T. :

Note ss. Cass. Civ., 5 déc. 1887, *DP* 1888, 1, p. 241.

PRÉVAULT J. :

Note ss. CA Aix-en-Provence, 22 juin 1978, *JurisData* n° 1978-600027 ; *D.* 1979, p. 172.

PRIGENT J. :

Obs. ss. Cass. civ. 2^{ème}, 4 avr. 2002, arrêt « *Barbot* », n° 00-18.009, *Bull. civ. II*, n° 68 ; *Lexbase*, Dépêches Juris-Classeur 25 avr. 2002.

PUIGELIER C. :

Note ss. Cass. soc., 5 janv. 1994, n° 89-40.961, *Bull. civ. V*, 1994, n° 1 ; *D.* 1994, p. 586 – Note ss. Cass. soc., 16 mai 2000, n° 98-40.238, *Bull. civ. V*, 2000, n° 179 ; *D.* 2001, p. 273.

PUTMAN E. :

Note ss. Cass. Com. 29 avr. 2014, n° 12-27.004, *Bull. Civ. IV*, n° 76 ; *Dr. et proc.* 2015, suppl. Droit du recouvrement, n° 2, p. 2.

RACINE J.-B. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 02-13.252, *Bull. civ. I*, n° 378 ; *Rev. arb.* 2006, p. 103.

RAYMOND G. :

Note ss. CA Aix, 22 avr. 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 2, p. 638.

RAYNARD J. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2002, n° 00-12.144, « *Cimat* », *Bull. civ. I*, n° 146 ; *JCP E* 2003, n° 15, p. 656.

REFEGERSTE S. :

Note ss. Cass. civ. 2^{ème}, 4 avr. 2002, arrêt « *Barbot* », n° 00-18.009, *Bull. civ. II*, n° 68 ; *JCP* 2002, II.

RÉMY Ph. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 18 sept. 2002, n° 00-14.773, NP, *RGDA* 2002, p. 1042.

REYNÈS Ch. :

Obs. ss. Cass. soc. 24 janv. 2007, n° 05-42.135, *Bull. civ. V*, n° 10 ; *D.* 2007, pan. 2268.

RIPERT G. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 28 févr. 1949, *JCP G* 1949, II, 4888 ; *D.* 1949, p. 301 – Note ss. Cass. civ., 28 juin 1949, *D.* 1949, p. 301.

RIVIER M.-Cl. :

Obs. ss. CA Paris, 8 oct. 1998, arrêt « *Sam* », *RGDP* 1999, p. 126.

ROBERT J. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, *Bull. civ. I*, n° 246 ; *D.* 1963. 545.

ROBERT J.-H. :

Obs. ss. Cass. crim., 28 oct. 1976, *Rev. sc. crim.* 1977, p. 354.

RODIÈRE R. :

Note ss. CA Lyon, 28 nov. 1930, *S.* 1932, 2, p. 201 – Note ss. Cass. civ., 9 juin 1947, *JCP G* 1947, II, 3931.

RONTCHEVSKY N. :

Obs. ss. Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-03. 873, *Bull. civ. IV*, 2004, n° 84, p. 87 ; *Banque et droit* juill.-août 2004 p. 51.

ROUSSILLE M. :

Obs. ss. Cass. com., 1^{er} mars 2011, n° 10-13.993, inédit ; *JCP E*, 2011, n° 18, p. 155.

ROY-LOUSTAUNAU C. :

Obs. ss. Cass. soc. 1^{er} févr. 2005, n° 03-40.605, *Bull. civ. V*, n° 40 ; *Dr. soc.* 2005, p. 682.

RUZIÉ D. :

Note ss. TGI Paris, 6 juill. 1970, *JCP G* 1971, II, 16810.

SABARD O. :

Note ss. Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, *Bull. civ. IV*, n° 76 ; *JCP G* 2014, p.1227, n° 711.

SAINTE-ROSE J. :

Avis ss Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 02-13.252, *Bull. civ. I*, n° 378, *D.* 2006, p. 199.

SAVATIER J. :

Note ss. Cass. soc. 28 mars 2000, n° 97-42.419, *Bull. civ. V*, n° 135 ; *D.* 2000, Jur. 537.

SAVATIER R. :

Note ss. Cass. soc., 3 janv. 1952, *Bull. civ. IV*, 1952, n° 1 ; *D.* 1952, p. 434 – Note ss. Cass. soc., 24 avr. 1952, *Bull. civ. III*, 1952, n° 327 ; *D.* 1952, p. 721 – Cass. soc., 16 mai 1952, *Bull. civ. III*, 1952, n° 430 ; *D.* 1952, p. 721 – Note ss. Cass. civ. 2^{ème}, 14 févr. 1974, *JCP G* 1974, II, 17757.

SAVAUX E. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Bull. civ. I*, 2002, n° 108 ; *Defrénois* 2002, 37607, n° 65.

SCHMIDT-SZALEWSKI J. :

Note ss. Cass. com. 20 mars 1972, n° 70-14.154, *Bull. com.*, n° 93, *JCP* 1973, II, 17543 – Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 19 janv. 1977, n° 75-14.096, *Bull. civ. I*, n° 36 ; *D.* 1977, p. 593.

SERAGLINI Ch. :

Obs. ss. Cass. civ. 2^{ème}, 4 avr. 2002, arrêt « *Barbot* », n° 00-18.009, *Bull. civ. II*, n° 68 ; *JCP* 2003, I, 105 §2 – Cass. com., 9 avr. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 69 ; *JCP* 2003, I, 105 §2 – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, « *ABS* », n° 04-20.842, *Bull. civ. I*, n° 129 ; *JCP G* 2007, I, 168, p. 19.

SERINET Y.-M. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, n° 09-66.113, *Bull. civ. III*, n° 192 ; *JCP G* 2011, p. 63, n° 4.

SIMLER Ph. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1994, n° 92-17.197, *Bull. civ. I*, 1994, n° 246 ; *JCP G* 1995, I, 3821, n° 18, obs. Ph. Simler – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2000, n° 98-12.015, *Bull. civ. I*, n° 334 ; *JCP G* 2001, I, 356, obs. Ph. Simler – Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, *JCP G*

2001, I, 356, n° 9 — Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2007, n° 05-20.314, *Bull. civ. I*, n° 264 ; *JCP E* 2008, act. 1036, n° 9 – Note ss. Cass. com. 1^{er} oct. 2013, n° 12-23.975, *Bull. civ. IV*, n° 142 ; *JCP E* 2014, act. 1325 s.

SOUSTELLE Ph. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2000, n° 98-12.015, *Bull. civ. I*, n° 334 ; *D.* 2001, p. 2193 – Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, *D.* 2001, p. 2193.

STOFFEL-MUNCK Ph. :

Cass. civ. 3^{ème}, 22 juin 2005, *Bull. civ. III*, 2005, n° 137 ; *RDC* 2005, p. 1025 – Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, *Bull. civ. III*, n° 164 ; *JCP G* 2006 I 166, n° 6.

SUDRE F. :

Obs. ss. CEDH, 4 déc. 1995, « *Bellet c/ France* », *JCP G* 1996, I, 3910.

TAQUET F. :

Note ss. Cass. soc., 5 févr. 1992, n° 88-44.370, *Bull. civ. V*, n° 63 ; *JCP* 1992 II 21878 – Cass. soc., 2 déc. 1992, n° 91-42.326, *Bull. civ. V*, 1992, n° 578 ; *JCP E* 1993, II, 404 – Note ss. Cass. soc., 5 janv. 1994, n° 89-40.961, *Bull. civ. V*, 1994, n° 1 ; *JCP G* 1994, II, 22259 – Note ss. Cass. soc., 29 mai 1996, n° 92-45.115, *Bull. civ. V*, 1996, n° 215 ; *JCP G* 1996, II, 22711, p. 403.

THÉRON J. :

Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 22 juin 2005, *Bull. civ. III*, 2005, n° 137 ; *LPA* 24 janv. 2006, note J. Théron.

THÉRY Ph. :

Obs. ss. Cass. civ. 2^{ème}, 8 avr. 2004, *Bull. civ. II*, n° 162 ; *RTD civ.* 2004, p. 770 – Obs. ss. Cass. civ. 3^{ème}, 28 mars 2007, n° 06-13.209, *Procédures* 2007, comm. 204 ; *RTD civ.* 2007, p. 807 – Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2007, n° 05-20.314, *Bull. civ. I*, n° 264 ; *Deffrénois* 2008, art. 38726.

THOMAS-RAYNAUD A.-L. :

Note ss. Cass. com., 28 mars 2006, n° 04-12.197, *Bull. Civ. IV*, n° 85 ; *D.* 2006, p. 2381.

TISSERAND-MARTIN A. :

Obs. ss. Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, *Bull. civ. I*, n° 447 ; *JCP* 2007, I, 142, n° 27.

TOURNAFOND O. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, n° 09-66.113, *Bull. civ. III*, n° 192 ; *D.* 2011, p. 387.

TRAIN F.-X. :

Note ss. Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 02-13.252, *Bull. civ. I*, n° 378 ; *Clunet*, 2006, p. 996, note F.-X.

TRICOIT J.-P.

Note ss. Cass. soc. 2 déc. 2009, n° 07-45.698, *JCP* 2010, p. 295.

VALLANSAN J. :

Obs. ss. Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-03. 873, *Bull. civ. IV*, 2004, n° 84, p. 87 ; *Act. Proc. Coll. 2004*, n° 132.

VARASSAMY G. :

Note ss. Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 1992, *D.* 1993, p. 493.

VEAUX D.

Note ss. Cass. com., 4 oct. 1983, n° 82-12.415, *Bull. civ. IV*, n° 245, *JCP G* 1985, II, n° 20374.

VERMELLE D.

Cass. civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *Bull. civ. I*, 1987, n° 345 ; *Deffrénois* 1988, art. 34289, p. 921.

VERPEAUX M. et B. MATHIEU :

Obs. ss. Cons. const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC ; *JCP G* 2000, I, 261.

WEILLER L. :

Note ss. Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *Bull. civ. ass. plén.* 2006, n° 8, p. 21 ; *D.* 2006, p. 2135 – Cass. civ. 3^{ème}, 13 févr. 2008, n° 06-22.093, *Bull. civ.* III, n° 28 ; *JCP G* 2008, II, 10052.

WIEDERKEHR G. :

Obs. Cass. civ. 1^{ère}, 19 oct. 1999, n° 97-21466, *Bull. civ.* I, 1999, n° 284 ; *JCP G* 2000, I, 245, n° 4.

VI. TABLES CHRONOLOGIQUES DE JURISPRUDENCE ET DÉCISIONS CITÉES

Conseil constitutionnel

Cons. const. 18 juill. 1961, 61-14 L, Organisation judiciaire, *GDCC*, Dalloz, 12^{ème} éd. 2003, n° 11.

Cons. const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *loi relative au pacte civil de solidarité*, *D.* 2000, p. 424, obs. S. Garneri ; *JCP G* 2000, I, 261, obs. B. Mathieu et M. Verpeaux.

Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 3 juill. 1997, aff. C-269/95, *Bull. Info CJCE* n° 20/97, p. 1 ; *JDI* 1998, p. 581, note J.-M. Bischoff ; *Procédures* 1997, comm. 201, note H. Croze.

CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08, « *Azko Nobel NV* » ; Rec. P. I-8237.

CJUE, 14 juin 2017, « *Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli* », n° C-75/16

Cour de cassation

Assemblée plénière

Cass. ass. plén., 6 juin 1997, *Bull. civ. ass. plén.*, 1997, n° 8 ; *D.* 1998, p. 255, concl. Tatu ; *RTD civ.* 1998, p. 518, obs. J.-P. Marguénaud.

Cass. ass. plén., 4 juill. 1997, n° 93-43.375, *Bull. ass. plén.* 1997, n° 10 ; *D.* 1998, p. 101, note D. Boulmier ; *JCP G* 1997, II, 22952, note D. Corrignan-Carsin.

Cass. ass. plén., 24 févr. 2006, n° 04-20.525, *Bull. ass. plén.* n° 1, p. 1 ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2006, 5, note B. Mallet-Bricout ; *JCP G* 2006, II, 10065 ; *D.* 2006, p. 1396 et 2057 ; *RDC* 2006, p. 27.

Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *Bull. civ. ass. plén.* 2006, n° 8, p. 21 ; *D.* 2006, p. 2135, note L. Weiller ; *JCP G* 2006, I, 183, obs. S. Amrani-Mekki ; *Gaz. Pal.* 2007, p. 398, note Gain ; *Dr. et proc.* 2006, p. 348, note N. Fricero ; *RTD civ.* 2006, p. 825, obs. R. Perrot.

Chambre mixte et chambres réunies

Cass. ch. réunies, 2 févr. 1921, *DP* 1921, 1, p. 1, note A Colin ; *S.* 1921, 1, p. 113, note E. Audinet.

Cass. ch. réunies, 17 mars 1954, *Bull. civ.* 1954, n° 1.

Cass. ch. mixte, 29 janv. 1971, n° 67-93320, *Bull. crim. ch. mixte* 1971, n° 34 ; *D.* 1971, p. 301, concl. Lindon, note J. Hauser et E. Abitbol.
Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et n° 00-19.424, *Bull. ch. mixte* n° 1.
Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19684, *Bull. ch. mixte* 2014, n° 3.

Chambre civile (avant 1952)

Cass. civ., 26 févr. 1884, *DP* 1884, 1, p. 395.
Cass. civ., 31 déc. 1835, *S.* 1836, I, p. 189 ; *D.* 1836, 1, p. 321.
Cass. civ., 28 nov. 1864, *DP* 1865, 1, p. 105.
Cass. civ., 24 déc. 1877, *DP* 1878, 1, p. 160.
Cass. civ., 8 janv. 1879, *S.* 1879, p. 216.
Cass. civ., 3 janv. 1883, *DP* 1883, 1, p. 457.
Cass. civ., 18 août 1885, *DP* 1886, 1, p. 166.
Cass. civ., 5 déc. 1887, *DP* 1888, 1, p. 241, note T. Poncet ; *S.* 1888, 1, p. 425, note E. Meynial.
Cass. civ., 16 déc. 1891, *DP* 1892, p. 177, note E. Cohandy, *S.* 1893, 1, p. 81, note A. Tissier.
Cass. civ., 18 déc. 1893, *DP* 1894, 1, p. 64 .
Cass. civ., 5 févr. 1895, *DP* 1895, 1, p. 199.
Cass. civ., 2 juill. 1895, *S.* 1895, 1, p. 311.
Cass. civ., 8 janv. 1900, *DP* 1904, 1, p. 606
Cass. civ., 17 mai 1901, *DP* 1902, 1, p. 103.
Cass. civ., 25 nov. 1901, *DP* 1902, 1, p. 31 ; *S.* 1903, 1, p. 353, note E. Pilon.
Cass. civ., 10 mars 1903, *DP* 1903, 1, p. 485.
Cass. civ., 28 nov. 1904, *DP* 1905, 1, p. 204.
Cass. civ., 28 mai 1906, *DP* 1909, 1, p. 124.
Cass. civ., 13 juillet 1908, *DP* 1908, I, 393.
Cass. civ., 17 nov. 1908, *DP* 1909, 1, p. 381 ; *S.* 1914, 1, p. 443.
Cass. civ., 4 janv. 1911, *DP* 1911, 1, p. 249, note M. Planiol.
Cass. civ. 1^{er} mars 1911, *Gaz. Pal.* 1911. 1^{ère} sem. Jur. 378.
Cass. civ., 12 fév. 1912, *S.* 1913, 1, p. 101.
Cass. civ., 21 avr. 1913, *S.* 1914, 1, p. 5.
Cass. civ., 10 déc. 1913, *S.* 1914, 1, p. 136.
Cass. civ., 12 déc. 1921, *DP* 1921, 1, p. 153, note H. Capitant ; *S.* 1923, 1, p. 353, note E. Audinet.
Cass. civ., 3 nov. 1924, *DP* 1925, 1, p. 137.
Cass. civ., 17 déc. 1928, *DH* 1929.49.
Cass. civ., 21 janv. 1930, *S.* 1930, 1, p. 122.
Cass. civ., 21 juill. 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 2, p. 420.
Cass. civ., 17 nov. 1930, *S.* 1932, 1, p. 17.
Cass. civ., 1^{er} déc. 1942, *DC* 1943, p. 47, note MF.
Cass. civ., 10 juill. 1945, *D.* 1946, p. 181, note P. Mimin.
Cass. civ., 9 juin 1947, *JCP G* 1947, II, 3931, note R. Rodière ; *RTD civ.* 1947, p. 440, obs. J. Carbonnier.
Cass. civ., 9 juin 1947, *RTD civ.* 1947, p. 440, obs. J. Carbonnier.
Cass. civ., 23 mai 1949, *D.* 1949, p. 443.
Cass. civ., 28 juin 1949, *D.* 1949, p. 301, note G. Ripert ; *JCP G* 1949, II, 4888, note P. Esmein.
Cass. civ., 26 déc. 1950, *Bull. civ.* n° 268 ; *S.* 1952, 1, p. 37, note R. Meurisse.
Cass. civ., 22 oct. 1951, *Bull. civ.* I, 1951, n° 265.

