



BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Justice et Droit du procès
Dirigé par Madame le Professeur Cécile Chainais
2022**

***L'effectivité des droits processuels dans la
justice amiable***

Miléna Dardaillon

Sous la direction de Monsieur le Professeur Paul Giraud



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

Master 2 Justice et droit du procès

Dirigé par Madame le Professeur Cécile Chainais

L'effectivité des droits processuels dans la justice amiable

Mémoire de recherche

Par
Miléna Dardaillon

Sous la direction de
Monsieur le Professeur Paul Giraud

Année universitaire 2021 – 2022

AVERTISSEMENT

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à son auteur.

REMERCIEMENTS

Je souhaite en premier lieu adresser mes plus sincères remerciements à mon directeur de mémoire, le Professeur Paul Giraud, pour ses précieux conseils et sa grande disponibilité. Je lui suis profondément reconnaissante de la bienveillance dont il a fait preuve à mon égard au cours de mes recherches.

Je remercie également la Professeure Cécile Chainais et le Professeur Sylvain Jobert, pour leurs utiles indications sur la méthodologie à adopter et sur les ressources à consulter.

Je tiens dans le même temps à exprimer toute ma gratitude envers les doctorants du Centre de recherche sur la justice et le règlement des conflits qui ont pris le temps de répondre à toutes mes questions et de m'épauler dans mes incertitudes de dernière minute.

J'adresse un dernier merci tout particulier à mes proches qui m'ont apporté leur indéfectible soutien dans ce travail de fin d'études : mon groupe d'Assas, pour cette épreuve traversée ensemble, mes chères amies d'Issy, pour leurs fervents encouragements, ma famille d'Issy et de Paris, pour tout.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AFPDC	Association française des praticiens du droit collaboratif
AJ Famille	Actualité juridique Famille
al.	Alinéa
APMF	Association pour la médiation familiale
Art.	Article
Bull. ch. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEPEJ	Commission européenne pour l'efficacité de la justice
cf.	<i>Confer</i>
Charte DFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
ch. Civ.	Chambre civile
ch. Soc.	Chambre sociale
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNB	Conseil national des barreaux
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
C. org. jud.	Code de l'organisation judiciaire
CPC	Code de procédure civile
CPC. ex.	Code des procédures civiles d'exécution
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
CRPA	Code des relations entre le public et l'administration
D.	Dalloz (Recueil)
Doc. fr.	Documentation française
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen

éd.	Édition
<i>e. g.</i>	<i>Exempli gratia</i> , par exemple
EGAPA	États généraux de l'avenir de la profession d'avocat
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
JCP G	JurisClasseur périodique Édition générale
JO Sénat Q	Journal officiel (Questions réponses) Sénat
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LEJEP	Laboratoire d'études juridiques et politiques
<i>loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> , à l'endroit cité
LPA	Petites affiches (Les)
MARD	Modes amiables de résolution des différends
n°	Numéro
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , dans la source citée
p.	Page
pp. [...] et s.	Page [...] et suivantes
préf.	Préface
PUF	Presses universitaires de France
RDA	Revue de droit d'Assas
Rép. Min.	Réponse ministérielle
req.	Requête
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RGDP	Revue générale des procédures
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
TJ	Tribunal judiciaire
UE	Union européenne
v.	Voir

SOMMAIRE

<i>Introduction</i>	p. 7
Première partie – Un droit effectif à l’exécution de l’accord de résolution amiable	p. 32
<u>Titre I – L’existence d’un droit à l’exécution de l’accord de résolution amiable</u>	p. 33
Chapitre 1 – Une reconnaissance extensive	p. 33
Chapitre 2 – Une reconnaissance fragile	p. 43
<u>Titre II – La concrétisation du droit à l’exécution de l’accord de résolution amiable</u>	p. 49
Chapitre 1 – Le constat d’une garantie d’une exécution forcée de l’accord de résolution amiable	p. 49
Chapitre 2 – La sélectivité de la garantie d’une exécution forcée de l’accord de résolution amiable	p. 56
Seconde partie – Le régime contre-productif de l’octroi de la force exécutoire aux accords de règlement amiable	p. 66
<u>Titre I – Un greffier peu sécurisant</u>	p. 67
Chapitre 1 – Causes stratégiques de son intervention	p. 67
Chapitre 2 – Remise en cause critique de son contrôle	p. 73
<u>Titre II – Un juge homologateur distant</u>	p. 79
Chapitre 1 – Causes du péril	p. 79
Chapitre 2 – Raisons du sauvetage	p. 83

INTRODUCTION

« Écoutez, aujourd'hui, je suis magistrat, je vous dois la vérité. Eh bien, les Cointet vous jouent en ce moment ; mais vous êtes entre leurs mains. Vous pourriez gagner le procès qu'ils vous intentent, en acceptant la guerre. Voulez-vous être encore au bout de dix ans à plaider ? On multipliera les expertises et les arbitrages, et vous serez soumis aux chances des avis les plus contradictoires... Et, dit-il en souriant, je ne vous vois point d'avoué pour vous défendre ici ... mon successeur est sans moyens. **Tenez, un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès...** — Tout arrangement qui nous donnera la tranquillité me sera bon, dit David.¹ ». Le proverbe balzacien, voisin du célèbre adage « accord vaut mieux que plaid » attribué au discours judiciaire de l'ancien droit², semble se satisfaire d'une résolution à l'amiable de piètre qualité, tant dans son résultat que dans le chemin emprunté pour y parvenir. Il convient de s'attarder sur ce chemin, ce processus aboutissant à l'accord final : est-il condamné à rester « mauvais » ? Ne pourrait-il pas aujourd'hui présenter les mêmes vertus qu'un « bon procès » ? L'étude de l'effectivité des droits processuels dans la justice amiable impose un effort préalable et non négligeable de définition, afin de doter la présentation d'un « ciment conceptuel³ » (I). Cette identification notionnelle s'avère nécessaire pour une pleine compréhension des enjeux soulevés par la recherche (II).

I – DÉFINITIONS

A – La justice amiable, cadre de recherche

Un antagonisme étymologique. – Parler de justice amiable semble relever de l'oxymore, tant les deux notions s'opposent. Le mot justice revêt dans un premier temps une signification intimement liée à sa racine latine *justitia*, dérivée de *justus* : « ce qui est juste dans l'espèce concrète soumise au tribunal⁴ », « conforme au droit⁵ », à la loi car « légitime⁶ ». Dès lors, la justice peut être dans un second temps comprise comme une mission de mise en conformité des

¹ DE BALZAC (H.), *Illusions perdues*, Troisième partie, 1843, in *Œuvres complètes de H. de Balzac. I-XIV, Études de mœurs*, t. 7, Paris, Lévy, pp. 133 et s., spéc. p. 736.

² Notamment à celui de l'avocat Géraud de Maynard au XVII^e siècle, cité par CADIET (L.), CLAY (Th.), in *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Connaissance du droit, Dalloz, 3^e éd., 2019, p. 101.

³ GUILLAUME-HOFNUNG (M.), *La médiation*, Que sais-je ?, PUF, 8^e éd., 2020, p. 8.

⁴ v. « Justice », in GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 29^e éd., 2021, p. 619.

⁵ v. e. g. « Justice », in LABORATOIRE ATILF, *Trésor de la langue française* [en ligne] ; « Justice », in PUIGELIER (C.), *Dictionnaire juridique*, Bruylant, 3^e éd., 2020, p. 665.

⁶ v. « Justice », in CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 14^e éd., 2022, pp. 595-596.

situations avec le droit applicable, un « *pouvoir de récompenser et de punir*⁷ » au regard de la norme juridique. Son identité originelle tient ainsi dans la fonction juridictionnelle, celle de trancher d'une part, conformément à la règle de droit d'autre part. L'amiable ne se retrouve quant à lui dans aucun de ces deux aspects. Il émerge d'une sphère différente puisqu'il est la « *marque de l'amitié*⁸ » de par son ancêtre *amicabilis*, issu d'*amicus*, l'ami. Le terme charrie jusqu'au XVII^e siècle cette connotation fort étrangère au domaine juridique : les relations amicales n'étant « *pas régie(s) par les lois civiles*⁹ », le glaive de la justice qui suit la trajectoire du droit en est en conséquence absent puisque dépourvu de repère. En effet, résoudre à l'amiable ne revient pas à trancher mais à s'accorder, s'arranger, concilier des intérêts opposés¹⁰. Toutefois, un rapprochement peut s'opérer et vaincre cette incohérence primitive.

Une réconciliation sémantique. – La justice, parce qu'elle tranche donc départage, doit également être comprise comme un « *acte de société*¹¹ » : elle met fin à une opposition et rétablit par là-même la paix sociale¹². L'amiable, bien qu'il opère différemment, partage la même finalité puisqu'il met fin à un désaccord, à une « *querelle*¹³ ». Dès cette recherche lexicographique, une proximité conceptuelle voit ainsi le jour. Est-elle néanmoins pleinement satisfaisante ?

Une opposition philosophique. – Socrate et Platon révèlent déjà la polysémie de la notion de justice : sa nature philosophique est bicéphale, puisqu'elle désigne à la fois un idéal et une institution¹⁴. En effet, sur un premier plan, ne se réduisant pas à l'apaisement des conflits par le droit, elle embrasse plus largement une recherche du juste dans son sens noble d'« *équité*¹⁵ », du « *raisonnable*¹⁶ ». C'est selon John Rawls « *la première vertu des institutions sociales*¹⁷ »,

⁷ v. « Justice », in LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française* [en ligne].

⁸ v. « Amiable », in LABORATOIRE ATILF, *op. cit.*

⁹ DOMAT (J.), *Traité des lois*, Chapitre VI : « De la nature des amitiés et de leur usage dans la société », cité par CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, 8^e éd., LGDJ, 1995, p.33, cité par VIENNOIS (J.-P.), « L'Amiable », *RGDP*, 1999, n°4, pp. 471 et s., spéc. p. 472.

¹⁰ v. « Amiable », in LAROUSSE, *Grand dictionnaire des lettres* [en ligne].

¹¹ PROUDHON (P.-J.), *Propriété*, 1840, p. 300, cité par LABORATOIRE ATILF, *loc. cit.*

¹² FOYER (J.), *Histoire de la justice*, Que sais-je ?, PUF, 1^e éd., 1996, p. 3 : « *La paix est l'œuvre de la justice.* ».

¹³ LABORATOIRE ATILF, *loc. cit.*

¹⁴ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, Thémis, PUF, 3^e éd., 2020, n°21, p. 63 : « *Avec eux, la justice prend pleinement sa double dimension morale et politique.* ».

¹⁵ PUIGELIER (C.), *loc. cit.*

¹⁶ CORNU (G.), *loc. cit.*

¹⁷ RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, 1971, cité par RICŒUR (P.), *Le juste*, t. 1, Esprit, 1995, p. 15.

ou encore d'après le doyen Carbonnier¹⁸ « *avant tout, un sentiment*¹⁹, *qui détermine une pratique, et cette pratique est une vertu, la vertu de l'homme juste* ». Or, comme le soulignent Loïc Cadiet et Thomas Clay²⁰, la Justice et l'Amitié font l'objet d'une analyse séparée dans l'œuvre aristotélicienne, ne paraissant pas miscibles. Paul Ricœur le résume comme suit : « *et pourtant, aussi merveilleuse que soit la vertu d'amitié, elle ne saurait remplir les tâches de la justice, ni même engendrer celle-ci en tant que vertu distincte. La vertu de la justice s'établit sur un rapport de distance à l'autre [...] immédiatement médiatisé par l'institution*²¹ ». L'amiable, siège des solutions purement privées, ne se retrouve en effet pas non plus, sur un second plan, dans l'aspect public de la justice. Le propre de la justice distributive, de la « *distribution des honneurs, ou des richesses, ou des autres avantages qui se répartissent entre les membres de la communauté politique*²² » tient précisément au fait qu'un tiers supérieur et autoritaire, l'État, intervient pour rendre à « *chacun a ce qui lui revient* ». La justice est classiquement étatique, conformément aux théories du contrat social²³ ; elle correspond à une institution, un service public. En ce sens, elle est souvent définie comme l'ensemble des juridictions, l'appareil judiciaire d'un pays donné. C'est donc à travers cette binarité complexe qu'elle se distingue de l'amiable, consensuel par essence. Bien que ce dernier ne corresponde ni à la valeur de justice ni à son fonctionnement, il se révèle pourtant source de processus qui cohabitent, s'articulent voire se confondent avec elle.

Une coexistence indéniable des MARD et de la justice étatique. – Ces modes amiables de résolution des différends (MARD) font l'objet de multiples débats doctrinaux quant à leur définition précise et leur typologie, l'appellation générique étant sujette à de nombreuses déclinaisons textuelles²⁴. L'invariant, s'il devait être isolé, semble se loger dans une exclusion de toute logique juridictionnelle, une mise à l'écart de la justice étatique ou arbitrale. Ce sont d'abord sans hésitation des modes, c'est-à-dire des « *procédés* » voire des « *procédures* », qui obéissent donc à une certaine forme dans leur déroulement²⁵. Les processus ici étudiés sont

¹⁸ CARBONNIER (J.), *Droit civil*, PUF, 2004, vol. 1^{er}, Introduction, n°51, p. 90 cité par CADIET (L.), CLAY (Th.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Connaissance du droit, Dalloz, 3^e éd., 2019, p. 10.

¹⁹ cf. ROBERGE (J.-F.), « Le sentiment de justice. Un concept pertinent pour évaluer la qualité du règlement des différends en ligne ? », *Revue juridique de la Sorbonne*, n°1, 2020, pp. 5 et s.

²⁰ CADIET (L.), CLAY (Th.), *op. cit.*, p. 11.

²¹ RICŒUR (P.), *op. cit.*, p. 14.

²² ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, Chapitre 6.

²³ e. g. LOCKE (J.), *Traité du gouvernement civil*, 1690.

²⁴ v. TRICOIT (J.-Ph.), *Droit de la Médiation et des Modes amiables de règlement des différends*, Mémentos, Gualino, 2019, p. 23 : L'auteur évoque le « *flottement certain* » qui entoure la terminologie des modes amiables.

²⁵ CADIET (L.), CLAY (Th.), *op. cit.*, p. 19 : « *Ces procédures sans procès [...] ne mettent pas en œuvre une justice sans forme. C'est une autre forme de justice* ».

ensuite amiables, l'adjectif apportant une précision bienvenue par rapport à d'autres vocables parfois employés. Ils ne sont en effet pas tous extrajudiciaires²⁶ et s'inscrivent certes dans la catégorie plus englobante des modes alternatifs, en ce qu'ils proposent une autre voie que celle de la justice étatique, mais de façon plus profonde encore que l'arbitrage dans la mesure où ils offrent une autre solution que le règlement juridictionnel²⁷. C'est en outre la raison pour laquelle le terme de résolution convient sans doute davantage pour décrire leur fonctionnement souple et le résultat qui en émane, plus thérapeutique et durable qu'autoritaire et brutal²⁸. Leur finalité consiste enfin à prévenir ou enterrer, plutôt à dépasser un différend, dernier élément constitutif désignant littéralement une « *contestation entre deux ou plusieurs personnes provenant d'une divergence d'avis ou d'intérêt*²⁹ », d'une « *altérité*³⁰ », d'un désaccord formulé³¹, sans pour autant évoquer l'adversité inhérente au conflit ni l'aspect purement juridique du litige³².

Les MARD correspondent ainsi à des processus amiables, les deux termes méritant un approfondissement. Ce ne sont pas des accords, mais des trajectoires à parcourir pour éventuellement y parvenir³³ ; ces mécanismes, pour en proposer une définition positive, reposent sur la négociation, aidée ou non par un tiers, et le consensualisme, en cela que la solution qui en ressort doit être acceptée par les parties.

La palette des possibles est par conséquent relativement étendue : touchant les domaines administratif³⁴ et même pénal³⁵, qui seront exclus du cadre de recherche, l'amiable se déploie au civil, siège des intérêts privés, de façon tout autant protéiforme. En effet, il est aussi utile en

²⁶ v. « Extrajudiciaire », in PUIGELIER (C.), *op. cit.*, p. 179 : Le traitement extrajudiciaire du différend intervient en-dehors de toute instance judiciaire.

²⁷ LAGARDE (X.) in GUINCHARD (S.) et alii, *Droit processuel*, Précis, Dalloz, 11^e éd., 2021, pp. 1445 et s., spéc. n°824, p. 1523 : « Lorsque les parties s'adressent à des personnes privées afin qu'elles règlent leur différend de manière juridictionnelle, elles recourent à une procédure d'arbitrage. L'arbitre, personne désignée par les parties pour résoudre leur litige, est investi en vertu d'un contrat. Pour autant, à la différence d'un médiateur, il reçoit mission de trancher le litige. La décision qu'il rend ne constitue pas une simple proposition sur laquelle les parties sont invitées à se mettre d'accord, elle est un jugement par lequel l'arbitre fait œuvre juridictionnelle ; elle prend le nom de sentence. ».

²⁸ comp. TRICOIT (J.-Ph.), *op. cit.*, p. 27 ; CADIET (L.), CLAY (Th.), *op. cit.*, p. 23 : Les opinions divergent sur ce point, Loïc Cadiet et Thomas Clay allant dans ce sens mais Jean-Philippe Tricoit préférant le vocable inverse.

²⁹ v. « Différend », in CORNU (G.), *op. cit.*, p. 345.

³⁰ v. « Différend », in MIRIMANOFF (J.), *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, Bruylant, 2019, p. 185.

³¹ RIVIER (M.-C.), « Conflit / Litige », in CADIET (L.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1^e éd., 2004, pp. 196 et s., spéc. p. 198.

³² MIRIMANOFF (J.), *loc. cit.* : L'image de l'iceberg permet de comprendre la notion de différend, dont la partie immergée serait le conflit et la partie en surface, le litige.

³³ La transaction ne sera donc pas ici étudiée comme un mode amiable mais comme l'éventuel aboutissement d'un tel mode.

³⁴ v. CRPA, Titre II : « Les autres modes non juridictionnels de résolution des différends », Art. L. 421-1 et s.

³⁵ v. C. pr. pén., Art. 41-1, 41-1-2, 41-2 : Cette procédure pourtant fortement teintée d'inquisitoire permet ainsi des médiations pénales, des conventions judiciaires d'intérêt public ou des compositions pénales.

matière familiale qu'en droit du travail, en gestion des conflits entre entreprises qu'en négociation de consommateur à professionnel³⁶. Prenant classiquement le nom de médiation, conciliation³⁷, ou plus récemment procédure participative³⁸, il offre un éventail de solutions résolument alternatives, au juge comme à l'arbitre³⁹. Jean-Pierre Viennois évoque à ce propos une « attraction » de ces procédés pour le régime contractuel en miroir d'une « répulsion symétrique » pour le procès, son aspect judiciaire ou à tout le moins juridictionnel. Résoudre à l'amiable reviendrait à résoudre « hors des prétoires⁴⁰ ».

Cette émancipation notionnelle doit cependant faire face à une réalité fonctionnelle : les modes amiables, en ce qu'ils ouvrent une troisième porte autre que celles des procès étatique et arbitral, en sont nécessairement voisins. Bien qu'ils se définissent par opposition à la justice au sens classique du terme, ils en sont aux « abords immédiats⁴¹ ». Les régimes hybrides⁴² ou plus simplement les modes amiables judiciaires⁴³ en sont la preuve éclatante. L'amiable apparaît en ombre chinoise de la justice traditionnelle⁴⁴, comme formant un tout indissociable avec elle, ce qui se vérifie dans le temps.

³⁶ v. FRICERO (N.), BUTRUILLE-CARDEW (Ch.), BENRAÏS (L.) *et al.*, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Guides, Dalloz, 3^e éd., 2017.

³⁷ La doctrine est très partagée quant à la distinction de ces deux notions, le critère semblant être celui de la force d'intervention du tiers mais faisant lui-même l'objet de diverses interprétations. Depuis la transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 dite « Médiation » par l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011, le CPC en donne d'ailleurs une définition commune et relativement floue, en matière conventionnelle, en vertu de la loi du 8 février 1995 ainsi modifiée en ses Art. 21 et 21-2.

– v. CPC, Art. 1530 : « La médiation et la conciliation [...] s'entendent [...] de tout 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 d'un tiers [...] qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence. ».

³⁸ C. civ., Art. 2062 al. 1^{er} : « La convention de procédure participative est 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. ».

³⁹ v. « Amiable », in CORNU (G.), *op. cit.*, p. 61.

⁴⁰ VIENNOIS (J.-P.), « L'Amiable », *RGDP*, 1999, n°4, pp. 471 et s., spéc. p. 487.

⁴¹ GIRAUD (P.), « L'office du juge dans la conciliation et la médiation judiciaires : à la (re)découverte d'un office pluriel », *RDA*, février 2017, n°13-14, pp. 85 et s., spéc. p. 87.

⁴² v. « Hybrides », in MIRIMANOFF (J.), *op. cit.*, p. 274 : « Mélange entre un mode amiable et un mode imposé, ou entre deux modes amiables, ou entre plusieurs d'entre eux. ». Ainsi, la médiation peut se mêler d'arbitrage dans un processus de *med-arb*, les *Dispute Boards* permettent aux parties qui négocient de décider qu'elles seront liées par l'avis que le tiers rendra, un processus collaboratif peut inclure une médiation, *etc.*

⁴³ CPC, Art. 21 ; CPC, Livre I^{er} Titre VI, « La conciliation et la médiation », Art. 127 à 131-15 : Ainsi, le juge peut lui-même concilier les parties ou bien, en cours d'instance, déléguer cette mission à un conciliateur de justice ou faire appel à un médiateur.

⁴⁴ Pour paraphraser CADIET (L.), CLAY (Th.), *op. cit.*, p. 133 : « L'article 6§1^{er} de la Conv. EDH apparaît en une sorte d'ombre chinoise, celle du juge judiciaire qui pourrait être amené à se prononcer le cas échéant. ».

Une « *quasi-congénitalité*⁴⁵ » **historique**. – Selon Jean-Philippe Tricoit, les processus amiables « *ont toujours existé. Là où il y a une société, il y a des différends. Là où il y a des différends, il y a des modes de règlement des différends*⁴⁶ ». Xavier Lagarde évoque quant à lui plus particulièrement, concernant l'existence de ces procédures, un « *phénomène à éclipses*⁴⁷ ». Il est effectivement permis d'observer que les alternatives à la justice étatique, qu'elles aient pris la forme proche d'un arbitrage ou d'un mode amiable contemporain⁴⁸, se sont imposées, développées ou mises en retrait en fonction de la place occupée par la puissance publique dans le domaine judiciaire.

L'Antiquité, bien qu'elle demeure imprégnée du phénomène originel de la vengeance privée, est déjà tournée vers l'apaisement des mésententes par des méthodes plus douces que le procès. Des textes religieux comme la Bible⁴⁹ et le Coran⁵⁰ aux écrits des penseurs grecs⁵¹, juristes⁵² et empereurs⁵³ romains et byzantins, l'amiable est indissociable de la justice en ce qu'il constitue un préalable de négociation nécessaire, un idéal de réconciliation intime à atteindre en priorité avant que de chercher la bataille publique. Le procès romain lui-même est fondé sur le consensus et l'initiative privée, la seconde phase *apud judicem*, postérieure à la *litis contestatio*, ne s'effectuant plus devant le *praetor* mais devant le *judex*, un tiers désigné par les parties.

Les temps médiévaux sont également témoins d'un lien tangible entre justice et amiable. Jusqu'au XII^e siècle, le royaume franc multi-ethnique est régi par les compositions pécuniaires pacificatrices⁵⁴, les guerres privées et accords de paix seigneuriaux, mais aussi les transactions bourgeoises plébiscitées par les nouvelles chartes urbaines. La résolution des différends est

⁴⁵ Pour paraphraser AMRANI MEKKI (S.), *Guide des modes amiables de résolution des différends*, LexisNexis, 2020, n°1, p. 1 : « *Les relations entre la justice et l'amiable sont quasi-congénitales.* ».

⁴⁶ TRICOIT (J.-Ph.), *op. cit.*, p. 23.

⁴⁷ LAGARDE (X.) in GUINCHARD (S.) *et alii*, *op. cit.*, pp. 1445 et s., spéc. n°799, p. 1446.

⁴⁸ Les deux n'ayant été distingués que récemment par la doctrine contemporaine et ayant pu être confondus au fil des siècles, dans leurs appellations.

⁴⁹ e. g. Nouveau Testament, Saint-Matthieu, Chapitre 18, Verset 15 : « *Si ton frère a péché, va et reprends-le entre toi et lui seul. S'il t'écoute, tu as gagné ton frère.* ».

⁵⁰ e. g. Sourate 4, Verset 35 : « *Si vous craignez la séparation [des deux époux], envoyez un arbitre de sa famille à lui et un arbitre de sa famille à elle. S'ils veulent se réconcilier, Dieu les aidera à le faire.* ».

⁵¹ e. g. PLATON, *Les lois*, VI, 767 : « *Il faut que ceux qui ont des griefs les uns contre les autres commencent par trouver leurs voisins, leurs amis ... : qu'ils aillent vers les tribunaux, dans le cas seulement où d'aventure on n'aura pas reçu de ces gens-là une solution qui règle convenablement leur différend* », cité par MIRIMANOFF (J.), *op. cit.*, p. 399.

⁵² e. g. Loi des XII Tables, 451 av. J.-C., Table VIII – *Délits civils* : En cas d'atteinte à l'intégrité corporelle, il faut privilégier le pacte avant que de recourir au talion.

⁵³ e. g. Constitution de Dioclétien, 293 ; Digeste de Justinien, 533 : Tous deux évoquent la transaction.

⁵⁴ e. g. Loi salique, IV^e-VI^e siècle.

faiblement institutionnalisée, le procès est d'ailleurs initialement défini comme un contrat⁵⁵. À défaut d'un paysage juridictionnel compréhensible et surtout adapté à l'essor d'un nouveau marché économique, l'arbitrage connaît son heure de gloire au sein des foires marchandes et des corporations. Ce n'est qu'au cours des deux siècles suivants qu'une véritable justice publique se met en place : les droits savants sont redécouverts, l'État s'affirme face à un clergé puissant et la sphère laïque s'empare du pouvoir judiciaire. La médiation, la conciliation et l'arbitrage, encore peu dissociés conceptuellement, n'en sont pas pour autant éclipsés : aux côtés de l'installation d'un monopole de la violence légitime en matière pénale et de la naissance des parlements, les mécanismes alternatifs connaissent une survie encadrée.

L'idéologie révolutionnaire les place au premier plan, en réaction à l'arbitraire de la pratique judiciaire d'Ancien régime. Les modes alternatifs représentent en effet l'antithèse absolue du procès civil, taxé de lenteur et de formalisme excessif, perçu comme une entrave onéreuse à la démocratie en ce qu'il éloigne le citoyen de la justice par sa trop grande complexité. C'est surtout l'amiable au sens contemporain du terme qui connaît là son âge d'or, puisqu'il correspond alors à l'idéal de concorde fraternelle entre individus libres et égaux⁵⁶, conformément à l'esprit de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789. Les vertus de l'arbitrage sont à l'époque vantées indistinctement ou plutôt confondues avec celles de la conciliation ou de la médiation, les différentes notions n'étant pas encore pleinement distinguées les unes des autres. La Loi des 16 et 24 août 1790 constitue le point d'orgue de cette glorification des MARD, sur deux plans. D'une part, le recours à l'arbitrage est généralisé en tant que « *moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens*⁵⁷ ». Exercé par des particuliers choisis par les parties et statuant en équité, il devient rapidement obligatoire, y compris dans des matières particulièrement sensibles comme celle des affaires familiales⁵⁸. D'autre part, le pas vers l'amiable et la justice de proximité est franchi avec la création des juges de paix, essentiellement chargés d'une tentative de conciliation préalable à toute action civile. La figure charismatique de l'arbitre ne diffère que peu de celle, paternaliste, de ces juridictions qui voient le jour au même moment. À l'inverse des magistrats

⁵⁵ AMRANI MEKKI (S.), *loc. cit.* : « *Le Dictionnaire de la langue française de 1174 définissait d'ailleurs le procès comme un contrat.* ».

⁵⁶ Ainsi, Saint-Just proposait que les amis s'engagent à ne point plaider entre eux et le député Louis Prugnon enjoignait aux citoyens, avant que d' « *arriver au temple de la justice* », de s'attarder par « *celui de la concorde* », tous deux cités par CADIET (L.), CLAY (Th.), *op. cit.*, p. 39.

⁵⁷ Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, Art. 1^{er}.

⁵⁸ FARCY (J.-C.), *Histoire de la justice en France. De 1789 à nos jours*, Repères, La Découverte, 2015, p. 16 : Prenant la forme d'un tribunal domestique constitué de voisins, d'amis et de proches parents, cette pratique s'avère décevante et est par la suite supprimée sous le Directoire en 1796.

professionnels qui suscitent une défiance certaine, ces personnages nouveaux ou plutôt redécouverts ont une approche des différends fortement imprégnée d'amiable.

La codification napoléonienne, caractérisée par un puissant libéralisme, s'inscrit dans une relative continuité sur ce point ; œuvre de compromis, elle revient sur certains systèmes révolutionnaires devenus impraticables mais conserve une inclination notable pour la résolution consensuelle des conflits. Un Titre entier du Code civil (C. civ.) de 1804 est consacré au contrat de transaction⁵⁹, accord amiable par excellence que Bigot de Préameneu appelle de ses vœux⁶⁰. L'ancien Code de procédure civile (CPC) de 1806, quant à lui, impose la « *grande conciliation* » pour la quasi-totalité des contentieux de première instance. L'expérience du juge de paix étant couronnée de succès et saluée⁶¹, elle est institutionnalisée sous forme de « *petite conciliation* » et de facultative, elle devient obligatoire⁶². Cependant, aux XIX^e et XX^e siècles, tandis que l'arbitrage s'autonomise pleinement en tant que règlement juridictionnel des différends, notamment pour les litiges commerciaux et internationaux, la pratique de la conciliation s'essouffle considérablement⁶³ – la grande est supprimée en 1949, la petite survit de façon très marginale⁶⁴. Les juges de paix sont remplacés par des tribunaux d'instance (TI) en 1958 et malgré le sursaut du nouveau CPC, le monde judiciaire semble se désintéresser de l'amiable. La mission conciliatrice confiée au juge reste en effet pure déclaration d'intention, contrairement aux espoirs peut-être utopiques de la Commission de réforme de la procédure civile⁶⁵ : l'heure est à la reprise en main plus ferme de la conduite de l'instance par le juge, jusqu'alors trop impuissant et soumis aux manœuvres dilatoires des parties récalcitrantes. Comme Albert Tissier le soulignait déjà à travers ses écrits pionniers, le procès civil sert l'intérêt général au-delà des intérêts privés qu'il départage ; à ce titre, le juge « *n'est pas un*

⁵⁹ C. civ., Livre III, Titre XV : « *Des transactions* », Art. 2044 à 2052, spéc. Art. 2044 al. 1^{er} : « *La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.* ».

⁶⁰ Ces contrats font selon lui partie des « *plus utiles à la paix des familles et à la société en général* », tel que cité par LAGARDE (X.) in GUINCHARD (S.) et alii, *op. cit.*, pp. 1445 et s., spéc. n°799, p. 1447.

⁶¹ Jean-Baptiste Treilhard parle ainsi d'une « *institution morale et bienfaisante* », tel que cité par CADIET (L.), CLAY (Th.), *op. cit.*, p. 40.

⁶² Loi du 25 mai 1838 ; Loi du 2 mai 1855.

⁶³ CADIET (L.), CLAY (Th.), *loc. cit.* : « *Selon une statistique de 1834, les affaires étaient conciliées dans 65 % des cas, ce qui semble beaucoup. Ce chiffre n'aurait fait que décliner par la suite : 36 % des affaires en 1879 et 9 % en 1942* », à propos de la grande conciliation.

⁶⁴ *Ibidem* : « *à l'état de simple faculté offerte aux plaideurs [...], ainsi que comme préliminaire obligatoire en certaines matières, comme le divorce et la séparation de corps, et devant le conseil de prud'hommes, sans guère de succès* ».

⁶⁵ CORNU (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragment d'un état de questions) », in Études offertes à Pierre Bellet, Paris, Litec, 1991, pp. 83 et s., spéc. pp. 91-92 : Notamment à propos de ce principe directeur tardivement ajouté aux autres à l'Art. 21 du CPC par le décret du 17 décembre 1973, Gérard Cornu, membre de cette Commission de réforme, évoque des « *impulsions* » qui ne constituent « *que des vœux (en "bouteilles à la mer")* ».

arbitre privé » et « *ne doit donc pas être, quant à la marche du procès, à la disposition des plaideurs*⁶⁶ ».

Les années 1970 à 1990 constituent le dernier tournant majeur de l'histoire commune des MARD et de la justice étatique. D'abord, l'importation d'une culture anglo-saxonne de contractualisation des rapports sociaux provoque un changement des mentalités en matière de résolution des différends⁶⁷ : l'acronyme nord-américain *Alternative Dispute Resolution* (ADR) fait surface et influence une approche doctrinale contemporaine des modes alternatifs⁶⁸, tandis que le droit collaboratif⁶⁹ surgit dans la pratique française et vient compléter un catalogue de solutions amiables de plus en plus séduisantes. Ensuite et surtout, c'est la crise de la justice étatique qui concentre l'attention sur les modes amiables⁷⁰. Les tribunaux étant asphyxiés par une explosion du contentieux et le budget alloué au service public de la justice n'augmentant pas en proportion, une logique managériale de désencombrement des juridictions et de gestion des flux à moyens constants s'installe.

Les modes amiables, une priorité politique. – Ce regain d'intérêt utilitariste pour les MARD s'illustre en France par une prolifération de textes législatifs et réglementaires sur le sujet⁷¹. Présenter un catalogue exhaustif en la matière est pure gageure – toutefois, il convient d'en restituer les traits saillants⁷².