Chambre des requêtes (avant 1947)

- Cass. req., 14 nov. 1838, *DP* 1839, 1, p. 19.
Cass. req., 31 déc. 1845, *DP* 1845, 1, p. 362.
Cass. req., 4 mai 1846, *DP* 1846, 1, p. 129.
Cass. req., 29 mars 1852, *DP* 1954, 1, p. 392
Cass. req., 25 avr. 1855, *DP* 1855, 1, p. 159.
Cass. req., 20 avr. 1857, *DP* 1857, 1, p. 396.
Cass. req., 31 mars 1862, *DP* 1862, 1, p. 242 ; *S.* 1862, 1, p. 362.
Cass. req., 13 août 1862, *DP* 1862, 1, p. 456.
Cass. req., 29 déc. 1862, *DP* 1863, 1, p. 164.
Cass. req., 9 mai 1864, *S.* 1864, 1, p. 305.
Cass. req., 7 nov. 1865, *DP* 1866, 1, p. 204.
Cass. req., 5 mars 1867, *DP* 1868, 1, p. 70.
Cass. req., 8 févr. 1869, *S.* 1869, 1, p. 361.
Cass. req., 14 avril 1877, *DP* 1878, 1, 298.
Cass. req., 1^{er} août 1877, *DP* 1878, 1, p. 298.
Cass. req., 14 août 1877, *DP* 1878, 1, p. 298.
Cass. req., 12 févr. 1878, *S.* 1878, 1, p. 161.
Cass. req., 26 févr. 1880, *DP* 1881, 1, p. 2.
Cass. req., 21 juin 1880, *DP* 1881, 1, p. 108.
Cass. req., 1^{er} juill. 1879, *S.* 1880, 1, p. 106.
Cass. req., 14 nov. 1883, *DP* 1884, 1, p. 201.
Cass. req., 31 janv. 1887, *S.* 1887, 1, p. 420.
Cass. req., 10 avr. 1888, *S.* 1889, 1, p. 457.
Cass. req., 2 juill. 1888, *DP* 1889, 1, p. 184 .
Cass. req., 8 nov. 1892, *DP* 1893, p. 92.
Cass. req., 10 juill. 1895, *DP* 1896, 1, p. 187.
Cass. req., 24 janv. 1898, *DP* 1899, 1, p. 109.
Cass. req., 24 déc. 1900, *DP* 1901, 1, p. 135.
Cass. req., 11 déc. 1901, *DP* 1903, 1, p. 114.
Cass. req., 22 juill. 1902, *DP* 1902, 1, p. 399.
Cass. req., 12 nov. 1902, *DP* 1902, 1, p. 566.
Cass. req., 15 déc. 1902, *DP* 1904, 1, p. 209, note L. Guénée.
Cass. req., 14 avr. 1904, *DP* 1904, 1, p. 208 ; *S.* 1908, 1, p. 331
Cass. req., 2 janv. 1907, *DP* 1877, 1, p. 1.
Cass. req., 28 juill. 1908, *S.* 1911, 1, p. 388.
Cass. req., 19 oct. 1915, *S.* 1918-1919, 1, p. 117.
Cass. req., 26 févr. 1924, *DP* 1925, 1, p. 124.
Cass. req., 2 août 1927, *Gaz. Pal.* 1927, 2, p. 883
Cass. req., 26 juin 1928, *DP* 1928, p. 463.
Cass. req., 19 mars 1930, *S.* 1930, 1, p. 339.
Cass. req., 31 mars 1931, *DH* 1931, p. 250.
Cass. req., 29 avr. 1931, *DP* 1931, 1, p. 123, note E. P.
Cass. req., 21 déc. 1932, *Gaz. Pal.* 1933, 1, p. 446
Cass. req., 13 juin 1936, *DH* 1936, 393.

1^{ère} chambre civile

Cass. civ. 1^{ère}, 28 févr. 1949, *JCP G* 1949, II, 4888, note E. Esmein ; *D.* 1949, p. 301, note G. Ripert .

Cass. civ. 1^{ère}, 26 déc. 1950, *Bull. civ.* I, n° 268 ; *S.* 1952, 1, p. 37.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 1953, *Bull. civ.* I, n° 155.

Cass. civ. 1^{ère}, 15 déc. 1954, *Bull. civ.* I, 1954, n° 363.

Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 1955, *Bull. civ.* I, 1955, n° 143.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 1957, *Bull. civ.* I, 1957, I, n° 135.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 nov. 1959, *Bull. civ.* I, 1959, n° 455 ; *D.* 1960, p. 187, note G. Holleaux.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 1960, *Bull. civ.* I, 1960, n° 79.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 févr. 1960, *Bull. civ.* I, n° 113.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 déc. 1960, *Bull. civ.* I, 1960, n° 538.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 1960, *Bull. civ.* I, 1960, n° 549.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 juill. 1961, *Bull. civ.* I, 1961, n° 421 ; *JCP G* 1961, IV, 135.

Cass. civ. 1^{ère}, 23 oct. 1961, *Bull. civ.* I, 1961, n° 478.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 févr. 1962, *Bull. civ.* I, 1962, n° 108.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 1962, *Bull. civ.* I, 1962, n° 428.

Cass. civ. 1^{ère}, 27 déc. 1962, *Bull. civ.* I, n° 564.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 1963, *Bull. civ.* I, 1963, n° 205.

Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 1963, *Bull. civ.* I, 1963, n° 205.

Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, *Bull. civ.* I, n° 246 ; *D.* 1963. 545, note J. Robert ; *Rev. crit. DIP*, 1963.615, note H. Motulsky ; *JDI* 1964.83, note J.-D. Bredin ; *JCP*, 1963 II 13405, note B. Goldman ; *Rev. arb.* 1963.60, note Ph. Francescakis.

Cass. civ. 1^{ère}, 8 oct. 1963, *Bull. civ.* I, 1963, n° 421 ; *D.* 1964, p. 337 ; *JCP G* 1963, II, 13413, 2^{ème} esp., P. Esmein.

Cass. civ. 1^{ère}, 29 oct. 1963, *Bull. civ.* I, 1963, n° 463.

Cass. civ. 1^{ère}, 10 nov. 1964, *Bull. civ.* 1964, I, n° 497.

Cass. civ. 1^{ère}, 7 déc. 1964, *Bull. civ.* I, 1964, n° 540.

Cass. civ. 1^{ère}, 22 févr. 1965, *Bull. civ.* I, 1965, n° 141.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 juill. 1965, *Bull. civ.* I, 1965, n° 484 ; *RGAT* 1966, p. 190.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 févr. 1967, *Bull. civ.* I, 1967, n° 58.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 1967, *Bull. civ.* I, 1967, n° 208 ; *D.* 1967, p. 584, note A. Breton.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 juill. 1967, *Bull. civ.* I, 1967, n° 263 ; *D.* 1967, p. 509.

Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 1968, *Bull. civ.* I, n° 12 ; *RGAT* 1968, 347.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 janv. 1969, *Bull. civ.* I, 1969, n° 21.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 févr. 1969, *Bull. civ.* 1969, I, n° 78.

Cass. civ. 1^{ère}, 23 avril 1969, *JCP* 1981.II.15897, note Blondeau.

Cass. civ. 1^{ère}, 29 avr. 1969, *JCP* 1969, II, 15972, note R. Lindon.

Cass. civ. 1^{ère}, 27 oct. 1969, *Bull. civ.* I, n° 314 ; *D.* 1970, p. 12 ; *RTD civ.* 1970, p. 169, note Y. Loussouarn.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 janv. 1970, *Bull. civ.* I, 1970, n° 13 ; *RGAT* 1972, p. 87.

Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1970, *Bull. civ.* I, 1970, n° 25 ; *D.* 1970, p. 772.

Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1971, n° 69-10.795, *Bull. civ.* I, 1971, n° 35.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 1972, *Bull. civ.* 1972, I, n° 290 ; *D.* 1973, IR p. 28 ; *Gaz. Pal.* 1973, 1, p. 293.

Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 1973, *Bull. civ.* I, 1973, n° 164 ; *D.* 1973, p. 478.

Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 1973, n° 72-12.197, *Bull. civ.* I, 1973, n° 281 ; *Rev. crit. DIP* 1974, p. 365, note E. Mezger.

Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 1974, *Bull. civ.* I, 1974, n° 269.

Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 1975, *Bull. civ.* I, n° 43 ; *D.* 1975, p. 405, note C. Gaury, *JCP* 1975, II, 18100, note C. Larroumet ; *RTD civ.* 1975, p. 537, obs. G. Durry.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 1975, *Bull. civ. I*, 1975, n° 76.
 Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1975, n° 73-14.300, *Bull. civ. I*, 1975, n° 311.
 Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1976, *Bull. civ. I*, n° 86.
 Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1976, n° 74-13.266, *Bull. civ. I*, n° 94.
 Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1976, *Bull. civ. I*, 1976, n° 157.
 Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1976, *Bull. civ. I*, 1976, n° 243 ; *RTD civ.* 1977, p. 141, obs. G. Durry ;
D. 1971, chron. p. 121, C.-J. Berr et H. Groutel
 Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1976, n° 75-14.617, *Bull. civ. I*, n° 330.
 Cass. civ. 1^{ère}, 19 janv. 1977, n° 75-14.096, *Bull. civ. I*, n° 36 ; *D.* 1977, p. 593, note J.
 Schmidt-Szalewski.
 Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 1977, n° 76-10.762, *Bull. civ. I*, 1977, n° 340.
 Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 1977, n° 75-12.386, *Bull. civ. I*, 1977, n° 449.
 Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 1978, *Bull. civ. I*, 1978, n° 184.
 Cass. civ. 1^{ère}, 5 déc. 1978, *Bull. civ. I*, n° 376 ; Defrénois 1979, 31956, note A. Ponsard.
 Cass. civ. 1^{ère}, 24 octobre 1978, *Bull. civ. I*, n° 321.
 Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 1979, n° 77-12.991, *Bull. civ. I*, 1979, n° 11,
 Cass. civ. 1^{ère}, 21 févr. 1979, *Bull. civ. I*, 1979, n° 72.
 Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1979, n° 77-13.807, *Bull. civ. I*, 1979, n° 83.
 Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 1979, n° 77-13.678, *Bull. civ. I*, 1979, n° 88.
 Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 1979, *Bull. civ. I*, 1979, n° 329.
 Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 1980, n° 78-13.467, *Bull. civ. I*, 1980, n° 236.
 Cass. civ. 1^{ère}, 10 déc. 1980, *Bull. civ. I*, n° 322.
 Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1981, *Gaz. Pal.* 1981, pan. jurispr. p. 356.
 Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1981, *Bull. civ. I*, n° 182.
 Cass. civ. 1^{ère}, 7 juill. 1981, n° 80-14.533, *Bull. civ. I*, 1981, n° 250.
 Cass. civ. 1^{ère}, 19 janv. 1982, *Bull. civ. I*, n° 27 ; *D.* 2009, 1201, note V. Égée ; Defrénois, 2009,
 1483, obs. G. Champenois.
 Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 1982, n° 81-13.444, *Bull. civ. I*, n° 250 ; *RTD civ.* 1983, 769, obs. J.
 Patarin.
 Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 1985, *Bull. civ. I*, 1985, n° 167.
 Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1985, n° 84-16.338, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 537, note H. Gaudemet-
 Tallon.
 Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1986, *Bull. civ. I*, n° 174 ; *JCP G* 1986, IV, 155 ; *D.* 1986, IR p. 300.
 Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1986, *Bull. civ. I*, 1986, n° 164.
 Cass. civ. 1^{ère}, 22 juill. 1986, *Bull. civ. I*, 1986, n° 216 ; *RGDA* 1986, p. 595.
 Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 182 ; *JCP G*, 1987.IV.276.
 Cass. civ. 1^{ère}, 7 juill. 1987, *Bull. civ. I*, 1987, n° 220 ; *D.* 1998, somm. p. 236, obs. A. Brunois.
 Cass. civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *Bull. civ. I*, 1987, n° 345 ; Defrénois 1988, art. 34289, p. 921, obs.
 G. Vermelle ; *JCP G* 1988, IV, p. 69.
 Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 1988, *Bull. civ. I*, 1988, n° 90 .
 Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 139.
 Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 1988, *Bull. civ. I*, n° 343.
 Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 1989, *Bull. civ. I*, 1989, n° 13.
 Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars, 1989, *Bull. civ. I*, n° 139.
 Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 1990, n° 88-13.347, NP.
 Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 1991, n° 89-21.494 ; *Bull. civ. I*, 1991, n° 119 ; *D.* 1991, IR p. 142 et 144.
 Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, n° 90-11.485, *Bull. civ. I*, n° 205.
 Cass. civ. 1^{ère}, 11 févr. 1992, n° 90-18.027, *Bull. civ. I* .
 Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 1993, *Bull. civ. I*, 1993, n° 20.
 Cass. civ. 1^{ère}, 5 avr. 1993, *CCC* août-sept. 1993 n° 145, note L. Leveneur

Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1993, n° 91-18.737, *Bull. civ. I*, n° 241 ; *RTD civ*, 1994, p. 634, note P.-Y. Gautier.

Cass. civ. 1^{ère}, 2 févr. 1994, n° 91-22.304, *NP* ; *Resp. civ. et assur.* 1994, comm. 194.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1994, *Bull. civ. I*, 1994, n° 246.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1994, n° 92-17.197, *Bull. civ. I*, 1994, n° 246 ; *D.* 1995, somm. 326, obs. F. Lucet ; *JCP G* 1995, I, 3821, n° 18, obs. Ph. Simler.

Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, n° 92-20.326, *Bull. civ. I*, 1995, n° 3 ; *D.* 1996, jurispr., p. 121.

Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, *Bull. civ. I*, 1995, n° 360 ; *RTD civ.* 1996, p. 643, obs. P.-Y. Gauthier

Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, n° 93-15.626, *Bull. civ. I*, n° 360 ; *JCP G* 1995, IV, p. 315 ; *JCP N* 1996, II, 270 ; *Gaz. Pal.* 23-25 juin 1996, pan. p. 156.

Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, n° 93-15.626, *Bull. civ. I*, n° 360 ; *JCP G*, 1995, IV, p. 315 ; *JCP N* 1996, II, 270 ; *Gaz. Pal.* 23-25 juin 1996, pan., p. 156.

Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 1995, n° 93-16.148, *Bull. civ. I*, 1995, n° 400

Cass. civ. 1^{ère}, 16 avr. 1996, *Bull. civ. I*, n° 181 ; Defrénois, 1996, 1013, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1996, 894, obs. J. Mestre.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, n° 95-13.860, *Bull. civ. I*, 1997, n° 137, p. 92

Cass. civ. 1^{ère}, 21 oct. 1997, *Bull. civ. I*, n° 286 ;

Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, *Bull. civ. I*, n° 7 ; *D. Affaires* 1998, p. 242, obs. J. F. ; *JCP* 1998, II, 10066, note B. Fages ; Defrénois 1998, p. 741, obs. D. Mazeaud.

Cass. civ. 1^{ère}, 24 févr. 1998, *NP* ; Defrénois 1999, art. 36953, obs. D. Mazeaud.

Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1998, *Bull. civ. I*, 1998, n° 102 ; Defrénois 1998, 1403, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1998, p. 656, obs. J. Hauser.

Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 1998, n° 96-12.489, *Bull. civ. I*, n° 224 ; *D.* 1999, somm., p. 227, note. H. Groutel

Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1998, n° 96-15844, *NP*.

Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, n° 96-20.202, « Banque Worm », *Bull. civ. I*, n° 1.

Cass. civ. 1^{ère}, 23 févr. 1999, n° 97-15.098, *Bull. civ. I*, 1999, n° 66 ; *D.* 1999, IR, p. 79 ; *RTD civ.* 1999, p. 601, obs. J. Hauser.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, *D.* 1999, p. 497, note P. Courbe

Cass. civ. 1^{ère}, 26 mai 1999, n° 96-16361, *Bull. civ. I*, n° 172.

Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 1999, n° 97-15.146, *Bull. civ. I*, n° 253

Cass. civ. 1^{ère}, 19 oct. 1999, n° 97-21466, *Bull. civ. I*, 1999, n° 284 ; *JCP G* 2000, I, 245, n° 4, obs. G. Wiederkehr ; Defrénois 2000, p. 437, obs. G. Champenois ; *Dr. famille* 2000, comm. 42, note B. Beignier.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2000, n° 97-21.119, *Bull. civ. I*, n° 19, p. 12 ; *D.* 2000, AJ 103, obs. A. Lienhard ; *ibid.* somm. p. 333, obs. J. Revel ; Defrénois 2000, p. 652, obs. J. Massip ; *Dr. fam.* 2000, n° 48, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 2000, p. 553, obs. J. Hauser ; *RTD com.* 2000, p. 460, obs. A. Mart

Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n° 98-12.819, *Bull. civ. I*, n° 130.

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ. I*, 2000, n° 169 ; *D.* 2000, jurispr., 879, note J.-P. Chazal ; *D.* 2002, p. 2844, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 2001, II, 10461, note G. Loiseau ; *RTD civ.* 2001, p. 827, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD civ.* 2001, p. 863, obs. P.-Y. Gautier ; Defrénois 2000, 37237, n° 68, note Ph. Delebecque ; *CCC*, consom. 2000, comm. n° 142, obs. L. Leveneur ; *Dr. et patrimoine* 2000, n° 2652, obs. P. Chauvel ; *LPA* 11 avr. 2001, p. 17, note L. Belmonte.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 2000, n° 98-22.117, *Bull. civ. I*, 2000, n° 179 ; *D.* 2000, inf. rap. p. 185 ; *JCP G* 2000, I, 280.

Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, n° 98-17494, *CCC* 2000, n° 157 ; *Cass. com.* 11 juill. 2000, n° 97-18275, *CCC* 2001, note Y. Dagorne-Labbe.

Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 2000, n° 97-14.713, *Bull. civ. I*, n° 214 ; *D.* 2002, somm. 854, obs. B. Blanchard ; *JCP* 2000, II, 10417, note R. Martin ; *RTDciv.* 2000, p. 828, obs. J. Mestre et B. Fages .

Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 2000, n° 98-12.015, *Bull. civ. I*, n° 334 ; *D.* 2001, p. 629, note V. Avena-Robardet et p. 2193, note Soustelle ; *RTD civ.* 2001, p. 380, note P.-Y. Gautier ; *JCP G* 2001, I, 356, obs. Ph. Simler.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2001, n° 98-20.776, « Peavey Company c/ Organisme général des fourrages et a », *Bull. civ. I*, n° 22 ; *Contrats, conc., consom.* 2001, comm. n° 1135, note L. Leveneur ; *D.* 2001, p. 1134, obs. Ph. Delebecque ; *Dr. & patr.* 2001, n° 95, p. 120, obs. P. Mousseron ; *Gaz. Pal.* 2003, jur. p. 128, obs. M.-L. Niboyet ; *JCP E* 2001, p. 1228, note D. Mainguy et J.-B. Seube ; *Rev. arb.* 2001, p. 765, note D. Cohen ; *Rev. crit. DIP* 2001, p. 522, note F. Jault-Seseke ; *RTD Com.* 2001, p. 413, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 févr. 2001, *D.* 2001, p. 905.

Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2001, n° 00-11.853, NP.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, n° 00-17.709, *Bull. civ. I*, 2002, n° 97 ; *JCP G* 2002, 10199, note Ph. Guez.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, n° 00-12.932, *Bull. civ. I*, 2002, n° 108 ; *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel et J.-P. Chazal ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois* 2002, 37607, n° 65, note E. Savaux.

Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2002, n° 00-12.144, « Cimat », *Bull. civ. I*, n° 146 ; *Gaz. Pal.* 2003, n° 51, p. 28, note M.-L. Niboyet ; *JCP E* 2003, n° 15, p. 656, note J. Raynard ; *Rev. arb.* 2003, p. 397, obs. D. Cohen ; *Rev. crit. DIP* 2002, p. 758, obs. N. Coipel-Cordonnier.

Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2002, n° 00-12.144, « Cimat », préc.

Cass. civ. 1^{ère}, 18 sept. 2002, n° 00-14.773, NP, *RGDA* 2002, p. 1042, note Ph. Rémy.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 2002, *Bull. civ. I*, 2002, n° 309 ; *JCP G* 2003, II, 10081, note H. Kenfack ; *RTD civ.* 2003, p. 313, note P.-Y. Gautier .

Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 2003, n° 01-00.890, *Bull. civ. I*, n° 60.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 2003, n° 01-10.333, NP.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2003, n° 00-20.772, NP.

Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 2003, n° 01-02.410 ; *RTD civ.* 2003, p. 496.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2003, n° 01-03.016, *Bull. civ. I*, 2003, n° 119.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2003, n° 01-17.971, *Bull. civ. I*, 2003, n° 136, p. 107 ; *D.* 2003, p. 2655, note P.-G. Marly.

Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003, n° 01-11.963, *Bull. civ. I*, 2003, n° 174 ; *RDC* 2004, p. 1033, obs. X. Lagarde.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, n° 01-17.094, *Bull. civ. I*, n° 30.

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 02-12.259, *Bull. civ. I*, n° 97, *D.* 2004, note I. Najjar.

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, n° 01-14.311, *Bull. civ. I*, n° 95, *RLDA* 2004, 71, n° 4460, obs. L. Costes, *JCP G* 2004, II, n° 10132, note G. Chabot.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 nov. 2004, n° 01-17.759, NP.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 02-19.161, NP.

Cass. civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, n° 03-17.923, *Bull. civ. I*, 2005, 70, p. 62 ; *Defrénois*, 2005, n° 22, *jurisp.* 83, p. 1841, obs. J. Massip.

Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 136, *RTD civ.* 2005, p. 381, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Rev. sociétés*, 2005, p. 587, note N. Mathey.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, n° 03-12.305, NP.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, n° 04-11.130, *Bull. civ. I*, n° 332 ; *D.* 2006, p. 1512, note R. Chaaban.

- Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 2005, n° 02-13.252, *Bull. civ. I*, n° 378 ; *Rev. arb.* 2006, p. 103, note J.-B. Racine ; *D.* 2006, p. 199, avis av. gén. J. Sainte-Rose ; *Clunet*, 2006, p. 996, note F.-X. Train ; *D.* 2005, panor. 3052 et 3060, obs. Th. Clay ; *JCP* 2006, I, 14866, obs. J. Béguin ; *Rev. arb.*, 2006, p. 106, note J.-B. Racine ; *D.* 2005, panr., p. 30-52 et p. 30-60, obs. th. Clay ; *D.* 2006, p.199, J. Sainte-Rose.
- Cass. civ. 1^{ère}, 3 oct. 2006, n° 04-14.388, *Bull. civ. I*, n° 428, p. 368 ; *RTD civ.* 2007, p. 98, note J. Hauser.
- Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 2006, n° 05-10.491, NP.
- Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 2006, n° 05-19.792, NP.
- Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, *Bull. civ. I*, n° 447 ; *JCP* 2007, I, 142, n° 27, obs. A. Tisserand-Martin ; *Defrénois* 2007, 300, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 2007, 321, obs. J. Hauser.
- Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2006, n° 05-14.883, NP.
- Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, *Clunet* 2007, p. 1255, note O. Diallo ; *D.* 2008, panor. 182, obs. Th. Clay.
- Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, n° 05-10.464, *D.* 2008, p. 182, obs. Th. Clay.
- Cass. civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, n° 03-20.802, *Bull. civ. I*, 2006, n° 369 ; *D.* 2006, IR, 2052, obs. X. Delpech
- Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2005, *Bull. civ. I*, n° 463.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 6 févr. 2007, *Bull. civ. I*, n° 55.
- Cass. civ. 1^{ère}, 27 févr. 2007, n° 05-11.603, NP.
- Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, « ABS », n° 04-20.842, *Bull. civ. I*, n° 129 ; *D.* 2007, p. 2077, note S. Bollée ; *JCP G* 2007, I, 168, p. 19, obs. Ch. Seraglini.
- Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2007, n° 06-12.494, NP.
- Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2007, n° 05-20.314, *Bull. civ. I*, n° 264 ; *Defrénois* 2008, art. 38726, note P. Théry ; *JCP G* 2007, II, n° 101195, note D. Gallois-Cochet ; *JCP E* 2008, act. 1036, n° 9, note Ph. Simler.
- Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2007, n° 06-18.049, *Bull. civ. I*, 2007, n° 383.
- Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, *Bull. civ. I*, 2008, n° 9 ; *Defrénois* 2008, p. 786, note Ph. Malaurie.
- Cass. civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, n° 06-16.454, *Bull. civ. I*, 2008, n° 9 ; *JCP* 2009, I, 109, n° 6, obs. R. le Guidec ; *RTD civ.* 2008, 342, obs. M. Grimaldi ; *Defrénois* 2008, p. 786, note Ph. Malaurie.
- Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 06-19.643, *Bull. civ. I*, n° 151 ; *D.* 2008, p. 1551, obs. Lavric ; *D.* 2009, p. 272, note F. Ludwiczac ; *RLDC* 2008/51, n° 3050, obs. V. Maugeri ; *CCC* 2008, comm. 225, obs. L. Leveneur ; *Dr. et patrimoine* févr. 2009, p. 126, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck.
- Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2008, n° 07-13.266, *Bull. civ. I*, 2008, n° 153 ; *D.* 2008, p. 1629, note X. Delpech ; *RTD civ.* 2008, p. 551, obs. R. Perrot.
- Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 2009, n° 08-10.866 .
- Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2010, n° 08-19.627, *Bull. civ. I*, 2010, n° 13.
- Cass. civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 07-17.788, ; *Procédures* 2010, comm. 336, obs. R. Perrot ; *D.* 2010, p. 1869, obs. X. Delpech et p. 2333, obs. L. d'Avout.
- Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 2010, n° 09-68.731, « Soc. Blonde génétique », *Bull. civ. I*, n° 183 ; *D.* 2010, p. 2933, obs. Th. Clay.
- Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, n° 09-66.113, *Bull. civ. III*, n° 192 ; *JCP G* 2011, p.63, n° 4, obs. Y.-M. Serinet ; *RDC* 2011, p. 412, obs. Y.-M. Laithier ; *D.* 2011, p. 387, O. Tournafon*D.* « Excuser l'inexcusable ».
- Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 2010, n° 09-12.442, « Soc. Refcomp SPA », *Bull. civ. I*, n° 240 ; *D.* 2010, p. 2933, obs. Th. Clay.
- Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 2011, n° 10-10.728, NP ; *Voy. ég.* X. Lagarde, « La transaction et les tiers : tentative de clarification d'une question complexe », *RDC* 2005, p. 413.

Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n° 09-17.346.
 Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, n° 09-11.582, *Bull. civ. I*, 2012, n° 173 ; *CCC* 2012, comm. 250, L. Leveneur ; *D.* 2012, p. 1577, note P. Pailler.
 Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 2013, *RDC* 2013, p. 516, obs. Génicon.
 Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 2013, n° 12-13.672, *Bull. civ. I*, n° 80 ; *D.* 2013, p. 1005.
 Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, n° 12-13.673 ; *JCP G* 2013, 467 ; *D.* 2013, p. 1663, note J.-B. Perrier.
 Cass. civ. 1^{ère}, 10 avr. 2013, n° 12-13.673, *JurisData* n° 2013-006716 ;
 Cass. civ. 1^{ère}, 25 sept. 2013, n° 12-24.588,
 Cass. civ. 1^{ère}, 20 nov. 2013, n° 12-23.118, *Bull. civ. I*, 2013, n° 229.
 Cass. civ. 1^{ère}, 2 avr. 2014, n° 11-14.642, *Bull. civ. V.*, n° 302 ; *Procédures* 2014, comm. 175, L. Weiller.
 Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2014, n° 13-13.406, *Bull. civ. I*, 2014, n° 83 ; *D.* 2014, p. 2037, note E. Fischer-Achoura ; *ibiD.* p. 1715, note I. Darret-Courgeon ; *ibiD.* 2015, p. 287, obs. N. Fricero ; *JCP G*, 2014, n° 998, note M. Billiau.
 Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2014, n° 13-17.495, *Bull. civ. I*, 2014, n° 126
 Cass. civ. 1^{ère}, 10 sept. 2014, n° 13-11.843, *Bull. civ. I*, 2014, n° 146.
 Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 2014, n° 13-17.920, *JurisData* n° 2014-022666 ; *Procédures* 2014, comm. 320, note Ch. Laporte.
 Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 2014, n° 13-17.920, *Defrénois* 2015, n° 1, comm. C. Poli et A. Albarian, p. 28
 Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 2014, n°13-17.920.
 Cass. civ. 1^{ère}, 4 févr. 2015, n° 14-10.920, NP.
 Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} avr. 2015, n° 14-14.552, *Procédures* juin 2015, comm. L. Weiller, « Opposabilité de la clause compromissoire au liquidateur », n° 6.
 Cass. civ. 1^{ère}, 15 avr. 2015, n° 14-11.572 ; *Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre* 9/15 inf. 15.
 Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 2015, n° 14-15.608, inédit.
 Cass. civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, n° 14-20.917, *Bull. civ. I*, 2016, n° 132.
 Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2015, n° 14-22.915, inédit.
 Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 14-27.168, *Bull. inf.* 2016, n° 846, II, n° 1016 ; *D.* 2016, 705 ; *JCP G*, 2016, n° 585, obs. G. Deharo.
 Cass. civ. 1^{ère}, 9 juin 2017, n° 16.12.457.
 Cass. civ. 1^{ère}, 27 septembre 2017, n° 16-23.531, PB.
 Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, n° 16-21697, PB.
 Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2018, n° 15-21.244, PB

2^{ème} chambre civile

Cass. civ. 2^{ème}, 18 mars 1954, *D.* 1954, p. 398.
 Cass. civ. 2^{ème}, 5 avr. 1957, *Bull. civ. II*, n° 296.
 Cass. civ. 2^{ème}, 30 janv. 1958, *D.* 1958, p. 689, note G. Cornu ; *S.* 1958, p. 359, note R. Meurisse.
 Cass. civ. 2^{ème}, 23 avr. 1964, *Bull. civ. IV*, 1964, n° 332.
 Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 1966, *Bull. civ. I*, 1966, n° 733 ; *D.* 1966, somm. p. 118.
 Cass. civ. 2^{ème}, 23 juin 1967, *D.* 1967, p. 711.
 Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 1968, *Bull. civ.* 1968, II, n° 128
 Cass. civ. 2^{ème}, 12 mai 1971, *Bull. civ. II*, 1971, n° 174.
 Cass. civ. 2^{ème}, 4 juin 1971, *Bull. civ. II*, 1971, n° 198.

Cass. civ. 2^{ème}, 28 nov. 1973, n° 72-12.248, *Bull. civ. II*, n° 310.

Cass. civ. 2^{ème}, 14 févr. 1974, *Bull. civ. II*, 1974, n° 67 ; *JCP G* 1974, II, 17757, note R. Savatier.

Cass. civ. 2^{ème}, 26 juin 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 2, somm. p. 222.

Cass. civ. 2^{ème}, 19 déc. 1977, n° 76-12.559, *Bull. civ. II*, 1977, n° 243.

Cass. civ. 2^{ème}, 8 nov. 1978, *D.* 1979, p. 135.

Cass. civ. 2^{ème}, 29 nov. 1978, *Bull. civ. II*, 1978, n° 254.

Cass. civ. 2^{ème}, 7 oct. 1981, n° 80-11.247, *Bull. civ. II*, 1981, n° 180.

Cass. civ. 2^{ème}, 25 janv. 1984, *Bull. civ. II*, 1984, n° 13 ; *D.* 1984, p. 442, note C. Philippe ; *JCP* 1986, II, 20540, note A. Bateur.

Cass. civ. 2^{ème}, 21 mars 1988, n° 86-16.598, *Bull. civ. II*, 1988, n° 74, *Gaz. Pal.* 1989, 1, 38, note J. Massip.

Cass. civ. 2^{ème}, 27 avr. 1988, n° 88-11.788 ; *Gaz. Pal.* 1988, 2 pan. jurispr., p. 176.

Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 1988, n° 86-17.757, *Bull. civ. II*, 1988, n° 131 ; *D.* 1988, p. 464, note N. S.

Cass. civ. 2^{ème}, 8 nov. 1989, n° 88-16.960, *Bull. civ. II*, 1989, n° 199 ; *JCP G*, 1990, IV, p. 5

Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 1991, n° 90-11.008, *Bull. civ. II*, 1991, n° 140.

Cass. civ. 2^{ème}, 12 juin 1991, *Bull. civ.* 1991, II, n° 183 ; *JCP G* 1991, IV, p. 319 ; *D.* 1992, p. 320.

Cass. civ. 2^{ème}, 26 janv. 1994, *Bull. civ. II*, 1994, n° 41 ; *Gaz. Pal.* 1994, 2, 525, note J. Guigue.

Cass. civ. 2^{ème}, 2 avr. 1997, *Bull. civ. II*, n° 108

Cass. civ. 2^{ème}, 29 avr. 1997, *Bull. civ. II*, 1997, n° 114 ; *D.* 1997, inf. rap. p. 127.

Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} avr. 1998, *Bull. civ. I*, n° 210 ; *D.* 1998, IR p. 126.

Cass. civ. 2^{ème}, 6 juill. 2000, n° 98-17.827 ; *RTD civ.* 2001, p. 359, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 2001, n° 2, note L. Leveneur.

Cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 2001, n° 10-22.780, *Bull. civ. II*, 2011, n° 133

Cass. civ. 2^{ème}, 20 déc. 2001, n° 00-10.806, *Bull. civ. II*, n° 198.

Cass. civ. 2^{ème}, 4 avr. 2002, arrêt « Barbot », n° 00-18.009, *Bull. civ. II*, n° 68 ; Rapport annuel de la Cour de Cassation 2002 ; *D.* 2003, p. 1117, note L. Degos ; *Rev. arb.* 2003, p. 103, note P. Didier ; *D.* 2003 ; somm. 2470, obs. Th. Clay ; *JCP* 2002, II, 10154, note S. Reifegerste ; *JCP* 2003, I, 105 §2, obs. ch. Seraglini ; Procédures 2002, p. 112, note R. Perrot ; Procédures 2002, p. 162, note H. Croze ; *D.* 2002, IR, 1402, obs. V. Avéna-Robardet ; *JCP* 2002, IV, 1872 ; Lexbase, obs. J. Prigent ; Dépêches Juris-Classeur 25 avr. 2002 ; *JCP* 2002, IV, 1872.

Cass. civ. 2^{ème}, 8 avr. 2004, *Bull. civ. II*, n° 162 ; *RTD civ.* 2004, p. 770, obs. Ph. Théry ; *RTD com.* 2006, p. 764, obs. E. Loquin.

Cass. civ. 2^{ème}, 13 juin 2002, *Bull. civ. II*, n° 130.

Cass. civ. 2^{ème}, 20 oct. 2005, n° 03-19.895, NP.

Cass. civ. 2^{ème}, 3 mai 2006, n° 05-13.029, *Bull. civ. II*, 2006, n° 110.

Cass. civ. 2^{ème}, 17 janv. 2008, n° 06-21.857, NP.

Cass. civ. 2^{ème}, 27 févr. 2014, n° 12-35.294, *Bull. civ. II* 2014, n° 58

Cass. civ. 2^{ème}, 27 mars 2014, n° 13-10059, *Bull. civ. II*, 2014, n° 83

Cass. civ. 2^{ème}, 8 janv. 2015, n° 13-27.377, *Bull. civ. II*, n° 5

Cass. civ. 2^{ème}, 19 novembre 2015, n° 13-23.095, *Bull.* 2016, n° 840, 2^{ème} Civ., n° 492

Cass. civ. 2^{ème}, 10 déc. 2015, n° 14-29.871, *Bull.* 2016, n° 840, 2^{ème} Civ., n° 577

Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} sept. 2016, n° 15-22.915, PB

Cass. civ. 2^{ème}, 2 février 2017, n° 16-13.521, PB.

Cass. civ. 2^{ème}, 22 juin 2017, n° 16-11.975, PB.

Cass. civ. 2^{ème}, 6 juillet 2017, n° 16-17959, PB.