Dans un premier temps, le panel des modes amiables s'étoffe et s'institutionnalise. La loi n°95-125 du 8 février 1995 et son décret d'application introduisent dans le CPC une offre de modes amiables judiciaires, encadrés par le juge et confiés à des tiers. L'ordonnance n°2011-

⁶⁶ TISSIER (A.), « Le rôle social et économique des règles de la procédure civile », in BERTHÉLÉMY (H.) *et alii.*, *Les Méthodes Juridiques, leçons faites au Collège libre des Sciences sociales en 1910*, V. Giard et E. Brière, 1911, pp. 105 et s., spéc. p. 121.

⁶⁷ v. FAGET (J.), « Les métamorphoses de la régulation des conflits », in HIRSCH (L.), IMHOOS (Ch.), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Genève : Schulthess, Éditions romandes, 2018, pp. 3 et s.

⁶⁸ v. CADIET (L.), CLAY (Th.), JEULAND (E.), *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Litec, 2005.

⁶⁹ FRICERO (N.), BUTRUILLE-CARDEW (Ch.), BENRAÏS (L.) *et al.*, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Guides, Dalloz, 3^e éd., 2017, pp. 607 et s., spéc. n°411.11, p. 617 : « *processus amiable de résolution des différends dont la mise en œuvre est préalable à toute saisine judiciaire, et qui repose sur l'engagement contractuel des parties et de leurs avocats-conseils (matérialisé dans une charte collaborative) de rechercher de manière négociée et de bonne foi, lors de réunions à quatre (dites rencontres de règlement), une solution globale à leur différend reposant sur la satisfaction des intérêts mutuels de chacune des parties.* ».

⁷⁰ GUINCHARD (S.), VARINARD (A.), DEBARD (Th.), *Institutions juridictionnelles*, Précis, Dalloz, 16^e éd., 2021, n°44, p. 77.

⁷¹ Ainsi que par une faveur jurisprudentielle indéniable pour ces mécanismes : la Cass, en sanctionnant le non-respect d'une clause de conciliation ou de médiation préalable obligatoire d'une fin de non-recevoir, assure la force de ces mécanismes. v. Cass., ch. Mixte, 14 févr. 2003, n^{os} 00-19.423 et 00.19.424, *Bull. ch. civ.*, n°1.

⁷² Évolution détaillée par MAYER (L.) in GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), CHAINAIS (C.), MAYER (L.), *Procédure civile*, Hypercours, Dalloz, 7^e éd., 2021, pp. 905 et s., spéc. n^{os} 1713 et s., pp. 908 et s.

1540 du 16 novembre 2011, transposant la directive européenne à vocation harmonisatrice dite « *Médiation* » n°2008/52, y ajoute des dispositions générales relatives à la médiation, la dotant d'un cadre protecteur. La loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 dite Bételle parachève ce premier effort de diversification des modes amiables par l'introduction en droit français de la procédure participative, dont la particularité tient au fait qu'elle ne suppose pas la présence d'un tiers conciliateur ou médiateur mais simplement le travail conjoint des conseils des deux parties. Le Livre V du CPC, rénové⁷³ et maladroitement intitulé « *La résolution amiable des différends* »⁷⁴, connaît peu de succès et peine à séduire les justiciables.

S'ouvre donc dans un second temps une stratégie législative plus incitative. Un décret n°2015-282 du 11 mars 2015 impose, à peine de nullité de l'assignation ou de la requête introductive d'instance, de mentionner qu'une tentative préalable de résolution amiable du litige a eu lieu. Cette injonction peu coercitive étant contournée par la rédaction de mentions-types, la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 prévoit la sanction plus lourde de l'irrecevabilité d'office devant les TI pour les litiges de moins de 4 000 €. Suite à la création des tribunaux judiciaires (TJ), la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 et son décret d'application n°2019-1333 du 11 décembre 2019 relèguent cette obligation aux cas dans lesquels la tentative de résolution amiable est obligatoire ; cette mesure étant par ailleurs étendue aux litiges de moins de 5 000 € ainsi qu'à des actions particulières, notamment en matière de bornage, puis plus tardivement aux troubles anormaux du voisinage⁷⁵.

L'amiable dans la justice, une réalité cosmopolite. – L'attention portée aux modes amiables judiciaires comme conventionnels ne se restreint pas au cadre français. Le phénomène est universel et multiscalair : toute réflexion relative à la résolution des différends semble nécessairement impliquer un versant amiable. C'est naturellement le cas en qui concerne les relations internationales, qu'elles soient de nature publique⁷⁶ ou privée⁷⁷ : différents procédés de négociation existent afin d'aboutir à des accords pacifiques⁷⁸ et des modes hybrides comme

⁷³ Décret n°2012-66 du 20 janvier 2012.

⁷⁴ Il ne régit en effet que les MARD conventionnels et n'englobe pas les modes amiables judiciaires.

⁷⁵ CPC, Art. 750-1, modifié par Décret n°2022-245 du 25 février 2022.

⁷⁶ GUILLAUME-HOFNUNG (M.), *La médiation*, Que sais-je ?, PUF, 8^e éd., 2020, p. 21 : L'auteure explique qu'en la matière, le recours à la médiation est plus récent mais que cette méthode amiable est « *appelée à devenir un élément décisif de gouvernance partagée* ».

⁷⁷ e. g. Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation, 2018 ; Convention de Singapour, 7 août 2019.

⁷⁸ v. TRICOIT (J.-Ph.), *Droit de la Médiation et des Modes amiables de règlement des différends*, Mémentos, Gualino, 2019, p. 24.

celui des *Dispute Boards* voient le jour dans le monde des affaires⁷⁹. L'échelle européenne est également investie dans la promotion des MARD ; l'Union Européenne (UE) en fait un mot d'ordre à travers ses Livres verts, ses directives et la jurisprudence de sa Cour de justice⁸⁰ tandis que le Conseil de l'Europe œuvre de concert à leur implémentation dans les droits nationaux⁸¹. Une approche de droit comparé entre États vérifie l'hypothèse d'une collaboration constante entre justice étatique et méthodes amiables en vue d'une pacification sociale. D'une part, le droit coutumier qui occupe encore une place significative dans certains pays repose sur un traitement des différends proche de la conciliation et de la médiation et déteint dans cet ordre d'idée sur le système juridictionnel étatique. Les pratiques traditionnelles de justice orale et de proximité fondées sur la discussion et la recherche d'arrangements comme celles de la palabre africaine⁸² ou de la médiation populaire chinoise⁸³ inspirent souvent des politiques publiques privilégiant les MARD⁸⁴. D'autre part, le développement de l'alternativité transcende la frontière habituellement érigée entre pays de tradition civiliste et systèmes juridiques de *Common law*. Le duel strictement judiciaire semble révolu, les modes amiables étant mis à l'honneur par l'ensemble des législations nationales. Les ADR états-unis pénètrent une société pourtant réputée procédurière et l'Australie, la Norvège comme le Royaume-Uni rejoignent le mouvement en responsabilisant davantage les justiciables à travers des préalables

⁷⁹ v. « *Dispute Boards / Comité de règlement des différends* », in MIRIMANOFF (J.), *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, Bruylant, 2019, p. 201 : « Un Dispute Board (Comité de règlement des différends) est un organe, permanent ou ad hoc, composé d'un ou plusieurs membres, généralement prévu au début d'un contrat, qui reste en place pendant toute sa durée voire après pour toutes les questions encore en suspens, qui est rémunéré et qui est destiné à aider les parties à prévenir et à résoudre leurs différends au fur et à mesure de leur survenance. ».

⁸⁰ e. g. Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, COM (2002) 196 final, 19 avril 2002 ; Directive 2013/11/UE, Parlement et Conseil, 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*, L. 165, 18 juin, p. 63 ; CJUE, *Rosalba Alassini*, 18 mars 2010, n° C-317/08.

⁸¹ Déclaration de Bruxelles du 27 mars 2015, n°9, p.3 : « Encourage [...] les États parties à donner la priorité aux solutions alternatives aux procédures contentieuses, telles que les règlements amiables et les déclarations unilatérales ». v. aussi Recommandation R(98)1 sur la médiation familiale ; Recommandation R(2002)10 sur la médiation en matière civile ; « Boîte à outils pour le développement de la médiation », CEPEJ, (2018)/7.

⁸² FÉRAL (F.), MADINIER (A.-L.), « Le règlement des conflits Kanaks en Nouvelle-Calédonie », *Les Cahiers de la Justice*, 2021, n°1, pp. 51 et s. : Également pratiquée en Nouvelle-Calédonie par les clans Kanaks, elle consiste en une série de réunions et de débats claniques, notamment en matière familiale.

⁸³ BANGJUN (J.), « Du système de la médiation populaire de la Chine », *Les Cahiers du droit*, 1996, vol. 37, n°3, pp. 739 et s. : Pratiquée en matière civile, il s'agit d'un MARD antique et local fondé sur la conciliation des citoyens ou villageois qui a fait l'objet d'une réglementation et d'une institutionnalisation.

⁸⁴ « Faire justice dans nos sociétés multiculturelles », *Les Cahiers de la Justice*, 2021, n°1, spéc. pp. 37 et s. ; 67 et s. ; 51 et s. : En Mauritanie, la « Stratégie nationale d'accès à la justice 2020-2024 » du Ministère de la Justice sensibilise les justiciables aux MARD et des lois des 19 février et 29 avril 2019 codifient des dispositions relatives à la médiation. En Nouvelle-Calédonie, le Bureau de médiation et de résolution des conflits conçu par le Sénat est un groupe de discussion *ad hoc* et la Charte du peuple Kanak de 2014 fait figurer, parmi les valeurs claniques, celle du consensus. Au Burundi, les tribunaux de résidence organisent des journées hebdomadaires de doléances, les juges ouvrant les portes de leurs tribunaux pour statuer en amiables compositeurs.

amicales obligatoires parfois très contraignants⁸⁵. En Suisse, la priorité donnée à la résolution amiable des différends a même valeur constitutionnelle⁸⁶. L'exemple du Québec est particulièrement révélateur de cette « *mode amiable* »⁸⁷ contemporaine : tandis que le nouveau CPC québécois de 2016 oblige le justiciable à considérer les modes de prévention et de règlement des différends (PRD) et leur consacre ses premières dispositions, présentant leurs principes directeurs avant ceux du procès, les praticiens du droit⁸⁸ comme la jurisprudence⁸⁹ appellent à une nouvelle conception de la justice englobant l'amiable.

L'amiable, une autre forme de justice. – L'existence d'une relation entre justice et amiable ayant été démontrée sur les plans temporel et spatial, encore faut-il s'interroger sur la pertinence de la notion de « *justice amiable* » qui apparaît en filigrane de la présentation proposée. Il est en effet légitime de s'interroger sur la capacité de la justice à être amiable, réciproquement sur l'aptitude de l'amiable à se faire justice⁹⁰ dans le sens le plus complet du terme – si non institution ou mission, du moins finalité et vertu. Une partie de la doctrine française perçoit encore les MARD comme d'utiles instruments sans pour autant les élever au rang de véritable justice, cette dernière restant à leurs yeux prophétique, potentielle, en voie d'apparition⁹¹. Des auteurs davantage convaincus conçoivent l'amiable comme une justice à part entière et autonome, qui ne serait non pas prioritaire ou préalable à la justice classique mais analogue et conjointe, parallèle et complémentaire. La justice consensuelle s'inscrirait ainsi dans un nouveau paradigme, celui d'une recherche plus globale de modes de résolution des différends, non plus étatiques, alternatifs ou amiables, mais « *appropriés*⁹² ». Elle ne constituerait qu'une

⁸⁵ *Civil Dispute Resolution Act* australien de 2011, *Dispute Act* norvégien de 2008 et *pre-action protocols* anglais, tous cités par ROBERGE (J.-F.), HOUNTOHOTEGBÈ (A.-L.), GRAHOVIC (E.), « L'article 1^{er} du *Nouveau Code de procédure civile* du Québec et l'obligation de considérer les modes de PRD : des recommandations pour réussir un changement de culture », *Revue Juridique Thémis*, 2016, n°49-2, pp. 508 et s.

⁸⁶ Constitution de la République et Canton de Genève, Art. 120 : « *L'Etat encourage la médiation et les autres modes de résolution extrajudiciaire des litiges* ».

⁸⁷ CADIET (L.), CLAY (Th.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Connaissance du droit, Dalloz, 3^e éd., 2019, p. 17 : « *Dans la langue française, mode est un substantif qui peut être masculin ou féminin. Les modes alternatifs de règlement des conflits sont peut-être une mode, ce qu'affirment certains* ».

⁸⁸ Code de déontologie des avocats du Québec, Art. 42 : « *Tout au cours du mandat, l'avocat informe et conseille le client sur l'ensemble des moyens disponibles pour régler son différend, dont l'opportunité de recourir aux modes de prévention et de règlement des différends.* ».

⁸⁹ Cour suprême du Canada, *Hryniak c. Mauldin*, 23 janvier 2014.

⁹⁰ Pour paraphraser CADIET (L.), CLAY (Th.), *op. cit.*, p. 11 : « *Une justice peut-elle être amiable ? Ou, pour le dire autrement, amiable, est-elle encore justice ?* ».

⁹¹ AMRANI MEKKI (S.), *Guide des modes amiables de résolution des différends*, LexisNexis, 2020, n°1, p. 1 : « *Pour l'heure, il n'existe pas à proprement parler de "justice amiable" [...] Il faut cependant convenir que le souci de gestion des flux pourrait conduire à construire une véritable justice amiable préalable ou parallèle à la justice étatique.* ».

⁹² v. « Approprié (Mode) », in MIRIMANOFF (J.), *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, Bruylant, 2019, pp. 70 et s.

des multiples voies procédurales envisageables dans une matrice « plurielle »⁹³ ; la justice amiable, dite aussi participative ou négociée, coexisterait ainsi avec la justice traditionnelle ou adjudicative comme branches distinctes d'un tronc commun. Cette nouvelle arborescence ou théorie des embranchements proposée par Loïc Cadiet se retrouve dans de nombreux écrits contemporains⁹⁴. Les raisons pour lesquelles la justice amiable y figure divergent en doctrine. Certains, enthousiastes, considèrent que l'amiable remplit le critère vertueux du juste, non seulement dans son processus mais plus prodigieusement dans la solution à laquelle il conduit⁹⁵. D'autres, plus sceptiques, n'y reconnaissent la notion de justice que dans son versant procédural et non substantiel⁹⁶. La solution ne peut être juste, en ce qu'elle émane des parties ; en revanche, le processus est juste car contrôlé, équitable car sous la vigilance du juge et soumis à des garanties. Il faut y voir un défi à relever pour cette nouvelle branche de l'arbre de justice plurielle : est-elle au stade du bourgeonnement ou se déploie-t-elle pleinement, et surtout en autosuffisance, sans nécessiter le soutien de sa voisine étatique ? Peut-elle raisonnablement se développer indépendamment de tout tuteur ? Une attention plus intense portée sur le déroulement du processus permettrait-elle de faire éclore une solution amiable juste ? Le propos met ici en lumière le rôle fondamental que les droits processuels sont amenés à jouer au sein de la justice amiable ainsi identifiée et conçue⁹⁷.

B – Les droits processuels, objet d'étude

Le droit processuel ou le droit commun du procès, une discipline subversive. – Les droits processuels ont été identifiés et pensés par une discipline juridique homonyme, parfois rebaptisée en « *droit commun du procès* » par ses concepteurs. Cette branche récente du Droit constitue une science en ce qu'elle s'attache à étudier le procès ; étymologiquement parlant le processus, la procédure⁹⁸, juridiquement parlant l'instance et sociologiquement parlant le cadre

⁹³ CADIET (L.), « L'accès à la justice. Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », *D.*, 2017, pp. 522 et s.

⁹⁴ e. g. GOUJON-BETHAN (Th.), *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. Fricero (N.), LGDJ, 2021, n°354, p. 262 : L'auteur évoque des « passerelles », une « *procédure à choix multiples* ».

⁹⁵ ROBERGE (J.-F.), « Le sentiment de justice, un concept pertinent pour évaluer la qualité du règlement des différends en ligne ? », *Revue juridique de la Sorbonne*, 2020, n°1, pp. 5 et s. : Selon l'auteur, le sentiment de justice correspond à un ressenti d'équité et d'efficacité au stade du processus, du soutien apporté et de l'adéquation aux ressources, mais aussi de manière intéressante au résultat, « *réparateur* » ou « *fonctionnel* ». Il considère que cet instrument de mesure est applicable pour évaluer la qualité d'une plateforme d'*Online Dispute Resolution* (ODR).

⁹⁶ CADIET (L.), CLAY (Th.), *op. cit.*, p. 10 : « *Si les MARC peuvent être considérés comme une forme de justice, font-ils œuvre de justice ?* ».

⁹⁷ AMRANI MEKKI (S.), « Chantiers de l'amiable : concevoir avant de construire », *JCP G*, 2018, suppl. au n° 13., pp. 63 et s.

⁹⁸ v. « Procès », in CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 14^e éd., 2022, p. 815.

institutionnel de règlement des litiges⁹⁹. Elle a d'abord émergé d'un changement de paradigme consistant à ne plus considérer la procédure civile comme une référence pour ses homologues administrative et pénale, lesquelles s'en sont émancipées. Ce cloisonnement des trois principaux types de contentieux a ensuite permis la naissance d'un droit procédural classique, mené par Emilio Chiovenda¹⁰⁰, Henri Vizioz¹⁰¹ et Henri Motulsky¹⁰². Ces figures de proue ont développé une approche comparative des différents procès, à-même d'identifier les principales ressemblances et divergences entre les procédures et de fonder des théories communes restées opératoires comme celles de l'action, de la juridiction et de l'instance. Pour finir, la discipline a été révolutionnée à la fin des années 1990 par l'avènement d'un modèle inédit, celui du procès équitable. La conception moderne du droit processuel repose désormais sur la mise en lumière d'un droit véritablement commun du procès, composé de droits fondamentaux et universels reconnus aux justiciables, d'un ensemble de standards et de valeurs transcendant les frontières techniques et nationales. La démarche s'inverse et aboutit à « *une véritable science de la procédure, qui ne néglige pas les grandes théories classiques du procès mais qui les englobe et les dépasse*¹⁰³ ». Ambitieuse, elle ne restreint plus à la description par comparaison interne des contentieux mais devient « *prescriptive* », au sens où elle permet d'établir un référentiel unique propre à repenser chaque procédure spécifique à l'aune d'une matrice horizontale, d'un « *terreau mutuel et fertile* »¹⁰⁴.

Le droit processuel ou le droit au procès équitable, une exigence historique. – La recherche d'équité dans le procès, c'est-à-dire dans la marche de l'instance, n'est pas chose nouvelle. En effet, elle préexiste aux réflexions récentes axées sur une conception démocratique des sociétés modernes et trouve précisément sa source dans des systèmes juridiques centrés sur l'exercice d'un pouvoir autoritaire, ce que Boris Bernabé et Loïc Cadiet ne manquent pas de souligner. Le droit romain en est déjà le témoin avec la notion d'*aequitas*, confondant équités substantielle et procédurale et transparaissant à travers la seconde phase du procès devant le *judex*, lequel statue

⁹⁹ CROZE (H.), *Le procès civil*, Connaissance du droit, Dalloz, 2^e éd., 2004, p. 5 : « *la notion de procès serait plus sociologique que juridique ("il m'a fait un procès"), ce qui lui vaut de figurer dans le titre de livres ou de films, fonction qui serait incongrue et incompréhensible pour l'instance ("L'instance" de Kafka ? Il est vrai qu'il faut se méfier des traductions).* ».

¹⁰⁰ On attribue le néologisme « *processuel* » et la nouvelle terminologie de la discipline, « *droit processuel* », au droit procédural italien et son *diritto processuale*. v. GUINCHARD (S.) in GUINCHARD (S.) et alii, *Droit processuel*, Précis, Dalloz, 11^e éd., 2021, pp. 1 et s., spéc. n°3, p. 3.

¹⁰¹ VIZIOZ (H.), *Études de procédure*, Éditions Bière, 1956.

¹⁰² MOTULSKY (H.), *Droit processuel*, Montchrestien, 1973.

¹⁰³ CHAINAIS (C.), *Droit processuel*, Cours magistral de Master 1 Justice, procès, procédures, Université Paris-Panthéon-Assas, 2021.

¹⁰⁴ CHAINAIS (C.), *op. cit.*

par intime conviction à partir des faits et non de manière purement mathématique en appliquant strictement la loi. L'équité romaine est ainsi par la suite associée à l'idée de *justitia*, donnant naissance à la célèbre formule de Celse reprise dans les Institutes : « *Le droit est l'art du bon et de l'équitable* ». L'« *équité dans le procès* », davantage « *préventive* » que « *corrective* », se distingue finalement de l'« *équité dans le jugement* » avec la mise en place par les empereurs romains d'un cadre de principes directeurs et protecteurs de la procédure¹⁰⁵. Le Moyen-Âge et son droit canonique participent de cette élaboration de « *garanties procédurales des honnêtes gens contre des accusations injustes*¹⁰⁶ » et se caractérisent par l'espoir de bâtir un *jus commune*, un fond commun procédural à visée unificatrice. Les écrits de Henri Motulsky relatifs au droit naturel de la procédure rejoignent cette idée d'une conceptualisation du droit commun du procès équitable avant l'heure, en tout cas avant qu'il ne soit (tardivement) théorisé comme tel par la doctrine processualiste¹⁰⁷. L'objectif disciplinaire du droit processuel contemporain ne constitue donc sur ce point qu'un retour aux sources sous une autre forme, à l'aide d'un nouveau modèle¹⁰⁸.

Les droits fondamentaux du procès, s'ils ne sont pas nés après la seconde guerre mondiale, ont en tout cas trouvé une assise conceptuelle dans la notion de procès équitable découlant des sources internationales de protection des droits de l'Homme qui ont convergé lors de cette période particulière¹⁰⁹. Suite au traumatisme de la justice sommaire et expéditive en temps de guerre, la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) du 10 décembre 1948 exprime pour la première fois, en son Article (Art.) 10¹¹⁰, l'exigence d'une procédure judiciaire équitable sans pour autant la nommer. Cet idéal moral connaît donc une officialisation textuelle intéressante, fondatrice, avant d'intégrer le droit positif français par sa reprise dans des sources internationales d'applicabilité directe. L'Art. 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) du 4 novembre 1950, l'Art. 14§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 ainsi que l'Art. 47 al. 2 de la Charte des

¹⁰⁵ CADIET (L.), BERNABÉ (B.), « Le procès équitable avant la Convention européenne des droits de l'homme », in CADIET (L.), DAUCHY (S.), HALPÉRIN (J.-L.), *Itinéraires d'histoire de la procédure civile 1. Regards français*, t. 52, IRJS, 2014, p. 153.

¹⁰⁶ CADIET (L.), BERNABÉ (B.), *op. cit.*, p. 144.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 143 : Cela fait dire à Loïc Cadiet que le « *procès équitable* » n'existe pas réellement, qu'il vaut mieux évoquer une « *légalité procédurale* » ou bien des « *droits fondamentaux du procès* ».

¹⁰⁸ v. « Procès équitable », in JEULAND (E.), LALANI (S.), *Recherche lexicographique de procédure civile*, IRJS Éditions, 2016, pp. 215 et s.

¹⁰⁹ CADIET (L.), BERNABÉ (B.), *op. cit.*, p. 144 : Loïc Cadiet n'évoque pas un « *point de départ* » mais « *d'arrivée* ».

¹¹⁰ « *Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.* ».

droits fondamentaux de l'UE (Charte DFUE) garantissent en effet son invocabilité devant les juridictions nationales. Le fondement de ce nouveau « *droit garantie des autres droits*¹¹¹ » est également constitutionnel, puisqu'il ressort de l'Art. 16 de la DDHC. C'est surtout l'Art. 6§1 et son interprétation particulièrement extensive par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui ont façonné ce nouveau modèle à l'évolution tentaculaire.

Les droits processuels ou le modèle du procès équitable, un ensemble tripartite. – Le caractère multidimensionnel, « *composite*¹¹² » du droit au procès équitable s'illustre par une remarquable extension interne, au sens où l'Art. 6§1 se déploie en trois droits distincts, trois axes de garanties pour les justiciables : une protection juridictionnelle existante par un accès au tribunal, équitable par l'accès à un bon juge et effectif par l'exécution de la décision de justice. La CEDH, par un dynamisme interprétatif tout à fait saisissant, ne se contente pas du cœur textuel du droit au procès équitable et en révèle les contours consubstantiels, nécessaires, implicites, inhérents. Serge Guinchard emploie à cet égard la métaphore évocatrice des volets extérieurs d'un triptyque¹¹³, que l'on ouvrirait pour découvrir le panneau central de l'œuvre. L'ensemble des garanties explicitement prévues par la lettre de l'Art. 6§1, les droits processuels au sens premier du terme, constitueraient ainsi l'intérieur du triptyque. Le droit à un bon juge se caractérise par des principes autant institutionnels, ceux d'une indépendance et d'une impartialité totales, que procéduraux, ceux d'un traitement de l'affaire dans un délai raisonnable et d'une audience publique. Le volet de gauche, représentatif de l'amont du procès, est quant à lui constitué du droit d'accès au juge, la CEDH raisonnant ici par l'absurde ou plutôt *a fortiori* afin de dégager ce principe d'un texte muet sur le sujet – si le justiciable se voit garantir l'examen de sa cause par un bon juge, encore faut-il qu'il puisse paraître devant lui et lui soumettre sa demande. Les arrêts *Golder*¹¹⁴ et *Airey*¹¹⁵ en matière civile, mais aussi *Deweer*¹¹⁶ en matière pénale, ont dégagé cette branche préalable du droit au procès équitable. Le volet de droite, en aval du règlement du litige par un bon juge auquel le justiciable a pu avoir accès, consiste en un droit à ce que la décision de justice rendue soit exécutée. L'arrêt plus récent *Hornsby*¹¹⁷ répond à la même logique : peindre les deux premières parties du triptyque n'a de

¹¹¹ SUDRE (F.), MILANO (L.), SURREL (H.), PASTRE-BELDA (B.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 15^e éd., 2021, n°357, p. 547.

¹¹² v. « Procès équitable », in JEULAND (E.), LALANI (S.), *Recherche lexicographique de procédure civile*, IRJS Éditions, 2017, p. 215.

¹¹³ GUINCHARD (S.), in GUINCHARD (S.) *et alii*, *Droit processuel*, Précis, Dalloz, 11^e éd., 2021, n°296, p. 574.

¹¹⁴ CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, req. n°4451/70.

¹¹⁵ CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n°6289/73.

¹¹⁶ CEDH, *Deweer c. Belgique*, 27 février 1980, req. n°6903/75.

¹¹⁷ CEDH, *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, req. n°18357/91.

sens que si la troisième existe. Les droits processuels ne trouvent ainsi leur effectivité que dans un droit à l'exécution de la décision qui les consacre. Sans porte de sortie, le triptyque perd tout son sens.

La justice amiable et les droits processuels, une confrontation inédite. – Les droits fondamentaux du procès connaissent en outre une expansion externe, d'abord parce que le champ d'application de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH est sans cesse élargi par une jurisprudence européenne armée de notions autonomes et donc malléables. Les matières civile et pénale couvertes par ce texte sont ainsi comprises de façon très étendue, touchant par un phénomène d'attraction impressionnant certains domaines comme le contentieux social¹¹⁸ ou encore le contentieux disciplinaire des professions ordinales¹¹⁹. Régulièrement mis à l'épreuve par des formes singulières de justice, par exemple rendue dans l'urgence¹²⁰ ou de nature arbitrale¹²¹, le modèle du procès équitable n'a de cesse de s'adapter pour mieux se diffuser. Qu'en est-il lorsqu'il est confronté à la justice amiable ? Parvient-il à rayonner en ce domaine ? Si la justice amiable a un effet sur les droits processuels, l'inverse est également observable.

La CEDH ne peut guère ignorer l'existence des MARD, d'abord parce qu'ils peuvent constituer un préalable obligatoire à la saisine du juge et donc possiblement bloquer l'ouverture du premier volet du triptyque. Sur ce point, elle admet sans difficulté que le droit d'accès au juge n'est que relatif¹²² et peut subir une telle limitation, à la condition que l'Art. 6§1 ne soit pas atteint de manière disproportionnée et dans sa substance même¹²³.

Si elle les tolère aisément, les attire-t-elle pour autant dans son giron ? L'applicabilité formelle des garanties fondamentales du procès à la justice négociée est unanimement rejetée en doctrine, laquelle se contente sur ce point de constater l'évidence : les modes amiables ne sont pas textuellement visés par la lettre même de l'Art. 6§1 qui évoque un « *tribunal* »¹²⁴. Substantiellement, le modèle du « *procès* » équitable a vocation à régir une instance juridictionnelle et non un processus consensuel¹²⁵ ; pensé à cet effet, il ne serait pour certains

¹¹⁸ CEDH, *Feldbrugge c. Pays-Bas*, 29 mai 1986, req. n°8562/79.

¹¹⁹ CEDH, *König c. Allemagne*, 28 juin 1978, req. n°6232/73.

¹²⁰ CEDH, *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, req. n°17056/06.

¹²¹ CEDH, *Regent Compagny c. Ukraine*, 3 avril 2008, req. n°773/03.

¹²² CEDH, *Deweere c. Belgique*, 27 février 1980, req. n°6903/75, §49 : « *Il se prête à des limitations implicites* ».

¹²³ e. g. CEDH, *Momčilović c. Croatie*, 26 mars 2015, req. n°11239/11 ; CEDH, *Nesterenko et Gaydukov c. Russie*, 24 octobre 2017, req. n°s 20199/14 et 20655/14.

¹²⁴ CADIET (L.), CLAY (Th.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Connaissance du droit, Dalloz, 3^e éd., 2019, p. 126 : « *L'inapplicabilité des garanties du procès équitable résulte des termes même de l'article 6§1 de la Conv. EDH.* ».

¹²⁵ JARROSSON (Ch.), « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *RGDP*, 1999, n°4, pp. 764 et s., spéc. p. 765 : L'auteur estime ainsi que l'application des garanties du procès équitable aux modes amiables n'est pas possible « *dès lors que l'on sort du cadre de l'instance* ».

ni approprié ni par conséquent souhaitable dans le cadre d'une résolution participative du différend¹²⁶. Une première nuance peut cependant être apportée. La justice amiable reste soumise à ces garanties processuelles dès lors qu'elle est de nature judiciaire. En effet, lorsque le mode amiable judiciaire est étroitement chapeauté par le juge et se déroule au sein du tribunal, il est nécessairement capté par l'Art. 6§1 de la Conv. EDH : c'est ce que la CEDH affirme dans l'arrêt *Siegel*, refusant qu'une « *procédure judiciaire ordonnée par un tribunal* » soit soustraite à « *tout contrôle de ce tribunal* »¹²⁷. Quand bien même le mode amiable serait distancié du cadre judiciaire, une seconde nuance apparaît : ce processus négocié ne peut échapper à tout cadre protecteur. Des garanties l'encadrent inévitablement, la doctrine travaillant à les isoler. Une forme de droit au processus amiable équitable semble effectivement se dessiner : on y retrouve l'indépendance et l'impartialité, non pas du juge mais de l'éventuel tiers, mais aussi l'assurance d'une certaine célérité proche d'un délai raisonnable et le souci d'un traitement égalitaire des parties¹²⁸. Reste à savoir si ces principes découlent d'une pure coïncidence¹²⁹ ou d'une certaine propagation rationnelle de l'Art. 6§1. Charles Jarrosson y voit une simple « *illusion d'optique* », rappelant le fondement contractuel de certaines garanties comme la bonne foi ou l'équilibre des parties¹³⁰, tandis que Thomas Clay et Loïc Cadiet perçoivent dans cette éthique des MARD une forme de « *porosité* » des droits processuels¹³¹. La présence toujours satellitaire du juge, qu'elle se constate au stade de l'initiative, du déroulement ou du contrôle de l'issue du mode amiable¹³², aboutit à une équivalence du point de vue des garanties¹³³. Dans cette optique rejoignant peut-être la vision arborescente d'une justice plurielle, le modèle du procès équitable et celui du processus amiable équitable ne

¹²⁶ JARROSSON (Ch.), *op. cit.*, p. 767 : « *Nous nous attachons ici à distinguer ce qui paraît sage ; faut-il pour autant transformer des conseils de sagesse en règles inflexibles ? L'admettre risquerait de porter un coup fatal à la médiation, car la force de celle-ci réside justement dans l'équilibre qu'elle sait réaliser entre les exigences du droit et celles de la sagesse.* ».

¹²⁷ CEDH, *Siegel c. France*, 28 novembre 2000, req. n°36350/97, §34.

¹²⁸ CASAUX-LABRUNÉE (L.), ROBERGE (J.-F.), *Pour un droit au règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018.

¹²⁹ MAYER (L.), *Théorie générale des MARD*, Séminaire de Master 2 Justice et droit du procès, Université Paris-Panthéon-Assas, 2021 : Par exemple, l'impartialité est inhérente à la notion de tiers, qu'il soit juge ou médiateur. Elle servira simplement différentes finalités (une décision de justice s'imposant légitimement aux parties ou l'obtention d'un accord loyal sans négociation biaisée).

¹³⁰ JARROSSON (Ch.), « *Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?* », *RGDP*, 1999, n°4, pp. 764 et s., spéc. p. 767.

¹³¹ CADIET (L.), CLAY (Th.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Connaissance du droit, Dalloz, 3^e éd., 2019, p. 133.

¹³² CADIET (L.), CLAY (Th.), *op. cit.*, p.132.

¹³³ *Ibidem*, p. 145 : « *En définitive, la frontière est assez mince entre la solution juridictionnelle et la solution conventionnelle des conflits. Entre ces deux modes de solution, les nuances s'observent davantage que les contrastes. Si elles ne sont pas identiques, les garanties qu'offrent ces deux modes de règlement des litiges doivent donc être équivalentes.* ».

constitueraient pas deux arbres différents mais bien deux ramifications d'un même tronc commun, celui d'une justice procédurale équitable¹³⁴. La branche amiable du système suivrait une croissance parallèle mais distincte, propre, ce qui expliquerait l'application nuancée, adaptée des principes processuels jusqu'alors exclusivement assimilés à l'Art. 6§1 de la Conv. EDH : ainsi, la contradiction y apparaît sous un jour différent, tandis que la singularité de la justice négociée appellerait à l'émergence de principes novateurs comme ceux de la compétence de l'éventuel tiers ou de la confidentialité de la procédure. Les droits processuels, connaissant une existence rationnelle dans la justice amiable, méritent une évaluation critique du point de vue de leur effectivité.

C – L'effectivité, hypothèse

Substance de la notion. – Fidèle à l'étymologie de l'épithète à partir duquel il s'est formé au XX^{ème} siècle¹³⁵, le mot effectivité permet de se détacher du notionnel qui a jusqu'ici bâti la construction de notre champ d'étude, de basculer du « *devoir être* » vers l'« *être* »¹³⁶. Il désigne la production d'un « *effet tangible, concret, positif et non pas fictif ou virtuel*¹³⁷ », « *réel*¹³⁸ », « *incontestable*¹³⁹ ». L'effectivité est la caractéristique de ce « *qui produit l'effet recherché*¹⁴⁰ » ; il s'agit d'une dynamique à observer, ou plutôt d'une hypothèse à vérifier.

Existence de la notion par rapport aux droits. – L'effectivité, en droit, peut s'analyser comme « *la reconnaissance ou l'opposabilité d'une situation ou d'un fait réellement établi*¹⁴¹ ». L'effectivité d'une règle de droit, du Droit objectif, est quant à elle synonyme d'application ou plutôt de portée¹⁴². Mais l'effectivité d'un droit subjectif, celle qui intéresse notre recherche, a une autre signification : un droit est effectif s'il est concret, « *au-delà de sa reconnaissance abstraite dans des textes de loi*¹⁴³ ». Son effectivité se vérifie à l'aune d'une matérialisation

¹³⁴ CADIET (L.), BERNABÉ (B.), « Le procès équitable avant la Convention européenne des droits de l'homme », in CADIET (L.), DAUCHY (S.), HALPÉRIN (J.-L.), *Itinéraires d'histoire de la procédure civile 1. Regards français*, t. 52, IRJS, 2014, p. 143 : Loïc Cadiet invite d'ailleurs à dépasser le principe de procès équitable pour l'englober dans le concept plus exact de légalité procédurale, qui constituerait peut-être ici le tronc.

¹³⁵ v. « Effectivité », in CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 14^e éd., 2022, p. 386.

¹³⁶ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), MILLARD (É.), « Efficacité et énoncé de la norme », in HAMMJE (P.), JANICOT (L.), NADAL (S.), *L'efficacité de l'acte normatif : nouvelle norme, nouvelles normativités*, LEJEP, Lextenso, 2013, pp. 63 et s., spéc. p. 3 : « on peut donc s'accorder sur le fait que les notions d'efficacité et d'effectivité renvoient à la question du passage du *sollen* au sein, du *devoir être* à l'*être* ».

¹³⁷ v. « Effectivité », in LAROUSSE, *Grand dictionnaire des lettres* [en ligne].

¹³⁸ v. « Effectif », in LABORATOIRE ATILF, *Trésor de la langue française* [en ligne].

¹³⁹ LABORATOIRE ATILF, *loc. cit.*

¹⁴⁰ CORNU (G.), *loc. cit.*

¹⁴¹ v. « Effectivité », in GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 29^e éd., 2021, p. 421.

¹⁴² CORNU (G.), *loc. cit.*

¹⁴³ GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.), *loc. cit.*

dans la société. Sur le plan de la sociologie juridique, François Ost et Michel Van de Kerchove évoquent un passage « *de la scène au balcon*¹⁴⁴ », de la consultation du droit sur papier à l'observation pratique du droit en action. Sur le plan philosophique et politique, la critique marxiste des droits de l'Homme rejoint cette faveur pour une approche réaliste, kantienne, mettant parfois en lumière un décalage, une incohérence – Yvon Desdevises évoque, à propos de l'accès au droit et à la justice, des « *principes dont la véhémence de la proclamation est parfois inversement proportionnelle à leur respect*¹⁴⁵ » dans les faits. Sur le plan du droit processuel, la doctrine note une révolution culturelle consistant à ne plus se contenter de principes formalistes mais à en rechercher l'incarnation substantielle, quasiment palpable. Cette préoccupation transparait d'abord à la lecture des sources textuelles, l'Art. 47 de la Charte DFUE comme le Préambule de la Conv. EDH utilisant le terme même d'effectivité. Elle ressort ensuite de la jurisprudence de la CEDH, laquelle révèle un souci constant de donner aux droits garantis leur plein effet afin qu'ils ne restent pas lettre morte, « *théoriques ou illusives*¹⁴⁶ ». Dès lors, elle privilégie une analyse *in concreto*, très factuelle, de la matérialité du droit dont la violation est invoquée devant elle¹⁴⁷. Marie-Anne Frison-Roche remarque ainsi l'entrée dans le débat relatif à l'accès au juge de considérations très pragmatiques comme la prise en compte dans une affaire donnée des ressources financières dont dispose le justiciable¹⁴⁸. Au-delà de la protection des droits, l'effectivité sert aussi de guide dans leur développement : la CEDH, par son dynamisme interprétatif et son approche téléologique¹⁴⁹ de l'Art. 6§1, déploie les deux volets extérieurs du triptyque dans un objectif d'effectivité du droit à un bon juge. Pour que le droit à un procès équitable soit effectif, il faut en garantir l'accès et surtout l'issue. Le raisonnement est transposable à la réflexion autour d'un droit au processus amiable équitable précédemment amorcée, laquelle résonne actuellement avec une particulière acuité.

¹⁴⁴ OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), « De la scène au balcon. D'où vient la force du droit ? », in CHAZEL (Fr.), COMMAILLE (J.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Coll. Droit et société, LGDJ, Paris, 1991, pp. 67 et s.

¹⁴⁵ DESDEVISES (Y.), « Accès au droit / Accès à la justice », in CADIET (L.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1^{er} éd., 2004, pp. 1 et s., spéc. p. 3.

¹⁴⁶ CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, §24.

¹⁴⁷ *e. g.*

- CEDH, *Golder c. Royaume uni*, 21 février 1975, req. n° 4451/70, §35 : « *Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès.* »

- CEDH, *Annoni di Gussola et autres c. France*, 14 novembre 2000, req. n°s 31819/96 et 33293/96, §56 : La Cour prend en compte les « *droits économiques et sociaux* », la « *précarité des situations* » des requérants.

¹⁴⁸ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice », *JCP G*, 1997, I, 4051.

¹⁴⁹ Encouragée par l'Art. 31 de la Convention de Vienne, auquel elle se réfère dans CEDH, *Golder c. Royaume uni*, 21 février 1975, req. n° 4451/70, §29.

II – INTÉRÊTS ET ENJEUX

A – Importance pratique

Confiance des protagonistes du processus amiable. – La réflexion sur l’effectivité des garanties processuelles interroge la qualité d’un État de droit, au sens où il est fondamental qu’une société veille à la concrétisation des libertés et droits individuels¹⁵⁰. Le propos résonne *a fortiori* en matière de justice amiable. Le caractère négocié et consensuel du processus ne doit en effet pas tromper sur la nécessité d’un encadrement : puisqu’ils ont vocation à résoudre un différend, les MARD ne se résument ni à des procédés contractuels comme des autres ni à des « *échanges de baisers de paix à tout prix*¹⁵¹ » et peuvent exacerber, par leur souplesse et la grande liberté qu’ils laissent aux parties, une franche inégalité, de quelque nature qu’elle soit. Précisément parce qu’ils s’autonomisent de la justice étatique et s’émancipent du contrôle du juge, il est capital de s’assurer que ceux qui y recourent sont concrètement protégés et que ces processus ne constituent pas le « *paravent d’un détournement de garanties*¹⁵² », d’un « *sous droit*¹⁵³ ». Il en va de la confiance des justiciables en ces nouveaux modes qui leur sont proposés, à l’heure où l’incitation poussée à l’abandon des prétoires ne semble pas porter ses fruits¹⁵⁴. La réflexion intéresse également les personnes qui gravitent autour de ces parties.

Pouvoir et rôles des acteurs de la justice amiable. – Les magistrats sont évidemment concernés, en ce que l’apparition d’une justice plurielle interroge leur office¹⁵⁵ ainsi que leur

¹⁵⁰ SUDRE (F.), MILANO (L.), SURREL (H.), PASTRE-BELDA (B.), *Droit européen et international des droits de l’homme*, PUF, 15^e éd., 2021, n°356, p. 547 : « *Les droits de procédure constituent la seule catégorie de droits dont le contenu ne renvoie pas à une liberté matérielle mais aux garanties dont un individu dispose dans un État de droit afin de faire valoir ses droits et libertés* ».

¹⁵¹ CARBONNIER (J.), « Regard d’ensemble sur la codification de la procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, Doc. fr., 1998, pp. 15 et s., spéc. p. 16. : « *si dans les procédures de l’avenir devait se développer ce qui est peut-être déjà perceptible en droit positif, une sorte d’acharnement, non pas thérapeutique mais conciliatoire, réconciliatoire, unanimiste, qui voit le fin mot de la justice civile non plus dans un échange d’argumentations rationnelles et une pesée de ces argumentations, mais dans un échange de baisers de paix à tout prix. Reverrons-nous un jour les temps primitifs ?* ».

¹⁵² GOUJON-BETHAN (Th.), *L’homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. Fricero (N.), LGDJ, 2021, n°355, p. 264.

¹⁵³ AMRANI MEKKI (S.), « Chantiers de l’amiable : concevoir avant de construire », *JCP G*, 2018, suppl. au n°13., pp. 63 et s., spéc. p. 68.

¹⁵⁴ Surtout pour abandonner une instance en cours au profit d’un mode amiable judiciaire. v. DELMAS-GOYON (P.), « “Le juge du 21^{ème} siècle”. Un citoyen acteur, une équipe de justice », *Rapport à Mme la Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, décembre 2013, p. 59 : « *Malgré de nombreux travaux et colloques, de multiples expériences et des évaluations qui montrent invariablement un pourcentage de succès très élevé et un taux de satisfaction des acteurs qui n’est pas moindre, la médiation judiciaire représente toujours un peu moins du tiers du nombre total des médiations.* ».

¹⁵⁵ ARENS (C.), « Discours prononcé lors de l’audience solennelle de début d’année judiciaire, le 11 janvier 2021 », in *Cour de cassation, Rapport annuel*, 2020, pp. 7 et s., spéc. p. 11 : « *Le juge, fragilisé dans l’exercice de*

ethos professionnel¹⁵⁶. Qu'ils mènent eux-mêmes une conciliation, qu'ils délèguent une mission de résolution amiable à un tiers ou qu'ils aient à connaître d'un accord amiable pour l'homologuer ou contrôler son contenu afin d'y déceler une fin de non-recevoir, ils sont amenés à vérifier la réalité du consentement des parties et potentiellement de leur participation à une véritable procédure équitable. La figure d'Hermès¹⁵⁷, de l'État-réseau « *médiateur ou modérateur*¹⁵⁸ », est appelée à émerger. Les avocats, bien plus encore, sont invités à s'emparer du nouveau marché de l'amiable très prisé des acteurs privés¹⁵⁹ et à y accompagner leurs clients ; ce faisant, leur pratique comme leur déontologie fait l'objet d'une véritable renaissance, d'une profonde redécouverte¹⁶⁰. Enfin et surtout, les tiers éventuellement impliqués dans la résolution amiable d'un différend sont les premiers concernés par une réflexion sur l'effectivité des droits processuels dans une telle forme de justice : eux-mêmes soumis à des exigences processuelles d'impartialité et d'indépendance, ils doivent veiller à un déroulement équitable du MARD et font à ce titre l'objet de nombreuses réflexions actuelles¹⁶¹.

B – Questionnement actuel

Montée en puissance des modes amiables. – Au-delà de l'aspect purement économique des choses et des préoccupations de gestion des flux, la crise de la justice présente une dimension qualitative certaine et des considérations philosophiques refont surface. La justice étatique souffre d'un manque de confiance¹⁶² ; solennelle, aléatoire, issue d'un monologue autoritaire et ancrée dans le passé, elle ne correspond plus aux attentes des citoyens – comme si, du bloc définitionnel précédemment fixé, le volet « *vertu* » de la justice s'était étiolé, détaché, déplacé.

sa mission, se retrouve aussi, parfois, interrogé dans son office. [...] Les citoyens attendent de lui qu'il soit à la fois répressif, protecteur, psychologue, administrateur. ».

¹⁵⁶ ROUSSEL (V.), « Les changements d'ethos des magistrats », in COMMAILLE (J.), KALUSZYNSKI (M.), *La fonction politique de la justice*, La Découverte, 2007, pp. 25 et s.

¹⁵⁷ OST (F.), « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in BOURETZ (P.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Esprit, 1991, pp. 241 et s.

¹⁵⁸ CADIET (L.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit », in CHEVALIER (P.) DESDEVEISES (Y), MILBURN (Ph.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, Doc. fr., 2003, pp. 255 et s., spéc. p. 264.

¹⁵⁹ FÉRAL-SCHUHL (Ch.), « La profession d'avocat est en train de muter. Nous devons dépasser nos domaines de prédilection et nos frontières pour aller sur d'autres terrains dans lesquels nous avons un rôle fondamental à tenir », *Le Monde du Droit*, 13 novembre 2017.

¹⁶⁰ e. g. CLÉMENT-CUZIN (P.), « La médiation judiciaire : quelle place pour l'avocat ? », in CHEVALIER (P.) DESDEVEISES (Y), MILBURN (Ph.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, Doc. fr., 2003, pp. 183 et s. ; GARBY (Th.), « L'avocat et la résolution amiable des conflits : théorie et histoires de médiation », *Gaz. Pal.*, 12 février 2013, n°043, pp. 11 et s.

¹⁶¹ e. g. BONAFÉ-SCHMITT (J.-P.), « Le renouveau de la médiation », *Les Cahiers de la Justice*, 2020, n°3, pp. 533 et s. ; CORPART (I.), « Les médiateurs familiaux : des soutiens précieux pour les familles en conflit », *LPA*, octobre 2021, n°5, pp. 15 et s.

¹⁶² Le rapport des Français à la justice, *Sondage CSA Research pour la commission des lois du Sénat*, septembre 2021, p. 14 : De manière générale, 53 % des citoyens déclarent ne pas avoir confiance dans la justice traditionnelle.

Par opposition, les modes amiables sont souples et consensuels, fondés sur un dialogue favorisant l'acceptation psychologique de la solution, tournés vers l'avenir et la préservation des relations. L'approche de la résolution des différends s'en trouve renouvelée, la justice amiable apparaît comme un levier utile¹⁶³ bien que critiqué¹⁶⁴ aux maux identitaires du service public. La déjudiciarisation bat son plein¹⁶⁵ et s'accroît par la crise sanitaire, qui bloque totalement les tribunaux judiciaires¹⁶⁶ et contraint les justiciables à envisager d'autres méthodes de traitement de leurs différends, mais aussi par la numérisation galopante de la procédure civile¹⁶⁷ et l'activité lucrative d'une résolution algorithmique des litiges en ligne¹⁶⁸. Encouragées par le mouvement d'*open data* des décisions de justice amorcé en 2016¹⁶⁹, les *legal techs* participent d'une privatisation de la justice en ce qu'elles s'emparent du marché de l'amiable, faisant sur ce point l'objet d'une vigilance accrue du législateur français¹⁷⁰. Dans un tel contexte, les processus participatifs sont au centre de toutes les attentions. Captés par le droit, ils s'institutionnalisent et se rigidifient¹⁷¹, ce qui amène à s'interroger sur les risques qu'encourent les parties réticentes à s'y engager et privilégiant des méthodes plus informelles, et donc peut-être moins protectrices.

¹⁶³ MIRIMANOFF (J.), *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, Bruylant, 2019, p. 29 : Ainsi, le Président de la CEPEJ Ramin Gurbanov estime qu'« en ce qui concerne les États membres du Conseil de l'Europe, en encourageant le recours à la médiation, ils seront eux-mêmes gagnants sur deux tableaux lorsque la médiation deviendra un réflexe qui remplacera l'automatisme du combat traditionnel fondé sur l'adjudication. ».

¹⁶⁴ G'SELL-MACREZ (F.), « Vers la justice participative ? Pour une négociation "à l'ombre du droit" », *D.*, 2010, pp. 2450 et s.

¹⁶⁵ AMRANI MEKKI (S.), « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.*, 5 juin 2008, n°157, pp. 12 et s.

¹⁶⁶ e. g. Communication de la Garde des sceaux, ministre de la Justice, ordonnant fermeture de toutes les juridictions dès le lundi 16 mars 2020 ; Circulaire du 14 mars 2020 relative à l'adaptation de l'activité pénale et civile des juridictions aux mesures de prévention et de lutte contre la pandémie COVID-19.

¹⁶⁷ AMRANI-MEKKI (S.), « Les chantiers de la justice Numérique, Procédure civile et Réseau des juridictions : le rationnel est-il toujours raisonnable ? », *Gaz. Pal.*, 6 févr. 2018, n°5, pp. 67 et s., spéc. n°15.

¹⁶⁸ v. RACINE (J.-B.), « La résolution amiable des différends en ligne ou la figure de l'algorithme médiateur », *D.*, 2018, pp. 1700 et s. ; AMRANI MEKKI (S.), « Justice judiciaire, justice amiable, justice numérique : des liaisons dangereuses ? », *Gaz. Pal.*, 31 juillet 2018, n°28, pp. 50 et s. ; MENECEUR (Y.), « Règlement en ligne des litiges : (re)faites entrer le juge ! », *JCP G*, 2018, suppl. au n°51, pp. 40 et s. ; SONTAG KOENIG (S.), « Le numérique, relance ou révolution de l'amiable ? Vers un remaniement du contrôle du juge », *JCP G*, 2018, suppl. au n°51, pp. 45 et s. ; GODEFROY (L.), LEBARON (F.), LÉVY-VEHEL (J.), « Comment le numérique transforme le droit et la justice vers de nouveaux usages et un bouleversement de la prise de décision », *Rapport Mission de recherche Droit et justice*, 2019.

¹⁶⁹ Loi n°2016-1371 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

¹⁷⁰ e. g. Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, Art. 4-1, créé par Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : « *Les personnes physiques ou morales proposant, de manière rémunérée ou non, un service en ligne de conciliation ou de médiation [...] sont soumises aux obligations relatives à la protection des données à caractère et, sauf accord des parties, de confidentialité. Le service en ligne délivre une information détaillée sur les modalités selon lesquelles la résolution amiable est réalisée.* ».

¹⁷¹ JEAMMAUD (A.), « Judiciarisation / Déjudiciarisation », in CADIET (L.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1^e éd., 2004, pp. 675 et s., spéc. p. 677.

Montée en puissance des droits processuels. – L’effectivité des droits processuels constitue parallèlement, comme le souligne Yvon Desdevises, un « *objectif caractéristique des politiques contemporaines d’accès au droit et à la justice*¹⁷² ». Concrètement, la procédure civile se fondamentalise¹⁷³, imprégnée de jurisprudence européenne¹⁷⁴ et touchée par « *l’effet dissolvant des concepts généraux*¹⁷⁵ » ainsi développés. Cette réflexion globale sur les droits fondamentaux des justiciables déteint sur les autres branches de justice plurielle, notamment celle des modes amiables. Comment doter les parties à un MARD de garanties suffisantes ? Comment rendre ces méthodes équitables ? La doctrine s’accorde globalement à dire que le phénomène mérite d’être surveillé et protégé, par un travail d’ordre législatif¹⁷⁶ comme par un développement de mécanismes inventifs au sein des tribunaux judiciaires¹⁷⁷.

C – Nécessité théorique

Réflexion par analogie. – Pour que puisse se déployer un triptyque du processus amiable équitable et que les parties s’engageant dans cette nouvelle forme de justice bénéficient de garanties concrètes et effectives (indépendance du tiers s’il intervient, principes processuels novateurs comme la célérité¹⁷⁸ ou la loyauté¹⁷⁹ des négociations ...), le volet extérieur droit, représentant l’aval du processus, doit présenter une solidité à toute épreuve. La question de l’effectivité des droits processuels au sein même du mode amiable dépend en effet de son aboutissement, tout comme l’effectivité des droits processuels dans le procès dépend de l’exécution de la décision de justice. Ce pan externe existe-t-il, est-il suffisamment développé, ne l’est-il pas « *trop* » ou de manière imparfaite ? Permet-il une effectivité du panneau central ?

Soupçon d’un paradoxe. – Beaucoup d’efforts sont engagés dans l’optique d’inciter le recours aux MARD – à défaut de remporter une adhésion au début de la procédure amiable, le

¹⁷² DESDEVISES (Y.), « Accès au droit / Accès à la justice », in CADIET (L.), *op. cit.*, pp. 1 et s., spéc. p. 3.

¹⁷³ AMRANI MEKKI (S.), « La fondamentalisation du droit du procès », *RDA*, octobre 2015, n°11, pp. 72 et s.

¹⁷⁴ DELICOSTOPOULOS (I.S.), *Le procès civil à l’épreuve du droit processuel européen*, préf. Guinchard (S.), LGDJ, 2003.

¹⁷⁵ CADIET (L.), BERNABÉ (B.), « Le procès équitable avant la Convention européenne des droits de l’homme », in CADIET (L.), DAUCHY (S.), HALPÉRIN (J.-L.), *Itinéraires d’histoire de la procédure civile 1. Regards français*, t. 52, IRJS, 2014, spéc. p. 142.

¹⁷⁶ FRICERO (N.), VERT (F.), « Médiation : des bonnes pratiques à une bonne législation ? », *Gaz. Pal.*, 16 mars 2021, n°11, pp. 13 et s.

¹⁷⁷ ARENS (C.), FRICERO (N.), « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. Pal.*, 25 avril 2015, n°115, pp. 13 et s. : Les auteurs mettent ainsi en lumière « *l’instauration de pratiques innovantes par les juridictions* », comme la création d’unités de médiation, le développement de la technique de double-convocation permettant un premier rendez-vous d’information sur les modes amiables avant l’audience, l’ouverture de chambres d’orientation ou encore la constitution de permanences de médiateurs.

¹⁷⁸ CHOLET (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, préf. Guidicelli-Delage (G.), LGDJ, 2006.

¹⁷⁹ BOURSIER (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. Guinchard (S.), Dalloz, 2003.

législateur français a travaillé l'efficacité du procédé en aval, au stade de l'exécution de l'accord. Comme le signale Soraya Amrani Mekki, ce souci d'efficacité de la justice, qu'elle soit traditionnelle comme visée par l'auteure ou amiable telle qu'ici étudiée, « *n'est plus un gros mot processuel, elle est invoquée, vouée même*¹⁸⁰ ». Il serait logique d'y voir un renforcement de l'effectivité des droits processuels au sein de cette nouvelle forme de justice, par une exécution effective du résultat auquel elle aboutit. Cette attention portée au déploiement du volet droit du triptyque constitue-t-elle paradoxalement la source d'un manque d'effectivité des droits processuels centraux ? Efficacité de la justice amiable et effectivité des droits processuels en son sein peuvent-elles être recherchées de concert ? Comment trouver la voie d'une efficacité de la justice amiable compatible avec l'exigence d'effectivité des droits processuels en son sein ? Cette voie peut-elle notamment être trouvée indépendamment de toute intervention du juge ?

Annonce de plan. – La recherche d'efficacité du mode amiable semble entrer en conformité avec une effectivité du troisième volet du triptyque envisagé (**Première partie**). Toutefois, par ses excès, elle paraît susceptible d'anéantir les efforts précédemment fournis et de mettre en danger l'équilibre global du système (**Seconde partie**).

¹⁸⁰ AMRANI MEKKI (S.), « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.*, 5 juin 2008, n°157, pp. 12 et s., n°13.

Première partie – Un droit effectif à l'exécution de l'accord de résolution amiable

Annonce. – « *Il fut un temps où le droit de l'exécution [...] était considéré comme très technique et peu propice à de profonds développements théoriques. Ce temps est révolu : le droit de l'exécution est devenu noble car de plus en plus en contact avec les droits fondamentaux*¹⁸¹ ». On peut en dire tout autant du droit à l'exécution de l'accord de résolution amiable. Si l'« *effectivité du droit à un recours juridictionnel suppose un droit à l'exécution des décisions de justice*¹⁸² », l'effectivité du droit à un mode amiable implique par analogie un droit à l'exécution de l'accord trouvé. C'est ce qu'il convient de vérifier ici : les justiciables étant largement invités, même incités, à recourir aux processus amiables de résolution des différends, reste à savoir si le triptyque qui leur est ouvert présente une porte de sortie. Sans cela, les droits processuels déployés dans la justice amiable resteraient lettre morte et ne connaîtraient aucune effectivité.

Il y a bel et bien une ouverture, d'ailleurs relativement impressionnante, du troisième volet du triptyque amiable. La porte de sortie du processus amiable semble aussi accessible que sa porte d'entrée : l'exécution de l'accord de résolution amiable est très largement permise. D'abord par une reconnaissance textuelle : le droit à l'exécution des conventions amiables existe, à travers une jurisprudence européenne très permissive (**Titre I**). Ensuite par une concrétisation certaine : il connaît par ailleurs une effectivité intéressante en France, à l'aide d'une législation efficace (**Titre II**).

¹⁸¹ FERRAND (F.), « La fondamentalisation de l'exécution forcée », in BRENNER (C.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité, Actes du V^e colloque organisé par la revue Droit et procédures – la revue des huissiers de justice, Paris, Cour de cassation, première Chambre civile, les 27 et 28 avril 2007*, Paris, Éditions juridiques et techniques, 2007, pp. 13 et s., spéc. n°6, p. 13.

¹⁸² GUINCHARD (S.), in GUINCHARD (S.) et alii, *Droit processuel*, Précis, Dalloz, 11^e éd., 2021, n° 656 et s., spéc. p. 1231.

Titre I – L’existence d’un droit à l’exécution de l’accord de résolution amiable

Annonce. – Avant que de s’interroger sur la mise en œuvre concrète d’un droit, encore faut-il s’assurer de son existence théorique. Alors que l’existence d’un droit à un processus amiable de résolution du différend est encore purement hypothétique car privée d’une reconnaissance officielle¹⁸³, le droit à l’exécution de l’accord de résolution amiable se déploie dans la jurisprudence de la CEDH et plus extraordinairement sous la bannière de l’Art. 6§1 de la Conv. EDH (**Chapitre 1**). Cette officialisation d’un véritable troisième volet du triptyque amiable est cependant à relativiser : elle ne paraît que très épisodique et ne permet en réalité pas une totale autonomie de cette autre forme de justice vis-à-vis du cadre du procès (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 – Une reconnaissance extensive

Annonce. – La reconnaissance officielle du droit à l’exécution des accords de résolution amiable par la CEDH relève d’un prodigieux dynamisme interprétatif : par une vision autonome et *lato sensu* des décisions faisant l’objet d’un droit à l’exécution au titre de l’Art. 6§1 de la Conv. EDH (**Section 1**), cette dernière permet une extension remarquable du modèle du procès équitable au domaine de la justice amiable qui bénéficie donc des mêmes garanties d’efficacité au stade de l’exécution (**Section 2**).

Section 1 – Une conception large des décisions concernées par le dernier volet du procès équitable

Annonce. – L’application formelle de l’Art. 6§1 de la Conv. EDH ou plutôt de son interprétation par la CEDH au domaine de la justice amiable est quasi-unanimement rejetée par la doctrine¹⁸⁴. Pourtant, le droit à l’exécution des décisions de justice est manifestement appliqué à des décisions consensuelles, des actes négociés, issus de procédés participatifs. Comment comprendre une telle situation ? Il convient de rappeler que le troisième volet du procès équitable est traversé par une ambivalence assez profonde : il s’agit peut-être du panneau

¹⁸³ v. ROLLAND (P.), « Toward a Right of Access to an Amicable Process and its Challenges », in CADIET (L.), HESS (B.), REQUEJO ISIDORO (M.), *Privatizing Dispute Resolution*, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, 2019, pp. 297 et s.

¹⁸⁴ cf. *supra*.

le plus nébuleux et élastique¹⁸⁵ du triptyque, le moins jalousement gardé (§1), paradoxalement et précisément en raison de sa nature primordiale (§2).

§1 – Le droit à l'exécution, « vilain petit canard » du triptyque équitable ?

Une reconnaissance tardive de son autonomie au sein du droit au procès équitable. – Le premier indice d'une « préférence¹⁸⁶ » de la CEDH pour le premier et non le dernier volet du droit au procès équitable tient sans doute à la tardiveté avec laquelle elle a entrepris de le consacrer : faisant rapidement émerger de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH un droit d'accès au juge particulièrement protecteur, elle s'est bien longtemps contentée de la garantie du délai raisonnable de la procédure pour aborder la question de l'exécution des décisions de justice¹⁸⁷. Ce n'est qu'en 1997 qu'elle a consacré, sans pour autant le nommer précisément, le droit à la mise en œuvre des décisions juridictionnelles définitives et obligatoires, considérant que ce troisième volet conférait tout leur « effet utile¹⁸⁸ » aux deux autres. Il n'a été officiellement désigné et intégré au droit à un procès équitable qu'avec l'arrêt *Lunari* de 2001¹⁸⁹, comme Jean-Pierre Marguénaud le faisait remarquer en reprenant les formules de la CEDH : « *Ce n'est donc plus l'exécution qui fait partie intégrante du procès mais le droit à l'exécution qui fait partie intégrante du droit à un tribunal*¹⁹⁰ ». Avant de développer une jurisprudence propre à ce droit spécifique, la CEDH n'a donc pas nécessairement éprouvé le besoin de l'ériger indépendamment des autres garanties. Cécile Chainais propose une première explication : il est peut-être possible d'y voir la « preuve que l'effectivité est toujours une conquête plus délicate¹⁹¹ ». Une seconde explication tient au caractère multidimensionnel de ce droit à une protection juridictionnelle effective : sa protection, si elle trouve une efficacité pleine et entière sous l'égide de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH, peut être poursuivie par d'autres biais.

¹⁸⁵ GUINCHARD (S.), « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? », in Mélanges Gérard Farjat, Paris, Éd. Frison-Roche, 1999, pp. 139 et s., spéc. p. 173 : L'auteur évoque des « concepts élastiques ».

¹⁸⁶ MARGUÉNAUD (J.-P.), « La consécration du droit à l'exécution des décisions de justice », *RTD Civ.*, 2001, p. 447 : « Cette officialisation du droit à l'exécution des décisions de justice vaut sans doute promesse d'une plus grande effectivité même si, sur ce terrain-là, la Cour de Strasbourg a montré par l'arrêt *Annoni di Gussola et Desbordes et Omer* qu'elle avait une préférence pour le droit d'accès au juge, qui fait lui aussi partie du droit à un tribunal. ».

¹⁸⁷ e. g. CEDH, *Martins Moreira c. Portugal*, 25 octobre 1988, req. n° 11371/85 ; CEDH, *Scollo c. Italie*, 28 septembre 1995, req. n° 19133/91.

¹⁸⁸ CEDH, *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, req. n°18357/91, §45 : Une violation de ce droit a « privé les dispositions de l'Art. 6§1 de la Convention de tout effet utile ».

¹⁸⁹ CEDH, *Lunari c. Italie*, 11 janvier 2001, req. n°21463/93, §42 : La CEDH évoque le « droit à un tribunal, dont le droit à l'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, fait partie intégrante ».

¹⁹⁰ MARGUÉNAUD (J.-P.), *loc. cit.*

¹⁹¹ CHAINAIS (C.), *Droit processuel*, Cours magistral de Master 1 Justice, procès, procédures, Université Paris-Panthéon-Assas, 2021.

Une reconnaissance non exclusive de la mobilisation d'autres fondements. – Comme la doctrine le souligne¹⁹², le droit à l'exécution des décisions de justice ne trouve pas sa seule source dans le modèle du procès équitable. La CEDH a ainsi pu sanctionner des violations de ce principe sur la base de l'Art. 13 garantissant le droit du justiciable à un recours¹⁹³, mais aussi et plus essentiellement sur la base de droits substantiels pouvant être atteints par l'inexécution d'une décision de justice protectrice à leur égard : cela a notamment été le cas en matière de droit au respect des biens¹⁹⁴, de liberté d'expression¹⁹⁵ puis de droit au respect de la vie privée et familiale¹⁹⁶. Ces droits et libertés fondamentaux garantis par la Conv. EDH proposent ainsi une assise tout à fait intéressante pour la reconnaissance et la protection du droit à l'exécution qui leur est sous-jacent, inhérent, consécutif. Part de processuel dans le substantiel, il n'est pas systématiquement invoqué ou protégé par la soupape de l'Art. 6§1 et s'en distancie.

Cette singularité permet peut-être de vaincre les craintes relatives à l'insuffisance ou la précarité de l'assise textuelle et jurisprudentielle du droit à l'exécution des accords de résolutions amiables : il ne peut certes ni être créé *ex nihilo* par la CEDH ni offrir une pleine satisfaction lorsqu'il est sanctionné au regard du droit à un tribunal du fait de leur incontestable incompatibilité, mais il peut prospérer au regard de l'ensemble des droits substantiels garantis par la Conv. EDH. De la même façon que Paul Rolland imagine une application prospective du droit au mode amiable à des hypothèses de violation de l'Art. 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Conv. EDH¹⁹⁷, il est possible d'envisager une violation du droit à l'exécution de l'accord de résolution amiable sur des fondements similaires. Ainsi, l'inexécution d'une convention négociée remédiant à un risque de dissolution de la société aurait pour effet de

¹⁹² ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), in SUDRE (F.) et al., *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Thémis, PUF, 2022, pp. 412 et s. ; GUINCHARD (S.) in GUINCHARD (S.) et alii, *Droit processuel*, Précis, Dalloz, 11^e éd., 2021, spéc. n°658, p. 1233 ; VUITTON (X.), *Le procès équitable. L'article 6-1 de la CEDH : état du droit et perspectives*, LGDJ, 2017, p. 178 ; SUDRE (F.), MILANO (L.), SURREL (H.), PASTRE-BELDA (B.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 15^e éd., 2021, n°s 409 et s., pp. 637 et s.