Cass. civ. 2^{ème}, 28 septembre 2017, n° 16-19.184, PB
Cass. civ. 2^{ème}, 25 janv. 2018, FS-D. n° 16-22.356.
Cass. civ. 2^{ème}, 15 mars 2018, n° 17-10.325
Cass. civ. 2^{ème}, 27 sept. 2018, (deux arrêts), n° 18-60.132, PB et n° 18-60.091, PB
Cass. civ. 2^{ème}, 18 oct. 2018, n° 18-60.119, PB

3^{ème} chambre civile

Cass. civ. 3^{ème}, 3 janv. 1883, *DP* 1883, 1, p. 457.
Cass. civ. 3^{ème}, 8 févr 1968, *Bull. civ.* III, 1968, n° 52.
Cass. civ. 3^{ème}, 8 févr. 1968, *Bull. civ.* III, n° 52.
Cass. civ. 3^{ème}, 22 janv. 1970, *Bull. civ.* III, n° 50.
Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} avr. 1971, *Bull. civ.* III, 1971, n° 242 ; *JCP G* 1971, IV, 126.
Cass. civ. 3^{ème}, 10 nov. 1971, n° 70-12.911, *Bull. civ.* III, 1971, n° 549.
Cass. civ. 3^{ème}, 12 avr. 1972, *Bull. civ.* III, 1972, n° 214 ; *D.* 1972, p. 655.
Cass. civ. 3^{ème}, 10 mai 1972, *Bull. civ.* III, n° 297.
Cass. civ. 3^{ème}, 6 févr. 1973, *Bull. civ.* III, n° 104 ; *JCP G* 1973, IV, 115 ; *D.* 1973, somm. p. 96.
Cass. civ. 3^{ème}, 3 avr. 1973, *Bull. civ.* III, 1973, n° 252.
Cass. civ. 3^{ème}, 16 oct. 1973, *D.* 1974, inf. rap. p. 35.
Cass. civ. 3^{ème}, 28 oct. 1974, *Bull. civ.* III, 1974, n° 383.
Cass. civ. 3^{ème}, 15 janvier 1975, *Bull. civ.* III, n° 16.
Cass. civ. 3^{ème}, 4 févr. 1976, n° 74-13.064, *Bull. civ.* III, 1976, n° 50 ; Defrénois 1976, art. 31181, obs. J.-L. Aubert.
Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 2, pan. 311.
Cass. civ. 3^{ème}, 20 juin 1978, *Bull. civ.* III, 1978, n° 256.
Cass. civ. 3^{ème}, 18 févr. 1981, *JCP G* 1981, IV, 159.
Cass. civ. 3^{ème}, 6 juill. 1982, *Bull. civ.* III, n° 250 ; Defrénois 1983, 33104, n° 71, obs. G. Champenois.
Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 1983, n° 81-13.214, *Bull. civ.* III, 1983, n° 120.
Cass. civ. 3^{ème}, 17 janv. 1984, *Bull. civ.* III, 1984, n° 13 ; *RTD civ.* 1985, p. 367, obs. J. Mestre ; Defrénois 1985, art. 33481, n° 11, obs. J.-L. Aubert.
Cass. civ. 3^{ème}, 23 janv. 1985, n° 83-13.445, NP.
Cass. civ. 3^{ème}, 4 juill. 1990, *D.* 1990, inf. rap. p. 210.
Cass. civ. 3^{ème}, 10 juill. 1991, n° 90-11.847 ; *Bull. civ.* III, n° 208 ; *D.* 1991, IR 196.
Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 1992, *D.* 1993, p. 493, note G. Varassamy ; *D.* 1992, somm. p. 397, obs. J.-L. Aubert.
Cass. civ. 3^{ème}, 16 déc. 1992, *Bull. civ.* III, 1992, n° 324.
Cass. civ. 3^{ème}, 23 juin 1993, n° 91-20.052, NP.
Cass. civ. 3^{ème}, 14 juin 1995, n° 93-14.769, *Bull. civ.* III, n° 146.
Cass. civ. 3^{ème}, 17 déc. 1996, n° 95-13.903, NP.
Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} mars 2000, n° 97-11.651, NP.
Cass. civ. 3^{ème}, 29 mars 2000, n° 97-18.273, NP.
Cass. civ. 3^{ème}, 29 mai 2000, *Bull. civ.* III, 2000, n° 70.
Cass. civ. 3^{ème}, 21 févr. 2001, *Bull. civ.* III, n° 20 ; *D.* 2001, 2702, note D. Mazeaud ; *ibid.*, Somm. 3226, obs. L. Aynès ; *JCP* 2002, II, 10027, note Ch. Jamin ; *RTDciv.* 2001, p. 353, obs. J. Mestre et B. Fages.

Cass. civ. 3^{ème}, 21 févr. 2001, n°98-20.817, *Bull. civ.* III, n° 20 ; *JCP G* 2002.II.10027, note, Ch. Jamin ; *D.* 2001, p. 2702, note D. Mazeaud et som. 2326, obs. L. Aynès ; Defrénois 2001, p. 764, obs. R. Libchaber ; *RTD civ.* 2001, p. 355, obs. J. Mestre et B. Fages.

Cass. civ. 3^{ème}, 23 mai 2002, n° 00-22.402, NP.

Cass. civ. 3^{ème}, 26 mars 2003, n° 01-02.410, *Bull. civ.* III, 2003, n° 71.

Cass. civ. 3^{ème}, 4 novembre 2004, n° 03-13.002, *Bull. civ.* I, n° 23.

Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, n° 03-19.411, *Bull. civ.* III, 2005, n° 117 ; *JCP* 2005, I, 172, n° 1, obs. P. Grosser ; *D.* 2005, pan. 2837, obs. S. Amrani-Mekki ; *RTD civ.* 2005, p. 772, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005, p. 1071, obs. F. Collart Dutilleul.

Cass. civ. 3^{ème}, 22 juin 2005, *Bull. civ.* III, 2005, n° 137 ; *LPA* 24 janv. 2006, note J. Théron ; *RDC* 2005, p. 1025, note Ph. Stoffel-Munck.

Cass. civ. 3^{ème}, 22 févr. 2006, n° 04-15.764, NP.

Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, *Bull. civ.* III, n° 164, *D.* 2006, 2963, note D. Mazeaud ; *ibiD.* Pan, p. 2639, S. Amrani-Mekki ; *JCP G* 2006 I 166, n° 6, obs. Stoffel-Munck ; *CCC* 2006, n° 223, note L. Leveneur ; Defrénois 2006, p. 1858, obs. R. Libchaber ; *RTD civ.* 2006, p. 754, obs. J. Mestre et B. Fages .

Cass. civ. 3^{ème} 6 oct. 2016, n° 15-17989, PB.

Cass. civ. 3^{ème}, 28 mars 2007, n° 06-13.209, *Bull. civ.* III, n° 43 ; *Procédures* 2007, comm. 204, obs. R. Perrot.

Cass. civ. 3^{ème}, 28 nov. 2007, n° 06-19.272, *Bull. civ.* III, n° 214 ; *JCP G* 2008, I, 138, n° 7, obs. Th. Clay.

Cass. civ. 3^{ème}, 13 févr. 2008, n° 06-22.093, *Bull. civ.* III, n° 28 ; *D.* 2008, p. 621, obs. G. Forest ; *JCP G* 2008, II, 10052, note L. Weiller ; *Gaz. Pal.* 8-10 juin 2008, obs. Y. Dagorne-Labbé.

Cass. civ. 3^{ème}, 7 janv. 2009, *Bull. civ.* III, n° 5, *RTD civ.* 2009, p. 113, obs. B. Fages.

Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13.230, *Bull. civ.* III, n° 118.

Cass. civ. 3^{ème}, 10 mars 2010, n° 09-10.344, *Bull. civ.* III, n° 59, *Gaz. Pal.* 14-17 juill. 2010, jur. 43.

Cass. civ. 3^{ème}, 28 avr. 2011, n° 10-30.721, *JCP E* n° 20, somm. p. 1387.

Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2014, n° 14-40044, PB

Chambre commerciale

Cass. com., 10 mars 1952, *Bull. civ.* IV, 1952, n° 113 ; *D.* 1952, p. 417.
 Cass. com., 1^{er} févr. 1956, *Bull. civ.* III, 1956 n° 51.

Cass. com., 26 nov. 1957, *Bull. civ.* III, n° 326.

Cass. com., 20 mars 1972, *JCP* 1973, II, 17543, V. Schmidt ; *RTD civ.* 1972, 779, obs. G. Durry.

Cass. com., 18 oct. 1982, n° 81-14.228, *Bull. civ.* IV, n° 316.

Cass. com., 4 oct. 1983, n° 82-12.415, *Bull. civ.* IV, n° 245, *JCP G* 1985, II, n° 20374, note D. Veaux.

Cass. com., 5 déc. 1989, n° 88-12.431, *Bull. civ.* IV, 1989, n° 304, p. 205, arrêt rendu pour partie au visa de l'anc. art. 1134 *Cciv.*

Cass. com., 3 mars 1992, n° 89-21.273, *Bull. civ.* IV, n° 232.

Cass. com., 9 nov. 1993, n° 91-18.489, *Bull. civ.* IV, n° 388, p. 382.

Cass. com., 18 oct. 1994, *D.* 1995, p. 180, note Ch. Atias ; Defrénois, 1995, p. 332, obs. D. Mazeaud.

Cass. com., 2 déc. 1997, n° 94-19.287, NP.

Cass. com., 28 avr. 1998, n° 95-17350, NP.

Cass. com., 29 juin 1999, *Bull. civ. IV*, n° 147
 Cass. com., 29 juin 1999, *Bull. civ. IV*, n° 147
 Cass. com., 26 avr. 2000, n° 97-10.335, *Bull. civ. IV* n° 81, p. 71; *D.* 2000, AJ p. 263, obs. A. Lienhard; *JCP* 2000, I, 269, n° 5, obs. Ph. Pétel ; LPA, 28 févr. 2001, note C. Paquette-Dessaigne.
 Cass. com., 11 juill. 2000, n° 97-18275, *CCC* 2001, note Y. Dagherne-Labbe.
 Cass. com., 12 févr. 2002, *CCC* 2002, n° 90, obs. L. Leveneur – Cass. *civ.* 1ère, 15 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 136, *RTD civ.* 2005, p. 381, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Rev. sociétés*, 2005, p. 587, note N. Mathey.
 Cass. com., 29 avr. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 77 ; *RTDciv.* 2002, p. 500, obs. J. Mestre et B. Fages.
 Cass. com., 27 nov. 2012, n° 11-17.185, *Bull. civ. IV*, n° 213 ; *D.* 2012, p. 2900.
 Cass. com., 1er oct. 2013, n° 12-23.975, *Bull. civ. IV*, n° 142 ; *JCP E* 2014, act. 1325, note Ph. Simler ; *Bull. Joly Entreprises en difficulté* 2014, p. 39, note S. Brena ; *RD bancaire et fin.*, 2013, comm. 193, note D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 310-311, p. 15, note M. Mignot ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 338-339, p. 17, note M.-P. Dumont-Lefrand ; *Banque et droit* 2013, n° 152, p. 45, note F. Jacob ; *RLDC* 2013/110, n° 5310, note P. Pailler
 Cass. Com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, *Bull. civ. IV*, n° 76 ; *RTDciv.* 2014, p. 655, obs. H. Barbier; *D.* 2014, p. 2541, obs. Th. Clay ; *AJCA* 2014, p. 176, obs. N. Fricero; *Dr. et proc.* 2015, *suppl. Droit du recouvrement*, n° 2, p. 2, note E. Putman; *RLDA* nov. 2014, p. 5357, note J. Mestre et A.-S. Mestre-Chiami ; *Defrénois* 2015, n° 1, comm. C. Poli et A. Albarian, p. 28.
 Cass. com. 23 nov. 2014, n° 13-21.686, *Bull. civ. IV*, n° 139.
 Cass. com. 16 déc. 2014, n° 13-21.363, *Bull. civ. IV*, n° 139.
 Cass. com. 24 mai 2016, n° 14-25.921 et n° 14-28.111.
 Cass. com., 2 févr. 2016, n° 14-19.874, Chanel c/ Stevil, inédit, NP.
 Cass. com. 24 mai 2017, n° 15-25457, PB.
 Cass. com. 24 janvier 2018, n° 16-50.033, PB.
 Cass. com. 30 mai 2018, n° 16-26403 et 16-27691, PB.

Chambre sociale

Cass. soc., 6 avr. 1951, *Bull. civ. III*, 1951, n° 258.
 Cass. soc., 16 mai 1952, *Bull. civ. III*, 1952, n° 427.
 Cass. soc., 23 oct. 1991, n° 90-60.452, *Bull. civ. IV*, n° 420.
 Cass. soc., 5 févr. 1992, n° 88-44.370, *Bull. civ. V*, n° 63 ; *JCP* 1992 II 21878, note F. Taquet
 Cass. soc., 6 déc. 1994, n° 91-42.160 *Bull. civ. V*, n° 328 ; Cass. soc. 18 févr. 1998, n° 95-42.500, *Bull. civ. V*, n° 95.
 Cass. soc., 27 mars 1996, n° 92-40.448, *Bull. civ. V*, 1996, n° 124 ; *JCP G* 1996, II, 22711.
 Cass. soc., 29 mai 1996, n° 92-45115, *Bull. civ. V*, n° 215 ; *D.* 1997, 49, note J.-P. Chazal.
 Cass. soc., 21 mai 1997, n° 95-45.038, *Bull. civ. V*, 1997, n° 185 ; *JCP G* 1997, IV, 1439 ; *JCP G* 1997, II, 22926, F. Taquet ; *D.* 1997, inf. rap. p. 146.
 Cass. soc., 2 déc. 1997, n° 95-42.981, *Bull. civ. V*, n° 416.
 Cass. soc., 13 janv. 1998, n° 95-40.958, *Bull. civ. V*, n° 12.
 Cass. soc., 28 janvier 1998, n° 95-41.369, *Bull. civ. V*, n° 49.
 Cass. soc., 6 mai 1998, n° 96-40.610, *Bull. civ. V*, n° 236.
 Cass. soc., 30 juin 1998, n° 96-40.394, *Bull. civ. V*, n° 352, *D.* 1999, somm. 172, obs. I. Desbarats.
 Cass. soc., 9 mars 1999, n° 96-43.602, *Bull. civ. V*, n° 107.

Cass. soc., 26 oct. 1999, n° 97-42.846, *Bull. civ. V*, n° 411 ; *D.* 2000, somm. 384, obs. P. Fadeuilhe.

Cass. soc., 15 mars 2000, n° 97-45.916, NP.

Cass. Soc., 28 mars 2000, n° 97-42.419, *Bull. civ. V*, n° 135 ; *D.* 2000, Jur. 537, note J. Savatier, D. Boulmier, « Le bureau de conciliation » ; *Dr. Ouvriers* 2004. p. 98.

Cass. soc., 29 nov. 2000, n° 98-43.518, NP.

Cass. soc., 6 déc. 2000, n° 98-44.447, NP, TPS 2001, n° 117, note B. Boubli.

Cass. soc., 24 janv. 2001, n° 98-43.011, NP.

Cass. soc., 28 mai 2002, n° 99-43.852 et n° 99-43.853, *Bull. civ. V*, n° 182 ; *D.* 2003, 1464, note A. Devers ; *JCP* 2002, II, 10147, note D. Corrignan-Carsin ; *Defrénois* 2002, 1253, obs. R. Libchaber.

Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-40.301, *Bull. civ. V*, n° 249 ; *D.* 2003, 1464, note A. Devers ; *JCP* 2003, II, 10018, note E. Mazuyer.

Cass. soc., 14 janv. 2003, *Bull. civ. V*, n° 6.

Cass. soc., 18 févr. 2003, n° 00-42.948, *Bull. civ. V*, n° 61, *JCP* 2004, I, 145, n° 8 obs. F. Bousez.

Cass. soc., 25 juin 2003, n° 01-41.789, NP.

Cass. soc., 26 janv. 2005, n° 02-47.916, *Bull. civ. V*, n° 23.

Cass. soc., 1er févr. 2005, n° 03-40.605, *Bull. civ. V*, n° 40 ; *Dr. soc.* 2005, p. 682, obs. C. Roy-Loustaunau.

Cass. soc., 16 fév. 2005, n° 02-43502, NP.

Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 03-43.646, NP.

Cass. soc., 4 oct. 2005, n° 04-44.695, NP.

Cass. soc., 14 juin 2006, *Bull. civ. V*, n° 215 ; *RDT* 2006, 172, obs. B. Lardy-Pélisser.

Cass. soc., 11 juill. 2016, n° 14-14.226, PB.

Cass. soc., 24 janv. 2007, n° 05-42.135, *Bull. civ. V*, n° 10, ; *D.* 2007, *pan.* 2268, obs. Ch. Reynès.

Cass. soc., 15 nov. 2007, n° 06-42.305, NP.

Cass. soc., 2 déc. 2009, n° 07-45.698, *JCP* 2010, p. 295, note J.-P. Tricoit.

Cass. soc., 31 mai 2011, n° 10-14.313, *Bull. civ. V*, *D.* 2011, 1623.

Cass. soc., 6 juill. 2011, n° 10-30.596, NP.

Cass. soc., 28 nov. 2012, n° 11-17.013, NP.

Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-20.004, *Bull. civ. V* 2012, n° 326.

Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-15.471, *Bull. civ. V*, 2012, n° 329.

Cass. soc., 20 nov. 2013, n° 10-28.582, *Bull. civ. V*, n° 277 ; *RDC* 2014, p. 243, note S. Pellet ; *JCP S* 2014, act. 1207, note A. Bugada ; *Gaz. Pal.* 23 janv. 2014, p. 9, note J.-M. Garinot ; *Bull. Joly Entreprises en difficulté* 2014, p. 106, note A. Donnette.

Cass. soc. 14 janvier 2014, n° 12-27284, *Bull. civ. V*, n° 6

Cass. soc. 26 mars 2014, n° 12-21.136, *Bull. civ. V*, 2014, n° 91

Cass. soc., 5 nov. 2014, n° 13-18.984, *Bull. civ. V* 2014, n° 260.

Cass. soc. 25 mars 2015, n° 13-23.368, *Bull. civ. V* 2015, n° 59

Cass. soc. 12 nov. 2015, n° 14-15.430, *Bull.*, 2016, n° 839, *Soc.*, n° 428

Cass. soc. 3 nov. 2016, n° de pourvoi: 15-19.385 15-19.771

Cass. soc. 11 janv. 2017, n° 15-20.040, PB.

Cass. civ. 2^{ème}, 2 février 2017, n° 16-13.521, PB.

Cass. soc., 31 janv. 2018, n° 16-20.508, préc.

Cass. soc., 30 mai 2018, n° 16-22.356, FS-P+B, *D. Actualité*, 26 juin 2018, note A. Danet.

Cass. soc. 30 mai 2018, n° 16-25.426, PB.