¹⁹³ e. g. CEDH, *Iatridis c. Grèce*, 25 mars 1999, req. n° 31107/96 ; CEDH, *Avakemyan c. Arménie*, 30 mars 2017, req. n° 39563/09.

¹⁹⁴ e. g. CEDH, *Scollo c. Italie*, 28 septembre 1995, req. n° 19133/91 ; CEDH, *Doğangün c. Turquie*, 2 juin 2009, req. n° 30302/03 ; CEDH, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, 9 décembre 1994, req. n° 13427/87.

¹⁹⁵ e. g. CEDH, *Kenedi c. Hongrie*, 26 mai 2009, req. n° 31475/05 ; CEDH, *Frăsilă et Ciocîrlan c. Roumanie*, 10 mai 2012, req. n° 25329/03.

¹⁹⁶ CEDH, *Raw et autres c. France*, 7 mars 2013, req. n° 10131/11.

¹⁹⁷ ROLLAND (P.), « Toward a Right of Access to an Amicable Process and its Challenges », in CADIET (L.), HESS (B.), REQUEJO ISIDORO (M.), *Privatizing Dispute Resolution*, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, 2019, pp. 297 et s., spéc. p. 311 : L'hypothèse correspond à celle dans laquelle l'État, ne proposant pas de possibilité de rapprochement amiable des associés d'une société opposés par un désaccord quelconque ou ne permettant pas la réelle mise en place de processus amiables pourtant prévus par la loi, viole le droit de propriété de ces associés qui perdent leurs actions par l'effet de la liquidation de l'entreprise (qui aurait donc pu être évitée par le respect de leur droit à un MARD). L'auteur envisage également des litiges relatifs à l'Art. 2 de la Conv. EDH.

mettre en péril le droit de propriété des associés qui pourraient perdre leurs actions par la réalisation de ce risque. De même, un journaliste s'étant vu promettre la communication de certains documents à l'issue d'un processus négocié verrait sa liberté d'expression méconnue si cette délivrance n'avait pas lieu et l'empêchait de réaliser une œuvre journalistique quelle qu'elle soit¹⁹⁸. Le non-respect du droit à l'exécution de l'accord de règlement amiable pourrait également provoquer une violation de l'Art. 8 de la Conv. EDH, au cas où un accord sur une garde des enfants ou une organisation de visites n'était pas respecté par l'un des parents.

Les situations citées en exemples sont spécifiques car elles opposent des particuliers ; ce n'est pas pour autant que la Conv. EDH ne s'applique pas. L'État, en tant que détenteur de la force publique, a pour obligation positive d'assurer le respect des droits garantis par le texte européen, que ce soit à l'échelle globale du système mis en place pour permettre leur réalisation¹⁹⁹ ou à l'échelle resserrée d'une affaire spécifique demandant sa diligence pour prendre « *les mesures nécessaires*²⁰⁰ ». Cet effet horizontal que la CEDH offre à la Convention qu'elle protège²⁰¹ permet la mise en jeu de la responsabilité étatique devant le juge national lorsque l'État concerné rend possible, souvent par son inaction, la violation de droits ou libertés fondamentaux par des personnes privées.

En résumé, la CEDH ne fait que peu de cas des contours du droit à l'exécution des décisions de justice qu'elle a consacré. Si elle permet par sa grande souplesse jurisprudentielle son extension à des situations de justice amiable, c'est en réalité parce ce volet de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH a tout intérêt à se déployer le plus possible. La fin recherchée étant l'effectivité des droits, tous les moyens paraissent bons pour y parvenir.

§2 – L'exécution, garantie d'effectivité des droits cardinale

Un dernier volet fondamental. – Exécution et effectivité sont intimement liées. D'un point de vue sémantique, le mot exécution désigne l' « *action de passer du projet, du dessein conçu à l'acte, à l'accomplissement*²⁰² ».

¹⁹⁸ Exemple tiré de l'affaire CEDH, *Kenedi c. Hongrie*, 26 mai 2009, req. n°31475/05 : Un historien avait obtenu l'autorisation judiciaire de consulter des sources et l'État ne lui avait pas permis d'accéder à l'entièreté des pièces.

¹⁹⁹ CEDH, *C.M. c. Belgique*, 13 mars 2018, req. n° 67957/12, §56 : « *il lui appartient en revanche [à l'État] de se doter d'un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le respect des obligations positives qui lui incombent* ».

²⁰⁰ CEDH, *Ruianu c. Roumanie*, 17 juin 2003, req. n°34647/97, §73.

²⁰¹ GUINCHARD (S.), in GUINCHARD (S.) et alii, *Droit processuel*, Précis, Dalloz, 11^e éd., 2021, spéc. n°174, p. 292.

²⁰² v° « Exécution », in LITTRÉ (É.), *Dictionnaire de la langue française* [en ligne].

L'exécution d'un acte quel qu'il soit participe donc d'abord de l'effectivité de l'acte en lui-même : d'un contrat amiable conclu sur papier ou d'un jugement rédigé par un magistrat, la décision consensuelle ou judiciaire prend vie et se réalise concrètement.

Plus essentiellement, cette exécution de l'acte peut ensuite, rapidement, être rapprochée de la notion d'effectivité des droits²⁰³. Droits substantiels d'une part ; l'intervention d'un juge qui tranche le litige opposant les parties ne vaut rien si la décision qu'il rend n'est pas traduite *in concreto*, puisque le justiciable ne saurait se contenter d'une pure déclaration de ses droits sans voir sa situation matérielle changée. Obtenir un changement de sexe à l'état civil, la condamnation de son employeur à réparation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ou encore la garde exclusive de son enfant sans voir ces droits substantiels concrétisés obérerait lourdement la qualité de la justice rendue l'État concerné. Xavier Vuitton l'exprime ainsi : « *Une justice théorique ne satisfait pas à sa fonction, puisqu'elle cautionne en réalité la loi du plus fort. L'inexécution du jugement vide le droit d'accès à un tribunal de sa substance, de sorte que l'exécution des jugements est aussi une condition essentielle de la confiance des justiciables dans leur système judiciaire et un gage de sécurité juridique*²⁰⁴ ». En effet, ce sont également et surtout les droits processuels, d'autre part, dont l'effectivité est garantie par l'exécution : la protection juridictionnelle due aux justiciables sort alors de l'illusion et se réalise pleinement, elle ne demeure pas « *coquille vide*²⁰⁵ ». Le droit d'accès à un bon juge trouve son aboutissement concret dans l'exécution de la décision rendue par ce juge. C'est ainsi que Cécile Chainais désigne le droit à l'exécution des décisions de justice comme la « *clé de voûte de l'édifice*²⁰⁶ » du procès équitable. Un raisonnement analogue peut être tenu en matière de justice amiable. D'un point de vue substantiel, l'exécution permet la mise en œuvre concrète des obligations contenues dans le contrat qui unit les parties. D'un point de vue processuel, si les parties ont pu accéder à un processus consensuel qui s'est déroulé équitablement, une telle protection amiable doit être rendue effective par une exécution de l'accord auquel elles sont parvenues²⁰⁷.

²⁰³ cf. *supra*.

²⁰⁴ VUITTON (X.), *Le procès équitable. L'article 6-1 de la CEDH : état du droit et perspectives*, LGDJ, 2017, p. 177.

²⁰⁵ ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), in SUDRE (F.) et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Thémis, PUF, 10^e éd., 2022, p. 419 : « *Si les décisions de justice n'étaient pas exécutées, le "droit à un tribunal" serait une coquille vide.* ».

²⁰⁶ CHAINAIS (C.), *Droit processuel*, Cours magistral de Master 1 Justice, procès, procédures, Université Paris-Panthéon-Assas, 2021.

²⁰⁷ Sur la binarité (substantiel / procédural) de la notion d'exécution, v. THÉRY (Ph.), « Rapport introductif : la notion d'exécution », in *L'exécution, XXIII^{ème} Colloque des Instituts d'Études Judiciaires, Lyon, vendredi 19 et samedi 20 novembre 1999*, L'Harmattan, 2001, pp. 9 et s. : L'auteur explique que le droit à l'exécution de l'Art.

Un dernier volet extensible. – La CEDH semble prendre en compte l'importance de l'exécution pour l'effectivité des droits : quand bien même elle pose l'exigence restrictive d'une décision irrévocable²⁰⁸, elle accepte que ce troisième volet du procès équitable englobe le domaine du provisoire²⁰⁹ et, surtout, offre une acception particulièrement extensive de la notion de « décisions ». Ces décisions peuvent toucher des domaines extra-patrimoniaux particulièrement sensibles²¹⁰, et plus extraordinairement, peuvent ne pas être des décisions de justice mais d'autres actes, non juridictionnels.

En effet, elle a décidé d'appliquer l'Art. 6§1 de la Conv. EDH à un acte notarié qui garantissait une créance, par l'arrêt *Estima Jorge* du 21 avril 1998²¹¹. À l'unanimité, les juges de la Cour de Strasbourg ont donc accepté de protéger par les garanties du procès équitable, non pas un jugement *stricto sensu* mais un titre authentique délivré par un notaire. L'exécution d'une procédure non pas contentieuse mais bien consensuelle est donc officiellement prise en compte par la CEDH, ce que Jean-Pierre Marguénaud remarque comme suit : « *le seul titre exécutoire constitué dans la sérénité est traité, en droit européen, exactement comme un titre exécutoire obtenu dans la contestation du point de vue du délai raisonnable de réalisation concrète et effective*²¹² ». Que la solution ait été trouvée à l'amiable devant un notaire ou qu'elle résulte de l'intervention d'un juge qui tranche, le triptyque du procès équitable, dans sa branche relative à l'exécution tout du moins, ne semble pas s'arrêter à un tel critère et paraît au contraire avoir vocation à embrasser les deux modes de résolution des différends.

En outre, la CEDH ne s'est pas contentée de s'assurer de la bonne exécution des actes notariés puisqu'elle a étendu son champ de contrôle aux procédures d'exécution d'actes de conciliation. Ainsi, à travers un arrêt *Pérez de Rada Cavanilles* du 28 octobre 1998²¹³, et sans que la question ne divise les juges statuant sur l'affaire²¹⁴, elle a considéré que la responsabilité de l'État pouvait être mise en cause dans le cadre de l'exécution d'un accord de résolution

6§1 de la Conv. EDH semble immédiatement découler de l'existence d'un titre exécutoire mais se demande s'il n'est pas déjà « *en germe dans la force obligatoire du contrat ou dans le droit consacré dans le jugement* ».

²⁰⁸ CEDH, *Ouzounis et autres c. Grèce*, 18 avril 2002, req. n°49144/99, §21 : La CEDH parle de décisions « *définitives et obligatoires* » au sens de décisions ne pouvant « *être soumises au contrôle de plus hautes instances et, éventuellement, infirmées* »

²⁰⁹ CEDH, *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, req. n°17056/06.

²¹⁰ *e. g.* en matière familiale de droit de visite d'un parent, v. CEDH, *Plasse-Bauer c. France*, 28 février 2006, req. n°21324/02.

²¹¹ CEDH, *Estima Jorge c. Portugal*, 21 avril 1998, req. n°24550/94.

²¹² MARGUÉNAUD (J.-P.), « Extension de l'exigence d'un délai raisonnable à la phase d'exécution d'un acte notarié », *RTD Civ.*, 1998, p. 993.

²¹³ CEDH, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, 28 octobre 1998, req. n° 28090/95.

²¹⁴ CEDH, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, 28 octobre 1998, req. n° 28090/95, §39 : Sur l'applicabilité de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH, la CEDH précise que « *Ce point n'a d'ailleurs pas prêté à controverse devant la Cour.* ».

amiable. Déployant l'Art. 6§1 de la Conv. EDH dans un domaine qui ne lui est pas familier, elle consacre donc l'importance fondamentale d'une exécution concrète et dans un délai raisonnable de conventions issues de processus amiables. Protégées par le triptyque du procès équitable et spécifiquement par son troisième volet, ces dernières se voient donc reconnaître la même efficacité que des jugements.

Section 2 – La conséquence d'une équivalence d'efficacité entre un jugement et un accord de résolution amiable exécutoire

Annonce. – La reconnaissance d'un droit à l'exécution des résolutions amiables en vertu de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH paraît tout à fait spectaculaire : un acte obtenu par la négociation, qu'il soit avalisé par un notaire ou formalisé en tant que règlement de conciliation, doit être exécuté au même titre qu'une décision de justice (§1). Cette souplesse de la CEDH peut ici se comprendre et être saluée car elle traduit surtout un attachement des juges européens pour l'effectivité des droits consacrés dans des titres exécutoires, quels qu'ils soient (§2).

§1 – Une prise en compte extraordinaire des accords amiables

Une application déroutante de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH. – C'est par une « *acception large de la matière civile*²¹⁵ » que la CEDH se donne l'occasion d'étendre le périmètre du droit à l'exécution des décisions de justice, en fermant les yeux sur un élément essentiel : un acte notarié ou de conciliation ne constitue précisément pas une décision de justice telle que protégée par la jurisprudence *Hornsby*. Le maniement d'une notion autonome et donc nécessairement floue, celle de la matière civile²¹⁶, lui permet d'attirer dans son giron une part non négligeable de la justice amiable. Fidèle à son approche concrète des situations factuelles qu'elle est invitée à étudier, la Cour de Strasbourg enjambe ici selon Jean-Pierre Marguénaud « *un redoutable obstacle théorique*²¹⁷ ». Et l'auteur de dire : « *Il peut donc y avoir un droit au procès équitable même quand il n'y a pas de procès. Voilà qui fera beaucoup pour la popularité de la Cour au pays de Descartes*²¹⁸ ». Philippe Théry exprime quant à lui sa « *perplexité*²¹⁹ », rappelant que

²¹⁵ FRICERO (N.), « Délai déraisonnable d'une procédure d'exécution d'un acte notarié », *D.*, 1998., p. 369.

²¹⁶ SUDRE (F.) in SUDRE (F.), MILANO (L.), SURREL (H.), PASTRE-BELDA (B.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 15^e éd., 2021, spéc. n°367, p. 559 : « *Forçant à peine le trait, on serait tenté de dire que tout ce qui n'est pas "pénal" est aujourd'hui "civil" au sens de l'article 6§1, tant la notion de "droits et obligations de caractère civil" paraît avoir une vocation "attrape-tout"* ».

²¹⁷ MARGUÉNAUD (J.-P.), « Extension de l'exigence d'un délai raisonnable à la phase d'exécution d'un acte notarié », *RTD Civ.*, 1998, p. 993.

²¹⁸ MARGUÉNAUD (J.-P.), *loc. cit.*

²¹⁹ THÉRY (Ph.), « Rapport introductif : la notion d'exécution », in *L'exécution, XXIII^{ème} Colloque des Instituts d'Études Judiciaires, Lyon, vendredi 19 et samedi 20 novembre 1999*, L'Harmattan, 2001, pp. 9 et s., spéc. p. 12.

les accords de règlement amiable sont avant tout des contrats et que le droit à leur exécution trouve peut-être plus exactement sa source, non pas dans le versant procédural de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH, mais tout simplement dans le droit commun des obligations. L'application formelle de garanties processuelles aux MARD relève du phénomène au sens étymologique du terme – ce qui brille, ce qui est « *rare et surprenant*²²⁰ ». Surprenant, car comme précédemment exposé, l'applicabilité de ce texte à la justice amiable est sérieusement contestable. Rare, du fait que la CEDH contourne habilement l'Art. 6§1 de la Conv. EDH pour reconnaître les prémisses d'un droit des justiciables à une résolution amiable de leurs différends²²¹ et ne se prive pour autant pas ici de l'utiliser au soutien d'un droit à l'exécution des accords de résolution amiable, comme par exception pour cette branche particulière du triptyque.

Une intervention bienvenue de la CEDH. – Par une telle jurisprudence, la CEDH concentre en effet son attention sur un élément plus fondamental encore que le traditionnel antagonisme théorique opposant justice étatique et justice amiable²²² : l'exécution.

Au-delà du procès ou du processus amiable qui a donné lieu à la formation de l'acte concerné, c'est la phase d'exécution, absolument déterminante, qui est protégée par cette expansion des garanties d'équité²²³. Elle doit ainsi notamment se dérouler dans un délai raisonnable et donc impliquer une intervention rapide et adaptée des agents de l'État. Elle doit aussi par exemple garantir l'égalité des armes par le maintien d'un juste équilibre entre les intérêts en présence, souvent diamétralement opposés et profondément liés à l'exercice de droits tout à fait fondamentaux comme la dignité face à la propriété ou encore la vie privée face à l'expression. Natalie Fricero résume ces deux principaux volets de l'équité de l'exécution par un plaidoyer dual, pour une « *justice efficace et humaine*²²⁴ ».

Dès lors, cette justice peut être traditionnelle comme participative tant que l'exécution est préservée. La jurisprudence européenne, par une maladroite application du droit au procès équitable, démontre un besoin sous-jacent de capter, à travers le triptyque de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH, la justice sous toutes ses nouvelles formes. Xavier Lagarde exprime cette volonté de voir l'accord de résolution amiable doté de la même efficacité qu'un jugement : sans pour

²²⁰ v. « Phénomène », in LITTRÉ (É.), *Dictionnaire de la langue française* [en ligne].

²²¹ ROLLAND (P.), « Toward a Right of Access to an Amicable Process and its Challenges », in CADIET (L.), HESS (B.), REQUEJO ISIDORO (M.), *Privatizing Dispute Resolution*, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, 2019, pp. 297 et s.

²²² cf. *supra*.

²²³ MARGUÉNAUD (J.-P.), « La consécration du droit à l'exécution des décisions de justice », *RTD Civ.*, 2001, p. 447.

²²⁴ FRICERO (N.), « La libre exécution des jugements dans l'espace judiciaire européen : un principe émergent ? », in *Études offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, pp. 173 et s., spéc. p. 183.

autant « *autant valoir qu'une décision de justice* », il doit en être le « *substitut* » car le processus duquel il découle se propose en « *alternative à une procédure juridictionnelle* »²²⁵. Puisque les parties s'engagent dans une autre voie, *a priori* plus risquée que celle du palais de justice, il convient de leur offrir une protection équivalente sinon renforcée – il en va de la confiance des citoyens dans les MARD, afin qu'ils n'aient pas le sentiment de s'aventurer dans une forme de justice au rabais, mais également de la cohérence même des politiques incitatives jusqu'ici mises en place pour désengorger les tribunaux. La Cour de Strasbourg en a manifestement conscience : loin de se restreindre à la simple question judiciaire voire processuelle, l'exécution est un indice de qualité des droits et doit à ce titre être garantie dans le domaine des modes amiables, plus distancié du judiciaire et surtout éminemment contractuel²²⁶.

Au-delà de cet argument rationnel, un élément essentiel permet de légitimer une telle extension de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH : dans les affaires soumises aux juges européens, les actes de résolution amiable concernés constituaient des titres exécutoires.

§2 – Une prise en compte compréhensible des accords amiables exécutoires

Ni un droit à l'exécution des décisions de justice, ni un droit à l'exécution des accords de résolution amiable ... – La CEDH recourt dans ces arrêts au droit au procès équitable par défaut. Peut-être ne faut-il pas finalement y voir une extension du droit à l'exécution des décisions de justice de l'arrêt *Hornsby* tel que traditionnellement conçu dans la doctrine processuelle, dans la mesure où il constitue un volet du triptyque du procès (et non du processus amiable) équitable. La décision dont la mauvaise exécution est sanctionnée n'est pas l'aboutissement d'un procès mais d'une négociation amiable. Sans doute n'est-il pas non plus pertinent voire utile d'y déceler un droit à l'exécution de l'ensemble des accords de résolution amiable, puisque conformément au droit commun des contrats, ces derniers sont d'abord et avant tout susceptibles d'exécution spontanée de la part de leurs auteurs.

... mais un droit à l'exécution des titres exécutoires résolvant un différend. – Le dénominateur commun aux décisions *Hornsby*, *Estima Jorge* et *Pérez de Rada Cavanilles*

²²⁵ LAGARDE (X.) in GUINCHARD (S.) *et alii*, *Droit processuel*, Précis, Dalloz, 11^e éd., 2021, pp. 1445 et s., spéc. n°817, pp. 1511-1512.

²²⁶ L'exécution des décisions de justice est un indice de la qualité de la justice, tout comme l'exécution des contrats est un indice de la qualité du droit des contrats. Différents classements mondiaux le démontrent.

- Pour la justice : v. *Rule of Law Index*, World Justice Project, 2021, mesurant la qualité de l'État de droit à l'aune d'un indicateur d'application des décisions de justice civile (7.6, « *civil justice is effectively enforced* »).

- Pour les contrats : v. *Doing Business*, Banque Mondiale, 2020, p.3, classement très contesté et finalement arrêté qui utilisait le critère de l'application des contrats pour mesurer la qualité du droit des affaires dans les pays de l'OHADA.

réside à l'évidence dans l'existence d'un titre exécutoire²²⁷. La décision de justice qui a force de chose jugée en est revêtue, tout comme l'acte authentifié par un notaire et l'acte de conciliation judiciaire espagnol²²⁸. Ainsi, Natalie Fricero note une absence « *de différence substantielle entre les différents titres pouvant fonder une exécution*²²⁹ » tandis que Thibault Goujon-Bethan observe une « *généralisation du droit à l'exécution pour tous les titres exécutoires mettant fin à un litige*²³⁰ ». Plus qu'une généralisation d'un volet préexistant du triptyque du procès équitable, ces arrêts sont peut-être la trace discrète mais intéressante d'un droit à une justice plurielle équitable. De la même façon qu'il pourrait exister un droit d'accès à un mode de résolution des différends quel qu'il soit (juridictionnel ou amiable), respectant des principes cardinaux d'équité du processus, il serait possible d'envisager un droit à l'exécution, non pas des décisions de justice en particulier ni des accords de résolution amiable spécifiquement, mais de l'ensemble des titres exécutoires mettant fin à un différend.

Le déploiement d'un tel droit, pleinement autonome, est d'abord perceptible à la lecture de la jurisprudence ultérieure de la CEDH, laquelle a par la suite confirmé que la procédure dont résultait la décision à exécuter lui importait peu²³¹ : qu'elle soit elle-même soumise aux exigences de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH ou qu'elle lui échappe en raison de sa nature consensuelle, elle aboutit à l'émission d'un titre exécutoire qui tranche selon les juges européens une contestation en matière civile. Ce titre est donc protégé « *indépendamment de l'applicabilité de l'article 6 à la procédure initiale*²³² ». Claude Brenner avance à ce propos que le lien opéré par la jurisprudence et la doctrine entre droit à l'exécution et « *garantie du procès équitable est artificiel : la condition d'effectivité de l'exécution forcée n'est en rien spécifique aux décisions de justice, elle vaut pareillement pour les titres non judiciaires*²³³ ».

²²⁷ THÉRY (Ph.), « Rapport introductif : la notion d'exécution », in *L'exécution, XXIII^{ème} Colloque des Instituts d'Études Judiciaires, Lyon, vendredi 19 et samedi 20 novembre 1999*, L'Harmattan, 2001, pp. 9 et s., spéc. p. 12 : L'auteur identifie le « *fondement immédiat* » du droit à l'exécution dans le « *titre exécutoire* ».

²²⁸ CEDH, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, 28 octobre 1998, req. n° 28090/95, §39 : « *La Cour observe que, selon l'article 476 du code de procédure civile, l'exécution de l'acte de conciliation relève du juge judiciaire par-devant lequel a été scellé ledit acte.* ».

²²⁹ FRICERO (N.), « Délai déraisonnable d'une procédure d'exécution d'un acte notarié », *D.*, 1998., p. 369.

²³⁰ GOUJON-BETHAN (Th.), *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. Fricero (N.), LGDJ, 2021, n°328, p. 245.

²³¹ CEDH, *Buj c. Croatie*, 1^{er} juin 2006, req. n°24661/02, §19.

²³² CEDH, *Guide sur l'article 6 – Droit à un procès équitable (volet civil)*, 31 décembre 2021, n°66, p. 21.

²³³ BRENNER (C.), « L'ineffectivité de l'exécution forcée », in BRENNER (C.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité, Actes du V^e colloque organisé par la revue Droit et procédures – la revue des huissiers de justice, Paris, Cour de cassation, première Chambre civile, les 27 et 28 avril 2007*, Paris, Éditions juridiques et techniques, 2007, pp. 43 et s., spéc. n°59, p. 43.

Le déploiement de ce droit est par ailleurs à rechercher au vu des mutations contemporaines « *en matière de résolution des conflits*²³⁴ ». Il est tout à fait logique, du fait d'une politique d'incitation aux MARD, de voir fleurir des titres exécutoires en matière amiable²³⁵. La justice amiable est, tout autant que la justice étatique, concernée par la thématique de l'exécution et les politiques européennes comme nationales en prennent conscience²³⁶. Encore faut-il que ces titres exécutoires soient protégés aussi fermement que ceux s'inscrivant dans un strict cadre judiciaire – c'est ici ce que la CEDH garantit.

Chapitre 2 – Une reconnaissance fragile

Annonce. – La reconnaissance d'un droit à l'exécution de certains accords de résolutions amiables par la CEDH, qui plus est au titre de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH, paraît tout à fait extensive. Il convient de modérer un tel enthousiasme : le droit à l'exécution d'accords amiables exécutoires a été reconnu dans des cas très limités (**Section 1**) et surtout non loin de l'intervention d'un juge, qui ne paraît pas contournable, ni au stade de l'exécution, ni à celui du processus initialement mené (**Section 2**).

Section 1 – Des cas anecdotiques

Annonce. – Parce que les accords amiables concernés constituaient des titres exécutoires, la CEDH n'a pu que les inclure dans le triptyque du droit au procès équitable, plus particulièrement dans son troisième volet. Qu'il s'agisse de l'acte notarié ou de l'acte de conciliation, l'effectivité de la décision consensuelle relevait en réalité de la responsabilité de l'État (§1). Par le biais de l'analyse *in concreto* qui la caractérise, la Cour de Strasbourg ne vient à vrai dire statuer qu'au cas par cas et ne dégage pas de principe général tel que celui consacré dans l'arrêt *Hornsby* (§2).

²³⁴ FRICERO (N.), « La libre exécution des jugements dans l'espace judiciaire européen : un principe émergent ? », in *Études offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, pp. 173 et s., spéc. p. 175.

²³⁵ AMRANI MEKKI (S.), « Les "nouveaux" titres exécutoires : les accords amiables homologués », *Dr. et patr.*, 2013, n°231, pp. 55 et s.

²³⁶ v. « Acte / Titre authentique exécutoire », in MIRIMANOFF (J.), *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, Bruylant, 2019, p. 51 : « La résolution du parlement européen du 13 septembre 2011 sur la mise en œuvre de la directive Médiation incite les États-membres à offrir une procédure visant à conférer à l'accord la même force qu'une décision judiciaire, conformément à l'Art. 6 de la Directive, en soumettant l'accord au juge ou par acte notarié. ».

§1 – Des décisions circonstanciées

Estima Jorge, ou le remboursement d'un prêt treize ans après la saisine du tribunal. –

Dans l'affaire ayant mené à l'application de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH à un acte authentifié par un notaire, la convention concernée consistait en un prêt hypothécaire, consenti par les parties qui s'engageaient à exécuter leurs obligations en conséquence. Le notaire, par son intervention, rendait l'acte juridique exécutoire : le juge judiciaire pouvait être saisi en cas d'inexécution de cet accord. C'est concrètement ce qui est advenu, les emprunteurs ne remboursant pas les sommes prévues. Une procédure d'exécution fut donc mise en œuvre, mais elle fut marquée par un lourd retard en raison du comportement des autorités compétentes, notamment des services de greffe et des chambres civiles qui se coordonnèrent mal. La CEDH, prenant très pragmatiquement conscience de ce que cette procédure d'exécution était déterminante pour la concrétisation des droits proclamés et consolidés par le titre exécutoire (le droit au recouvrement d'une créance), en a déduit l'applicabilité de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH alors même que le processus initialement mené ne relevait pas *stricto sensu* d'une « *contestation sur des droits et obligations de caractère civil* ». Elle assume pleinement cette entorse à une interprétation formelle des termes de la Convention²³⁷, confirmant son dynamisme interprétatif et l'autonomie des notions qu'elle articule pour parvenir à protéger des situations qui sinon lui échapperaient.

Pérez de Rada Cavanilles, ou le formalisme excessif du système de recours en vue de

l'obtention de l'exécution d'un acte de conciliation. – Cet opportunisme jurisprudentiel se vérifie à travers l'affaire ayant mené à l'application des garanties du procès équitable à la phase d'exécution d'un acte de conciliation. En l'espèce, un différend de voisinage avait conduit la requérante à effectuer une conciliation judiciaire, au cours de laquelle elle s'était vu promettre par son voisin une « *jouissance paisible de sa propriété*²³⁸ » puisque ce dernier s'engageait à supprimer la vue qu'il avait de cette maison depuis sa terrasse. Par la suite, l'acte de conciliation n'a pas été exécuté et a même fait l'objet d'une annulation, à partir de laquelle la requérante a multiplié les recours et subséquemment les irrecevabilités de ces derniers en raison de règles de procédure particulièrement rigoureuses. Trois ans après la formalisation de son accord de

²³⁷ CEDH, *Estima Jorge c. Portugal*, 21 avril 1998, req. n°24550/94, §37 : « *L'esprit de la Convention commande de ne pas prendre le terme "contestation" dans une acception trop technique et d'en donner une définition matérielle plutôt que formelle ; la version anglaise de l'article 6 n'en renferme du reste pas le pendant (arrêt Moreira de Azevedo c. Portugal du 23 octobre 1990, série A n° 189, p. 17, § 66).* ».

²³⁸ CEDH, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, 28 octobre 1998, req. n° 28090/95, §39.

résolution amiable, elle n'avait toujours pas obtenu l'exécution de cette convention. À nouveau, la CEDH prend en compte les circonstances spécifiques de l'affaire pour conclure à l'applicabilité de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH : elle est forcée de constater que « *le droit découlant de l'acte de conciliation et la procédure d'exécution judiciaire étaient intimement liés puisque l'effectivité du premier dépendait, en ultime instance, de la mise en branle de la seconde*²³⁹ ». Cette extension du domaine du droit à l'exécution « *au-delà des procédures judiciaires*²⁴⁰ » ne relève donc pas d'une affirmation de principe mais d'une interprétation pratique.

§2 – Des décisions secondaires

Une simple illustration de l'élasticité des notions autonomes. – Ces deux affaires se fondent parmi tant d'autres dans l'approche réaliste qui caractérise la CEDH, cette dernière ne restant pas figée dans les notions telles que textuellement énoncées par la Conv. EDH et en livrant une interprétation tout à fait libre et souple. Le domaine couvert par le droit au procès équitable s'en voit considérablement élargi. Cette technique jurisprudentielle poursuit un objectif d'uniformisation du droit, de gommage ou plutôt de dépassement des spécificités des législations nationales et de construction d'un référentiel normatif propre, unique, européen. Au risque d'être taxée d'opportunisme politique, la Cour de Strasbourg développe ainsi une conception très matérielle des notions de matière civile ou pénale qui constituent les contours d'applicabilité de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH. Si une bonne partie de la doctrine émet de sérieuses réserves quant à cette liberté d'appréciation qui peut rapidement confiner à l'arbitraire, l'insécurité juridique et l'instrumentalisation de ces notions, dénonçant leur « *pathogénie*²⁴¹ », il convient de souligner la puissance de tels instruments : clés intellectuelles redoutables, ils permettent de maximiser l'ouverture du triptyque équitable et donc de protéger davantage de zones par l'application des droits et libertés fondamentaux garantis par la Conv.

²³⁹ CEDH, *loc. cit.*

²⁴⁰ GUINCHARD (S.) *in* GUINCHARD (S.) *et alii*, *Droit processuel*, Précis, Dalloz, 11^e éd., 2021, n°659, p. 1234.

²⁴¹ HEUZÉ (V.), « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Rev. crit. DIP*, 2000, pp. 595 et s., spéc. n°5 : « *Bien plus qu'en raison de considérations logiques, économiques, politiques ou morales, ces solutions s'imposent d'abord et avant tout parce qu'il faut bien trancher. Par voie de conséquence, elles se présentent davantage comme autant d'actes d'autorité plutôt que d'œuvres de raison. Et par le fait même, elles rendent largement oiseux tout effort d'explication, de systématisation ou, a fortiori, d'anticipation. Le commentaire est vain, la prévision hasardeuse, seule compte l'information : tel est ce qui a été décidé. Le juriste en est donc réduit à un rôle de simple documentaliste, qui ne peut plus avoir d'autre souci légitime que de connaître le dernier état de la jurisprudence.* ».

EDH. Sur ce point, les décisions *Estima Jorge* et *Pérez de Rada Cavanilles* ne présentent pas d'originalité particulière.

Une faible portée. – Elles ne se distinguent pas non plus par leur portée ... Comme le souligne Jean-Pierre Marguénaud à propos de la jurisprudence *Estima Jorge*²⁴², il convient de ne pas prêter aux décisions étudiées une importance équivalente à celle des arrêts fondateurs du triptyque du droit au procès équitable : la CEDH ne vient manifestement pas ici poser de nouveau principe, mais se référer au socle qu'elle a déjà dégagé par le passé. Contrairement à ce qu'elle a pu faire dans les affaires *Golder*, *Airey* ou *Hornsby*, elle ne base pas sa réflexion sur les fondements politiques européens qui lui permettent habituellement d'asseoir ses techniques évolutives d'interprétation : que ce soit la notion d'ordre public européen, l'expression de société démocratique ou la version européanisée de l'État de droit sous la forme du principe de prééminence du droit, elle n'emploie pas de tels termes pour justifier l'applicabilité de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH et se restreint au discours de l'effectivité des droits. À vrai dire, elle paraît à peine embarrassée ; manifestement en raison de la proximité de ces procédures amiables avec le système judiciaire.

Section 2 – Des cas judiciairisés

Annnonce. – À nouveau, c'est parce que les conventions négociées concernées constituaient des titres exécutoires que la CEDH en a protégé la phase d'exécution. L'enceinte judiciaire n'est en fait jamais éloignée d'une prise en compte des MARD par la jurisprudence européenne, qu'elle soit impliquée dans l'exécution de l'accord de résolution amiable (§1) ou même, de façon plus intéressante, dans le processus amiable initial (§2).

§1 – La présence du « tribunal » au stade de l'exécution

La justification de l'applicabilité de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH. – Si l'exécution forcée fait l'objet d'une telle « *fondamentalisation*²⁴³ », d'une telle captation par la CEDH, c'est précisément parce qu'elle se déroule dans un cadre judiciaire, lequel est couvert par le triptyque du droit au procès équitable. Le processus amiable menant à la conclusion d'un prêt hypothécaire authentifié par un notaire se déroule peut-être en-dehors du palais de justice, mais

²⁴² MARGUÉNAUD (J.-P.), « Extension de l'exigence d'un délai raisonnable à la phase d'exécution d'un acte notarié », *RTD Civ.*, 1998, p. 993.

²⁴³ FERRAND (F.), « La fondamentalisation de l'exécution forcée », in BRENNER (C.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité, Actes du V^e colloque organisé par la revue Droit et procédures – la revue des huissiers de justice, Paris, Cour de cassation, première Chambre civile, les 27 et 28 avril 2007*, Paris, Éditions juridiques et techniques, 2007, pp. 13 et s.

il donne lieu à une procédure d'exécution qui, elle, est « *formellement judiciaire*²⁴⁴ » dans le système juridique du Portugal : le « *tribunal* » cher à l'Art. 6§1 de la Conv. EDH resurgit, c'est son juge qui doit intervenir pour constater le titre exécutoire et mettre en mouvement la puissance publique. De même que l'exécution de l'acte notarié portugais était confiée à un tribunal judiciaire « *selon une procédure identique*²⁴⁵ » à l'exécution d'une décision de justice, la loi espagnole confiait au juge judiciaire le soin de faire exécuter l'acte de conciliation litigieux²⁴⁶. On peut y voir un critère d'applicabilité du droit au procès équitable, dès lors qu'un organe juridictionnel intervient²⁴⁷ et que c'est par cette intervention que le droit proclamé dans le titre exécutoire « *trouve sa réalisation effective*²⁴⁸ ». Serge Guinchard l'interprète comme un vecteur d'extension des droits processuels « *à des procédures qui n'ont pas trait à un véritable contentieux, qui sont en amont d'une procédure contentieuse, mais qui ne sont pas sans lien avec elle*²⁴⁹ ».

L'explication d'une solide protection des procédures d'exécution par la CEDH. – Les procédures judiciaires d'exécution semblent donc déteindre sur les processus initiaux qui les ont déclenchées (négociations en vue de la conclusion d'un contrat de prêt devant notaire, de la signature d'un acte de conciliation entre voisins ...), les faisant tomber sous la coupe protectrice de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH. Ce dernier gravite sans arrêt autour d'elles pour la simple et bonne raison qu'elles relèvent du système judiciaire et de la protection juridictionnelle qu'il assure aux justiciables. Comme Frédérique Ferrand le souligne²⁵⁰, le Conseil de l'Europe, dont la CEDH est la cheville ouvrière, est pleinement « *conscient du fait que, sans un système d'exécution efficace, d'autres formes de "justice privée" peuvent surgir et avoir des conséquences négatives sur la confiance et la crédibilité du public dans le système*

²⁴⁴ CEDH, *Estima Jorge c. Portugal*, 21 avril 1998, req. n°24550/94, §33 : Le Gouvernement reconnaît la nature judiciaire de la procédure d'exécution conformément à la loi portugaise, pour mieux expliquer et faire valoir que matériellement, il n'en était rien – la procédure d'exécution pouvant selon lui « *se dérouler devant un tribunal ou, comme dans d'autres systèmes juridiques, devant des autorités administratives* ».

²⁴⁵ CEDH, *Estima Jorge c. Portugal*, 21 avril 1998, req. n°24550/94, §37.

²⁴⁶ CEDH, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, 28 octobre 1998, req. n° 28090/95, §39 : « *La Cour observe que, selon l'article 476 du code de procédure civile, l'exécution de l'acte de conciliation relève du juge judiciaire* ».

²⁴⁷ FRICERO (N.), « Délai déraisonnable d'une procédure d'exécution d'un acte notarié », *D.*, 1998, p. 369 : Selon l'auteur, observant l'arrêt *Estima Jorge*, il n'y a « *aucun obstacle théorique* » pour appliquer l'Art. 6§1 de la Conv. EDH dès lors que l'exécution du titre exécutoire se déroule devant « *un organe juridictionnel étatique* ».

²⁴⁸ CEDH, *Estima Jorge c. Portugal*, 21 avril 1998, req. n°24550/94, §37 : La CEDH cite les deux affaires CEDH, *Di Pede c. Italie*, 26 septembre 1996, req. n°15797/89 et CEDH, *Zappia c. Italie*, 26 septembre 1996, req. n°24295/94.

²⁴⁹ GUINCHARD (S.) in GUINCHARD (S.) et alii., *Droit processuel*, Précis, Dalloz, 11^e éd., 2021, n°105, p. 184.

²⁵⁰ FERRAND (F.), « La fondamentalisation de l'exécution forcée », in BRENNER (C.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité, Actes du V^e colloque organisé par la revue Droit et procédures – la revue des huissiers de justice, Paris, Cour de cassation, première Chambre civile, les 27 et 28 avril 2007*, Paris, Éditions juridiques et techniques, 2007, pp. 13 et s., spéc. p. 25.

*juridique*²⁵¹ » et recommande à ce titre une facilitation des procédures d'exécution judiciaires. Si la justice amiable est regardée par la CEDH, c'est donc en raison de la phase judiciaire d'exécution qu'elle peut comporter. Le droit à l'exécution des accords de résolution amiable a manifestement besoin d'un cadre judiciaire pour exister, ce qui se confirme à l'aune de l'affaire *Pérez de Rada Cavanilles*.

§2 – La présence du « tribunal » au stade de la conciliation

La garantie d'une exécution effective de l'acte issu d'une conciliation menée devant le juge. – La procédure initiale en question dans l'arrêt *Pérez de Rada Cavanilles* avait été menée et finalisée « *par-devant le juge d'instance*²⁵² ». Elle relevait donc certes d'un mode de résolution amiable des différends, mais judiciaire. Quand bien même la CEDH précise qu'elle contrôle le caractère équitable de la procédure d'exécution et non pas du processus de conciliation, cet élément est éclairant : les juges européens attachent de l'importance à l'exécution d'accords amiables surveillés dans leur élaboration, soit par un officier public, soit par un juge judiciaire. Un tel constat interroge à l'aune de la récente réforme du régime d'octroi de la force exécutoire aux accords de résolution amiable en France, notamment quant à l'apposition de celle-ci par un greffier²⁵³.

La reconnaissance du « rôle à jouer » du juge dans le cadre des MARD ? – Ce constat permet surtout de comprendre que la CEDH cherche à garantir la pleine efficacité des accords amiables conclus sous l'égide du juge. Au-delà de la confiance dans le système judiciaire de l'exécution dans son ensemble, c'est peut-être la confiance dans le juge plus précisément qui est ici renforcée : par un raisonnement *a fortiori*, si un accès aux modes amiables judiciaires est permis et si la présence du juge permet un déroulement équitable du processus participatif, c'est bien pour que la solution consensuelle à laquelle les parties parviennent devant le magistrat soit rendue effective par son exécution concrète. La CEDH n'est donc pas insensible au développement d'une justice amiable de plus en plus productrice de titres exécutoires, mais la conserve dans son giron, celui du système judiciaire et plus spécifiquement celui du juge. Elle semble sur ce point saluer le rôle fondamental que ce dernier est appelé à jouer dans cette justice négociée, et ainsi rejoindre le discours d'une grande partie de la doctrine et des praticiens, par

²⁵¹ Recommandation Rec(2003)17 du Comité des Ministres aux États membres en matière d'exécution des décisions de justice, adoptée par le Comité des Ministres le 9 septembre 2003 lors de la 851^e réunion des Délégués des Ministres, p. 1.

²⁵² CEDH, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, 28 octobre 1998, req. n° 28090/95, §9.

²⁵³ cf. *infra*.

exemple Natalie Fricero et Chantal Arens qui constatent la chose suivante : « *on reconnaît à l'individu la capacité d'être associé à toutes les décisions qui le concernent et la responsabilité d'être son propre juge. Mais l'institution judiciaire doit conserver son office de protection des droits fondamentaux attachés à toute personne* ». Et de conclure : « *un mode amiable équitable se réalise nécessairement à l'ombre du juge ...* »²⁵⁴ .

Conclusion du Titre I. – Le droit à l'exécution des accords de résolution amiable existe bel et bien dans la jurisprudence de la CEDH, lorsque ces conventions sont revêtues de la force exécutoire. Bien que sa reconnaissance ne fasse pas grand bruit, il est protégé par la soupape de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH. Conformément à une réflexion sur l'effectivité des droits processuels, il convient désormais d'étudier l'effectivité de ce droit : de théorique et illusoire, se fait-il concret et effectif ?

Titre II – La concrétisation du droit à l'exécution de l'accord de résolution amiable

Annnonce. – Le droit à l'exécution de l'Art. 6§1 de la Conv. EDH garantit l'effectivité de la protection assurée par les deux volets adjacents. Mais pour ce faire, il doit lui-même être effectif : le reconnaître et le proclamer sur le papier n'est guère suffisant. La Conseil de l'Europe, comme précédemment exposé, est pleinement engagé dans cette lutte pour l'effectivité du droit à l'exécution des décisions de justice²⁵⁵. La CEDH n'est pas en reste, car elle veille à une protection solide du troisième pan du triptyque du procès équitable : ainsi, elle exige une exécution totale, « *complète, parfaite et non partielle*²⁵⁶ » de la décision concernée, qu'elle soit finalement juridictionnelle ou consensuelle. Conformément à l'impératif d'effectivité des droits processuels comme substantiels qui innerve sa jurisprudence, elle attend des États une prise de mesures autant matérielles que normatives : les législations nationales doivent être conformes aux garanties de la Conv. EDH²⁵⁷. Elles ne doivent donc pas opposer à

²⁵⁴ ARENS (C.), FRICERO (N.), « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. Pal.*, 25 avril 2015, n°115, pp. 13 et s.

²⁵⁵ v. notamment l'activité de la CEPEJ sur ce point : *L'exécution des décisions de justice en Europe*, étude n°8, juillet 2008 ; *Lignes directrices pour une meilleure mise en œuvre de la Recommandation existante du Conseil de l'Europe sur l'exécution*, décembre 2009 ; *Guide des bonnes pratiques en matière d'exécution des décisions de justice*, décembre 2015.

²⁵⁶ CEDH, *Matheus c. France*, 31 mars 2005, req. n°62740/00, §58 : Ainsi, la CEDH précise qu'une indemnisation ou compensation par équivalent ne vaut pas satisfaction ou conformité au droit à l'exécution des décisions de justice ou titres exécutoires.

²⁵⁷ e. g. CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n°6833/74 ; CEDH, *Guincho c. Portugal*, 10 juillet 1984, req. n°8990/80 ; CEDH, *Mazurek c. France*, 1^{er} février 2000, req. n°34406/97.

leur réalisation d'obstacles financiers ou juridiques – en matière de droit à l'exécution, cela implique que le justiciable puisse voir la décision qui consacre ses droits exécutée de manière concrète, sans que la procédure ne lui soit trop lourde financièrement²⁵⁸ et sans qu'elle ne lui paraisse trop complexe, formaliste, rigoureuse²⁵⁹. Est-ce le cas en France ? La réponse est plutôt positive (**Chapitre 1**), bien qu'elle mérite certaines réflexions relatives à la sélectivité avec laquelle le législateur protège l'exécution des accords de résolution amiable (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 – Le constat d'une garantie d'une exécution forcée de l'accord de résolution amiable

Annnonce. – Le droit français est souvent présenté comme une référence en matière d'exécution des décisions de justice et titres exécutoires : très tôt sensibilisé aux enjeux de l'exécution forcée et loin d'attendre les injonctions européennes en la matière pour se mobiliser, il a non seulement conforté le droit à l'exécution sur le plan théorique par une reconnaissance constitutionnelle²⁶⁰ mais l'a également consolidé sur le plan pratique en créant une juridiction de pointe et d'exception, celle du juge de l'exécution, par la loi n°91-150 du 9 juillet 1991²⁶¹. Ce juge du glaive²⁶² permet ainsi un contrôle des mesures prises par l'huissier de justice pour voir une décision de justice et surtout les droits qu'elle consacre se matérialiser. Leur intervention, nécessaire à la bonne et parfaite exécution des accords de résolution amiable (**Section 1**), est permise par une législation pourvoyeuse de titres exécutoires dans ce domaine (**Section 2**).

Section 1 – Une garantie fondamentale

Annnonce. – L'exécution forcée semble relever de l'« antagonisme²⁶³ » au sein de la justice amiable. Naturellement, il y a lieu de penser que chaque partie s'exécutera puisque la solution

²⁵⁸ *e. g.*, en matière de procédure d'exécution trop chère, CEDH, *C.M. c. Belgique*, 13 mars 2018, req. n° 67957/12.

²⁵⁹ *e. g.*

- en matière de droit au juge violé pour rigueur arbitraire des délais, CEDH, *Ferré Gisbert c. Espagne*, 13 octobre 2009, req. n° 39590/05

- pour la problématique de l'effet interruptif ou non de la demande d'aide juridictionnelle sur le délai d'appel ou de pourvoi en cassation, CEDH, *Saoud c. France*, 9 octobre 2007, req. n° 9375/02 ; CEDH, *Staszkow c. France*, 6 octobre 2011, req. n° 52124/08.

²⁶⁰ - DC n°98-403, 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions* : L'exécution effective d'un jugement est « le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs » et donc de DDHC, Art. 16.

- QPC n°2014-455, 6 mars 2015 : Le « droit à l'exécution des décisions de justice » est une « composante du droit à un recours juridictionnel effectif ».

²⁶¹ Décret d'application n°92-755 du 31 juillet 1992.

²⁶² THÉRY (Ph.), « *Judex gladii* (des juges et de la contrainte en territoire français) », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 477 et s.

²⁶³ DESDEVISES (Y.), « L'exécution négociée », in BRENNER (C.), « L'ineffectivité de l'exécution forcée », in BRENNER (C.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité, Actes du V^e colloque organisé par la revue*

a été obtenue au cours de négociations et d'échanges purement consensuels. Cette situation idéale, pour ne pas dire idéaliste, ne doit pas cacher la nécessité fondamentale de garantir l'efficacité de ces accords – non seulement par l'octroi de la force exécutoire (§1), mais plus essentiellement par un octroi lui-même efficace (§2).

§1 – La nécessité de l'obtention de la force exécutoire

L'insuffisance de la nature contractuelle de l'accord mettant fin à un différend. – Pour bénéficier de l'action efficace de l'huissier de justice²⁶⁴, l'accord de résolution amiable doit posséder la force exécutoire. Cette dernière ne se confond pas avec la force obligatoire dont il est naturellement doté à compter de l'échange des consentements des parties et qui désigne plus largement le déclenchement des effets contenus dans le contrat, comme la formation d'une sûreté, la naissance d'obligations diverses ou le transfert de propriété d'un bien. La formule exécutoire, de quelque manière qu'elle lui soit apposée, lui confère la même efficacité qu'un jugement²⁶⁵, au sens où une procédure civile d'exécution forcée pourra être engagée afin que son contenu soit respecté. Le contrat négocié, d'exécutable par la spontanéité des parties qui l'ont conclu, devient exécutoire par le soutien de l'huissier de justice, des agents de la force publique et éventuellement du juge de l'exécution²⁶⁶.

L'insécurité due à la nature contractuelle de l'accord mettant fin à un différend. – Une telle possibilité est à rechercher dans le cadre de la quête d'une pleine effectivité du droit à l'exécution des accords de résolution amiable. En effet, ces conventions mettant fin à des différends, bien qu'elles soient issues de procédés consensuels²⁶⁷, souffrent par essence d'une infirmité majeure : ce ne sont que des contrats et à ce titre, elles peuvent être remises en cause du point de vue de leur validité et surtout inexécutées par des parties finalement réticentes à

Droit et procédures – la revue des huissiers de justice, Paris, Cour de cassation, première Chambre civile, les 27 et 28 avril 2007, Paris, Éditions juridiques et techniques, 2007, pp. 110 et s., spéc. n°176, p. 110.

²⁶⁴ Quoique remise en question par BRENNER (C.), « L'ineffectivité de l'exécution forcée », in BRENNER (C.), *op. cit.*, pp. 43 et s. : L'auteur souligne la multiplication des obstacles potentiels à l'exercice de la force publique, notamment certaines insaisissabilités, découlant d'une « *humanisation grandissante* » de la matière.

²⁶⁵ Lequel a automatiquement force exécutoire lorsqu'il passe en force de chose jugée, c'est-à-dire lorsqu'il devient insusceptible d'un recours suspensif d'exécution. v. « Force », in CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 14^e éd., 2022, p. 472.

²⁶⁶ Pour reprendre la distinction entre actes exécutoires et titres exécutoires opérée par ANCEL (P.), « Exécution des contrats et exécution des décisions de justice », in *L'exécution, XXIII^{ème} Colloque des Instituts d'Études Judiciaires, Lyon, vendredi 19 et samedi 20 novembre 1999*, L'Harmattan, 2001, pp. 151 et s.

²⁶⁷ Sur la nature bicéphale des accords de MARD, v. CHEVALIER (P.), « Les modes alternatifs de règlement des litiges : entre contrat et procès », in CHEVALIER (P.) DESDEVISES (Y), MILBURN (Ph.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, Doc. fr., 2003, pp. 141 et s., spéc. p. 141.

voir leurs engagements concrétisés²⁶⁸. Tout comme l'éventualité d'un comportement inéquitable des principaux concernés ou du tiers nécessite d'imposer certaines garanties processuelles, la possibilité d'une résistance à l'exécution appelle à un raffermissement de l'assise du droit à l'exécution des accords de MARD. Les justiciables qui s'engagent dans cette forme de justice doivent être concrètement assurés de ce que l'issue de tels processus sera réellement efficace.

§2 – La nécessité d'une obtention peu coûteuse et rapide de la force exécutoire

La procédure d'authentification devant le notaire, un obstacle financier au droit à l'exécution des accords de résolution amiable ? – Pour que les parties s'engagent en toute confiance dans les processus amiables, elles doivent être en mesure de pouvoir effectivement obtenir la force exécutoire de leurs contrats : cette possibilité est clairement ouverte par la procédure d'authentification de l'acte devant le notaire²⁶⁹. Toutefois, la forme notariée de l'obtention de la force exécutoire, si elle présente des avantages sur le terrain probatoire²⁷⁰, se caractérise par un formalisme rigoureux, une solennité particulière ainsi qu'un coût financier certain, les parties devant s'acquitter de frais de notaire parfois élevés²⁷¹. À ce titre, une telle voie peut ne pas paraître suffisante pour garantir un plein et effectif droit à l'exécution des accords de règlement amiable.

La procédure judiciaire sur le litige contractuel, un obstacle temporel à l'exécution des accords de résolution amiable ? – Si une telle démarche devant le notaire n'est pas envisageable pour les parties, ce n'est qu'à l'issue d'un éventuel procès portant sur leurs relations contractuelles (en exécution forcée, en résolution de l'acte, en engagement de responsabilité, en inexécution contractuelle ...) qu'elles bénéficieront d'un titre exécutoire, c'est-à-dire d'une décision de justice rendue à propos de leur litige. Or en 2020, la durée moyenne d'un contentieux civil était encore estimée à treize mois devant les tribunaux

²⁶⁸ v. LAGARDE (X.) in GUINCHARD (S.) et alii, *Droit processuel*, Précis, Dalloz, 11^e éd., 2021, pp.1445 et s., spéc. n°817, p. 1512 : L'auteur évoque à ce titre une « fragilité » naturelle des accords de MARD.

²⁶⁹ C. civ., Art. 1369.

²⁷⁰ C. civ., Art. 1371 al. 1^{er} : « L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public dit avoir personnellement accompli ou constaté. ».

²⁷¹ Certes, les émoluments réglementés par la loi (C. com., Art. A.444-173), correspondant à la rémunération stricte de la mission effectuée par le notaire, ne s'élèvent qu'à 1,13 € pour une prestation de copie exécutoire authentique. Mais ils s'accompagnent souvent de taxes dues au Trésor public, par exemple en cas de contrat portant sur la propriété d'un bien, ou encore de débours, sommes dues à d'éventuels tiers ayant concouru à la formation de l'acte par leur expertise.

judiciaires²⁷². Il paraît alors bien plus rapide et efficace, et donc bien plus conforme à un droit à l'exécution des accords de résolution amiable effectif, de permettre à ces contrats particuliers d'obtenir immédiatement la force exécutoire. Cette faculté est permise en droit français.

Section 2 – Une garantie indéniable

Annonce. – Malgré la relative complexité du système législatif en la matière qui peut laisser craindre une méconnaissance du droit à l'exécution des accords de résolution amiable tel que protégé par la CEDH (§1), le droit français permet très largement aux conventions issues de MARD de connaître une exécution effective par l'obtention immédiate d'une force exécutoire (§2).

§1 – Le désordre du cadre normatif, un obstacle juridique ?

Des sources éparses. – La possibilité d'obtenir la force exécutoire de leur accord amiable n'a pas le mérite d'être offerte aux parties avec la plus grande clarté, cette voie procédurale duale²⁷³ n'étant pas présentée en un seul bloc mais connaissant un éparpillement normatif assez remarquable et critiqué²⁷⁴. Cette dispersion est en réalité liée à l'émiettement qui touche plus généralement les MARD dans leur ensemble, qui parce qu'ils donnent lieu à des contrats trouvent à se loger dans d'autres textes comme le C. civ.²⁷⁵ et qui ne font même pas l'objet d'une simplification de typologie au sein du CPC : ainsi, les éléments relatifs aux accords issus d'une médiation ou d'une conciliation judiciaires apparaissent dans le Livre premier du Code tandis que ceux qui traitent des conventions issues de procédés amiables conventionnels, qu'il s'agisse d'une conciliation, d'une médiation ou procédure participative, sont à trouver au sein du cinquième Livre²⁷⁶.

Des sources incohérentes. – Au-delà ou sans doute à cause d'un tel éclatement de la matière, de nombreux auteurs déplorent le manque de cohérence des textes réglementant l'octroi de la force exécutoire aux accords issus de MARD²⁷⁷ ; le récent rapport de la cour d'appel de Paris

²⁷² *Les chiffres clés de la justice 2021*, Ministère de la Justice, 2021, p. 6.

²⁷³ cf. *infra*.

²⁷⁴ FRICERO (N.), VERT (F.), « Médiation : des bonnes pratiques à une bonne législation ? », *Gaz. Pal.*, 16 mars 2021, n°11, pp. 13 et s.

²⁷⁵ Notamment les dispositions relatives à la transaction et la convention de procédure participative, cf. *supra*.

²⁷⁶ Intitulé « *La résolution amiable des différends* » mais n'en couvrant que le cadre conventionnel.

²⁷⁷ THÉRY (Ph.), « Observations sur les propositions de modifications de la procédure civile », *JCP G*, 2018, suppl. au n°13, pp. 26 et s., spéc. p. 26 : « *Il me semble essentiel que, quelle que soit la forme de l'accord, pour autant qu'il existe de véritables différences, qu'il intervienne au cours d'une procédure ou en dehors d'elle, l'obtention de la formule exécutoire obéisse toujours aux mêmes règles, les plus simples possibles.* ».

de mars 2021, issu des réflexions d'un groupe de travail dirigé par Valérie Lasserre, recommande des modifications en ce sens²⁷⁸. Il est notamment reproché à la législation nationale de proposer des modalités de saisine du juge différentes pour des raisons inconnues, la force exécutoire de certains accords pouvant faire l'objet d'une demande unilatérale tandis que celle d'autres doit être demandée conjointement²⁷⁹. Ces incongruités n'ont par ailleurs pas été modifiées depuis l'entrée en vigueur, au 27 février 2022, du décret d'application de la nouvelle Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, lequel est pourtant revenu sur certaines dispositions malencontreuses²⁸⁰. Il convient de se demander, au vu de ce pêle-mêle juridique quelque peu confus, si la CEDH pourrait y voir quelque chose à redire – tant attachée à combattre la complexité des procédures²⁸¹, y voyant une atteinte à l'effectivité des droits processuels²⁸², ne percevrait-elle pas ici un obstacle à l'exercice effectif du droit à l'exécution des accords de résolution amiable ? Sans doute cette crainte peut-elle être écartée, la complexité des règles de procédure ne prenant pas ici des proportions excessives et la loi, bien que peu claire, assurant *de facto* l'exercice d'un tel droit par les parties aux MARD.

§2 – L'efficacité du cadre normatif, une plus-value incontestable

Une efficacité double. – Une première distinction est à opérer entre les accords amiables intervenant en cours d'instance judiciaire et ceux conclus en-dehors de toute procédure devant le juge. Les premiers peuvent classiquement être revêtus de la force exécutoire par le juge saisi du fond du litige, qui constate simplement son dessaisissement du fait de l'arrangement trouvé par les parties, de la même façon que si l'une d'entre elles s'était désistée²⁸³. Les seconds

²⁷⁸ LASSERRE (V.), « La promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends », *Rapport de la Cour d'appel de Paris*, mars 2021, spéc. p. 43 et pp. 112-113.

²⁷⁹ Ainsi :

- Le juge peut constater l'accord en cours d'instance si une seule des deux parties le demande dans le cadre d'une médiation judiciaire (CPC, Art. 131-12) ou d'une conciliation menée par un conciliateur de justice (CPC, Art. 131 al. 2) alors que dans le cadre d'une transaction (CPC, Art. 384 al. 3) ou d'un procès-verbal de conciliation qu'il dresse lui-même (CPC, Art. 131 al. 1^{er}), il semble nécessaire que les deux parties lui aient demandé de constater l'acte.

- De même, l'homologation peut être demandée par une seule des deux parties si elle concerne une transaction (CPC, Art. 1567) ou une procédure participative (CPC, Art. 1557 et 1564-2), alors qu'elle ne peut faire l'objet que d'une requête conjointe ou unilatérale « avec l'accord exprès » de l'autre partie si elle concerne une médiation conventionnelle (CPC, Art. 1534) ou une conciliation conventionnelle (CPC, Art. 1541).

²⁸⁰ e. g. CPC, Art. 131-12, qui n'évoque plus l'« accord établi par le médiateur de justice » mais plus justement « l'accord issu de la médiation ».

²⁸¹ e. g. CEDH, *Geouffre de la Pradelle c. France*, 16 décembre 1992, req. n°12964/87 ; CEDH, *Bellet c. France*, 4 décembre 1995, req. n°23805/94.

²⁸² CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, §26 : Elle envisage la « simplification de la procédure » comme une voie possible vers plus d'effectivité de l'accès au juge.

²⁸³ MAYER (L.), *Théorie générale des MARD*, Séminaire de Master 2 Justice et droit du procès, Université Paris-Panthéon-Assas, 2021 : Communément désigné « jugement de donné acte », il n'a en fait rien d'un jugement puisqu'il se réduit au constat de son dessaisissement par le juge.

bénéficient d'une procédure à part entière : l'octroi de la force exécutoire en-dehors de tout procès, qui intervient soit par l'homologation par le juge, née du décret n°98-1231 du 28 décembre 1998, soit par l'apposition de la formule exécutoire par le greffe, née de la loi n°2021-1729 pour la confiance dans l'institution judiciaire du 22 décembre 2021. Ainsi, que l'accord amiable intervienne au cours d'une instance ou en-dehors de tout règlement juridictionnel du différend, il peut avoir vocation à être rendu exécutoire : le fait que l'ensemble des MARD soient pris en compte par le législateur et que ce dernier ne se restreigne pas à protéger les conventions issues de procédés amiables menés au cours d'une procédure judiciaire est à saluer dans le cadre de la présente étude. Cela s'inscrit naturellement dans le cadre d'une politique incitative axée sur le désengorgement des juridictions et l'évitement du procès. Mais sur ce point, il convient de souligner que la recherche d'efficacité des processus amiables coïncide parfaitement avec l'effectivité d'un droit processuel, celui de l'exécution de la convention conclue entre les parties à l'issue de la résolution de leur différend.

Une efficacité ciblée et renforcée. – Un second critère distinctif apparaît nettement lors de l'analyse des deux procédures d'obtention de la force exécutoire par le contrat de résolution du différend : que le MARD duquel il est issu soit judiciaire ou non, son exécution forcée est permise s'il répond à une qualification particulière. Ainsi, sont reconnus et confortés les principaux procédés consensuels actuels : la médiation conventionnelle comme la médiation judiciaire²⁸⁴, la conciliation conventionnelle comme la conciliation judiciaire (chapeautée soit par le juge lui-même, soit par un conciliateur de justice²⁸⁵), de même que la procédure participative²⁸⁶. L'effectivité du droit à l'exécution des accords de résolution amiable est par ailleurs renforcée, puisqu'elle ne s'arrête pas aux conventions découlant de ces processus et englobe d'autres contrats, les transactions²⁸⁷. Le champ recouvert par la procédure d'octroi de la force exécutoire est donc très étendu, permettant un déploiement impressionnant du troisième volet du triptyque du droit au procédé amiable équitable. Ce déploiement est-il pour autant total ? Si un critère de qualification de l'acte est retenu, c'est bien pour exclure certaines conventions de cette fenêtre d'effectivité.

²⁸⁴ CPC, Art. 131-12.

²⁸⁵ CPC, Art. 131, al. 1^{er} et 2.

²⁸⁶ CPC, Art. 1565 et 1568 pour la médiation conventionnelle, la conciliation conventionnelle et la procédure participative.

²⁸⁷ CPC, Art. 384 al. 3, 1565 et 1568.

Chapitre 2 – La sélectivité de la garantie d’une exécution forcée de l’accord de résolution amiable

Annnonce. – *In fine*, l’effectivité du droit à l’exécution de l’accord de résolution amiable ne semble se concentrer que sur une certaine catégorie de contrats. Dans le cadre de la présente recherche, il convient de se demander si les conventions concernées découlent de procédures amiables respectueuses des garanties processuelles. Il serait alors compréhensible et louable que le législateur veille à leur conférer une pleine efficacité, le triptyque de « *l’Art. 6 de la justice amiable* » rencontrant une effectivité totale en droit français. S’il est globalement permis de le croire malgré certaines mises en garde (**Section 1**), un éventuel regret peut être formulé quant à l’exclusion de certains MARD pourtant en phase avec les exigences d’une équité procédurale (**Section 2**).

Section 1 – Une effectivité offerte à des accords issus de mécanismes « protecteurs » des droits processuels

Annnonce. – La force exécutoire est possiblement accordée aux conventions découlant d’une procédure amiable organisée autour de certaines garanties, notamment processuelles (§1). Sinon, elle est réservée à des accords laissant présumer le respect d’un certain équilibre entre les parties, mais qui ne garantissent donc pas le suivi antérieur d’un processus équitable (§2).

§1 – La conciliation, la médiation et la procédure participative : des processus équitables ?

Un accès effectif au mode amiable. – Ces trois processus sont d’abord respectueux du premier volet du triptyque du droit au processus amiable équitable, puisqu’ils limitent les obstacles pouvant se dresser à l’encontre du déploiement de ce dernier. En effet, sur un plan financier, la mission du conciliateur de justice relève d’un bénévolat²⁸⁸ « *nettement réaffirmé*²⁸⁹ » et en ce qui concerne la procédure participative, les frais afférents sont pris en charge au titre de l’aide juridictionnelle²⁹⁰. L’accompagnement pécuniaire concerne également la médiation. Dans le cadre d’une instance judiciaire, les sommes engagées pour rémunérer le médiateur et payer les

²⁸⁸ C. org. jud., Art. R. 131-12 : « *Les conciliateurs de justice ont pour mission, à titre bénévole, de rechercher le règlement amiable d’un différend* ».

²⁸⁹ AMRANI MEKKI (S.), *Guide des modes amiables de résolution des différends*, LexisNexis, 2020, n°210, p. 169.

²⁹⁰ Loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l’aide juridique, modifiée par la Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, Art. 10 al. 2.

honoraires de l'avocat accompagnateur, y compris au stade de l'homologation de l'accord, sont prises en charge par l'État si le justiciable est éligible à l'aide juridictionnelle²⁹¹. Des règles spécifiques existent selon la nature du différend et le statut du médiateur choisi par les parties : ainsi, la médiation de la consommation (hors frais d'avocat et d'expert) est gratuite pour le consommateur qui négocie avec un professionnel²⁹² et le coût de la médiation familiale, si elle est assurée par une structure conventionnée, répond à un barème établi par la Caisse nationale des allocations familiales en fonction des revenus des parties souhaitant s'engager dans ce processus²⁹³. En résumé, quand bien même tous les MARD pouvant donner lieu à des titres exécutoires ne sont pas offerts gratuitement aux citoyens français, le recours à ces procédés n'est pas conditionné à des exigences disproportionnées en termes de coût²⁹⁴. Ces trois processus ont ensuite la vertu de se rapprocher le plus possible d'une conformité au panneau central du triptyque du droit au procédé amiable équitable.

Un accès à un tiers indépendant et impartial. – Les qualités requises du tiers, dans un premier temps, ne font naturellement pas débat en matière de procédure participative.

L'indépendance, en ce qu'elle se définit comme l'absence de pressions externes par d'autres pouvoirs (législatif et exécutif) et l'absence de pressions internes par la hiérarchie au sein de l'autorité judiciaire²⁹⁵, ne pose pas véritablement de souci pour les MARD conventionnels²⁹⁶. En matière de MARD judiciaires, le juge qui concilie lui-même les parties est soumis à cette exigence par l'Art. 6§1 de la Conv. EDH, par la Constitution au titre de la séparation des pouvoirs et par ses obligations déontologiques²⁹⁷. Le médiateur auquel il peut déléguer cette mission présente obligatoirement des « *garanties d'indépendance nécessaires*²⁹⁸ » à son exercice qui constituent sa « *règle d'or*²⁹⁹ ». Le conciliateur de justice

²⁹¹ Loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, modifiée par la Loi n°2015-1785 du 29 décembre 2015, Art. 64-5.