Chambre criminelle

Cass. crim., 16 juill. 1898, *S.* 1900, 1, p. 109.
 Cass. crim., 13 avr. 1899, *D.* 1900, 1, p. 533.
 Cass. crim., 12 mars 1957, *Bull. crim.*, n° 242.
 Cass. crim., 23 janv. 1958, *Bull. crim.* 1958, n° 86.
 Cass. crim., 20 mars 1958, *Bull. crim.* 1958, n° 275 ; *Gaz. Pal.* 1958, 2, p. 31.
 Cass. crim., 27 janv. 1960, *Bull. crim.* 1960, n° 46 ; *D.* 1960, p. 247.
 Cass. crim., 24 mai 1960, *Bull. crim.* 1960, n° 275.
 Cass. crim., 6 oct. 1964, *Bull. crim.* 1964, n° 256.
 Cass. crim., 20 déc. 1967, *Bull. crim.* 1967, n° 338 ; *D.* 1969, p. 309, note E. Lepointe.
 Cass. crim., 23 déc. 1965, *Bull. crim.* 1965, n° 293 ; *D.* 1966, p. 378.
 Cass. crim., 20 févr. 1968, *Bull. crim.*, n° 49.
 Cass. crim., 7 juin 1968, *Bull. crim.*, n° 305.
 Cass. crim., 20 févr. 1969, *Bull. crim.* 1969, n° 49.
 Cass. crim., 5 nov. 1969, n° 68-93.575, *Bull. crim.* 1969, n° 286 ; *Gaz. Pal.* 1970, p. 113.
 Cass. crim., 24 avr. 1971, *Bull. crim.* 1971, n° 118.
 Cass. crim., 22 juin 1972, *Bull. crim.* 1972, n° 216 ; *JCP G* 1973, II, 17326, note J. Larguier ;
Gaz. Pal. 1972, 2, p. 605.
 Cass. crim., 22 avr. 1975, *Bull. crim.* 1975, n° 101 ; *JCP G* 1976, II, 18417, note D. Mayer.
 Cass. crim., 28 oct. 1976, *Rev. sc. crim.* 1977, p. 354, obs. J.-H. Robert.
 Cass. crim., 16 janv. 1979, *Bull. crim.* 1979, n° 27.
 Cass. crim., 6 mai 1981, *Bull. crim.* 1981, n° 147.
 Cass. crim., 18 avr. 1983, *JurisData* n° 1983-916
 Cass. crim., 27 juin 1983, *Bull. crim.* 1983, n° 198.
 Cass. crim., 13 mars 1990, *Bull. crim.* 1990, n° 116.
 Cass. crim., 8 déc. 1992, *Bull. crim.* 1992, n° 406.
 Cass. crim., 29 févr. 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 87.
 Cass. crim., 24 juin 2008, n° 07-87.511, *Gaz. Pal.* 2008, n° 274, p. 7.
 Cass. crim., 2 déc. 2008, n° 08-83.540, *Bull. crim.* 2008, n° 241.

Conseil d'État

CE, 23 déc. 1887, « *De Dreux-Brézé, évêque de Moulins* », *Recueil Lebon*, p. 842, concl. M. le
 Vasseur de Précourt ; *S.* 1889, 3, p. 57 ; *D.* 1889, 3, p. 1.
 CE, 17 mars 1893, « *Chemin de fer de l'Est* », *D.* 1894, *S.* 1894, p. 119, concl. Romieu.
 CE, 20 janv. 1899, « *Compagnie franco-algérienne* », concl. Romieu, *DP* 1899, 3, p. 49,
 concl. Romieu.
 CE, 6 déc. 2002, « *Synd. intercommunal des établissements du second cycle du district de
 l'Hay-les-Roses* », *RFDA* 2003, p. 302.

Juridictions d'appel

CA Bastia, 8 févr. 1837, *S.* 1837, 2, p. 447.
 CA Nancy, 29 juill. 1837, *S.* 1839, 2, p. 140.
 CA Limoges, 6 févr. 1845, *DP* 1846, 4, p. 458 ; *S.* 1845, 1, p. 763.
 CA Caen, 12 avr. 1845, *DP* 1845, 2, p. 108.
 CA Paris, 20 nov. 1862, *DP* 1862, 2, p. 203.
 CA Nancy, 5 déc. 1867, *S.* 1868, 2, p. 3.
 CA Bourges, 12 août 1871, *S.* 1873, 2, p. 161.
 CA Douai, 7 déc. 1871, *DP* 1873, 2, p. 212.

CA Paris, 30 nov. 1876, *DP* 1878, 2, p. 64.
 CA Lyon, 28 juin 1881, *DP* 1882, 2, p. 190.
 CA. Aix-en-Provence, 11 juill. 1888, *S.* 1889.II.113.
 CA Pau, 10 août 1891, *DP* 1892, 2, p. 543.
 CA Paris, 13 juin 1894, *S.* 1895, 2, p. 19.
 CA Nancy, 12 févr. 1898, *DP* 1899, 2, p. 86.
 CA Bordeaux, 11 juill. 1898, *S.* 1899, p. 206.
 CA Toulouse, 30 juill. 1906, *DP* 1911, 2, p. 335.
 CA Rennes, 10 juill. 1912, *Gaz. Pal.* 1912, 2, p. 497.
 CA Colmar, 4 nov. 1925, *Gaz. Pal.* 1926, 1, p. 118.
 CA Paris, 3 déc. 1925, *Gaz. Pal.* 1926, 1, p. 212.
 CA Caen, 11 juill. 1928, *Gaz. Pal.* 1928, 2, 851.
 CA Nancy, 16 janv. 1930, *JCP* 1930, p. 700.
 CA Lyon, 28 nov. 1930, *S.* 1932, 2, p. 201, note R. Rodière.
 CA Paris, 23 févr. 1937, *RTD civ.* 1937, p. 617, obs. R. Demogue.
 CA Lyon, 7 avr. 1938, *S.* 1938, 2, p. 194.
 CA Colmar, 1^{er} mars 1949, *JCP G* 1949, IV, 161.
 CA Paris, 11 juin 1949, *D.* 1949, somm. p. 25.
 CA Aix, 30 janv. 1950, *JCP* 1950, *éd. G.*, II, 5478.
 CA Fort-de-France, 13 avr. 1950, *JCP* 1950, II, 5989.
 CA Colmar, 13 avr. 1951, *D.* 1951, p. 384.
 CA Montpellier, 4 déc. 1951, *D.* 1952, p. 117.
 CA Lyon, 19 mai 1952, *D.* 1953, p. 48.
 CA Paris, 21 mai 1954, *JCP G* 1954, II, 8232, *D. B.*
 CA Toulouse, 17 déc. 1954, *D.* 1955, p. 122.
 CA Colmar, 22 déc. 1954, *D.* 1954, p. 374.
 CA Toulouse, 9 nov. 1959, *D.* 1960, p. 105, note N. Catala.
 CA Rennes, 14 janv. 1962, *Gaz. Pal.* 1963, 1, 63.
 CA Paris, 31 mai 1966, *D.* 1967, somm. p. 2 ; *Gaz. Pal.* 1966, 2, p. 194 ; *RTD civ.* 1967, obs. J. Chevallier.
 CA Rouen, 4 mars 1969, *JCP G* 1969, II, 15911, note M.A.
 CA Angers, 17 mars 1970, *JCP G* 1970, II, 16425 ; *RTD civ.*, 1970, p. 812, obs. P. Hébraud.
 CA Aix, 22 avr. 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 2, p. 638, note G. Raymond.
 CA Paris, 11 juin 1975, *JurisData* n° 1975-605070 ; *JCP G* 1976, II, 18357.
 CA Reims, 23 oct. 1975, *D.* 1976, somm. p. 40.
 CA Lyon, 1^{er} juin 1976, *D.* 1977, IR p. 461, obs. C.-J. Berr et H. Groutel.
 CA Aix-en-Provence, 22 juin 1978, *JurisData* n° 1978-600027 ; *D.* 1979, p. 172, note J. Prévault.
 CA Paris, 17 mars 1980, *D.* 1980, IR p. 464, obs. Julien.
 CA Bordeaux, 27 mai 1980, *JCP G* 1981, IV, 394 ; *D.* 1980, IR p. 488.
 CA Colmar, 12 août 1981, *Gaz. Pal.* Tables 1980-82, V° « Transaction », n° 17.
 CA Paris, 26 nov. 1981, *Rev. arb.* 1982, p. 439, note E. Mezger.
 CA Paris, 21 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. p. 48.
 CA Paris, 22 mars 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, somm. p. 433.
 CA Paris, 21 oct. 1983, « Dow Chemica », *Rev. arb.* 1984, p. 98.
 CA Paris, 22^{ème} ch. B, 2 mai 1985, *JurisData* n° 1985-024345.
 CA Paris, 5 déc. 1985, *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm. p. 37.
 CA Paris, 21^{ème} ch., sect. B, 6 févr. 1986, *JurisData* n° 1986-024578.
 CA Poitiers, ch. civ., 1^{ère} sect., 12 févr. 1986, *JurisData* n° 1986-045201.
 CA Montpellier, 2^{ème} ch., 26 juin 1986, *JurisData* n° 1986-034330.

CA Grenoble, ch. soc., 30 oct. 1986, *JurisData* n° 1986-048060.
CA Paris, 30 oct. 1986, *JurisData* n° 1986-026331.
CA Bordeaux, ch. soc., 5 nov. 1986, *JurisData* n° 1986-044834.
CA Pau, 5 nov. 1986, *JurisData* n° 1986-046716.
CA Paris, 10 avr. 1987, *D.* 1987, IR p. 134.
CA Paris, 4 mai 1987, *D.* 1987, IR p. 138.
CA Aix, 13 oct. 1987, *JurisData* n° 1987-04651.
CA Poitiers, ch. soc., 15 oct. 1987, *JurisData* n° 1987-049555.
CA Rouen, ch. soc., sect. prud'h., 1er déc. 1987, *JurisData* n° 1987-045438.
CA Paris, 20 janv. 1988, *D.* 1988, IR p. 72.
CA Paris, 22ème ch. B, 29 janv. 1988, *JurisData* n° 1988-022234.
CA Paris, 7e ch., sect. B, 5 févr. 1988, *JurisData* n° 1988-020407.
CA Paris, 1er mars 1988, *JurisData* n° 1988-020835 ; *D.* 1989, somm. p. 48, obs. C. Colomert.
CA Versailles, 20 avr. 1988, *JurisData* n° 1988-041989.
CA Paris, 29 avr. 1988, *Gaz. Pal.* 1988, 2, somm. p. 456, obs. Ph. de Belot.
CA Paris, 28 juin 1988, *JDI* 1988, p. 1021 concernant une cession de contrat
CA Paris, 1ère ch. urg., 30 nov. 1988, « Soc. Korsnas Marma c. Soc. Durant-Auzias », *Rev. arb.* 1989, p. 191.
CA Paris 21 oct. 1989, « Cotunav », *Rev. arb.* 1990, p. 675.
CA Paris, 15 mai 1990, n° 90/001030, Soc. Charphil c. Soc. Topkapi et Sonetex.
CA Aix, 18 déc. 1991, *D.* 1994, somm. p. 134, obs. A. Brunois.
CA Versailles, 22 juin 1992, *Jurisdata* n° 1992-047173.
CA Limoges, 1ère ch., 26 nov. 1992, *JurisData* n° 1992-048317 ; *JCP G* 1993, IV, 1048.
CA Versailles, 24 sept. 1992, *Gaz. Pal.* 1993, 1, somm. 164.
CA Versailles, 17 mars 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 2, somm. p. 612.
CA Paris, 7 déc. 1994, Soc. V 2000, Soc. Project XJ 220 LtD. c/ Renault Jean-François, *Rev. arb.* 1997, p. 537, obs. E. Gaillard.
CA Aix, 6 févr. 1995, *Bull. inf. C. cass.*, 15 avr. 1995, n° 441.
CA Lyon, 15 mai 1997, *Rev. arb.* 1997, p. 402.
CA Amiens, 18 nov. 1997, *Gaz. Pal.* 1998, 2, somm. p. 713.
CA Paris, 17 déc. 1997, « SA Fred & Pétilon c/SA Laboratoire du Docteur Payot », *RJDA* 1998, n° 539
CA Paris, 8 oct. 1998, arrêt « Sam » ; *RTD com.* 1999, p. 845, obs. E. Loquin ; *RGDP* 1999, p. 126, obs. M.-Cl. Rivier ; *Rev. arb.* 1999, p. 350, note P. Ancel et O. Gout
CA Paris, 11 mai 2000, arrêt « Barbot », préc., *Rev. arb.* 2002, p. 180, obs. Th. Clay.
CA Paris, 24 mai 2000, *Rev. arb.* 2011, p. 535, note P. Didier.
CA Paris, 4 juillet 2001, *Bull. inf. C. Cass.* 2002, n° 549, n° 125
CAA Lyon, 13 déc. 2001, Dame Audebert, *RJF* 2002, p. 710 ; *LPA* 2002, p. 16, concl. A. Bonnet
CA Paris, 20 mars 2002, *Gaz. Pal.*, 6-8 avr. 2003, p. 27, obs. A. le Tarnec.
CA Versailles, 18 juin 2003, *JurisData* n° 2003-257934 ; *D.* 2004, p. 1332, note A. Merveille et R. ThomINETTE
CA Paris, 20 nov. 2003, *D.* 2004, somm.p. 3179, obs. Th. Clay
CA Aix-en-Provence, 10ème ch., 14 avr. 2004, n° 01/18944, *JurisData* n° 2004-249831 ; *Gaz. Pal.* 29 et 30 déc. 2004, n° 6 ; *D.* 2004, p. 2959, note C. Bloch.
CA Pau, 1ère ch., 6 juin 2005, n° 04/00870, *JCP G* 2005, IV, 3420.
CA Toulouse, 9 mars 2006, *JurisData* n° 2006-299563 ;
CAA Douai, ass. plén., 13 avr. 2006, n° 02DA00157, *JurisData* n° 2006-300342.
CA Aix-en-Provence, 19 juin 2007, *JurisData* n° 2007-342525

CA Paris, 15^{ème} ch., 19 oct. 2007, n° 06/20561, « René X c/SAS Merrill Lynch Pierce, Fenner & Smith » .
 CA Paris, 30 janv. 2008, *Gaz. Pal.* 29 mars 2008, n° 89, somm., p. 38
 CA Paris, 7 mai 2008, RG n° 07/22212 ; comm. C. Pelletier, « Clause de conciliation et référé », *RDC*, 01 juill. 2009, n° 3, p. 1160
 CA Rouen, 21 oct. 2008, RG n° 08/00867
 CA Nancy, 1^{er} juill. 2009, *JurisData* n° 2009-379619
 CA Paris, 10 déc. 2009, *JurisData* n° 2009-380226.
 CAA Lyon, 7 janv. 2010, n° 08LY00326, *Sté Brace ingénierie*, *JurisData* n° 2010-000652.
 CA Montpellier 2 févr. 2010
 CA Lyon, ch. soc., 22 avr. 2011, n° 10/06237.
 CA Paris, 23 mai 2011, *Rev. arb.* 2003, p. 403, obs. Ch. Jarrosson ;
 CA Rouen, 5 mars 2014, *JurisData* n° 2014-026819
 CA Rennes, 20 juin 2014, *JurisData* n° 2014-014647
 CA Versailles, 15 janv. 2015, *JurisData* 2015-000442

Juridictions de première instance

T. confl., 2 janv. 1887, *DP* 1888, 5, p. 112.
 T. civ. Seine, 7 juin 1943, *RTD civ.* 1944, p. 37, obs. H. et L. Mazeau.
 T. civ. Seine, 7 janv. 1949, *D.* 1949, somm. p. 19 ; *Gaz. Pal.* 1949, 1, p. 167.
 T. civ. Bordeaux, 8 déc. 1952, *Gaz. Pal.* 1953, 1, p. 194 ; *D.* 1953, somm. p. 56.
 T. civ. Pithiviers, 19 mars 1953, *D.* 1953, p. 294.
 TGI Seine, 29 oct. 1959, *Gaz. Pal.* 1959, 2, p. 241.
 TCom. Aix-en-provence, 8 mars 1965, *D.* 1965.593, note Ghanassia.
 TGI Paris, 6 juill. 1970, *JCP G* 1971, II, 16810, note D. Ruzié.
 TGI Paris, 16 mars 1971, *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 837.
 TGI Laon, 15 nov. 1972. *JCP G* 1974, IV, 379.
 TGI Paris, 12 févr. 1980, *D.* 1980, IR, 261, obs. J. Ghestin.
 TA Paris, 2^{ème} ch., 3^{ème} sect., 8 nov. 2006, n° 0604109, Min défense, *JurisData* n° 2006-326751.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	15
PREMIÈRE PARTIE – LE FERMENT DE L’UNITÉ : L’AMIABLE.....	57
TITRE I – L’OBJECTIF COMMUN DES PROCEDURES DE RESOLUTION AMIABLE DES DIFFERENDS	61
CHAPITRE I - L’ACCORD AMIABLE : OBJECTIF CONTRACTUALISE DU DROIT COMMUN PROCEDURAL DE LA RESOLUTION AMIABLE DES DIFFERENDS	63
Section I – L’émergence d’un droit au recours à la résolution amiable des différends	64
Sous-Section I – La loi « médiation » : une initiative dans le cadre <i>judiciaire</i>	64
§1. Le fondement du recours aux conciliations et médiations <i>judiciaires</i>	65
§2. L’objet et l’objectif communs des conciliation et médiation <i>judiciaires</i>	65
Sous-Section II – La loi « médiation » fondement du droit au recours à la résolution amiable des différends	66
§1. Un champ d’application étendu au domaine <i>extrajudiciaire</i> de la résolution amiable des différends	66
A. L’unité de définition des processus de résolution amiable des différends 67	
B. L’accord amiable et le silence du législateur.....	68
§2. Un champ d’application étendu de la médiation au domaine de l’action de groupe.....	69
A. La consécration d’un droit commun de l’action de groupe	70
B. La consécration de la médiation de groupe.....	70
Conclusion de la Section I relative à l’émergence d’un droit à la résolution amiable des différends	71
Section II – L’identification de l’accord amiable résolutif du différend	72
Sous-Section I – L’accord amiable : objectif contractualisé des processus <i>judiciaires</i>	72
§1. Une relative indifférence du législateur à l’égard de l’accord amiable	73
A. En matière de médiation <i>judiciaire</i>	73
1) Le cadre légal de la médiation <i>judiciaire</i>	73
2) Les dispositions relatives à l’objectif contractualisé de la médiation <i>judiciaire</i>	74
B. En matière de conciliation <i>judiciaire</i>	76
1) Le cadre légal de la conciliation <i>judiciaire</i>	76
a) La conciliation menée directement par le juge	76
b) La conciliation déléguée à un conciliateur de justice	79
2) Les dispositions relatives à l’objectif contractualisé de la conciliation <i>judiciaire</i>	80
a) L’exigence légale d’un écrit.....	80
b) L’homologation judiciaire.....	81
C. L’innovation en matière de procédure participative.....	82