²⁹² C. consom., Art. R. 612-1.

²⁹³ v. site de l'APMF, spéc. <https://www.apmf.fr/la-mediation-familiale/de-quoi-sagit-il/quel-cout/>

²⁹⁴ Pour une analogie, la CEDH appliquant un véritable contrôle *in concreto* en matière de droit d'accès au juge, lequel reste relatif, elle ne vient sanctionner les États qu'en cas de conditions financières disproportionnées, c'est-à-dire une somme trop élevée eu égard aux faibles ressources du requérant. *e. g.* CEDH, *Ait-Mouhoub c. France*, 28 octobre 1998, req. n°22924/93.

²⁹⁵ JEULAND (E.), *Droit processuel général*, Précis Domat, LGDJ, 4^e éd., 2018, p. 311.

²⁹⁶ AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 100.

²⁹⁷ *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Conseil supérieur de la magistrature, 16 janvier 2019, pp. 15 et s.

²⁹⁸ CPC, Art. 131-5 5°.

²⁹⁹ BEAUJOUR (J.-C.), « L'indépendance du médiateur », *Gaz. Pal.*, 30 janvier 2018, n°04, pp. 11 et s.

fait quant à lui pleinement partie du système judiciaire³⁰⁰, son statut répondant à certaines incompatibilités importantes et impliquant une prestation de serment³⁰¹.

Plus que l'indépendance, c'est peut-être l'impartialité des tiers qui est mise en cause dans ces MARD. Le juge lui-même, lorsqu'il concilie les parties, n'est pas en reste : Paul Giraud souligne à ce titre le risque de partialité objective du magistrat chargé de mener les parties vers un accord amiable tout en étant appelé à trancher le litige ultérieurement si ce procédé consensuel venait à échouer. Prenant notamment l'exemple du juge aux affaires familiales (JAF), l'auteur émet la crainte d'un magistrat poussant les parties à se diriger vers la solution qu'il envisage au titre de sa potentielle mission juridictionnelle et non conciliatrice³⁰². Les médiateurs et les conciliateurs sont textuellement soumis à des exigences d'impartialité dans l'exercice de leurs fonctions³⁰³. Toutefois, Soraya Amrani Mekki émet des premiers doutes quant aux éventuels préjugés que le tiers pourrait développer sur l'affaire concernée, compte tenu de ses compétences dans le domaine du différend faisant l'objet d'une résolution amiable. Cette expérience requise par la loi³⁰⁴ questionne selon elle le « *recul nécessaire*³⁰⁵ » dont il devrait pouvoir faire preuve en menant la conciliation ou la médiation. Concrètement, le principe d'impartialité du tiers doit s'adapter au cadre amiable de la résolution du différend, qui nécessite par ailleurs des interventions marquées du tiers médiateur ou conciliateur en vue de faire avancer les négociations, d'éventuellement proposer un terrain d'accord aux parties qu'il encadre³⁰⁶. Si sa neutralité est sauve puisqu'il a pour but totalement objectif d'aider les parties dans la pacification de leurs relations, son impartialité peut être sujette à caution lorsqu'il suggère une orientation des débats dans un sens plutôt que dans un autre. Sans doute faut-il dans ce domaine particulier accepter une relative apparence³⁰⁷ de partialité subjective³⁰⁸, tant

³⁰⁰ Et plus particulièrement du service de justice de proximité, v. MOLLARD-COURTAU (Ch.), « Commission Guinchard, justice de proximité et conciliateur de justice : le rendez-vous manqué ... », *Gaz. Pal.*, 18 octobre 2011, n°291, pp. 15 et s.

³⁰¹ Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, Art. 2 et 8.

³⁰² GIRAUD (P.), « L'office du juge dans la conciliation et la médiation judiciaires : à la (re)découverte d'un office pluriel », *RDA*, février 2017, n°13-14, pp. 85 et s., spéc. p. 91.

³⁰³ Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, Art. 21-2 ; CPC, Art. 21 et 1530.

³⁰⁴ *e. g.*, pour le médiateur, CPC, Art. 1533.

³⁰⁵ AMRANI MEKKI (S.), *Guide des modes amiables de résolution des différends*, LexisNexis, 2020, n°90, p. 84.

³⁰⁶ La doctrine ne s'entendant pas sur la différence entre médiateur et conciliateur sur ce point.

³⁰⁷ Sur la théorie des apparences, v. CEDH, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, req. n°s 7819/77 et 7878/77.

³⁰⁸ JEULAND (E.), *Droit processuel général*, Précis Domat, LGDJ, 4^e éd., 2018, n°205, p. 323 : « *Il s'agit de la situation classique d'un juge que l'on soupçonne d'être en son for intérieur partial, c'est-à-dire d'avoir un préjugé ou un parti pris dans une affaire* ».

que le tiers ne manifeste pas, dans son comportement, une préférence nette pour l'une des parties ou un préjugé de toute nature envers l'autre.

Un accès à un processus amiable respectueux de l'égalité des armes. – L'égalité des armes, dans un deuxième temps, paraît garantie de la meilleure des façons dans une procédure participative, chaque partie bénéficiant de l'assistance diligente de son avocat, alerte et attentif au respect des intérêts et des droits de son client. Encore faut-il que les deux parties bénéficient d'une assistance d'égale qualité, leurs « *armes* » pouvant être clairement déséquilibrées de ce point de vue. Elle est également protégée dans le cadre d'une médiation ou d'une conciliation, malgré le système des apartés nécessaires au bon déroulement du procédé participatif. D'une part, les tiers veillent à cet effet à ce que les parties aient la possibilité d'entretenir des dialogues confidentiels avec eux à égalité en termes de temps consacré à ces échanges³⁰⁹. D'autre part, ces techniques de résolution des différends ne posent pas fondamentalement un problème d'égalité des armes puisqu'elles ne constituent pas des « *armes* » en elles-mêmes : au cours de ces rencontres individuelles avec le tiers, quel qu'il soit, la partie concernée ne va pas réussir à faire tourner la solution à son avantage ou à obtenir un ascendant, une avance sur l'autre puisque la solution ne dépend précisément pas du tiers, mais d'elle et de son interlocutrice. Ces moments confidentiels relèvent donc davantage d'une facilitation du dialogue global que d'une marque de préférence ou de la naissance d'un avantage quelconque³¹⁰.

Un accès à un processus amiable d'une durée raisonnable. – Dans un troisième et dernier temps, bien que le principe de publicité soit à l'évidence inopérant en matière amiable, le triptyque du procédé consensuel équitable dont la géométrie paraît très variable trouve une assise confortable dans la garantie d'une durée raisonnable de la procédure suivie. C'est en tout cas certain pour ce qui concerne les MARD judiciaires, qui ne peuvent excéder un délai maximal de six mois³¹¹ et qui, étroitement liés au contrôle du juge, répondent de l'exigence en ce sens posée par l'Art. 6§1 de la Conv. EDH³¹². Même si les MARD conventionnels peuvent légitimement durer plus longtemps, n'embarrassant pas les rôles du tribunal judiciaire et pouvant bénéficier d'une négociation plus lente et évolutive, ils répondent à un impératif de

³⁰⁹ AMRANI MEKKI (S.), *Guide des modes amiables de résolution des différends*, LexisNexis, 2020, n°123, p. 99 : « *Le médiateur rappellera qu'il peut pratiquer des apartés, c'est-à-dire des entretiens individuels avec l'une puis l'autre partie, de temps équivalent* ».

³¹⁰ IZAC (L.), « La confidentialité dans la médiation. Une garantie fonctionnelle au service de la loyauté », in CASAUX-LABRUNÉE (L.), ROBERGE (J.-F.), *Pour un droit du règlement amiable des différends – Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, pp. 281 et s., spéc. p.286.

³¹¹ CPC, Art. 129-2 et 131-3.

³¹² CEDH, *Siegel c. France*, 28 novembre 2000, req. n°36350/97.

célérité et constituent à ce titre un atout par rapport au procès, comme Soraya Amrani Mekki le note : à l’opposé d’une procédure judiciaire qui peut s’enliser en raison de l’absence de connaissances suffisantes des juges chargés de l’affaire dans le domaine litigieux, les processus amiables conventionnels permettent de faire directement intervenir un tiers technicien, spécialiste, qui se passera de multiples expertises pour saisir l’enjeu du différend et amener rapidement les parties à trouver un accord sur un sujet ardu³¹³. Les trois processus possiblement producteurs de titres exécutoires semblent donc globalement conformes aux exigences processuelles d’un MARD équitable. Peut-on en dire autant des procédures informelles donnant lieu à la conclusion d’une transaction, également susceptible de recevoir la force exécutoire ?

§2 – La transaction : un contrat contestable

L’absence insatisfaisante d’un processus formalisé. – Contrairement aux autres accords de résolution amiable susceptibles de faire l’objet d’un octroi de force exécutoire, la transaction relève essentiellement du domaine contractuel³¹⁴ et n’a de dimension processuelle que le fait de mettre définitivement fin à un différend³¹⁵ par son effet extinctif³¹⁶. Si un régime spécifique existe pour sa formation, Lucie Mayer le considère comme « *tantôt superfétatoire [...], tantôt néfaste*³¹⁷ ». En résumé, une convention transactionnelle peut intervenir à l’issue de n’importe quel procédé de résolution des différends, ce qui n’est pas pleinement satisfaisant du point de vue des garanties du droit à un processus amiable équitable : concrètement, une totale effectivité peut être accordée à des MARD ne respectant pour autant pas des impératifs essentiels d’indépendance ou d’impartialité du tiers, de célérité, de confidentialité, de recours concret à la voie amiable ou d’égalité des armes.

La présence peu rassurante de concessions réciproques. – Sur ce dernier point, l’équilibre entre les parties est traditionnellement présumé par l’exigence de concessions réciproques posée par l’Art. 2044 du C. civ. depuis la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Les parties doivent en effet avoir fait des concessions, donc techniquement avoir en partie renoncé à leurs prétentions originelles, et réciproquement, c’est-

³¹³ AMRANI MEKKI (S.), *Guide des modes amiables de résolution des différends*, LexisNexis, 2020, n°87, p. 79.

³¹⁴ CLAY (Th.), « Transaction », in CADIET (L.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1^e éd., 2004, pp. 1305 et s., spéc. p. 1305 : L’auteur évoque une « *institution hybride, contractuelle par sa source, juridictionnelle par ses effets* ».

³¹⁵ MAYER (L.), « La transaction, un contrat spécial ? », *RTD civ.*, 2014, pp. 523 et s., spéc. n°5 : « *Ainsi, l’objet de la transaction se réduit finalement à la volonté de terminer un litige et jamais de le prévenir.* »

³¹⁶ Sur l’effet extinctif de la transaction, v. MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Contrats spéciaux*, coll. Droit civil, LGDJ, 11^e éd., 2020, n°s 740 et s.

³¹⁷ MAYER (L.), *op. cit.*, spéc. n°15.

à-dire que l'une ne peut faire une concession unilatérale tandis que l'autre ne renonce à rien (sinon, le contrat n'est pas transactionnel³¹⁸) ou tandis que la concession de l'autre est purement dérisoire (auquel cas, la transaction est entachée d'une nullité relative³¹⁹). Nombreux sont les auteurs à remarquer que cette condition d'existence de la transaction ne présage en rien d'une réelle égalité entre les parties³²⁰. L'inégalité peut tenir au contenu même du contrat, librement élaboré – les concessions ne devant pas être dérisoires mais pouvant toujours se révéler totalement déséquilibrées, l'une des parties tirant clairement un bénéfice important de ce contrat au détriment de l'autre³²¹. L'inégalité peut plus gravement se loger dans, ou découler du processus qui mène à la conclusion d'un tel accord : précisément parce que la transaction a vocation à terminer un différend, elle intervient dans une atmosphère conflictuelle à ne pas négliger et mériterait un encadrement plus protecteur, notamment envers des parties particulièrement vulnérables comme les consommateurs, les assurés ou encore les salariés. Paradoxalement, la transaction constitue une voie intéressante pour des parties souhaitant s'engager dans un processus amiable, certes respectueux des garanties processuelles, mais exclu du champ d'effectivité proposé par le législateur.

Section 2 – Une effectivité refusée à des accords issus de mécanismes prometteurs pour les droits processuels

Annnonce. – Le processus collaboratif constitue un MARD tout à fait intéressant du point de vue des droits processuels (§1). Pourtant, l'accord auquel il aboutit n'est pas visé par le droit français parmi les conventions susceptibles de se voir octroyer la force exécutoire ; ce manque de reconnaissance symbolique, bien que peu handicapant, est à déplorer (§2).

§1 – Le processus collaboratif, une procédure amiable au déroulement équitable

Absence de violation potentielle des principes d'indépendance et d'impartialité de l'éventuel tiers. – Né d'un mouvement américain de *collaborative law* dans les années 1990 et

³¹⁸ CAYROL (N.), *Procédure civile*, Cours, Dalloz, 4^e éd., 2022, spéc. n°666, p. 331.

³¹⁹ C. civ, Art. 1169.

³²⁰ e. g. RACINE (J.-B.), « Les incertitudes de la transaction dite “homologuée” (à propos de l'article 1441-1 du NCPC) », in CHEVALIER (P.) DESDEVISES (Y), MILBURN (Ph.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, Doc. fr., 2003, pp. 151 et s., spéc. p. 153.

³²¹ Comme le fait remarquer GAUTIER (P.-Y.), « Où la contrainte économique devient une nouvelle ouverture pour la violence dans le contrat de transaction », *RTD Civ.*, 2000, pp. 863 et s. : « *l'une des parties risque de tirer un avantage des besoins de l'autre pour faire un minimum de concessions, en en recevant un maximum.* ».

plus particulièrement de la pratique innovante de l'avocat Stuart Webb³²², le procédé collaboratif s'est progressivement détaché de sa zone native, à savoir le droit anglo-saxon de la famille, pour innover le système français de résolution des différends³²³. Il se définit comme « un processus amiable [...] dont la mise en œuvre est préalable à toute saisine judiciaire, et qui repose sur l'engagement contractuel des parties et de leurs avocats-conseils (matérialisé dans une charte collaborative) de rechercher de manière négociée et de bonne foi, lors de réunions à quatre (dites rencontres de règlement), une solution globale à leur différend reposant sur la satisfaction des intérêts mutuels de chacune des parties³²⁴ ». Ainsi, la négociation amiable n'a pas lieu sous la supervision d'un tiers, ce qui écarte les éventuelles craintes d'un encadrement partial ou dépendant des échanges. Des tiers peuvent éventuellement intervenir, mais ils n'apparaissent alors qu'en soutien du processus collaboratif, et non en chefs d'orchestre du mode amiable. Ainsi, les parties et leurs avocats peuvent s'entourer d'une « équipe de praticiens³²⁵ » experts afin d'être éclairés sur un aspect technique de l'affaire. Les choses ne se compliquent que très peu lorsque le processus collaboratif phagocyte un autre MARD impliquant un tiers. Les protagonistes et leurs conseils peuvent effectivement ressentir le besoin de faire appel à un médiateur ou un conciliateur pour désamorcer une tension quelconque qui empêcherait le bon déroulement du processus collaboratif³²⁶. Un tel intervenant serait alors, en tout état de cause, soumis aux garanties d'indépendance et d'impartialité propres à sa fonction³²⁷.

Garanties intéressantes d'une égalité des armes, d'une confidentialité, d'une loyauté et d'un délai raisonnable de la procédure. – En-dehors des garanties d'ordre institutionnel relatives aux éventuels tiers, le processus collaboratif présente des garanties d'ordre fonctionnel et procédural.

Le principe de la confidentialité connaît en la matière un remarquable épanouissement, *a priori* sans égal, puisqu'il y est renforcé : les éventuels documents relatifs à la résolution

³²² TRICOIT (J.-Ph.), *Droit de la Médiation et des Modes amiables de règlement des différends*, Mémentos, Gualino, 2019, p. 159.

³²³ AMRANI MEKKI (S.), *Guide des modes amiables de résolution des différends*, LexisNexis, 2020, n°329, p. 277.

³²⁴ FRICERO (N.), BUTRUILLE-CARDEW (Ch.), BENRAÏS (L.) *et al.*, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Guides, Dalloz, 3^e éd., 2017, pp. 607 et s., spéc. n°411.11, p. 617.

³²⁵ Groupe de pratique – Avocats membres de l'AFPDC (Association française des praticiens du droit collaboratif), « Justice à l'arrêt, justice saturée, les avocats collaboratifs au secours des familles », *AJ Famille*, 2020, pp. 291 et s.

³²⁶ DESOBLIN (A.), « Le droit collaboratif et les tiers : la médiation dans le processus de droit familial collaboratif », *AJ Famille*, 2010, pp. 265 et s.

³²⁷ AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, n°364, p. 301 : « Naturellement, toutes les règles relatives au processus de médiation trouveront à s'appliquer. ».

amiable du différend sont ainsi conservés aux cabinets des avocats respectifs, sans que les parties ni leurs conseils ne puissent les consulter en-dehors des réunions spécifiquement prévues à cet effet³²⁸.

L'égalité des armes est également doublement protégée. D'abord, l'assistance par des avocats exclusivement mandatés pour une résolution amiable du différend (car devant se retirer en cas d'échec du processus³²⁹) constitue une singularité saisissante : n'ayant absolument pas en vue l'éventuel procès et se faisant « *facilitateur et garant de l'autonomie des parties*³³⁰ », l'avocat conserve son rôle de défenseur des intérêts de son client tout en l'accompagnant dans une démarche consensuelle³³¹. Puisque les deux parties sont ainsi accompagnées par des praticiens du droit spécialement formés³³² et totalement désintéressés d'une issue contentieuse du différend, leurs « *armes de défense ou d'assistance* » sont équivalentes : aucune des parties ne risque de se trouver pénalisée par rapport à l'autre sur ce point, par exemple en étant accompagnée par un avocat très réticent à entamer des négociations ou moins spécialisé que son homologue. Ensuite, l'équilibre entre les parties et la loyauté des échanges sont conjointement garantis par une obligation de transparence tout à fait unique : sous le sceau de la confidentialité, les parties doivent échanger absolument tous les éléments et documents nécessaires à la résolution amiable de leur différend³³³. Elles en disposent donc à égalité, le principe de la contradiction trouvant ici une concrétisation notable.

Enfin, le processus collaboratif répond dans la pratique à un délai raisonnable puisqu'il « *dure entre trois et douze mois*³³⁴ ». Plébiscité dès 2013 par le Rapport Delmas-Goyon³³⁵, ce mode amiable singulier porte des promesses d'effectivité des droits processuels à saisir.

³²⁸ Charte de l'AFPDC, Art. 3. 1. 4, https://www.droit-collaboratif.org/global/gene/link.php?doc_id=41&fg=1

³²⁹ FRICERO (N.), BUTRUILLE-CARDEW (Ch.), BENRAÏS (L.) *et al.*, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Guides, Dalloz, 3^e éd., 2017, pp. 607 et s., spéc. n°411.11, p. 617.

³³⁰ SCHMIT (L.-M.), « Le rôle de l'avocat en droit collaboratif et procédure participative. Favoriser l'autonomie des parties », in CASAUX-LABRUNÉE (L.), ROBERGE (J.-F.), *Pour un droit au règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, pp. 143 et s., spéc. n°4, p. 145.

³³¹ SCHMIT (L.-M.), *op. cit.*, p. 146 : « *le rôle de défenseur, adapté à la sphère contentieuse, et le rôle de partenaire, propre à la sphère amiable, sont complémentaires et certainement, ici, entremêlés.* ».

³³² Charte de l'AFPDC, Art. 1. 2, *loc. cit.*

³³³ AMRANI MEKKI (S.), *Guide des modes amiables de résolution des différends*, LexisNexis, 2020, n°352, p. 291.

³³⁴ AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, n°346, p. 288.

³³⁵ DELMAS-GOYON (P.), « "Le juge du 21^{ème} siècle". Un citoyen acteur, une équipe de justice », *Rapport à Mme la Garde des sceaux, ministre de la Justice*, décembre 2013, p. 63 : « *Ce processus représente la forme la plus achevée de recherche d'une résolution amiable d'un conflit puisque, mettant en œuvre la pratique de la négociation raisonnée, qui se distingue de la négociation de position, il suppose la renonciation à saisir le juge pendant toute sa durée et que, en cas d'échec, à vrai dire très rare, les avocats s'interdisent d'assister et de représenter leur client lors d'une action en justice.* »

§2 – Le processus collaboratif, une procédure amiable équitable aux volets extérieurs mal déployés

Le détour obligatoire par la transaction pour un accès effectif. – Au vu des précédents développements, il paraît fort dommage qu'un tel mode amiable ne bénéficie pas d'une ouverture complète du premier volet de son triptyque. En effet, les règles relatives à l'aide juridictionnelle ne le visent pas explicitement et obligent les parties qui y recourent à conclure un accord transactionnel pour bénéficier d'un accompagnement financier³³⁶. L'intervention de l'État en matière de processus collaboratif peut sembler inopportune, une trop forte institutionnalisation de ce mode amiable risquant de porter atteinte à la grande liberté qu'il offre aux parties³³⁷ et qui le rend attractif. Néanmoins, cette méthode de résolution des différends obéit tout de même à une procédure rigoureuse qui fait son succès et bénéficie déjà implicitement d'une assistance pécuniaire par le biais de la transaction précédemment critiquée. Ainsi, la présente recherche s'associe au plaidoyer de Louis-Marie Schmit pour une extension de l'aide juridictionnelle à un tel MARD³³⁸.

Le détour obligatoire par la transaction pour une sortie effective. – De même, les parties à un processus collaboratif semblent devoir conclure des accords obligatoirement transactionnels pour bénéficier d'une reconnaissance légale de leur droit à une exécution effective de leur convention négociée. Ce MARD ne fait en effet pas partie des trois processus désignés par le CPC en la matière. Quand bien même le contrat qu'il fait naître peut remplir les conditions de formation d'une transaction ou habilement (et facilement) être qualifié comme tel, une reconnaissance symbolique aurait peut-être permis d'attirer l'attention des justiciables sur un procédé très protecteur de leurs droits processuels.

Conclusion du Titre II. – Le droit français permet concrètement une réalisation du droit à l'exécution des accords de résolution amiable exécutoires. La sélectivité de cette garantie n'est pas à remettre en cause dans son principe : il est parfaitement compréhensible et louable de privilégier les MARD offrant le plus de garanties processuelles aux parties qui y recourent. Toutefois, elle semble manquer sa cible et mérite à ce titre d'être remise en cause dans sa mise en œuvre : si certains auteurs proposent un remaniement total des conditions d'obtention de la

³³⁶ Loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, modifiée par la Loi n°2016-1547 de modernisation pour la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016, Art. 10 al. 2.

³³⁷ TRICOIT (J.-Ph.), *Droit de la Médiation et des Modes amiables de règlement des différends*, Mémentos, Gualino, 2019, p. 159.

³³⁸ SCHMIT (L.-M.), *op. cit.*, p. 162 : Proposition n°1.

force exécutoire à la faveur d'une nouvelle distinction entre contexte « *conflictuel ou apaisé des relations entre les parties*³³⁹ », la présente recherche suggère une modification plus modérée. Le critère de la qualification de l'accord en transaction n'étant pas satisfaisant au regard d'une exigence d'équité de la justice amiable, il serait bon de maintenir la condition matérielle d'un mécanisme déterminé de résolution du différend, pour y inclure des MARD novateurs comme le processus collaboratif. Ainsi, serait privilégiée une distinction bienfaisante entre les processus amiables suffisamment protecteurs des droits processuels et les autres.

Conclusion de la Première partie

Le droit à l'exécution des accords de résolution amiable, esquissé par la CEDH, est concrétisé en droit français de l'exécution forcée. Le troisième volet du triptyque envisagé bénéficie ainsi d'une ouverture certaine, peut-être à travailler pour un déploiement plus satisfaisant. Dès lors, la recherche d'efficacité des MARD par une politique législative fortement incitative paraît coïncider avec une effectivité des droits processuels des parties qui s'y engagent. Leur « *protection amiable équitable* », par analogie avec la protection juridictionnelle, devient pleinement effective. En choisissant de recourir à un mécanisme amiable respectueux du droit à un processus équitable, elles sont assurées de voir l'accord obtenu par cette méthode consensuelle revêtu de la force exécutoire et concrétisé. Toutefois, il convient de s'arrêter sur cette phase particulière d'apposition de la formule exécutoire sur la convention issue d'une résolution amiable du différend : la recherche d'efficacité ne vient-elle pas ici entrer en contradiction avec le souci d'une effectivité des droits processuels ? Le législateur français ne va-t-il pas « *trop loin* », rendant cette étape dangereuse pour le droit à un processus équitable ? Si le troisième volet du triptyque souhaité s'ouvre concrètement, il s'ouvre peut-être trop largement, mettant en péril l'équilibre global du système et particulièrement le panneau central.

³³⁹ VUITTON (X.), « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile », *RTD civ.*, 2019, pp. 771 et s., spéc. n°4 : « *En d'autres termes, si une distinction devait être faite, elle devrait reposer sur l'état conflictuel ou apaisé des relations entre les parties et non sur la méthode de négociation suivie ou la qualification de la convention* ».

Seconde partie – Le régime contre-productif de l’octroi de la force exécutoire aux accords de résolution amiable

Annnonce. – « *En droit interne, l’apposition de la formule exécutoire est pratiquement une formalité tant elle passe inaperçue*³⁴⁰ », disait Philippe Théry. La présente recherche ne peut toutefois que s’attarder sur cette étape nécessaire à l’exécution forcée des accords de résolution amiable, dont il sera démontré qu’elle est essentielle à l’effectivité des droits processuels dans la justice amiable. Au droit à l’exécution de l’accord amiable répond comme il a été exposé un régime particulier, en réalité toujours plus simplifié, de l’octroi de la force exécutoire à certains accords amiables. La justice amiable connaît ainsi un résultat pleinement efficace, mais peut-être contre-productif : l’amenuisement constant du contrôle de l’accord amiable amène à s’interroger sur l’examen, la vérification du caractère réellement, effectivement équitable du processus ayant abouti à un tel accord. La phase finale (bien que facultative) d’octroi de la force exécutoire constitue en réalité une ultime opportunité de vérification d’une réelle effectivité des droits processuels du triptyque du mode amiable équitable. Or sa récente réforme amène à émettre certaines craintes, relatives à la sécurisation de la justice amiable. En effet, la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l’institution judiciaire a ouvert une nouvelle fenêtre d’efficacité aux parties à un MARD en leur permettant, sous certaines conditions, de passer directement par le greffe pour obtenir ce qu’elles demandaient avant uniquement devant le juge de l’homologation : l’octroi de la force exécutoire à leur accord en-dehors de toute procédure judiciaire³⁴¹. Le CPC a ainsi été modifié en conséquence³⁴². Le nouvel octroi de la force exécutoire par le greffe apparaît comme une opération purement matérielle, mettant en danger le caractère équitable de certains processus amiables ainsi achevés (**Titre I**). La fonction d’homologation du juge, qui constitue pourtant un garde-fou intéressant, en quelque sorte la dernière clé d’une effectivité pleine et entière des droits processuels dans la justice amiable, s’en trouve menacée (**Titre II**).

³⁴⁰ THÉRY (Ph.), « *Judex gladii (des juges et de la contrainte en territoire français)* », in *Mélanges en l’honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 477 et s., spéc. p. 479.

³⁴¹ CPC. ex, Art. L. 111-3, modifié par Loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l’institution judiciaire, Art. 44.

³⁴² CPC, Section 2 du Titre III du Livre V : « *De l’apposition de la formule exécutoire par le greffe* », créée par Décret n°2022-245 du 25 février 2022 favorisant le recours à la médiation, portant application de la loi pour la confiance dans l’institution judiciaire et modifiant diverses dispositions.

Titre I – Un greffier peu sécurisant

Annonce. – Le greffier est ainsi dans une certaine mesure élevé au même rang qu’un juge homologateur ou qu’un notaire conférant authenticité à l’acte qui lui est soumis, au sens où il a désormais le pouvoir d’apposer une formule exécutoire sur un contrat mettant fin à un différend. Ce nouveau trio d’acteurs est à l’évidence vicié d’un déséquilibre. Choisi pour des raisons louables mais stratégiques (**Chapitre 1**), son intervention n’est pas satisfaisante car le contrôle de l’accord amiable qu’il effectue ne permet raisonnablement pas une vérification suffisante du caractère réellement équitable de la procédure négociée suivie par les parties (**Chapitre 2**). Il correspond en réalité à la « *moins pire des solutions* » et apparaît *in fine* comme un choix de substitution critiquable.

Chapitre 1 – Causes stratégiques de son intervention

Annonce. – À première vue, le choix de recourir au greffe pour apposer la formule exécutoire sur ces accords amiables contresignés par avocats paraît tout à fait convenable. Un juste-milieu semble avoir été trouvé : refusant d’accorder un trop grand pouvoir aux avocats dans ce mécanisme essentiel à l’effectivité des droits processuels dans la justice amiable (**Section 1**), le législateur reconnaît tout de même le rôle clé des conseils des parties dans la conduite d’un processus négocié équitable (**Section 2**).

Section 1 – Le choix raisonnable d’une intervention judiciaire

Annonce. – Face à d’insistants plaidoyers pour une grande, voire une très importante efficacité des actes contresignés par avocats (§1), le législateur semble avoir trouvé l’intervenant idéal en la personne du greffier, membre du tribunal judiciaire (§2).

§1 – Le refus bienvenu des actes d’avocats auto-exécutoires

Un plaidoyer rémanent. – La question de l’octroi de la force exécutoire à certains actes par d’autres acteurs que le juge ou le notaire est sujette à caution. Contourner le critère de l’authenticité ou du cadre judiciaire pour doter un contrat d’une telle force n’est pas chose futile ; cette « *déjudiciarisation accrue de l’exécution* », comme Claude Brenner la désigne³⁴³, ne saurait se résumer à une politique managériale d’incitation aux MARD et soulève en réalité

³⁴³ BRENNER (C.), « L’exécution dans le rapport “Amélioration et simplification de la procédure civile” », *JCP G*, 2018, suppl. au n°13, pp. 55 et s., spéc. n°8, p. 57.

des enjeux plus profonds, relatifs à l'interdit de la justice privée et au monopole étatique de mise en branle de la force publique³⁴⁴. C'est la raison pour laquelle le sujet a été tant débattu en France. Si le greffier a fini par être désigné pour effectuer une telle mission, c'est précisément en raison d'une vive hostilité à l'égard d'une proposition plus osée – celle de se passer de toute intervention judiciaire et de se contenter du contreseing de l'avocat pour rendre l'accord de résolution amiable directement, automatiquement exécutoire. Une partie de la profession réclamait en effet cette possibilité : le Conseil national des barreaux (CNB) l'appelait « *de ses vœux, depuis de longue année*³⁴⁵ », tandis que le Rapport Perben la faisait figurer parmi ses recommandations en août 2020³⁴⁶. Les arguments avancés tenaient essentiellement à l'encombrement des juridictions, à la précarité de la trésorerie de certains cabinets ainsi qu'à la nécessité pour les avocats de s'imposer en matière de justice amiable³⁴⁷. Une étude comparée des législations pouvait également venir au secours de cette revendication, certains pays voisins y faisant déjà droit ; ainsi, au Portugal, l'acte sous seing privé « *authentifié* » par avocat ou « *documento particular autenticado* » dispose de forces probante et exécutoire équivalentes à celles d'un acte notarié³⁴⁸.

Un plaidoyer repoussant. – Ce discours n'a cependant pas fait l'unanimité parmi les praticiens : certains avocats y ont perçu une déformation de leur mission principale de conseil ainsi qu'une charge supplémentaire de travail et de responsabilité³⁴⁹, le Conseil supérieur du notariat s'y est opposé³⁵⁰ et les juridictions se sont inscrites dans cette réticence³⁵¹. La Chancellerie a sur ce point rejoint une doctrine relativement majoritaire, n'approuvant pas une

³⁴⁴ AGOSTINI (F.), MOLFESSIS (N.), « Amélioration et simplification de la procédure civile », *Rapport Chantiers de la justice, Ministère de la Justice*, 2018, p. 27 : « *Le groupe de travail considère que la question de la délégation de la force exécutoire à des acteurs autres que le juge, des officiers publics ou ministériels ou des agents de l'État pose une question de principe et non de régulation des flux judiciaires.* ».

³⁴⁵ Résolution du CNB, *Suite des EGAPA sur l'acte d'avocat issu d'un mode alternatif de la force exécutoire et de la signature électronique*, 3 avril 2020 : « *RAPPELLE que le CNB appelle de ses vœux, depuis de longue année, le caractère exécutoire de l'actes d'avocats contresigné par l'avocat de chacune des parties ; INVITE les pouvoirs publics à donner une issue favorable à cette demande* ».

³⁴⁶ PERBEN (D.), « Mission relative à l'avenir de la profession d'avocat », *Rapport à M. le Garde des sceaux, ministre de la Justice*, juillet 2020, p. 29 : Recommandation n°8.

³⁴⁷ v. GARNERIE (L.), « Force exécutoire : le CNB revient à la charge », *Gaz. Pal.*, 7 avril 2020, n°14, pp. 5 et s. ; JANUEL (P.), « Rapport Perben : comment sauver les avocats ? », *Dalloz Actualité*, 26 août 2020.

³⁴⁸ ROUILLARD (M.), « Regards croisés sur l'acte d'avocat en Europe », *AJ Famille*, 2011, pp. 308 et s.

³⁴⁹ BRENNER (C.), « L'exécution dans le rapport "Amélioration et simplification de la procédure civile" », *JCP G*, 2018, suppl. au n°13, pp. 55 et s., spéc. n°9, p. 58.

³⁵⁰ « *L'avocat, compte tenu de son indépendance, n'est pas et ne saura jamais être dépositaire de l'autorité de l'État* », tel que cité par GARNERIE (L.), « Mission sur l'avenir de la profession d'avocat : du neuf avec du vieux ? », *Gaz. Pal.*, 1^{er} septembre 2020, n°29, pp. 9 et s.

³⁵¹ BRENNER (C.), *loc. cit.*

telle mesure en raison du « *fort risque d'inconstitutionnalité* » qu'elle présentait³⁵². La difficulté tenait en réalité à la notion même de force exécutoire, indissociable de celle de service public. Sur le plan organique, les avocats ne représentent pas une profession réglementée mais sont des personnes privées, dépourvues de prérogatives de puissance publique et surtout dotées d'une indépendance inconciliable avec le contrôle nécessaire de l'État sur les activités qu'il peut déléguer³⁵³. Sur le plan matériel, ce ne sont pas non plus des agents de la légalité mais des auxiliaires de justice concentrés sur la défense de leur clientèle. Enfin, sur le plan formel³⁵⁴, leur contreseing ne présente pas les mêmes garanties formelles que l'apposition de la formule exécutoire par un officier public, soumis à de strictes exigences, par exemple de conservation³⁵⁵. Ainsi, selon Claude Brenner, « *l'acte d'avocat auto-exécutoire est au propre et au figuré une chimère : un monstre malfaisant né d'une hybridation contre-nature en même temps qu'un projet totalement irréaliste*³⁵⁶ ».

§2 – La garantie du cadre judiciaire de l'opération

Un choix pragmatique et symbolique. – Le choix du législateur s'est donc porté sur le greffier. D'un point de vue pratique, la décision n'est pas illogique en ce qu'il est déjà engagé dans la certification de certains processus, par exemple en matière de vérification des dépens ou de titres étrangers (sans pour autant avoir lui-même le pouvoir de délivrer des titres exécutoires aux justiciables dans ces matières)³⁵⁷. Le Rapport Agostini-Molfessis, dès 2018, n'excluait en outre pas de déléguer l'octroi de la force exécutoire à d'autres intervenants que le juge de l'homologation³⁵⁸. D'un point de vue symbolique, les MARD demeurent dans le giron

³⁵² Rép. Min. n°17709, JO Sénat Q, 5 novembre 2020, p. 5130 : (à M. Antoine Lefèvre) « *Le Conseil Constitutionnel a en effet rappelé (décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999) que le législateur ne pouvait autoriser des personnes morales de droit privé à délivrer des titres exécutoires qu'à la condition qu'elles soient chargées d'une mission de service public. Or, les avocats dont l'indépendance interdit qu'ils soient soumis dans l'exercice de leurs missions à un contrôle administratif, ne sauraient être considérés comme exerçant une telle mission dans les conditions notamment définies par le Conseil d'Etat (CE Sect., 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés, n° 261541).* ».

³⁵³ BRENNER (C.), *loc. cit.* : « *La force exécutoire n'est pas un jouet dont on peut faire cadeau à une profession parce qu'elle le désire ardemment ou parce que cela pourrait aider à soulager les tribunaux : elle est la conséquence d'une stricte délégation de service public qui est incompatible avec l'indépendance statutaire de l'avocat.* ».

³⁵⁴ Sur les trois critères (organique, matériel, formel) de la force exécutoire, v. SAGAUT (J.-F.), « La force exécutoire de l'acte notarié : une évidente exclusivité », *JCP G*, 2018, suppl. au n°13, pp. 60 et s.

³⁵⁵ GOUJON-BETHAN (Th.), « L'accord amiable par actes d'avocats rendu exécutoire par le greffe : quelle distribution des rôles ? », *Gaz. Pal.*, 27 avril 2021, n°16, pp. 49 et s., spéc. p. 50.

³⁵⁶ BRENNER (C.), *loc. cit.*

³⁵⁷ GUINCHARD (S.) et alii., *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz Action, Dalloz, 10^e éd., 2022, spéc. n°s 0122.91 et 0122.92, p. 77.

³⁵⁸ AGOSTINI (F.), MOLFESSIS (N.), « Amélioration et simplification de la procédure civile », *Rapport Chantiers de la justice*, Ministère de la Justice, 2018, p. 27.

protecteur de l'enceinte judiciaire et l'intervention d'un personnage du palais de justice peut constituer un élément rassurant pour des justiciables encore méfiants vis-à-vis d'une justice participative trop peu encadrée³⁵⁹.

Un choix porteur d'espoirs. – Du point de vue de l'effectivité des droits processuels dans la justice amiable, il est également permis de saluer ce compromis : l'abandon d'une telle puissance à des personnes privées telles que les avocats comme en Italie³⁶⁰, les tiers médiateurs comme au Portugal³⁶¹ ou encore les parties elles-mêmes comme en Suisse³⁶², ne satisferait guère la nécessité d'un contrôle judiciaire de l'effectivité d'une résolution amiable équitable. Aucune procédure négociée n'est en effet à l'abri d'un manque d'indépendance ou d'impartialité du tiers intervenant, ou bien d'une violation par les conseils des parties de garanties processuelles comme l'égalité des armes ou encore le délai raisonnable de la procédure. Le greffier, par son regard extérieur, représente peut-être un gage supplémentaire d'une mise en œuvre concrète des droits procéduraux des parties à un règlement négocié. Si l'avocat n'est pas à-même d'avaliser un processus auquel il participe, toujours est-il qu'il contribue à concrétiser les droits processuels de son client au cours des négociations ; ce rôle à jouer est ici remarqué, récompensé et donc encouragé.

Section 2 – L'objectif louable de valorisation du rôle de l'avocat dans la justice amiable

Annonce. – En exigeant pour l'intervention du greffier le contreseing de l'avocat (§1) et en donnant à ce dernier par cette même intervention du greffier un effet très puissant (§2), le législateur met en valeur le personnage de l'avocat en matière de MARD.

³⁵⁹ GOUJON-BETHAN (Th.), « L'accord amiable par actes d'avocats rendu exécutoire par le greffe : quelle distribution des rôles ? », *Gaz. Pal.*, 27 avril 2021, n°16, pp. 49 et s., spéc. p. 50 : « *En opportunité, le recours au greffier participe d'une judiciarisation symbolique des accords amiables favorisant la confiance dans les modes alternatifs.* ».

³⁶⁰ Décret-Loi du 4 mars 2010, Art. 12, permettant aux avocats de rendre l'accord exécutoire par leur contreseing et une certification de conformité à l'ordre public, cité par GOUJON-BETHAN (Th.), *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. Fricero (N.), LGDJ, 2021, n°334, p. 249.

³⁶¹ Loi n°29/2013 du 19 avril 2013, Art. 9, permettant aux parties de bénéficier d'un accord immédiatement exécutoire sous certaines conditions, notamment si le médiateur en question figure sur une liste officielle et si le processus de médiation suivi est conforme à ce que la loi dispose, cité par GOUJON-BETHAN (Th.), *loc. cit.*

³⁶² v. « Acte / Titre authentique exécutoire », in MIRIMANOFF (J.), *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, Bruylant, 2019, p. 53 : En vertu du CPC suisse, Art. 347 et s., la prétention convenue est exécutable sans action en justice, du seul fait de la volonté des parties. Elle peut être de toute nature, avec quelques exceptions.

§1 – L'exigence du contreseing de l'avocat, une reconnaissance habile

Le contreseing, gage intéressant de qualité du processus amiable. – La place tout à fait essentielle de l'avocat dans la justice amiable est loin d'être ignorée ; c'est justement cette considération qui a été soulevée dans les divers plaidoyers pour un contreseing auto-exécutoire³⁶³. Par la mise en œuvre d'un tel critère de l'apposition de la formule exécutoire par le greffe, le législateur aboutit à un compromis fort adroit. Il rend en effet l'action de l'avocat fondamentale dans l'exécution du règlement amiable, le greffier devenant impuissant en l'absence d'une telle pré-validation de l'accord. La symbolique est très forte, d'autant plus que le contrôle exigé du greffier n'est en rien comparable avec celui éventuellement effectué par un juge homologateur comme la recherche le démontrera – *in fine*, l'intervention du greffe semble relever de la pure formalité et le contreseing de l'avocat devient un gage essentiel de bonne conduite du processus amiable. En effet, sa contresignature va de pair avec une obligation de conseil de son client³⁶⁴, d'information claire et entière sur le contenu de l'accord qu'il conclut et les conséquences juridiques qui en découlent³⁶⁵. Par le biais d'un tel échange, l'avocat est en mesure d'évaluer le caractère équitable du processus négocié qui s'est déroulé et d'avertir la partie de toute potentielle méconnaissance de ses droits processuels.

Le contreseing, outil à la disposition d'un avocat devenu incontournable. – Le législateur français place ici une confiance toute particulière en l'avocat, saluant le caractère souvent déterminant de son intervention en matière de justice amiable et le rendant par conséquent indispensable à la bonne exécution de l'accord négocié. Les parties, si elles souhaitent voir leur contrat de règlement participatif effectivement mis en œuvre par la contrainte publique et autrement que par une homologation judiciaire, n'auront d'autre choix que d'en référer à leur conseil et ne pourront se passer de son contreseing pour présenter leur contrat au greffe. Rendant l'avocat incontournable, la France se distingue d'autres États comme la Suisse³⁶⁶ et attire l'attention des parties sur un personnage essentiel au bon déroulement de leur résolution amiable.

³⁶³ THÉRY (Ph.), « Observations sur les propositions de modifications de la procédure civile », *JCP G*, 2018, suppl. au n°13, pp. 26 et s., spéc. n°5, p. 27 : « *Le rôle des avocats dans la négociation ou la conclusion d'accord entre leurs clients est plus important et l'octroi de la force exécutoire à ces accords peut être assuré plus simplement* ». L'auteur semble sur ce point y être favorable.

³⁶⁴ Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971, Art. 66-3-1.

³⁶⁵ ROUILLARD (M.), « Regards croisés sur l'acte d'avocat en Europe », *AJ Famille*, 2011, pp. 308 et s. : « *l'avocat, rédacteur d'un acte sous seing privé, s'engage à éclairer pleinement son ou ses client(s) quant aux conséquences et aux effets juridiques du contrat qu'il(s) s'apprête(nt) à signer.* ».

³⁶⁶ cf. *supra*.

§2 – La force du contreseing de l’avocat, un encouragement utile

Un appel à l’intervention des avocats en matière amiable. – Le contreseing, créé en 2011 et intégré au C. civ. en 2016³⁶⁷, se voit doté d’une réelle efficacité juridique qui lui manquait peut-être auparavant, sa seule originalité tenant jusqu’alors à l’inversement de la charge de la preuve. Au-delà de cette force probante supplémentaire qu’il garantissait déjà sans pour autant égaler celle d’un acte authentifié par un notaire³⁶⁸, il offre désormais une force exécutoire tout à fait intéressante puisqu’il figure, à condition d’être approuvé par le greffier, dans la liste officielle des titres exécutoires qui comprend notamment et en premier lieu les décisions de justice ayant force de chose jugée ainsi que les accords amiables homologués par le juge³⁶⁹. En garantissant la bonne exécution de ces actes contresignés, le législateur s’assure d’attirer l’attention des avocats sur les modes amiables et de les encourager à s’emparer de ce nouveau marché parallèlement très prisé par des opérateurs économiques privés comme les *legal techs*³⁷⁰.

Un appel à la vigilance des avocats en matière amiable. – L’objectif est visiblement d’en faire des auxiliaires de justice dans le sens plein et entier du terme, de véritables auxiliaires de justice étatique, arbitrale mais aussi amiable. Le contreseing engageant leur responsabilité professionnelle³⁷¹, les avocats sont également incités à davantage de vigilance quant au respect des droits processuels des parties dans le cadre d’un MARD. En effet, afin de s’assurer d’un consentement libre et éclairé de leur client à l’accord final, les avocats auront certainement à cœur de participer aux séances de négociation quelles qu’elles soient³⁷² et à cette occasion de vérifier que le processus suit un déroulement fidèle aux garanties d’une justice amiable équitable. Ils sont ici invités à surveiller l’accès concret de leur client au mode participatif, mais

³⁶⁷ Loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées ; Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, Art. 4, en vigueur le 1^{er} oct. 2016 ; C. civ., Art. 1374.

³⁶⁸ MAYER (L.), *Théorie générale des MARD*, Séminaire de Master 2 Justice et droit du procès, Université Paris-Panthéon-Assas, 2021 : L’acte contresigné par avocat ne fait pas foi jusqu’à inscription de faux. Il garantit simplement le fait que la partie prétendant qu’il ne s’agit pas de son écriture a la charge de la preuve au cours d’une « *procédure de faux* », particulière, en vérification d’écriture.

³⁶⁹ CPC, Art. L. 111-3 1^o.

³⁷⁰ FÉRAL-SCHUHL (Ch.), « La profession d’avocat est en train de muter. Nous devons dépasser nos domaines de prédilection et nos frontières pour aller sur d’autres terrains dans lesquels nous avons un rôle fondamental à tenir », *Le Monde du Droit*, 13 novembre 2017.

³⁷¹ Le contreseing n’engage pas une responsabilité accrue, mais est soumis au régime déjà exigeant de responsabilité professionnelle classique de l’avocat. v. BACACHE (M.), LEROYER (A.-M.), « Acte d’avocat : Acte sous seing privé contresigné par l’avocat – Acte authentique », *RTD civ.*, 2011, pp. 403 et s. ; PILLET (G.), « Le contreseing de l’avocat et la responsabilité civile professionnelle du rédacteur d’acte », *AJ Famille*, 2011, pp. 300 et s., spéc. n°23.

³⁷² Dans un sens similaire, MOUTARDIER (H.), « Un nouveau titre exécutoire en matière familiale », *AJ Famille*, 2002, p. 84 : « *Assurément, pour l’efficacité de leur intervention, et traduire fidèlement l’accord des parents, les avocats souhaiteront assister leurs clients durant les séances de médiation ou de conciliation.* ».

aussi le comportement de l'éventuel tiers médiateur ou conciliateur au même titre que celui de leur homologue, puisque le contreseing de chaque avocat doit être obtenu³⁷³. L'hypothèse d'effectivité initialement formulée semble ici sur la bonne voie. N'est-elle pas mise en danger par l'intervention ultérieure du greffe ?

Chapitre 2 – Remise en cause critique de son contrôle

Annonce. – Jean-François Sagaut, dans le cadre d'un colloque du 6 février 2018 portant sur les Chantiers de la justice, défendait ardemment l'exclusivité de la force exécutoire de l'acte authentifié par un notaire. À ce titre, il estimait nécessaire de « *s'assurer que le professionnel auquel on confie cette responsabilité présente des garanties équivalentes à celle du juge*³⁷⁴ ». En ce qui concerne le contrôle de l'accord amiable effectué par le greffier, il est raisonnable de douter de l'existence de telles garanties : le nouveau droit positif ne permet résolument pas une vérification du caractère équitable de la résolution amiable aussi satisfaisante que celle effectuée par le juge homologateur³⁷⁵, tant sur le plan matériel (**Section 1**) que temporel (**Section 2**).

Section 1 – Une vérification minimaliste

Annonce. – Le greffier, s'il semble devoir tout de même jeter un œil à l'accord amiable sur lequel il appose la formule exécutoire malgré les incertitudes originelles à ce propos (§1), paraît n'y accorder qu'un regard en surface et bien insatisfaisant (§2).

§1 – Doutes initiaux sur l'existence même d'un contrôle

Une intervention mécanique ? – Avant la précision par décret³⁷⁶ des modalités de l'apposition de la formule exécutoire, il était possible d'interpréter les travaux législatifs comme mettant en place une simple obligation de délivrance à la charge du greffier. C'est notamment ce que Thibault Goujon-Bethan suggérait, évoquant un greffier « *dépositaire* » de l'acte contresigné et donc « *tenu* » de délivrer aux parties une copie (exécutoire) de ce document dans une logique

³⁷³ Étude d'impact, Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, NOR : JUSX2107763L/Bleue-1, p. 308 : « *L'acte d'avocat peut [...] être signé par un avocat unique, s'il fait état de la conciliation des parties, en ayant veillé à l'équilibre de leurs intérêts. Néanmoins, dans le cadre de cette réforme [...], il apparaît nécessaire de prévoir que chacune des parties soit représentée par un avocat distinct, à l'instar de ce qui est prévu pour le consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire.* ».

³⁷⁴ SAGAUT (J.-F.), « La force exécutoire de l'acte notarié : une évidente exclusivité », *JCP G*, 2018, suppl. au n°13, pp. 60 et s., spéc. n°17, p. 62.

³⁷⁵ cf. *infra*.

³⁷⁶ Décret n°2022-245 du 25 février 2022.

similaire à celle des Art. 1435 et suivants du CPC³⁷⁷. En ce sens, l'exposé des motifs de la nouvelle Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire indiquait que le greffier pouvait « *apposer directement la formule exécutoire*³⁷⁸ » tandis que l'Art. 44 dudit texte intégrant les actes contresignés dans la liste légale des titres exécutoires indiquait qu'ils étaient « *revêtus* » de cette formule³⁷⁹. Étymologiquement parlant, ces verbes n'évoquent *a priori* aucun effort intellectuel³⁸⁰, le greffier ne constituant ainsi aucune plus-value dans la vérification de l'accord amiable comme le laisse entendre l'adverbe « *directement* ».

§2 – Réflexions prospectives sur l'étendue du contrôle

Un contrôle formel. – L'Art. 1568 du CPC est ultérieurement venu imposer un stade préalable d'inspection de l'acte contresigné par le greffier ; ainsi, son al. 3 dispose que « *Le greffier n'appose la formule exécutoire qu'après avoir vérifié sa compétence et la nature de l'acte* ». Le contrôle qu'il effectue est donc « *purement formel*³⁸¹ » et se restreint à une lecture en surface de l'acte, afin de s'assurer qu'il réunit bien toutes les conditions légales pour constituer un titre exécutoire tel que nouvellement défini à l'Art. L. 111-3 CPC. ex. 7° : signature des parties accompagnée du contreseing des avocats respectifs et qualification de transaction ou d'accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative.

Un contrôle compréhensible. – Ce minimalisme n'est guère surprenant – l'homologation faisant déjà l'objet d'une grande controverse quant à l'étendue de l'examen par le juge de l'accord lui étant soumis, le greffier ne pouvait espérer une latitude similaire. Malgré son inscription dans l'enceinte judiciaire, il n'est pas une juridiction et son office ne peut s'apparenter à celui du juge, même homologateur ; c'est ce qu'Emmanuel Jeuland souligne dès 2018 à propos de la matière gracieuse, bien que cette dernière corresponde à un contrôle plus approfondi de la légalité et de l'opportunité des actes que l'homologation. Ses propos restent transposables au sujet étudié : « *Il s'agit de protéger des parties pour empêcher ou contrôler la*

³⁷⁷ GOUJON-BETHAN (Th.), « L'accord amiable par actes d'avocats rendu exécutoire par le greffe : quelle distribution des rôles ? », *Gaz. Pal.*, 27 avril 2021, n°16, pp. 49 et s., spéc. p. 51.

³⁷⁸ « *Afin de favoriser le recours aux modes alternatifs de résolution des litiges, l'Art. [...] renforce l'efficacité juridique des actes contresignés par des avocats. [...] Il permet ainsi au greffe d'apposer directement la formule exécutoire sur l'acte contresigné par les avocats de chacune des parties constatant une transaction ou un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative.* ».

³⁷⁹ « *L'Art. L.111-3 du code des procédures civiles d'exécution est complété par un 7° ainsi rédigé : "7° Les transactions et les actes constatant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, lorsqu'ils sont contresignés par les avocats de chacune des parties et revêtus de la formule exécutoire par le greffe de la juridiction compétente."* ».

³⁸⁰ v. « Apposer » et « Revêtir », in LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française* [en ligne].

³⁸¹ AUFIERE (P.), « Médiation et formule exécutoire », *AJ Famille*, 2022, p. 124, spéc. n°2.

*conclusion de certains actes. L'administration ne pourrait faire ce travail qui implique de mettre en œuvre les principes fondamentaux de procédure et notamment une forme particulière de coopération*³⁸² ». Thibault Goujon-Bethan revient quant à lui sur la différence sémantique que le législateur installe entre les mots qu'il emploie pour décrire les missions du greffier et ceux qu'il utilise pour évoquer la fonction du juge homologateur, lequel « *rend* » l'acte exécutoire³⁸³ et lui « *confère* » ainsi une force³⁸⁴. Le juge, quand bien même son champ d'action est discuté lorsqu'il homologue un accord issu d'un MARD, est naturellement plus invasif que le greffier.

Un contrôle insatisfaisant. – La modestie du contrôle effectué par ce dernier, si elle est compréhensible par comparaison avec la fonction homologatrice du juge, demeure critiquable en matière d'effectivité des droits processuels dans la justice amiable. En effet, si elle garantit une efficacité redoutable des accords négociés en simplifiant leur exécution, elle peut aussi représenter un danger important en ce que des processus participatifs se trouvent ainsi avalisés sans que leur caractère équitable ne soit concrètement vérifié. Les contrepoids proposés ne sont guère convaincants.

D'abord, le contreseing de l'avocat présenté comme une garantie de sécurité juridique par le législateur³⁸⁵ offre certes une assise intéressante, mais non suffisante : s'il promet à tout le moins une vérification de la réalité du consentement du client accompagné par l'avocat concerné, il s'effectue toujours dans l'intérêt de cette partie et peut sur ce point masquer un processus amiable inéquitable, par exemple contrevenant au principe d'égalité des armes. L'avocat est simplement invité à développer une éthique de l'amiable ; il n'est cependant pas certain qu'il réponde à cette invitation.

Ensuite, la demande aux fins de suppression de la formule exécutoire assurée à l'Art. 1570 du CPC, si elle constitue une voie de recours salvatrice, prouve bien en quoi une telle procédure, imparfaite, « *porte les germes de sa contestation potentielle*³⁸⁶ ». Elle ne promet pas

³⁸² JEULAND (E.), « Réforme de la justice : pauvre principe de coopération », *JCP G*, 2018, suppl. au n°13, pp. 28 et s., spéc. n°11, p. 31.

³⁸³ CPC, Art. 1565 ; CPC. ex., Art. L. 111-3.

³⁸⁴ GOUJON-BETHAN (Th.), « L'accord amiable par actes d'avocats rendu exécutoire par le greffe : quelle distribution des rôles ? », *Gaz. Pal.*, 27 avril 2021, n°16, pp. 49 et s., spéc. p. 51.

³⁸⁵ Étude d'impact, Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, NOR : JUSX2107763L/Bleue-1, p. 304 : « *lorsque les parties ont été assistées d'un avocat durant le processus de négociation de l'accord ou pour la rédaction de celui-ci, la nécessité d'un contrôle judiciaire sur les termes de l'accord et la réalité du consentement peut apparaître limitée. En effet, l'intervention de l'avocat, professionnel du droit soumis à des obligations déontologiques fortes, est de nature à garantir le consentement libre et éclairé des parties aux obligations auxquelles elles acceptent de se soumettre.* ».

³⁸⁶ AUFIERE (P.), « Médiation et formule exécutoire », *AJ Famille*, 2022, p. 124, spéc. n°2.

en outre un grand succès à ceux qui en useront, les contreseings assurant de la validité des consentements et rendant difficilement attaquables les titres exécutoires ainsi produits³⁸⁷.

Enfin, la possibilité de refus du greffier évoquée à l'Art. 1569 du CPC³⁸⁸ devrait relever de l'exception si les quelques formalités exigées sont respectées. Là encore, les parties au MARD ne rencontreront que peu de difficultés si elles saisissent le greffier territorialement compétent et si elles signent et font contresigner leur accord. Il n'est par ailleurs pas impossible que ce contrat soit nommé « *transaction* » ou « *accord de médiation, conciliation, procédure participative* » sans pour autant que le contenu (absence de concessions réciproques) ou le processus y ayant abouti (ne s'inscrivant pas dans l'une des trois catégories énoncées) corresponde à ces qualifications. Des intitulés-types pourraient en effet surgir dans la pratique, à la manière de ce qui a pu se faire en matière de mention obligatoire de tentative amiable préalable³⁸⁹ ; les avocats et leurs clients pourraient profiter de l'ouverture d'une telle brèche pour obtenir l'exécution forcée d'accords bien moins protecteurs, lesquels seraient peu détectés par un greffier concentré sur un examen formaliste de ces actes. Ne seraient ainsi décelées que les erreurs grossières, matérielles, évidentes. La contrariété de l'accord à l'ordre public, cause possible de refus du greffier que Thibault Goujon-Bethan envisageait³⁹⁰ mais que Lucie Mayer écarte³⁹¹, ne pourrait peut-être même pas faire l'objet d'un repérage infailible si elle n'était pas totalement apparente, la sobriété du contrôle effectué s'accompagnant d'une économie de temps préoccupante.

Section 2 – Une vérification expéditive

Annonce. – Cette rapidité de l'intervention du greffe coïncide avec le souci constant d'une efficacité temporelle, d'un rendement du service public de la justice, d'une immédiateté de la réaction judiciaire (§1). En matière d'apposition de la formule exécutoire à des accords mettant fin à des différends, elle peut être sévèrement critiquée (§2).

³⁸⁷ MOUTARDIER (H.), « Un nouveau titre exécutoire en matière familiale », *AJ Famille*, 2002, p. 84 : « *Et le titre lui-même sera difficilement remis en cause, puisque le contreseing de l'avocat garantit que le client a été informé et éclairé sur ses droits.* ».

³⁸⁸ Qui est insusceptible de recours, aucune voie de contestation n'étant prévue, comme le souligne MAYER (L.), « Les aspects du décret n°2022-245 du 25 février 2022 relatifs aux modes amiables de résolution des différends », *Gaz. Pal.*, 26 avril 2022, n°14, pp. 60 et s., spéc. n°25, p. 63.

³⁸⁹ cf. *supra*.

³⁹⁰ GOUJON-BETHAN (Th.), « L'accord amiable par actes d'avocats rendu exécutoire par le greffe : quelle distribution des rôles ? », *Gaz. Pal.*, 27 avril 2021, n°16, pp. 49 et s., spéc. p. 51 : Parmi les « *causes usuelles de refus d'instrumenter* ».

³⁹¹ MAYER (L.), *op. cit.*, spéc. n°23, p. 63 : « *Point de contrôle de la conformité – même seulement apparente – à l'ordre public. A fortiori, point de contrôle de la validité ni de l'existence de l'acte* ».

§1 – Une célérité recherchée

Une recherche globale. – La thématique de l'accélération du temps procédural mobilise les réflexions contemporaines axées sur l'amélioration de la qualité de la justice³⁹² et notamment de son efficacité, c'est-à-dire très prosaïquement de son rendement³⁹³. Les États généraux de la justice n'ont pas manqué de l'aborder au titre de la confiance des justiciables dans le système judiciaire³⁹⁴ : ainsi, 67 % des Français sondés estiment que les procédures judiciaires sont trop lentes³⁹⁵, ce qui affecte la vision qu'ils en ont.

Une recherche décomplexée. – En matière d'apposition de la formule exécutoire par le greffe, Stéphane Mazars, rapporteur dans les travaux parlementaires de la Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, en a fait un objectif assumé en indiquant que la nouvelle procédure permettrait « *d'aller beaucoup plus vite*³⁹⁶ ».

§2 – Une rapidité appréhendée

Les faibles avantages. – Ce souhait de vitesse dans l'octroi de force exécutoire aux accords transactionnels ou issus de certains modes amiables peut à première vue être salué, en ce qu'il permet une efficacité certaine de ces actes. Il s'inscrit en outre dans des considérations processuelles tout à fait intéressantes et transposables à la justice amiable, en garantissant notamment un délai raisonnable de la procédure négociée et en concrétisant le principe émergent de célérité³⁹⁷. Il serait dans cette logique possible de revisiter l'adage anglo-saxon et de proclamer « *amicable justice delayed, amicable justice denied* » ; la justice amiable retardée dans son déroulement comme dans son aboutissement ne serait plus une véritable justice comme elle aspire à l'être.

Les grands inconvénients. – Il convient toutefois de s'interroger sur les conséquences d'un contrôle expéditif de l'acte contresigné. La célérité ne doit en effet pas se confondre avec

³⁹² e. g. MAGENDIE (J.-C.), « Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès », *Rapport à M. le Garde des sceaux, ministre de la Justice*, Doc. fr., 2004 ; « Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel », *Rapport à M. le Garde des sceaux, ministre de la Justice*, Doc. fr., 2008.

³⁹³ v. « Efficacité », in LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française* [en ligne] : « *Aptitude (d'une machine, d'une technique, d'une personne ou d'une entreprise) à fournir le meilleur rendement* ».

³⁹⁴ « 16 propositions pour retrouver confiance dans la justice », *Commission des lois du Sénat, Agora de la justice du lundi 27 septembre 2021*, p. 1. : « *Les Français doutent de leur justice. Ils critiquent sa lenteur et sa complexité.* ».

³⁹⁵ « Le rapport des Français à la justice », *Sondage CSA Research pour la commission des lois du Sénat*, septembre 2021, p. 13.

³⁹⁶ Tel que cité par AUFIERE (P.), « Médiation et formule exécutoire », *AJ Famille*, 2022, p. 124, spéc. n°2.

³⁹⁷ v. CHOLET (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, préf. Guidicelli-Delage (G.), LGDJ, 2006.

l'urgence et l'excès de vitesse : si elle évoque un souci d'éviter les pertes de temps inutiles pour davantage d'efficacité, elle ne saurait pour autant conduire à une hâte, une précipitation qui amènerait le greffier à bâcler sa tâche et donc à négliger la vérification d'une réunion de ses conditions légales d'intervention, *a fortiori* celle d'une effectivité des droits processuels des parties au MARD. Cet antagonisme « *efficience versus équité* » exposé par Loïc Cadiet³⁹⁸ résonne ici avec une particulière intensité. L'étude d'impact accompagnant la Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire révèle en effet que la mission désormais confiée au greffier pourrait en pratique s'effectuer en vingt minutes – soit vingt-cinq de moins qu'une procédure en vérification des dépenses, quinze de moins que la délivrance d'un certificat européen et à peine dix de plus que l'apostille³⁹⁹. À l'aune d'une telle estimation, il est légitimement permis de douter d'un réel regard du greffier sur le contenu concret de l'accord qu'il avalise. Au-delà de considérations relatives à sa potentielle surcharge d'activité dans l'hypothèse d'un trop grand succès de cette nouvelle procédure⁴⁰⁰, il faut aussi garder à l'esprit l'encombrement déjà frappant des greffes des tribunaux judiciaires⁴⁰¹ : si les avocats seront certainement séduits par cette voie innovante, cela ne sera probablement pas le cas des greffiers qui privilégieront peut-être et malheureusement des techniques d'abattage fort peu satisfaisantes du point de vue des droits des parties à la justice amiable.

Conclusion du Titre I. – La nouvelle figure du greffe, si elle promet une grande efficacité des accords de résolution amiable, met en péril l'effectivité réelle des droits processuels des parties aux MARD par un contrôle bien trop superficiel de la convention, qui constitue l'issue, l'aboutissement du procédé négocié. Si Soraya Amrani Mekki espérait « *trouver les voies d'une célérité [...] compatible avec l'exigence de qualité de la procédure* » dans un propos plus largement axé sur la justice étatique⁴⁰², force est de constater que ce vœu reste pieux en matière d'exécution de l'accord de résolution amiable : prometteuse dans son ouverture et son

³⁹⁸ CADIET (L.), « *Efficience versus équité ?* », in Mélanges Jacques Van Compernelle, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 25 et s.

³⁹⁹ Étude d'impact, Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, NOR : JUSX2107763L/Bleue-1, p. 312.

⁴⁰⁰ Étude d'impact, *loc. cit.* : Laquelle semble *a priori* écartée, l'étude prévoyant une « *charge d'activité [...] très faible* ».

⁴⁰¹ *e. g.*

- Tribune, « L'appel de 3 000 magistrats et d'une centaine de greffiers : "Nous ne voulons plus d'une justice qui n'écoute pas et qui chronomètre tout" », *Le Monde*, 23 novembre 2021.

- ROUSSEL (P.), Directeur de greffe au TJ de Lille et président de la Conférence nationale des directeurs de greffe des TJ in « Agora de la justice : Retrouver confiance en la justice », Sénat, 27 septembre 2021 [en ligne], 18:00 et s. : Pierre Roussel déclare que « *pour une fois, on va peut-être entendre l'intendance* ». Il prend l'exemple de stocks vides au retour de l'été, élément surprenant car habituellement ces stocks sont « *pleins à craquer* ».

⁴⁰² AMRANI MEKKI (S.), « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.*, 5 juin 2008, n°157, pp. 12 et s., spéc. n°3.

déroulement, la procédure amiable semble souffrir d'un manque d'attention au stade de son issue. Cette intervention du greffier est dangereuse sur un autre plan, en ce qu'elle concurrence l'office homologateur du juge, pourtant porteur d'espoir en ce domaine : ce dernier ressort malmené de cette réforme préoccupante.

Titre II – Un juge homologateur distant

Annnonce. – Une étude pleinement transversale de l'effectivité des droits processuels dans la justice amiable ne saurait se passer d'une réflexion finale sur l'office du juge homologateur, tout particulièrement à l'aune de la récente réforme. Point d'orgue de la mise en œuvre concrète d'une justice amiable véritablement équitable, la procédure d'homologation présente des vertus certaines qui méritent d'être soulignées dans le cadre de la présente recherche (**Chapitre 2**) et qui amènent rétrospectivement à regretter le déclin avéré qui l'affecte (**Chapitre 1**).

Chapitre 1 – Causes du péril

Annnonce. – L'homologation par le juge semble être touchée par une sorte de *periculum in mora*, d'urgence à agir pour empêcher sa disparition. En effet, l'attrait que cette voie pouvait jusqu'alors représenter pour les parties aux MARD, déjà relatif (**Section 1**), est réduit à peu de chagrin par l'intrusion du greffe dans son domaine d'intervention (**Section 2**).

Section 1 – L'octroi de la force exécutoire à l'accord de résolution amiable par l'homologation, un intérêt relatif

Annnonce. – La phase d'octroi de la force exécutoire à l'accord de règlement amiable s'avère en réalité peu mobilisée par les parties ayant recours à des MARD (§1), ce qui peut s'expliquer par sa relative incongruité dans le cadre d'une résolution amiable du différend (§2).