§2. La problématique du régime contractuel applicable à l'accord amiable issu des processus <i>judiciaires</i>	83
A. Le choix du régime contractuel applicable à l'accord de médiation <i>judiciaire</i>	84
1) Un contrat <i>sui generis</i>	84
2) Un contrat spécial	84
B. La recherche de régime contractuel applicable à l'« <i>acte de conciliation</i> » <i>judiciaire</i>	85
1) L'acte de conciliation intervenant devant le juge.....	85
2) L'acte de conciliation intervenant devant le conciliateur de justice.....	86
Sous-Section II – L'accord amiable : objectif contractualisé des processus <i>extrajudiciaires</i>	88
§1. L'accord amiable issu de la médiation « <i>conventionnelle</i> »	89
A. Le formalisme de l'accord de médiation « <i>conventionnelle</i> »	89
B. Le régime contractuel applicable à l'accord de médiation « <i>conventionnelle</i> »	90
§2. L'accord amiable issu de la conciliation « <i>conventionnelle</i> »	90
A. Le formalisme de l'accord de conciliation conventionnelle	91
B. Les modalités de formation de l'accord de conciliation <i>conventionnelle</i> ..	92
1) En présence du conciliateur de justice	92
2) En dehors de la présence du conciliateur de justice.....	93
C. La recherche du régime contractuel applicable à l'accord de conciliation conventionnelle	94
§3. L'accord amiable issu de la procédure participative	95
A. Le cadre légal de la procédure participative	95
B. L'objectif contractualisé de la procédure participative.....	97
1) Le formalisme de l'accord amiable participatif.....	97
2) La question du régime contractuel applicable à l'accord amiable participatif	99
Conclusion de la section II relative à l'identification de l'accord amiable résolutif du différend.	103
CONCLUSION DU CHAPITRE I RELATIF A L'ACCORD AMIABLE : OBJECTIF CONTRACTUALISE DU DROIT COMMUN PROCEDURAL DE LA RESOLUTION AMIABLE DES DIFFERENDS	104
CHAPITRE II – L'ACCORD AMIABLE : OBJECTIF CONTRACTUALISE DES DROITS SPECIAUX DE LA RESOLUTION AMIABLE DES DIFFERENDS	109
Section I – L'objectif contractualisé des processus spéciaux de résolution amiable judiciaires des différends.....	110
Sous-Section I – L'accord amiable issu du droit spécial de la conciliation <i>judiciaire</i> en droit des entreprises en difficulté	111
§1. Le cadre légal de la conciliation en droit des entreprises en difficulté.....	111
§2. L'accord amiable : objectif contractualisé préventif de difficultés	114
A. Le formalisme légal de l'accord amiable.....	114
B. La recherche d'une qualification contractuelle applicable à l'accord amiable	116
Sous-Section II – L'accord amiable issu de la conciliation et de la médiation <i>judiciaires</i> en droit du travail	119

§1. La tentative obligatoire de conciliation préalable au jugement.....	120
§2. Le développement de la médiation <i>judiciaire</i>	122
A. La médiation curative des conflits individuels du travail	122
B. La médiation des conflits collectifs du travail	124
C. La médiation de groupe en matière de discrimination	126
§3. L'identification de l'accord amiable curatif des litiges en droit du travail ...	128
A. L'accord issu des conciliations et médiations curatives des conflits individuels du travail	128
1) L'accord amiable issu de la conciliation <i>judiciaire</i> spéciale en matière prud'homale	128
2) L'accord amiable issu de la médiation <i>judiciaire</i> prétorienne en matière prud'homale	129
B. L'accord issu des médiations curatives des conflits collectifs du travail 130	
1) La recherche d'une définition à l'accord de groupe en matière de discrimination collective ...	130
2) Conventions collectives et accords salariaux : des accords amiables ?	131
Sous-Section III – L'accord amiable issu de la médiation de groupe en droit de la santé	132
§1. Le cadre légal de la médiation de groupe en droit de la santé.....	133
§2. L'accord amiable issu de la médiation de groupe spéciale en droit de la santé	134
Sous-Section IV – La place de l'accord amiable dans le contentieux familial	136
§1. Les accords amiables aménageant l'exercice de l'autorité parentale.....	137
A. L'accord amiable spontané des parents aménageant l'exercice de l'autorité parentale	137
B. L'accord amiable issu de la médiation en matière d'autorité parentale	140
§2. Les accords amiables intervenant dans le cadre du divorce	142
A. La convention de divorce : fondement du divorce par consentement mutuel <i>judiciaire</i>	143
1) Le contenu de la convention de divorce par consentement mutuel <i>judiciaire</i>	144
2) La recherche du régime contractuel applicable à <i>l'instrumentum</i>	145
B. L'accord amiable issu des processus de résolution amiable en matière familiale.....	147
1) Le principe : la tentative de conciliation obligatoire et préalable.....	148
a) Le cadre légal de la tentative de conciliation obligatoire devant le juge aux affaires familiales.....	149
b) L'objectif contractualisé de la tentative obligatoire de conciliation devant le juge aux affaires familiales.....	150
2) L'aménagement : la recherche d'un accord amiable par tentative de médiation.....	151
a) Le cadre légal de la médiation familiale	151
b) L'objectif contractualisé de la médiation familiale.....	153
3) L'admission de la procédure participative dans le cadre du divorce par consentement mutuel <i>judiciaire</i>	155
a) Une procédure adaptée aux cas des divorces par consentement mutuel	155
b) La singularité de l'accord amiable issu de la procédure participative	
156	

Conclusion de la Section I relative à l'accord amiable : objectif des processus spéciaux de résolution amiable judiciaires des différends 158

Section II – La multiplication des processus spéciaux de résolution amiable extrajudiciaire des différends..... 160

Sous-Section I – Les processus de résolution amiable *extrajudiciaires* spéciaux encadrés par l'ordre public 161

§1. L'accord amiable issu du divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire* 161

A. La convention de séparation amiable 161

B. Une convention de divorce par acte sous signature privée..... 162

1) Les principes du divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire* .. 163

2) Le formalisme de la convention de divorce par consentement mutuel *extrajudiciaire*..... 166

§2. L'accord amiable : objectif contractualisé des conciliation et médiation *extrajudiciaires* en droit du travail 168

A. Les recours suggérés à la tentative de résolution amiable *extrajudiciaire* spéciale des différends 169

1) La médiation *extrajudiciaire* en matière de harcèlement moral au travail 169

a) Le cadre légal de la médiation *extrajudiciaire* en matière de harcèlement moral 169

b) Les objectifs de la médiation *extrajudiciaire* en matière de harcèlement moral 171

2) La médiation en matière d'exécution ou de résiliation du contrat d'apprentissage..... 172

a) Le cadre légal et l'objet du processus de médiation..... 172

b) Les objectifs de la médiation *extrajudiciaire* en matière de contrat d'apprentissage..... 173

3) La conciliation en matière de litige relatif aux inventions du salarié. 174

a) L'objet de la tentative de conciliation en matière d'inventions du salarié 174

b) L'objectif de la conciliation en matière d'inventions du salarié 175

B. Les tentatives obligatoires de résolution amiable *extrajudiciaire* spéciale des différends 177

1) En matière de différends relatifs au contrat de travail du notaire salarié 177

a) Les différentes tentatives obligatoires de résolution amiable 177

b) Les objectifs des différentes tentatives obligatoires de résolution amiable 180

I. L'accord amiable : objectif contractualisé de la tentative obligatoire de médiation menée par le président de la chambre des notaires..... 180

II. L'avis : objectif de la saisine de la commission obligatoire et préalable au licenciement du notaire salarié 182

2) La tentative obligatoire de conciliation des litiges relatifs au contrat de travail du marin 182

a) Le cadre légal 183

b) L'objectif de la tentative obligatoire de conciliation..... 184

§3. L'accord amiable : objectif de la nouvelle médiation *extrajudiciaire* des litiges de la consommation..... 185

A.	La création d'un droit commun spécial de la médiation de la consommation.....	187
B.	Le phénomène d'absorption de médiations <i>extrajudiciaires</i> spéciales ..	189
1)	Le cadre légal de la médiation bancaires.....	190
2)	Le cadre légal des médiations en matière d'assurance.....	192
3)	Le cadre légal de la médiation de l'énergie.....	192
C.	La médiation <i>judiciaire</i> de groupe en droit de la consommation.....	194
D.	L'objectif contractuel de la médiation <i>extrajudiciaire</i> spéciale des litiges de la consommation.....	195
1)	L'objectif contractualisé des médiations spéciales préexistantes absorbées	196
2)	Le renvoi au droit commun spécial de la médiation de la consommation	197
3)	L'identification de l'accord amiable issu de la médiation de groupe..	197
§4.	L'accord amiable issu de la conciliation <i>extrajudiciaire</i> en droit de la santé	198
A.	Les principes du recours aux commissions de conciliation et d'indemnisation.....	200
B.	La double mission des commissions de conciliation et d'indemnisation	202
1)	La procédure de conciliation.....	202
a)	Le cadre légal de la conciliation <i>extrajudiciaire</i>	202
b)	L'objectif de la conciliation <i>extrajudiciaire</i>	203
2)	La procédure de règlement amiable	204
a)	Le cadre légal de la procédure de règlement amiable.....	204
b)	L'objectif contractualisé de la procédure de règlement amiable	206
§5.	L'accord amiable : objectif des conciliations <i>extrajudiciaires</i> en matière de baux	208
A.	En matière de baux d'habitation	209
1)	Le cadre légal de la conciliation	209
2)	L'objectif de la tentative de conciliation	210
B.	En matière de baux commerciaux	212
1)	Le cadre légal de la conciliation	212
2)	L'objectif contractualisé de la conciliation.....	213
Sous-Section II – La multiplication des processus de résolution amiable <i>extrajudiciaires</i> spéciaux en droit des affaires.....		215
§1.	L'accord amiable issu de la médiation <i>extrajudiciaire</i> du crédit aux entreprises.....	216
A.	L'objet de la médiation du crédit aux entreprises	217
B.	L'objectif de la médiation du crédit aux entreprises	218
§2.	L'accord amiable en matière environnementale et de RSE.....	218
A.	La consécration de la médiation de groupe en matière environnementale	219
1)	Une action de groupe <i>judiciaire</i> en droit de l'environnemental	220
2)	L'objet et l'objectif de la médiation de groupe en droit de l'environnement.....	221
B.	La médiation préventive au service de la responsabilité sociétale des entreprises.....	224
1)	Le cadre légal de la RSE	224

2) L'accord amiable : objectif contractualisé de la médiation en matière de RSE	227
§3. L'accord amiable en matière industrielle et de sous-traitance	227
A. Le cadre de la mise en oeuvre de la médiation	228
B. Les objectifs de la médiation curative ou préventive en matière industrielle et de sous-traitance	232
1) L'accord amiable issu de la médiation curative	232
2) L'issue de la médiation préventive, de projet ou positive	234
Conclusion de la section II relative à la multiplication des processus spéciaux de résolution amiable extrajudiciaire des différends	236
 CONCLUSION DU CHAPITRE II RELATIF A L'OBJECTIF CONTRACTUALISE DES DROITS SPECIAUX DE LA RESOLUTION AMIABLE DES DIFFERENDS	 237
 CONCLUSION DU TITRE I RELATIF A L'OBJET DES PROCESSUS DE RESOLUTION AMIABLE DES DIFFERENDS	 238
 TITRE II – LA DIMENSION CONTRACTUELLE DE LA RESOLUTION AMIABLE DES DIFFERENDS	 241
 CHAPITRE I – LE POIDS DE LA VOLONTE DES PARTIES DANS LE DECLENCHEMENT DE LA RESOLUTION AMIABLE DES DIFFERENDS	 243
 Section I – Le jeu des clauses de résolution amiable des différends	 244
Sous-Section I – L'identification de la catégorie des <i>clauses de résolution amiable des différends</i>	245
§1. La catégorie générique des <i>clauses de règlement des différends</i>	246
§2. La sous-catégorie des <i>clauses de résolution amiable des différends</i>	247
A. Le critère de distinction des <i>clauses de résolution amiable des différends</i>	248
B. Propositions de définitions	249
1) La clause de conciliation ou de médiation	249
2) La clause de procédure participative	250
3) Le panachage des clauses de règlement des différends	253
Sous-Section II – L'efficacité des <i>clauses de résolution amiable des différends</i>	254
§1. L'affirmation du principe de licéité des <i>clauses de résolution amiable des différends</i>	256
A. Un principe général	257
B. Les limites au principe licéité	258
1) La prohibition de la <i>clause de résolution amiable des différends</i> en droit du travail	259
a) L'absence de prohibition légale	259
b) Position doctrinale	260
c) Une prohibition jurisprudentielle	261
2) La prohibition de la <i>clause de résolution amiable des différends</i> en droit de la consommation	265
§2. Une efficacité procédurale contractuellement aménagée	269
A. Les conditions de l'efficacité du déclenchement de la tentative de résolution amiable <i>extrajudiciaire</i> des différends	270

1) Le caractère obligatoire de la tentative de résolution amiable du différend	271
a) L'efficacité procédurale des différents types de clauses de résolution amiable des différends.....	271
I. Typologie des clauses de résolution amiable des différends	272
II. Une efficacité procédurale limitée	273
b) La signification du caractère obligatoire spécialement convenu	275
2) Le caractère préalable de la tentative de résolution amiable du différend	280
a) La signification du caractère préalable.....	280
b) Les limites du caractère préalable.....	282
I. La clause de résolution amiable des différends et le juge des référés	283
II. La clause de résolution amiable des différends et le juge des requêtes.....	286
III. La clause de résolution amiable des différends et le juge de l'exécution	287
B. Quelques conseils rédactionnels	292
Sous-Section III – Le rayonnement de la <i>clause de résolution amiable des différends</i>	296
§1. L'autonomie de la clause de résolution amiable des différends	297
A. La consécration jurisprudentielle de l'autonomie des <i>clauses de règlement des différends</i>	297
1) L'autonomie de la clause compromissoire.....	297
2) L'autonomie de la clause attributive de juridiction	299
3) L'autonomie de la clause de résolution amiable des différends.....	299
B. La consécration légale de l'autonomie des <i>clauses de règlement des différends</i>	300
§2. L'extension du champ d'application de la <i>clause de résolution amiable des différends</i>	302
A. L'extension du champ d'application des clauses de résolution amiable des différends	303
B. La circulation de la <i>clause de résolution amiable des différends</i>	307
Conclusion de la section I relative au jeu des clauses de résolution amiable des différends.	311
Section II – Les invitations à la résolution amiable adressées aux parties par le législateur et le juge	313
Sous-Section I – L'invitation adressée dans le cadre du droit commun procédural de la résolution amiable	314
§1. En matière de résolution amiable <i>judiciaire</i> des différends	314
A. Le principe de libre initiative du juge et des parties dans le cadre de la conciliation <i>judiciaire</i>	314
B. L'émergence du pouvoir d'injonction du juge dans le cadre de la médiation <i>judiciaire</i>	315
§2. En matière de résolution amiable <i>extrajudiciaire</i> des différends	317
A. Le principe de la libre initiative des parties.....	317
B. L'incitation légale et l'émergence d'une obligation à la tentative de résolution amiable <i>extrajudiciaire</i> des différends.....	317

1) L'incitation générale à la résolution amiable <i>extrajudiciaire</i> des différends	318
2) L'émergence d'une obligation légale d'attester de l'échec d'une tentative de résolution amiable <i>extrajudiciaire</i> du différend	319
Sous-Section II – Les convocations dans le cadre des droits spéciaux de la résolution amiable des différends.....	323
§1. En matière de droits spéciaux de résolution amiable <i>judiciaire</i> des différends	323
A. La convocation à la résolution amiable <i>judiciaire</i> en matière familiale .	323
1) La conciliation dite « obligatoire » devant le juge aux affaires familiales	324
2) La reconnaissance légale du pouvoir judiciaire d'enjoindre les parties à la résolution amiable des différends.	325
B. La convocation à la conciliation en matière prud'homale.....	327
§2. En matière de droits spéciaux de la résolution amiable <i>extrajudiciaire</i>	328
A. La saisine obligatoire et <i>extrajudiciaire</i> d'institutions aux fins de résolution amiable des différends en droit du travail	329
1) L'obligation légale imposée à l'employeur et au notaire salarié	329
2) L'obligation légale imposée à l'employeur et au marin.....	330
B. La saisine obligatoire et <i>extrajudiciaire</i> d'institutions aux fins de résolution amiable des différends en matière de baux	331

Conclusion de la section II relative aux invitations à la résolution amiable adressées aux parties par le législateur et le juge.	332
---	------------

CONCLUSION DU CHAPITRE I RELATIF AU POIDS DE LA VOLONTE DES PARTIES DANS LE DECLENCHEMENT DE LA RESOLUTION AMIABLE.	336
---	------------

CHAPITRE II – LE REGIME CONTRACTUEL DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESOLUTION AMIABLE DES DIFFERENDS.....	339
---	------------

Section I – L'unité de régime contractuel du déclenchement de la résolution amiable des différends	341
---	------------

Sous-Section I – Une catégorie de conventions préparatoires à l'accord amiable	342
§1. La consécration légale de la convention de procédure participative	342
§2. La nécessaire reconnaissance des conventions de conciliation ou de médiation	344
Sous-Section II – La formation des conventions préparatoires à l'accord amiable	346
§1. La formation de la convention de procédure participative	347
A. L'exigence légale d'une convention écrite.....	347
B. Une convention négociée ?.....	347
§2. La formation des conventions de conciliation et de médiation	349
A. L'absence de formalisme	349
B. Des formes de contrats d'adhésion ?	349
Sous-Section III - La validité des conventions préparatoires à l'accord amiable ..	352
§1. Un contenu spécifique	353
A. Les frais de la résolution amiable des différends.....	354
1) Dans le cadre du droit commun procédural de la résolution amiable <i>judiciaire</i>	354

2)	Dans le cadre du droit commun procédural de la résolution amiable <i>extrajudiciaire</i>	356
3)	Dans le cadre des droits <i>spéciaux</i> de la résolution amiable <i>judiciaire</i> et <i>extrajudiciaire</i>	357
B.	Le délai imposé aux parties et au tiers missionné.....	361
1)	En matière de résolution amiable <i>judiciaire</i> des différends.....	361
2)	En matière de résolution amiable <i>extrajudiciaire</i> des différends	363
3)	En matière de droits <i>spéciaux</i> de la résolution amiable <i>judiciaire</i> ou <i>extrajudiciaire</i> des différends	365
C.	L'objet du différend.....	367
D.	Des principes directeurs contractualisés	369
1)	Les obligations à la charge des tiers missionnés.....	370
a)	Les obligations communes à l'ensemble des tiers missionnés.....	371
I.	L'obligation d'information.....	371
II.	L'obligation de compétence	376
III.	L'obligation de confidentialité	380
b)	Les obligations spécifiques au conciliateur et au médiateur	384
I.	L'obligation de neutralité.....	385
II.	L'obligation d'impartialité	386
III.	L'obligation d'indépendance	387
c)	Les obligations spécifiques aux avocats dans le cadre de la procédure participative	388
I.	Les obligations d'assistance et d'indépendance	389
II.	L'obligation au secret professionnel	389
III.	L'obligation de collaboration.....	390
2)	Les obligations à la charge des parties au différend.....	392
a)	L'obligation de confidentialité.....	392
I.	La confrontation des principes de confidentialité et de transparence dans le rapport entre les parties	394
II.	L'emprise du principe de confidentialité dans les échanges entre les parties et les tiers.....	397
b)	Les obligations de bonne foi et de loyauté	400
I.	L'obligation d'exécution de bonne foi des conventions encadrant la résolution amiable des différends	401
II.	L'obligation de négociation et de formation de bonne foi de l'accord amiable	403
c)	Les obligations de bonne conduite	405
§2.	Les conditions de validité communes à l'accord amiable.....	407
A.	La capacité de contracter des parties au différend	408
1)	Le contrôle de la capacité de contracter	408
2)	Le risque lié à l'absence de capacité de contracter.....	410
B.	Le consentement des parties au différend.....	411
1)	Les manifestations du consentement au sein des dispositions légales 411	
a)	En matière de droit commun procédural de la résolution amiable <i>judiciaire</i>	412
b)	En matière de droit commun procédural de la résolution amiable <i>extrajudiciaire</i>	413
c)	En matière de droits <i>spéciaux</i> de la résolution amiable	413

2) Les manifestations du consentement dans le cadre d'une relation contractuelle préexistante	413
Conclusion de la Section I relative à l'unité de régime contractuel du déclenchement de la résolution amiable des différends	414
Section II – L'unité de régime contractuel du déroulement de la résolution amiable des différends	416
Sous-Section I – L'exécution des conventions préparatoires à l'accord amiable ..	418
§1. Les négociations au service de la formation de l'accord amiable.....	420
A. La reconnaissance de la notion de négociation	420
1) La recherche de définition	420
2) Une consécration légale.....	421
a) Les principes directeurs de la négociation consacrés en droit commun des contrats	422
b) L'application des principes en matière de résolution amiable des différends.....	423
B. L'objet des négociations.....	423
1) Les pourparlers du différend	424
a) Le choix des maux : <i>litige, différend, conflit</i> et autres déclinaisons ..	425
I. L'appréhension de l'opposition des volontés dans le cadre du contentieux	425
II. L'appréhension de l'opposition des volontés dans le cadre de la résolution amiable	429
b) Proposition de mise en ordre	432
2) Les pourparlers des intérêts et besoins des parties	434
a) L'inefficacité de la négociation classique sur position	435
b) L'efficacité de la négociation raisonnée	437
I. Les étapes de la négociation raisonnée	437
II. Les règles de la négociation raisonnée.....	438
§2. La rencontre des volontés relatives à la solution du différend	441
A. L'offre de contracter l'accord amiable	443
1) Les différentes caractéristiques de l'offre de conclure l'accord amiable	443
a) La proposition de solution émanant du tiers missionné dans le cadre de la conciliation.....	444
I. La proposition de solution du conciliateur en droit des entreprises en difficultés	445
II. L'avis du médiateur des litiges de la consommation	446
III. L'avis du président de la chambre des notaires.....	447
IV. La recommandation du médiateur des conflits collectifs du travail	449
b) L'offre de conclure l'accord amiable émanant conjointement des parties en matière de médiation et de procédure participative.....	449
I. L'offre de conclure l'accord amiable émanant d'une partie.....	450
II. Les propositions successives et croisées de solution au différend	451
c) Le droit spécial de l'offre en matière d'indemnisation des victimes	453
I. L'absence de différend	454
II. Le caractère obligatoire de l'offre indemnitaire transactionnelle	455

III. Une offre d'indemnisation à la charge des compagnies d'assurance ou du fonds d'indemnisation des victimes.....	457
2) La valeur juridique de l'offre de contracter l'accord amiable.....	459
a) La valeur juridique de l'offre de contracter en droit commun des contrats.....	459
b) La valeur juridique de l'offre de contracter l'accord amiable.....	461
I. La proposition de solution émanant du tiers missionné.....	461
II. L'offre de contracter l'accord amiable émanant des parties	465
III. L'offre de contracter l'accord amiable indemnitaire transactionnel 468	
α. Une condition de forme.....	469
β. Les conditions de fond	470
B. L'acceptation de contracter l'accord amiable	473
1) La définition de l'acceptation de contracter.....	474
2) Les conditions de validité l'acceptation de contracter	475
a) Les conditions de fond	475
I. Une acceptation sur la globalité de l'offre	476
II. Le consentement éclairé de l'acceptant.....	477
b) Les conditions de forme.....	478
3) La valeur juridique de l'acceptation de contracter.....	481
a) La portée de l'acceptation en droit commun des contrats.....	481
b) La spécificité de l'acceptation en matière d'indemnisation des victimes	485
Sous-Section II – L'inexécution des conventions préparatoires à l'accord amiable	487
§1. La rupture des pourparlers du différend.....	488
A. La rupture des pourparlers à l'initiative des parties au différend	488
1) La liberté de ne pas négocier de solution au différend.....	488
2) La limite au principe de liberté de rompre les pourparlers : le principe de bonne foi.....	490
B. La rupture des pourparlers à l'initiative du tiers missionné	490
1) L'exercice de la police du comportement : illustrations	490
2) L'absence de motivation de la rupture	492
C. Des formes de résiliation des conventions préparatoires à l'accord amiable.....	492
1) L'expression de la résiliation au sein du droit commun de la résolution amiable des différends.....	493
a) Les dispositions du droit commun de la résolution amiable <i>extrajudiciaire</i>	493
b) Les dispositions du droit commun de la résolution amiable <i>judiciaire</i> 494	
2) L'exclusion des sanctions de droit commun en matière d'inexécution contractuelle	495
§2. Le défaut de rencontre des volontés formant l'accord amiable.....	496
A. Les incidents relatifs à l'offre de contracter l'accord amiable.....	496
1) La révocation.....	497
a) Le droit de rétraction du pollicitant en droit commun des contrats.....	497
b) Le droit de rétractation de l'offre de contracter l'accord amiable....	498

I. Dans le cadre de la conclusion non procéduralisée de l'accord amiable	499
II. Dans le cadre de la conclusion de l'accord amiable indemnisant la victime d'un accident médical	500
III. Dans le cadre de la conclusion procéduralisée de l'accord amiable	501
2) La caducité	504
a) Les règles de la caducité en droit commun des contrats	504
b) La caducité de l'offre de contracter l'accord amiable.....	505
I. La caducité consécutive à l'écoulement du temps	505
II. La caducité relative au changement affectant la ou les parties au différend pollicitante	506
B. Les incidents liés à l'acceptation à l'offre de conclure l'accord amiable	507
1) Le défaut d'acceptation pure et simple.....	508
2) L'exclusion de l'acceptation implicite ou silencieuse de conclure l'accord amiable.....	509
C. Le principe de bonne foi contractuelle : une limite à la liberté de ne pas conclure l'accord amiable ?	510

Conclusion de la section II relative à l'unité de régime contractuel du déroulement de la résolution amiable des différends. 515

CONCLUSION DU CHAPITRE II RELATIF AU REGIME CONTRACTUEL DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESOLUTION AMIABLE DES DIFFERENDS. 516

CONCLUSION DU TITRE II RELATIF LA DIMENSION CONTRACTUELLE DE LA RESOLUTION AMIABLE DES DIFFERENDS. 517

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE RELATIVE AU FERMENT DE L'UNITE : L'AMIABLE. 518

DEUXIÈME PARTIE - LE MAINTIEN D'UNE CERTAINE DIVERSITÉ DES ACCORDS AMIABLES 519

TITRE I – L'EXPRESSION DE CETTE DIVERSITE : LA PLURALITE DE QUALIFICATIONS CONTRACTUELLES..... 523

CHAPITRE I – UN REFERENT A L'ACCORD AMIABLE : LE CONTRAT DE TRANSACTION 527

Section I – Les critères de qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable.... 528

Sous-section I – La nécessaire délimitation du différend dans le cadre transactionnel..... 529

§1. Les débats relatifs à la notion légale de « contestation » 530

A. L'absence de contestation et l'existence de la transaction en droit romain 530

B. L'approche procédurale de la notion de contestation en droit positif ... 532

1) L'approche procédurale classique..... 532

a) L'admission du cumul d'une *res dubia* et d'une *res litigiosa*..... 532

b) La contestation et l'existence d'un droit d'action.....	533
2) L'approche procédurale contemporaine	534
a) L'existence d'un droit d'action et le rejet du doute	535
b) La nécessité de consacrer la notion de différend	536
§2. La distinction entre « contestation née » et « contestation à naître »	541
A. La contestation née	541
1) L'accord amiable transactionnel <i>judiciaire</i>	542
2) Une limite : le rejet de la transaction portant sur un litige ayant fait l'objet d'un jugement.....	542
B. La délicate notion de « <i>contestation à naître</i> »	544
1) Le débat doctrinal relatif à la notion de « <i>contestation à naître</i> »	544
a) La contestation s'élevant à l'occasion d'un fait juridique	545
b) La contestation s'élevant à l'occasion d'un acte juridique	545
I. La contestation naissant au moment de la formation du contrat envisagé.....	546
II. La contestation née de l'interprétation, de la validité ou de l'exécution du contrat conclu.....	547
2) Le rejet de la transaction portant sur droits éventuels	547
3) L'admission de la transaction portant sur des droits futurs certains	548
Sous-Section II – L'exigence légale tenant à l'existence de concessions réciproques : la solution au différend	550
§1. La notion de concessions réciproques	551
A. La non-exigence d'une renonciation à des droits	552
1) La distinction entre concession et renonciation.....	552
2) L'objet des concessions : les prétentions des parties.....	553
B. La non-exigence d'une équivalence entre les concessions	554
1) Une solution incontestée	554
2) Le contrôle des concessions réciproques	555
a) Le contrôle du tiers missionné dans le cadre de la mise en œuvre d'une procédure de résolution amiable des différends.....	555
b) Le contrôle par le juge saisi d'un accord amiable transactionnel pathologique	556
3) Les sanctions du défaut de concessions réciproques.....	556
a) Une sanction sévère : la nullité.....	557
b) Une sanction circonstanciée : la requalification de l'accord amiable 557	
§2. La caractérisation des concessions réciproques.....	558
A. Les modalités générales d'appréciation de l'existence des concessions réciproques.....	559
1) La question du moment de l'appréciation des concession réciproques 559	
2) Le contrôle de la réalité des concessions réciproques.....	560
3) L'appréciation du caractère réciproque des concessions.....	562
a) Une nouvelle conception des concessions réciproques : les engagements réciproques interdépendants	562
b) L'assouplissement : la consécration de la notion de « concessions réciproques indirectes »	564
B. Les applications des critères d'appréciations jurisprudentielles	567
1) La diversité des concessions réciproques : illustrations	567

2) L'adaptation de l'appréciation jurisprudentielle des concessions réciproques justifiée par l'ordre public de protection.....	569
a) Les adaptations du contrôle des concessions réciproques en droit du travail	569
b) Le contrôle renforcé de l'accord amiable transactionnel en droit du travail	570
I. Les circonstances de la conclusion de la transaction	571
II. Le moment de la conclusion de la transaction.....	571
III. La qualité de la partie au contrat de transaction considérée	572
§3. Les sanctions applicables au regard de l'exigence légale des concessions réciproques	573
A. La sanction de principe : la requalification de l'acte.....	574
B. La sanction exceptionnelle : la nullité de l'accord amiable transactionnel	574
Sous-Section III – La commune intention de terminer ou de prévenir la contestation	576
§1. Une exigence implicite à revaloriser	577
A. L'intention guidée	578
B. L'appréciation de la commune intention des parties au différend.....	579
§2. Les implications de la commune intention des parties.....	581
§3. Quelques illustrations	582
Conclusion de la section I relative aux critères de l'accord amiable transactionnel.....	583
Section II – Les caractères généraux du contrat de transaction	585
Sous-Section I – Les caractères généraux découlant de la nature contractuelle de l'accord amiable transactionnel	585
§1. Le principe du consensualisme	585
§2. Le caractère commutatif.....	587
A. Signification.....	587
B. L'indifférence de l'aléa inhérent à la période prétransactionnelle	588
§3. Le caractère indivisible.....	589
A. L'indivisibilité de l'objet des obligations réciproques et interdépendantes	589
1) Les sources et effets de l'indivisibilité	590
2) L'application de l'indivisibilité aux obligations réciproques interdépendantes.....	591
B. L'indivisibilité de l'objet de la transaction	591
1) L'accord amiable transactionnel comme acte juridique simple	594
2) L'accord amiable transactionnel comme acte complexe	596
C. L'indivisibilité étendue à l'ensemble contractuel	598
1) La transaction comme acte juridique simple : la distinction avec la novation	599
a) Tentative de rapprochement des notions	599
b) L'approche procédurale au soutien du rejet de la novation.....	601
2) La qualification du contrat de transaction au regard du contrat initial	602
a) Le contrat de transaction et la théorie de l'accessoire.....	602
b) Le contrat de transaction et le groupe de contrats.....	603

Sous-Section II – Le caractère déclaratif découlant de l’effet spécial de l’accord amiable transactionnel.....	606
§1. La reconnaissance d’un caractère spécial.....	606
§2. Le caractère déclaratif à l’épreuve de l’accord amiable transactionnel complexe	607

Conclusion de la section II relative aux caractères généraux du contrat de transaction... 608

CONCLUSION DU CHAPITRE I RELATIF AU REFERENT A L’ACCORD AMIABLE : LE CONTRAT DE TRANSACTION..... 610

CHAPITRE II – DES QUALIFICATIONS CONTRACTUELLES ET JUDICIAIRES SATELLITAIRES..... 611

Section I – Contrat de transaction et autres accords amiables..... 612

Sous-Section I – Les qualifications satellitaires proches..... 613

§1. L’accord amiable transactionnel et le partage amiable 613

A. Les similitudes..... 613

 1) L’effet déclaratif..... 613

 2) La transaction sur simulation du différend : une pratique désuette.. 614

A. Les critères de distinction 615

 1) Des critères jurisprudentiels..... 616

 a) L’existence d’un différend 616

 b) La qualité de la personne..... 617

 c) Le critère temporel lié à la réalisation des actes 618

 I. Le contrat de transaction et partage réalisés par actes séparés.... 618

 II. La transaction-partage..... 619

 2) La disparition de l’enjeu de la distinction entre transaction et partage amiable : la sanction de la lésion..... 619

 a) Le principe d’exclusion de la lésion en matière de transaction 620

 b) Le tempérament : l’accord amiable transactionnel faisant cesser une indivision..... 620

§2. L’accord amiable transactionnel et l’existence d’un contrat originaire..... 623

A. L’accord amiable transactionnel et la résiliation amiable..... 623

 1) Les critères de distinction tirés des éléments constitutifs du contrat de transaction..... 624

 a) L’existence d’un différend 624

 b) L’existence de concessions réciproques 625

 2) Le critère de distinction spécifique à la confrontation des notions 626

B. L’accord amiable transactionnel et l’acte modifiant le contrat initial.... 626

§3. L’accord amiable transactionnel et la remise de dette 627

A. Les critères jurisprudentiels..... 628

 1) L’existence d’un différend 628

 2) L’existence de concessions réciproques 628

B. La remise de dette consentie à l’occasion de la conclusion d’une transaction..... 629

 1) L’intention de mettre un terme au différend 629

 2) L’intérêt pratique 629

§4. L’accord amiable transactionnel et l’arrêté de compte..... 630

Sous-section II – Les qualifications satellitaires lointaines..... 630

§1. L’accord amiable transactionnel et les actes probatoires unilatéraux 631

A.	L'accord amiable transactionnel et la reconnaissance de dette	631
1)	Le critère de qualification transactionnelle : l'existence de concessions réciproques.....	631
2)	L'hypothèse de la reconnaissance de dette intégrée à l'accord amiable transactionnel.....	632
B.	Le contrat de transaction et la reconnaissance de paiement.....	633
1)	Le double critère de qualification transactionnelle	633
2)	Les enjeux de la qualification transactionnelle.....	633
a)	L'enjeu de qualification en droit du travail : le reçu de solde pour tout compte	634
b)	L'enjeu de la qualification en droit des assurances.....	635
§2.	L'accord amiable transactionnel et autres actes déclaratifs.....	635
A.	Le contrat de transaction et l'acte à titre gratuit : l'exemple de la donation	636
B.	La requalification de l'accord amiable transactionnel en un acte à titre onéreux	637
1)	Le contrat de transaction et l'occupation précaire.....	637
2)	Le contrat de transaction et le contrat de bail.....	638
§3.	Le contrat de transaction et les actes abdicatifs	638
A.	L'accord amiable transactionnel et le désistement.....	638
1)	L'hypothèse de la satisfaction partielle des prétentions.....	639
2)	L'incorporation du désistement au contrat de transaction	640
a)	Le désistement : condition du contrat de transaction.....	640
b)	Le désistement : conséquence du contrat de transaction	641
B.	L'accord amiable transactionnel et l'acquiescement.....	642
1)	La notion d'acquiescement	642
2)	L'acquiescement : conséquence de l'accord amiable transactionnel .	642
C.	L'accord amiable transactionnel et la renonciation.....	643
1)	Définition et contexte de la renonciation	643
2)	Le rapprochement des notions en droit du travail.....	643
D.	L'accord amiable transactionnel et la confirmation	645
1)	La convergence des notions	645
2)	La divergence des notions.....	646

Conclusion de la Section I relative au contrat de transaction et autres accords amiables. 646

Section II - L'étendue du domaine de l'accord amiable transactionnel..... 648

Sous-Section I - L'étendue du domaine d'application du contrat de transaction de *droit commun*..... 650

§1. L'admission restrictive de l'accord amiable transactionnel portant sur des droits *extrapatrimoniaux*..... 650

A. La place de l'accord amiable transactionnel dans les relations *extrapatrimoniales* dans le couple..... 652

1) L'accord amiable transactionnel dans le cadre du mariage

2) L'accord amiable transactionnel dans le cadre du pacte civil de solidarité.....

3) L'accord amiable transactionnel dans le cadre du concubinage

B. La place de l'accord amiable transactionnel en matière de filiation

1) La question de l'aménagement conventionnel de l'établissement de la filiation

2) La question de l'aménagement conventionnel de l'autorité parentale	658
C. L'admissibilité relative de l'accord amiable portant sur les droits d'auteurs	660
§2. L'admission de l'accord amiable portant sur des droits patrimoniaux	660
A. L'accord amiable en droit patrimonial de la famille	661
1) L'accord amiable aménageant les conséquences de la rupture du mariage.....	661
2) L'accord amiable organisant le règlement des créances alimentaires	663
a) L'accord amiable à l'épreuve de la nature de l'obligation alimentaire	664
b) L'accord amiable à l'épreuve du régime de l'obligation alimentaire	665
I. La distinction entre droits actuels et droits éventuels.....	665
II. L'accord amiable transactionnel et le caractère variable de l'obligation alimentaire	666
3) L'assouplissement de l'admission de l'accord amiable transactionnel en droit des successions et des libéralités	667
a) La question de l'admission de l'accord amiable aménageant les droits réservataires	668
I. Le rejet de principe de l'accord amiable aménageant la réserve héréditaire.....	668
II. L'exception : le consentement de l'héritier réservataire.....	669
b) L'admission progressive de l'accord amiable transactionnel dans le cadre de la transmission de biens.....	670
I. En matière de libéralités graduelles	670
II. En matière de libéralités résiduelles.....	670
III. En matière de pactes sur succession future.....	671
c) Le rejet des accords amiables aménageant les conditions de validité des libéralités.....	672
B. L'accord amiable transactionnel et les obligations contractuelles.....	672
1) L'admission conditionnée de l'accord transactionnel en matière de nullité	672
2) L'admission de l'accord transactionnel en matière de baux	673
§3. L'accord amiable transactionnel au service des différends économiques ...	675
A. Le principe de l'admission de la conclusion d'accords amiables	675
B. Les exceptions à l'admission de la qualification transactionnel applicable à l'accord amiable en droit des affaires et en droit du travail.....	680
1) L'accord amiable en droit des entreprises en difficultés	680
2) En droit des sociétés	682
Sous-Section II. Le développement de droits spéciaux de la transaction	682
§1. La place de l'accord amiable en matière de droit du travail.....	683
A. L'accord amiable résolusif des conflits individuels du travail.....	684
1) La reconnaissance jurisprudentielle de la qualification transactionnelle applicable à l'accord amiable.....	684
2) L'encadrement de la conclusion de l'accord amiable transactionnel.	685
a) La prohibition de l'accord amiable transactionnel portant sur la rupture du contrat de travail	686

b) La prohibition de l'accord amiable transactionnel portant sur des droits à venir	689
c) La prohibition de l'accord amiable transaction dans le cadre de la rupture unilatérale du contrat de travail	690
3) Une reconnaissance légale du contrat de transaction en matière de conflits individuels du travail ?	691
B. La qualification de l'accord issu de la médiation des conflits collectifs du travail	692
1).....L'accord de groupe issu de la médiation en matière de discrimination	693
2).....La question de la qualification contractuelle de l'accord issu de la médiation de la médiation des conflits collectifs du travail	694
§2. Le droit spécial de la transaction dans le cadre de régimes particuliers d'indemnisation.....	697
§3. L'illustration indicative de la transaction en matière pénale.....	700
A. L'admission souple de la transaction en matière d'action civile	701
B. L'assouplissement de la prohibition de la transaction en matière d'action publique	702
1) L'exclusion de la transaction relative aux intérêts civils	703
2) L'exclusion de la transaction relative à la poursuite pénale	703
C. La transaction et les modes alternatifs aux poursuites en matière pénale	704
1) Transaction et composition pénale	705
2) Transaction et plaider coupable	705
3) Transaction et médiation pénale.....	706
§4. L'extension du domaine de l'accord amiable transactionnel au-delà du droit privé.....	706
A. La consécration de la médiation en droit administratif.....	707
B. L'admission de l'accord amiable transactionnel en matière fiscale.....	708
 Conclusion de la section II relative à l'étendue du domaine de l'accord amiable transactionnel.....	709
 CONCLUSION DU CHAPITRE II RELATIF AUX QUALIFICATIONS CONTRACTUELLES ET JUDICIAIRES SATELLITAIRES.	710
 CONCLUSION DU TITRE I RELATIF A L'EXPRESSION DE CETTE DIVERSITE : LA PLURALITE DES QUALIFICATIONS CONTRACTUELLES	713
 TITRE II – UNE DIVERSITE TEMPEREE : LE ROLE FEDERATEUR DU DROIT COMMUN DES CONTRATS	717
 CHAPITRE I – LE DROIT COMMUN DES CONTRATS FEDERATEUR DE LA VALIDITE DES ACCORDS AMIABLES.....	719
 Section I – Un caractère fédérateur généralisé au titre de l'existence et de l'intégrité du consentement.....	719
Sous-Section I – L'erreur en matière d'accord amiable transactionnelle	721
§1. La soumission de l'accord amiable au droit commun des contrats.....	723

A.	La convergence de solution entre l'ancien et le nouveau droit des contrats	
	724	
B.	L'application du droit commun des contrats à l'accord amiable	
transactionnel	725
1)	Les erreurs substantielles : vices de consentement de l'accord amiable	
	726	
a)	L'admission de l'erreur de droit en matière d'accord amiable	
transactionnel	726
b)	L'erreur sur l'objet sanctionnée sur le fondement du droit commun	
des contrats	729
I.	L'erreur sur l'objet de la contestation relative à une situation	
présente	730
II.	L'erreur sur l'objet de la contestation relative à une situation à	
venir	731
c)	L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant	733
2)	Les erreurs indifférentes	734
a)	L'erreur sur le motif, la valeur ou la rentabilité	735
b)	L'erreur inexcusable	736
c)	L'erreur de calcul ou de compte	736
C.	La suppression de cas spécifiques d'erreur au régime du contrat de	
transaction	738
1)	L'erreur sur la validité des titres	738
2)	L'erreur sur la véracité des pièces	739
3)	L'erreur sur l'existence d'un jugement antérieur	739
4)	L'erreur sur l'existence des titres antérieurs	740
§2.	La sanction naturelle de l'erreur : la nullité relative de l'accord amiable	741
Sous-Section II – L'appréciation du dol en matière d'accord amiable transactionnel	742
§1.	La caractérisation des manœuvres dolosives	743
A.	La prise en compte de la position de faiblesse du cocontractant à l'accord	
amiable	743
1)	La prise en compte de la partie faible victime du dol	744
a)	La protection de la partie faible au contrat	744
I.	La protection du salarié	744
II.	La protection de l'adhérent	745
b)	L'existence d'une exploitation abusive d'un état de faiblesse, de	
besoin et de nécessité	745
I.	L'exploitation abusive de la victime	745
II.	L'exploitation abusive du salarié	746
2)	En présence d'une victime du dol en mesure de s'informer	746
B.	Le caractère déterminant du dol	747
1)	L'application du droit commun des contrats	747
2)	L'indifférence de la nature de l'erreur provoquée	748
§2.	Les sanctions du dol	749
A.	Le cumul de sanctions : nullité et dommages-intérêts	750
1)	La nullité relative de l'accord amiable	750
2)	L'admission de la réparation du préjudice subi	751
B.	Le rejet des sanctions de requalification ou de réfection de l'accord	
amiable	752

Sous-Section III – L’appréciation de la violence en matière d’accord amiable transactionnel	753
§1. La caractérisation de la violence.....	754
A. Les critères de caractérisation du vice de violence.....	755
1) Les critères subjectifs.....	755
2) Les critères objectifs.....	756
B. Le cas particulier de la menace d’exercer une voie de droit	756
C. La reconnaissance de la violence économique.....	758
1) Le débat relatif à la sanction applicable à la contrainte économique affectant l’accord amiable transactionnel	758
2) La question de la sanction de la violence économique	760
§2. La nature de la sanction applicable au vice de violence	761

Conclusion de la section I relative à l’expression du caractère fédérateur du droit commun des contrats au travers de l’existence et de l’intégrité du consentement 762

Section II – Un caractère fédérateur encadré par les règles de capacité et de pouvoir de transiger..... 762

Sous-Section I – La délimitation de la capacité à transiger	763
§1. Les mineurs et l’accord amiable transactionnel	763
A. L’autorisation préalable du représentant	763
B. La sanction de la nullité.....	766
1) Au regard des modalités de mise en œuvre de la nullité	766
2) Au regard des effets de la nullité	767
C. Les formalités supplémentaires dans les régimes d’indemnisation.....	768
§2. Les majeurs protégés et l’accord amiable.....	768
A. Le majeur sous sauvegarde de justice.....	769
B. Le majeur sous curatelle	770
1) L’exécution de l’accord amiable conclu avant la mise en oeuvre du régime	770
2) L’exécution de l’accord amiable conclu après la mise en oeuvre du régime	770
C. Le majeur sous tutelle	770
1) L’exécution de l’accord amiable conclu avant la mise en oeuvre du régime	771
2) L’exécution de l’accord amiable conclu après la mise en oeuvre du régime	771
Sous-Section II – La délimitation du pouvoir des parties au différend de conclure l’accord amiable	772
§1. Le pouvoir de conclure l’accord amiable de la personne mariée	772
A. Les exclusions relatives à certains biens	772
B. Les exclusions et aménagements au nom des pouvoirs des époux.....	773
§2. Le pouvoir de conclure l’accord amiable du mandataire.....	774
A. Les règles générales du mandat et le pouvoir de transiger	774
B. Les mandats professionnels et le pouvoir de transiger	775
1) Le pouvoir de transiger de l’avocat.....	776
2) Le pouvoir de transiger de l’assureur	777
C. Le pouvoir de transiger du gérant d’affaires.....	778
§3. Le pouvoir de transiger des représentants légaux ou judiciaires	778
A. La représentation des personnes physiques	778

B. La représentation des personnes morales.....	779
1) Le pouvoir de transiger des gérants de société	779
2) Le pouvoir de transiger des représentants des associations et syndicats 780	
3) Le pouvoir de transiger les représentants de personnes morales de droit public	780
Conclusion de la Section II relative au caractère fédérateur du droit commun des contrats encadré par les règles de capacité et de pouvoir de transiger.....	781
Section III - L'unité intrinsèque au contenu de l'accord amiable transactionnel.....	782
Sous-Section I - Les prestations et stipulations prévues à l'accord amiable transactionnel.....	783
§1. Les concessions réciproques et la contestation	784
§2. L'interprétation et la régulation du déséquilibre de l'accord amiable transactionnel	785
A. Les modalités d'interprétation de l'accord amiable transactionnel	785
1) Le principe : une interprétation restrictive.....	786
2) L'assouplissement : la référence « aux suites nécessaires ».....	788
B. Le rappel de l'exclusion de la lésion	789
Sous-Section II - Le but de l'accord amiable transactionnel	790
Conclusion de la Section III relative à l'expression du caractère fédérateur au regard du contrôle du contenu de l'accord amiable.....	792
CONCLUSION DU CHAPITRE II RELATIF A LA SOUMISSION DE LA VALIDITE DE L'ACCORD AMIABLE TRANSACTIONNEL AU DROIT COMMUN DES CONTRATS.....	793
CHAPITRE II - LE DROIT COMMUN DES CONTRATS FEDERATEUR DES FORCES DE L'ACCORD AMIABLE	795
Section I - La reformulation de l'effet spécial de l'accord amiable transactionnel dans l'esprit fédérateur du droit contractuel.....	796
Sous-section I - La définition et les effets de l'autorité de chose transigée.....	796
§1. La définition de l'autorité de chose transigée	797
A. De l'autorité de chose « jugée »... ..	797
B. ... à l'autorité de chose transigée.....	799
§2. Les effets de l'autorité de chose transigée.....	800
A. L'effet extinctif de l'accord amiable transactionnel	800
1) Sur les instances en cours.....	801
a) Le principe de dessaisissement du juge	801
b) Les exceptions au principe de dessaisissement du juge	802
2) Sur les nouvelles instances : l'exception de transaction	803
B. L'effet déclaratif de l'accord amiable transactionnel	806
1) L'absence de novation.....	806
2) L'absence de garantie.....	807
Sous-Section II - L'accord amiable transactionnel et les actes relatifs aux litiges	808
§1. L'accord amiable transactionnel et le jugement	810
A. Une distinction fondée sur la nature des actes	810

B.	Les difficultés de qualification.....	811
1)	La conclusion de l'accord amiable et l'intervention du juge	811
a)	Le jugement d'expédient.....	812
b)	Le jugement de donné acte	812
c)	L'hypothèse du juge statuant en amiable compositeur	812
2)	Les enjeux de la distinction.....	815
a)	Au regard des voies de recours offertes aux parties.....	815
b)	Au regard de l'autorité de chose jugée	816
c)	Au regard des règles d' <i>exequatur</i>	817
d)	Au regard de l'hypothèque judiciaire.....	818
§2.	L'accord amiable transactionnel et la sentence arbitrale	818
A.	Une distinction fondée sur la nature des actes	819
B.	L'accord sentence des parties.....	820

CONCLUSION DE LA SECTION I A LA REFORMULATION DE L'EFFET SPECIAL DE L'ACCORD AMIABLE TRANSACTIONNEL DANS L'ESPRIT FEDERATEUR DU DROIT CONTRACTUEL. 824

Section II – Un rôle fédérateur de la variation des forces de l'accord amiable.....	825
Sous-Section I – La force obligatoire inhérente à tout accord amiable.....	825
§1. La force obligatoire à l'égard des parties.....	825
A. Les contours de la force obligatoire de l'accord amiable	826
1) À l'égard des parties.....	826
2) À l'égard du juge	829
B. Les sanctions de l'inexécution de l'accord amiable.....	832
1) Les sanctions spécifiques aux contrats synallagmatiques applicables à tout accord amiable	832
a) L'exception d'inexécution de l'accord amiable.....	833
b) La résolution de l'accord amiable	833
2) L'anticipation conventionnelle des risques d'inexécution de l'accord amiable	836
a) La clause pénale insérée à l'accord amiable	836
b) La stipulation d'une condition à l'accord amiable	837
c) La clause de résolution amiable des différends	838
§2. La force obligatoire à l'égard des tiers.....	839
A. L'opposabilité de droit commun de l'accord amiable non transactionnel	841
1) L'opposabilité de l'accord amiable en droit des entreprises en difficulté	841
a) À l'égard des créanciers.....	843
b) À l'égard des coobligés et cautions.....	844
2) L'opposabilité de la convention de divorce	845
a) Les enjeux de la qualification transactionnelle	845
b) Les incidences sur l'opposabilité de la convention de divorce	846
B. La remise en cause du principe d'inopposabilité de l'accord amiable transactionnel	848
1) L'opposabilité de l'accord amiable transactionnel fondé sur la qualité du tiers.....	851
a) L'effet extinctif fondé sur le principe de transmission	851
b) L'effet extinctif fondé sur le principe de l'accessoire	852

c) L'effet extinctif fondé sur le principe de l'indemnisation	853
I. L'opposabilité de l'accord amiable transactionnel conclu entre la victime et le responsable	853
II. L'opposabilité de l'accord amiable transactionnel conclu par le tiers payeurs	855
d) L'effet extinctif fondé sur le mécanisme de la représentation	856
2) L'effet extinctif <i>erga omnes</i>	859
Sous-Section II – Le droit commun des contrats au service du renforcement des forces de l'accord amiable	862
§1. Le droit commun au service de la force probante de l'accord amiable	862
A. Le principe d'un écrit <i>ad probationem</i>	864
1) Les contours du principe de la preuve par écrit.....	864
a) Le principe de la preuve de l'existence de l'accord amiable.....	864
b) La preuve du contenu de l'accord amiable.....	866
2) Les modalités de l'écrit probatoire.....	866
a) Le constat d'accord et le procès-verbal d'accord	866
b) L'accord amiable sous la forme d'acte sous signature privée.....	868
I. La signature de l'ensemble des parties au différend	868
II. La production d'originaux multiples.....	869
c) L'accord amiable contresigné par avocats	870
B. Les preuves de l'accord amiable remplaçant l'écrit.....	872
1) Les preuves équivalentes à l'écrit.....	872
2) Les preuves par témoignage et présomption	873
§2. La force exécutoire applicable à tout accord amiable	876
A. L'accord amiable sous la forme authentifiée	876
B. L'accord amiable homologué	877
1) L'accord amiable non transactionnel et l'homologation.....	878
a) L'homologation de l'accord amiable en droit des entreprises en difficulté	879
b) L'homologation des conventions de divorce.....	880
2) L'accord amiable transactionnel et l'homologation	881
a) L'homologation par le juge judiciaire	882
b) L'homologation par le juge administratif	884
 Conclusion de la section II relative au rôle fédérateur de la variation des forces de l'accord amiable.....	888
 CONCLUSION DU CHAPITRE II RELATIF AU DROIT COMMUN DES CONTRATS FEDERATEUR DES FORCES DE L'ACCORD AMIABLE.	889
 CONCLUSION DU TITRE II RELATIVE A LA DIVERSITE TEMPEREE PAR LE ROLE FEDERATEUR DU DROIT COMMUN DES CONTRATS	890
 CONCLUSION DE LA PARTIE II RELATIVE AU MAINTIEN D'UNE CERTAINE DIVERSITE DES ACCORDS AMIABLES	891
 CONCLUSION GÉNÉRALE.....	895
BIBLIOGRAPHIE.....	902
TABLE DES MATIÈRES.....	952