§1 – Aspects quantitatifs

Des parties rarement intéressées. – Il convient dans un premier temps de souligner le fait qu'en pratique, le recours à l'homologation des transactions ou des accords issus de médiations, conciliations et procédures participatives est relativement rare, en tout cas en France. Si l'étude d'impact de la Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire note une « *utilisation importante*⁴⁰³ » de cette procédure par les parties aux modes amiables et prévoit une évolution

⁴⁰³ Étude d'impact, *op. cit.*, p. 303.

du nombre de requêtes à la hausse du fait de l'entrée en vigueur de nouveaux préalables obligatoires⁴⁰⁴, les données statistiques récoltées révèlent *a contrario* une demande globale assez pauvre⁴⁰⁵ face à une offre de décisions d'homologation en baisse⁴⁰⁶.

Des professionnels réservés. – Ce déficit quantitatif d'intérêt des parties pour l'obtention d'un titre exécutoire propre à garantir l'efficacité de leur processus négocié ainsi achevé s'accompagne d'une certaine réserve de la part des principaux concernés, les magistrats ne considérant par exemple pas que cette phase procédurale mérite de devenir systématique⁴⁰⁷.

§2 – Aspects qualitatifs

Une faculté. – Un tel désintérêt s'explique en effet, dans un second temps, par la philosophie même de la justice amiable et l'état d'esprit des parties qui y ont recours. D'abord, une requête aux fins d'obtenir la force exécutoire d'un accord de règlement participatif est purement facultative ; « *érigée en issue naturelle de la réussite* » du processus négocié, elle n'en constitue pour autant pas l'« *issue nécessaire* »⁴⁰⁸. Thibault Goujon-Bethan observe sur ce point qu'une telle procédure, y compris dans le cadre d'un déroulement judiciaire du mode amiable, peut ne pas correspondre aux attentes et objectifs des parties, lesquelles recherchent souvent dans ces mécanismes une confidentialité totale coïncidant difficilement avec la publicité de la décision d'homologation⁴⁰⁹.

Une anomalie. – Ensuite, cette simple faculté trouve une explication dans la nature « *accidentelle* » de l'octroi de force exécutoire à un contrat⁴¹⁰, un tel attribut de l'acte juridique

⁴⁰⁴ Étude d'impact, *op. cit.*, p. 310 : CPC, Art. 750-1, créé par le décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile, entré en vigueur au 1^{er} janvier 2020.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 303 : « *Les requêtes aux fins d'homologation d'accords, présentées devant les tribunaux d'instance et de grande instance, en dehors de toute procédure judiciaire, sont actuellement peu nombreuses* ».

⁴⁰⁶ *Ibid.* : Ainsi, de 83 142 en 2015, les décisions conférant force exécutoire à des transactions ont chuté à un nombre de 1 409 en 2019, ce que l'étude justifie par l'entrée en vigueur des nouvelles règles relatives à la procédure de surendettement.

⁴⁰⁷ CHARRIER (Ph.), BASCOULERGUE (A.), BONAFÉ-SCHMITT (J.-P.), FOLIOT (G.), « La prescription de la médiation judiciaire. Analyse socio-juridique des dispositifs de médiation dans trois cours d'appel : de la prescription à l'accord de médiation », *Rapport Mission de recherche droit et justice*, 9 octobre 2017, spéc. p. 75 : « *Ils ne sont que 3 sur 17 répondants à en faire un passage obligé. Ce résultant est d'autant plus remarquable que les avocats soutiennent une opinion différente, l'homologation systématique étant pour eux nettement plus souhaitable (55 %)* ». ».

⁴⁰⁸ GOUJON-BETHAN (Th.), *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. Fricero (N.), LGDJ, 2021, n°367, p. 277.

⁴⁰⁹ GOUJON-BETHAN (Th.), *loc. cit.*

⁴¹⁰ SAGAUT (J.-F.), « La force exécutoire de l'acte notarié : une évidente exclusivité », *JCP G*, 2018, suppl. au n°13, pp. 60 et s., spéc. n°12, p. 61 : L'auteur l'oppose ainsi à la force obligatoire, « *qualité "naturelle" de tout acte juridique* », et conclut « *Qu'un acte juridique soit obligatoire mais non exécutoire n'est donc, au fond, qu'une situation normale et non une infirmité* ».

n'étant réclamé que dans une situation contractuelle malade, anormale – les parties se contentant habituellement de la force obligatoire et ne recherchant la force exécutoire qu'en cas de scrupules relatifs à la bonne exécution des obligations de leur cocontractant. Enfin et surtout, le caractère exceptionnel d'une volonté d'homologuer le contrat se vérifie *a fortiori* en matière amiable puisqu'elle souligne alors la subsistance d'un doute, d'une méfiance envers l'autre partie qui correspond mal au principe même des MARD. La faculté d'homologation paraît en ce domaine presque paradoxale, l'essence de la justice amiable tenant à apaiser définitivement le différend ainsi qu'à retisser un lien de confiance entre les protagonistes. Il paraît donc logique et naturel que d'ordinaire, les parties procèdent à l'exécution de l'accord par elles-mêmes sans éprouver la nécessité de recourir au juge ... ou même au greffe, lequel appelle à devenir le premier (peut-être le seul ?) interlocuteur des parties encore soupçonneuses.

Section 2 – L'octroi de la force exécutoire à l'accord de résolution amiable par l'homologation en concurrence avec une nouvelle procédure, un intérêt résiduel

Annnonce. – Si les parties aux MARD n'avaient qu'un intérêt relatif à obtenir la force exécutoire de leurs accords, elles n'auront certainement qu'un intérêt tout à fait résiduel à saisir le juge de l'homologation. Le greffier, manifestement conçu comme une voie de délestage (§1), sera sans doute leur interlocuteur privilégié (§2).

§1 – Le greffier, voie de délestage ?

Le départ des actes contresignés par avocats. – Instinctivement, l'hypothèse d'une simple bascule des dossiers depuis les stocks du juge homologateur jusqu'à ceux du greffe peut être émise⁴¹¹. La structure même du CPC nouvellement modifié est évocatrice : l'homologation judiciaire et l'apposition de la formule exécutoire par le greffe figurent toutes deux au sein des dispositions communes au Livre V traitant de la résolution amiable des différends. Ainsi, elles ont vocation à partager le même domaine de compétence matérielle, ce qui peut se vérifier à la lecture des Art. 1565, 1567, 1568 et 1571 : les accords soumis au greffier sont globalement identiques à ceux que le juge doit contrôler pour les rendre exécutoires. Transactionnels ou bien issus d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, ils doivent simplement remplir la condition supplémentaire du contreseing des avocats devant le greffe. Il

⁴¹¹ GOUJON-BETHAN (Th.), « L'accord amiable par actes d'avocats rendu exécutoire par le greffe : quelle distribution des rôles ? », *Gaz. Pal.*, 27 avril 2021, n°16, pp. 49 et s., spéc. p. 51 : « Une lecture possible du projet est de considérer qu'il organise une sorte de transfert de l'activité d'homologation du juge vers le greffier lorsque les accords sont contresignés par avocats. ».

y a donc fort à parier que le juge homologateur ne soit à l'avenir plus autant saisi et n'opère son contrôle que sur les accords relatifs à la rémunération des médiateurs dans le cadre d'une médiation qu'il aura lui-même ordonnée⁴¹² ou de façon plus générale sur les actes non contresignés, pour lesquels la nouvelle procédure plus avantageuse ne sera pas ouverte.

§2 – Le greffier, choix plus sage ?

La présence rassurante de l'avocat auteur du contreseing. – Effectivement, les parties disposant d'accords amiables contresignés privilégieront sans doute le greffier pour deux raisons principales. D'une part, l'existence du contreseing des avocats attestant de leur présence et de leur assistance, si non lors du processus amiable, à tout le moins au moment de la conclusion de l'accord, rend peut-être moindre l'intérêt de recourir au contrôle plus fouillé d'un juge homologateur – la confiance des parties étant placée dans leurs conseils.

Le gain de temps intéressant par la voie du greffier. – D'autre part, la procédure devant le greffier aura la vertu incontestable d'être plus rapide que le traitement par le juge d'une requête en homologation, qu'elle s'effectue avec⁴¹³ ou sans débat⁴¹⁴. Ces arguments amènent Hélène Moutardier, ancienne bâtonnière du barreau de l'Essonne, à penser que ce nouveau type de titre exécutoire, récemment généralisé au domaine familial de l'intermédiation financière des pensions alimentaires⁴¹⁵, « *aura assurément la faveur des praticiens*⁴¹⁶ ». Il convient toutefois de nuancer une telle affirmation : un délaissement de l'homologation peut être craint, mais son extinction totale n'est pas à l'ordre du jour.

⁴¹² CPC, Art. 1565 al. 2, ajouté par le décret n°2022-245 du 25 février 2022 et entré en vigueur le 27 février 2022.

⁴¹³ L'hypothèse étant plutôt rare, CPC, Art. 1566 al. 1^{er} précisant par ailleurs qu'en principe « *Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties* ».

⁴¹⁴ cf. *supra*.

⁴¹⁵ C. Civ, Art. 373-2-2 I., complété au 1^{er} mars 2022 d'un 6^o par la loi n°2021-1754 du 23 décembre 2021 de financement de la sécurité sociale pour 2022 : « *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. Les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont fixées par : [...] Une transaction ou un acte constatant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, lorsqu'ils sont contresignés par les avocats de chacune des parties et revêtus de la formule exécutoire par le greffe de la juridiction compétente en application du 7^o de l'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution.* ».

⁴¹⁶ MOUTARDIER (H.), « Un nouveau titre exécutoire en matière familiale », *AJ Famille*, 2002, p. 84.

Chapitre 2 – Raisons du sauvetage

Annonce. – L’office homologateur du juge, s’il est réellement menacé, mérite d’être secouru. Il porte en effet de belles promesses d’effectivité des droits processuels dans la justice amiable en permettant une efficacité aboutie de l’exécution de l’accord de règlement négocié (**Section 1**) par le biais d’une vérification salvatrice de son contenu (**Section 2**). Ces deux vertus cardinales le distinguent de la mission du greffier, lequel n’est pas une juridiction – au sens organique du terme, une entité qui dit le droit et qui bénéficie de pouvoirs suffisants pour ce faire⁴¹⁷. En effet, l’opération homologatrice pourtant fortement teintée d’*imperium* ne va pas sans une part de *jurisdictio*⁴¹⁸, laquelle fait ici toute la différence. Dès lors, le juge de l’homologation semble être le seul à pouvoir endosser ce rôle essentiel de gardien de la porte de sortie ou plutôt de l’issue de secours du mode amiable.

Section 1 – La garantie d’une exécution plus efficace

Annonce. – À première vue, il peut paraître préférable pour les parties de se tourner vers le greffier si l’homologation prend davantage de temps et augure un contrôle plus fouillé de l’accord de résolution amiable. C’est néanmoins sans compter les « *potentialités juridictionnelles*⁴¹⁹ » de la décision d’homologation. La convention de règlement amiable bénéficiera en effet, si elle est avalisée par le juge, d’une efficacité absolue (§1). Cela permettra *de facto* une plus grande effectivité du droit à l’exécution des accords de résolution amiable (§2).

§1 – Efficacité totale de l’accord amiable

Sur le plan externe. – Elle rayonnera d’abord sur le plan externe, par une circulation internationale et européenne fluidifiée. En effet, la Chancellerie interrogée sur la possibilité de rendre les conventions contresignées par avocats auto-exécutoires alertait déjà sur le cadre réglementaire restrictif de l’Union européenne, exigeant pour la libre circulation des actes leur nature authentique ou juridictionnelle⁴²⁰. Comme l’ont immédiatement fait remarquer les

⁴¹⁷ v. « Jurisdiction », in CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 14^e éd., 2022, pp. 590-591.

⁴¹⁸ Pour la part de *jurisdictio* dans l’*imperium*, v. JARROSSON (Ch.), « Réflexions sur l’*imperium* », in Études offertes à Pierre Bellet, Paris, Litec, 1991, pp. 245 et s., spéc. n°39, p. 263 : « L’*imperium mixtum est cette parcelle d’imperium pur qui est indissociable de la jurisdictio* ».

⁴¹⁹ GOUJON-BETHAN (Th.), « L’accord amiable par actes d’avocats rendu exécutoire par le greffe : quelle distribution des rôles ? », *Gaz. Pal.*, 27 avril 2021, n°16, pp. 49 et s., spéc. p. 52.

⁴²⁰ Rép. Min. n°17709, JO Sénat Q, 5 novembre 2020, p. 5130 : « *Enfin il doit être souligné que de tels actes ne pourraient, au regard des règles européennes, circuler librement au sein de l’Union et bénéficier de la reconnaissance et de l’efficacité conférée aux décisions de justice et aux actes authentiques* ».

praticiens⁴²¹, le nouveau titre exécutoire que constitue l'accord amiable tamponné par le greffe se heurtera à des difficultés d'exécution au niveau européen. En matière familiale plus précisément, si les conventions revêtues de la force exécutoire par le greffe et portant sur les obligations alimentaires pourront possiblement être qualifiées de transactions judiciaires et passer entre les mailles du filet⁴²², celles portant sur l'autorité parentale, malgré l'entrée en vigueur le 1^{er} août 2002 d'une réglementation plus ouverte⁴²³, devront faire l'objet d'une vérification quant à l'intérêt de l'enfant qui interroge l'utilité de recourir au greffe alors que le JAF qui se prononcera finalement sur l'acte pourrait être saisi dès le départ⁴²⁴.

Sur le plan interne. – L'acte de résolution amiable se déploiera ensuite sur un plan interne, à nouveau en raison de la nature juridictionnelle du contrôle de l'homologation. Thibault Goujon-Bethan propose à ce titre d'explorer les singularités de la décision homologatrice afin de mesurer l'intérêt que conserve cette procédure à l'aune de la réforme de 2021⁴²⁵.

D'une part, l'auteur souligne qu'à la différence de l'acte rendu exécutoire par l'intervention du greffier, l'ordonnance du juge homologateur conférant force exécutoire à la convention est susceptible de faire l'objet d'une astreinte prononcée par le juge de l'exécution, puisqu'elle constitue « *une décision rendue par un autre juge*⁴²⁶ » conformément à ce que requiert la loi⁴²⁷. La partie débitrice sera alors condamnée au paiement d'une somme d'argent dont le montant augmentera à mesure que son inexécution se prolongera : cette amende civile

⁴²¹AUFIÈRE (P.), « Médiation et formule exécutoire », *AJ Famille*, 2022, p. 124. : « La meilleure "garantie" de la médiation ne se démontre-t-elle pas dans la mise en application par les personnes elles-mêmes des décisions intervenues, sous réserve donc des besoins de leur communication et/ou d'opposabilité aux tiers ? À cet égard, l'homologation reste l'option la plus efficace, surtout si l'on veut permettre que les accords de médiation puissent s'étendre en dehors du territoire national ».

⁴²² Règlement n°4/2009 du 18 décembre 2008.

⁴²³ BOICHÉ (A.), « *Quid d'un contexte international ?* », *AJ Famille*, 2022, p. 85 : Ces conventions constituent des nouveaux titres exécutoires mais sont encore sous l'empire du Règlement n°2201/2003 du 27 novembre 2003 dit « Bruxelles II bis » qui ne leur permet pas de circuler. Le nouveau Règlement n°2019/1111 du 25 juin 2019, dit « Bruxelles II ter », leur ouvrira cette possibilité le 1^{er} août 2002.

⁴²⁴ BOICHÉ (A.), *op. cit.*

⁴²⁵ GOUJON-BETHAN (Th.), « L'accord amiable par actes d'avocats rendu exécutoire par le greffe : quelle distribution des rôles ? », *Gaz. Pal.*, 27 avril 2021, n°16, pp. 49 et s., spéc. p. 51.

⁴²⁶ Cass, ch. Civ 2^e, 8 décembre 2005, n°04-10.444, *Inédit*, cité par GOUJON-BETHAN (Th.), « L'accord amiable par actes d'avocats rendu exécutoire par le greffe : quelle distribution des rôles ? », *Gaz. Pal.*, 27 avril 2021, n°16, pp. 49 et s., spéc. p. 52 : Le président d'un TGI avait conféré force exécutoire à un protocole transactionnel et son avenant mais les sommations du créancier en vue d'obtenir l'exécution de l'obligation contenue dans cette convention amiable (en l'espèce, une communication de documents) étaient demeurées infructueuses. Le juge de l'exécution avait donc été saisi afin d'obtenir cette exécution sous peine d'astreinte et la Cour de cassation est venue préciser que cette astreinte concernait bien l'ordonnance délivrée par le juge homologateur et non la transaction s'étant vue conférer force exécutoire.

⁴²⁷ CPC. ex., Art. L. 131-1 : « *Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision.*

Le juge de l'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaître la nécessité ».

au fort ressort psychologique paraît tout particulièrement adaptée en matière d'obligations non monétaires, pour lesquelles les procédures civiles d'exécution forcée sont nécessairement plus délicates à mettre en œuvre car les moyens juridiques de contrainte font défaut ou plutôt mauvais genre en matière de liberté individuelle. Or ces obligations de faire sont justement courantes au sein d'accords de résolutions amiables : dans le cadre d'une reconstruction durable de la relation fragilisée entre les parties, de quelque nature qu'elle soit (d'affaires, de travail, de famille ...), les négociations ne se restreignent pas à un aspect purement financier des choses et les engagements peuvent être d'une autre nature (prestations particulières ou modification des rapports entre les entreprises cocontractantes, communication de documents entre employeur et salarié, possibilité de visite permettant la conservation d'un lien avec les enfants d'un ex-conjoint ...). L'astreinte constitue donc un attrait certain pour les parties soucieuses de voir leur règlement négocié prospérer.

D'autre part, l'auteur signale la « *valeur ajoutée*⁴²⁸ » de certaines spécificités juridiques de la décision d'homologation par le juge, comme celle de l'Art. L. 111-4 du CPC. ex. : depuis la réforme de 2008 ayant substitué aux anciennes prescriptions de droit commun, jusqu'alors trentenaires, une prescription de cinq ans en matière d'actions mobilières et personnelles⁴²⁹, ce texte protège l'exécution de certains titres exécutoires par la soumission de ces derniers à une prescription doublement plus longue. Les titres concernés par ce supplément de prescription ne sont pas anodins : il ne s'agit que des décisions de justice ayant force de chose jugée, des sentences arbitrales ou accords amiables déclarés ou rendus exécutoires par une décision de justice et des procès-verbaux de conciliation signés par un juge⁴³⁰. En résumé, un juge doit être intervenu pour apposer son « *sceau de justice*⁴³¹ » : le notaire, l'huissier ou le greffier ne permettent pas aux parties, par leur seule entremise, de bénéficier de cette prescription spéciale, laquelle leur accorde un temps remarquable pour obtenir l'exécution des obligations constatées dans l'acte de résolution négociée. Si l'on suit la réflexion traditionnelle de la CEDH en matière d'effectivité des droits, notamment en empruntant sa logique d'éviction des éventuels obstacles juridiques et financiers à la réalisation d'un droit garanti par l'Art. 6§1 Conv. EDH⁴³², il semble que l'intervention du juge homologateur constitue le gage d'un plus grand respect du droit à

⁴²⁸ GOUJON-BETHAN (Th.), « L'accord amiable par actes d'avocats rendu exécutoire par le greffe : quelle distribution des rôles ? », *Gaz. Pal.*, 27 avril 2021, n°16, pp. 49 et s., spéc. p. 51.

⁴²⁹ Loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

⁴³⁰ Soit CPC. ex., Art. L. 111-3, al. 1^{er}, 2 et 3.

⁴³¹ BRENNER (C.), *Procédures civiles d'exécution*, Cours magistral de Master 1 Justice, procès, procédures, Université Paris-Panthéon-Assas, 2021.

⁴³² CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n°6289/73.

l'exécution des accords amiables : l'obstacle juridique à ce droit que pourrait constituer la prescription du titre permettant l'exécution forcée de l'accord amiable semble ici plus fermement vaincu que sur le terrain de l'apposition de la formule exécutoire par le greffier.

§2 – Effectivité totale des droits processuels dans la justice amiable

Un triptyque ouvert par le juge. – Cette efficacité particulièrement dynamique, à la fois externe et interne, de l'accord ainsi avalisé par le juge homologateur convient d'abord être saluée. Rendant le droit à l'exécution de l'acte de résolution amiable pleinement concret, l'intervention du juge homologateur permet une ouverture franche du dernier volet du triptyque envisagé : pour reprendre le raisonnement par l'absurde de la CEDH, rien ne sert de pouvoir accéder à un mode amiable et de participer à des négociations totalement équitables si l'accord auquel ce processus aboutit ne bénéficie pas d'une bonne exécution, n'embrasse pas ses pleins effets. Natalie Fricero parle d'un « *effet de renforcement des droits* » par l'homologation, qui les consolide⁴³³ : le propos s'applique tout à fait aux droits processuels dans la justice amiable, qui se retrouvent consolidés par l'intervention finale du juge homologateur.

Un triptyque fermé au greffier. – Cette efficacité met en outre en lumière le caractère parcellaire, peu satisfaisant, insuffisant de l'action du greffier – l'accord dont il accuse presque uniquement réception sera certes susceptible d'une exécution forcée, mais incomplète. Il ne serait pas inenvisageable de faire de cet officier public, désormais responsable d'une procédure importante car avalisant un accord mettant fin à un différend, une juridiction à part entière : le Rapport de la commission sur la répartition des contentieux dit Guinchard de 2008 le proposait déjà⁴³⁴, sur le modèle du « *super-greffier* » allemand assistant le juge dans certaines de ses missions juridictionnelles⁴³⁵. Toutefois, d'une part, cette proposition de revalorisation statutaire ne visait pas l'ensemble des personnels de greffe : les greffiers en chef, davantage expérimentés, étaient les principaux concernés⁴³⁶. D'autre part, l'objectif d'une telle recommandation était celui d'une décharge de certains stocks du juge aux fins d'une concentration de ce dernier sur

⁴³³ FRICERO (N.) in GOUJON-BETHAN (Th.), *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. Fricero (N.), LGDJ, 2021 : « *La nature juridictionnelle de l'acte décisionnel d'homologation conduit à valoriser son efficacité métasubstantielle. En effet, la décision d'homologation produit toujours un effet de renforcement des droits soit en constituant des droits (homologation-habilitation), soit en les consolidant (homologation-exécution).* »

⁴³⁴ GUINCHARD (S.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *Rapport de la Commission sur la répartition des contentieux au garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Paris, Doc. fr., 2008, p. 18, proposition n°21 : « *Évolution du statut des greffiers en chef vers des fonctions de "greffier juridictionnel"* ».

⁴³⁵ GUINCHARD (S.), *op. cit.*, p. 173.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 178 : Le projet était celui d'« *un statut de greffier en chef revalorisé* ».

le cœur de sa mission de « *décideur judiciaire*⁴³⁷ ». Ainsi, la logique inhérente à l’instauration d’un greffier-juridiction était celle de « *permettre au juge de recentrer son office sur les contentieux les plus complexes, dans lesquels la fonction juridictionnelle est sollicitée dans sa plénitude*⁴³⁸ ». Or la procédure d’octroi de la force exécutoire, si elle n’est pas contentieuse, ne demeure-t-elle pas relativement complexe compte tenu des droits processuels en jeu et de la nature particulière de l’accord examiné ? La fonction juridictionnelle du juge, si elle n’est pas entièrement mise en œuvre, n’est-elle pas pour autant bienvenue et salvatrice ? Cette thèse peut être confortée par l’étude du contrôle que le juge homologateur exerce lorsqu’il officie.

Section 2 – Le bienfait d’un contrôle de l’accord amiable (de plus en plus) attentif

Annonce. – Le juge homologateur, par un contrôle de plus en plus attentif de l’accord de résolution amiable qui lui est soumis (§1), peut s’inscrire en acteur clé de l’effectivité des droits processuels dans la justice amiable (§2).

§1 – Un contrôle attentif

Existence d’un contrôle. – La nature particulière de l’opération d’homologation fait initialement naître un doute sur la réalité même d’un contrôle de l’accord amiable par le juge. Dans le silence de la loi, certains auteurs ont pu y voir une simple mission matérielle intimement liée à l’exercice de son *imperium* et n’impliquant donc aucun contrôle de sa part⁴³⁹. La nécessité d’un contrôle à tout le moins superficiel a toutefois été mise en avant par une partie de la doctrine, compte tenu de la gravité d’une telle mesure⁴⁴⁰ et de l’office spécifique du juge, qui, s’il ne fait pas non plus pleinement œuvre de *jurisdiction*, ne peut raisonnablement avaliser un contrat illicite⁴⁴¹. Il ne peut pas non plus fermer les yeux devant un contrat-type, estampillé « *transaction* » ou « *accord issu de médiation, conciliation ou procédure participative* » qui n’en serait pas véritablement un, car contrairement au greffier et comme le rappelle Xavier

⁴³⁷ MARIN (M.), procureur de la République du TGI de Paris cité par *Ibid.*, p. 43.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 180.

⁴³⁹ RACINE (J.-B.), « Les incertitudes de la transaction dite “homologuée” (à propos de l’article 1441-1 du NCPC) », in CHEVALIER (P.) DESDEVISES (Y), MILBURN (Ph.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d’une autre justice*, Paris, Doc. fr., 2003, pp. 151 et s., spéc. p. 156 : « le juge est, au sens propre, le serviteur (servile ?) de la volonté des parties en ce qu’il se contente d’utiliser l’*imperium* que sa fonction lui octroie ».

⁴⁴⁰ PERROT (R.), « L’homologation des transactions (NCPC, art. 1441-4) », *RGDP*, 1999, n°10, pp. 3 et s., spéc. p. 4 : « la force exécutoire est une prérogative grave qui ne se distribue pas comme une barre de chocolat dans une machine à sous ».

⁴⁴¹ G’SSELL-MACREZ (F.), « Vers la justice participative ? Pour une négociation “à l’ombre du droit” », *D.*, 2010, pp. 2450 et s. : L’auteur dit du juge de l’homologation qu’« *en cas de conciliation : il constate l’accord des parties, s’assure de la régularité formelle de l’acte et de sa conformité sur le fond aux dispositions d’ordre public.* ».

Vuitton, il obéit à l'Art. 12 du CPC qui lui interdit de s'en tenir aux qualifications retenues par les parties et l'oblige à en identifier la vraie nature⁴⁴². L'existence d'un tel contrôle est aujourd'hui indéniable, un énième argument, *a fortiori*, pouvant ressortir de la loi qui invite le greffier lui-même à procéder à une vérification au moins formelle de l'acte qui lui est soumis. L'homologation procède d'un acte décisionnel du juge et non d'un aval automatique, « mécanique⁴⁴³ » : parce que son intervention légitime l'acte qui lui est soumis en lui conférant une force d'exécution équivalente à celle d'un jugement⁴⁴⁴, il doit procéder à une vérification, même sommaire. Thibault Goujon-Bethan évoque à cet égard une forme de « "liberté" [...] "surveillée"⁴⁴⁵ » de l'acte ; au vu des évolutions jurisprudentielles en la matière, il est possible de se demander si la surveillance ne prendrait pas le pas sur la liberté.

Extension du contrôle. – La Cour de cassation française, venant progressivement esquisser les contours du contrôle effectué par le juge homologateur, ne s'en est pas tenue à la modeste vérification de la nature de la convention faisant l'objet de la requête ou de sa conformité aux bonnes mœurs et à l'ordre public⁴⁴⁶.

Elle a dans un premier temps admis le contrôle de l'existence d'une réelle formation de l'acte ; le juge homologateur s'est ainsi vu conférer la possibilité de relever la caducité d'accords dont les conditions suspensives ne s'étaient pas réalisées⁴⁴⁷. Dès ce stade, l'examen se fait plus invasif, moins superficiel⁴⁴⁸ ou formaliste : le juge épiluche le contrat et en détaille le contenu pour dénicher une clause conditionnant son existence même⁴⁴⁹.

Dans un second temps plus récent, le juge de cassation a ouvert une autre brèche en soumettant l'existence du consentement des parties à l'analyse du juge de l'homologation : un

⁴⁴² VUITTON (X.), « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile », *RTD civ.*, 2019, pp. 771 et s., spéc. n°9.

⁴⁴³ VUITTON (X.), *op. cit.* : « son intervention ne saurait se réduire à l'apposition mécanique d'un tampon ».

⁴⁴⁴ FRICERO (N.) in GOUJON-BETHAN (Th.), *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. Fricero (N.), LGDJ, 2021 : « la fonction dite homologique rend les actes homologues au jugement. L'homologation remplit une fonction de légitimation, elle est une modalité particulière d'exercice de la fonction de juger qui dispose d'une certaine autonomie. ».

⁴⁴⁵ GOUJON-BETHAN (Th.), *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. Fricero (N.), LGDJ, 2021, n°298, p. 225, citant MEKKI (M.) et HUGON (C.).

⁴⁴⁶ Cass., ch. Civ. 2^e, 26 mai 2011, n°06-19.527, *Bull. ch. civ.* 2011, II, n°120 : Arrêt dans lequel elle emploie initialement une formulation restrictive, disant à propos du juge que « son contrôle ne peut porter que sur ... ».

⁴⁴⁷ Cass., ch. Civ. 1^e, 10 septembre 2014, n°13-11.843, *Bull. ch. civ.* 2014, I, n°146 ; Cass., ch. Civ. 1^e, 3 octobre 2018, n°17-21.879, *Inédit* ; Cass., ch. Civ. 1^e, 21 novembre 2018, n°17-26.869, *Inédit*.

⁴⁴⁸ Ce que suggère au contraire MATHIEU (B.), « L'office du juge de l'homologation d'une transaction : du nouveau ? », *D.*, 2018, p. 2220 : « Ce faisant, la Cour de cassation invite, non sans paradoxe, le juge à procéder à une analyse de fond ... qui resterait en surface. ».

⁴⁴⁹ VUITTON (X.), « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile », *RTD civ.*, 2019, pp. 771 et s., spéc. n°16 et n°17 : L'auteur souligne que le juge dispose du dossier, au-delà de l'acte seul, et d'une possibilité d'obtenir un débat contradictoire pour éclairer ses éventuels doutes.

pas supplémentaire a donc été franchi en lui permettant de refuser d’octroyer la force exécutoire à un accord amiable entaché de nullité pour cause d’un défaut de consentement de l’une des parties⁴⁵⁰.

La vérification de la qualité même du consentement, de ses vices potentiels, de la loyauté des parties n’est pas encore de mise et la Cour de cassation semble attachée à limiter l’intrusion juridictionnelle sur le terrain de la validité de la convention⁴⁵¹. Cette prudence va de pair avec la capacité même du juge à étendre son champ d’observation ; ce dernier n’étant pas saisi du fond de l’affaire et statuant dans le cadre étroit d’une requête parfois unilatérale, il ne dispose que des pièces qui lui sont volontiers soumises et son office se dessine *de facto* « à la mesure de son ignorance⁴⁵² ».

Toutefois, il convient de relever cette marche lente mais sûre, discrète mais certaine vers un activisme notable du juge homologateur. Son contrôle nécessairement léger n’en est pas pour autant restrictif. Lucie Mayer en souligne l’étendue⁴⁵³ : cette vérification s’effectue *prima facie*, par une analyse de l’évidence. Ainsi, que la convention de résolution amiable soit contraire à l’ordre public ou bien privée d’efficacité par un défaut de réalisation d’une condition suspensive ou par l’absence de signature valable de l’une des parties, peu importe – le juge refusera de l’homologuer si, à l’évidence, l’acte n’existe pas ou n’est pas conforme au droit. Ce dernier s’oriente sensiblement, dans le silence de la loi⁴⁵⁴, vers une utilisation de son contrôle des apparences dans une quête de l’accord amiable visiblement convenablement formé et ne s’inscrivant pas dans une situation que le juge ne pourrait avaliser. À ce titre, si un éventuel vice du consentement ressortait de la lecture même de l’accord et paraissait totalement manifeste, il est à espérer que le juge de l’homologation ne lui conférerait pas la force exécutoire, s’inscrivant alors dans une « *recherche de l’équilibre*⁴⁵⁵ » de l’accord amiable, lequel n’est pas sans rappeler l’*aequitas* qui guide la présente étude. Au-delà de la « *légalité*

⁴⁵⁰ Cass., ch. Civ. 3^e, 24 septembre 2020, n°19-15.561, *Inédit*.

⁴⁵¹ Cass., ch. Civ 1^e, 21 novembre 2018, n°17-26.869, *Inédit* : « ne pouvait [...] contrôler si cette demande était conforme aux prévisions contractuelles ni rechercher si M. Y... n’avait pas fait un usage déloyal de la clause suspensive. ».

⁴⁵² VUITTON (X.), « Quelques réflexions sur l’office du juge de l’homologation dans le livre V du code de procédure civile », *RTD civ.*, 2019, pp. 771 et s., spéc. n°9.

⁴⁵³ MAYER (L.), « Précisions sur le contrôle “léger” exercé par le juge homologateur d’une transaction », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2015, n°167, pp. 12 et s., spéc. p. 15.

⁴⁵⁴ D’ailleurs déploré par LASSERRE (V.), « La promotion et l’encadrement des modes amiables de règlement des différends », *Rapport de la Cour d’appel de Paris*, mars 2021, spéc. pp. 111 et s. : Le Rapport appelle à une définition, certes restrictive, mais au moins fixée du contrôle opéré par le juge homologateur.

⁴⁵⁵ GOUJON-BETHAN (Th.), *L’homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. Fricero (N.), LGDJ, 2021, n°299, p. 226 : « Cette recherche de l’équilibre est la finalité dominante du contrôle homologatoire des conventions. ».

substantielle », c'est peut-être et sans doute l'« *équité procédurale* » du règlement négocié qui est ici protégée par le juge⁴⁵⁶.

§2 – Un contrôle utile

Utilité du contrôle du juge pour l'effectivité des droits processuels. – Ce regard juridictionnel porté sur l'accord amiable apparaît alors comme une garantie, un garde-fou, une ultime vérification de l'effectivité des droits processuels des parties. Plus que la force exécutoire, qui permet déjà une protection ferme de ces droits, le juge homologateur confère à la convention qu'il avalise une forme de sceau de conformité au modèle du MARD équitable.

Tout d'abord, ce contrôle l'oblige. Il est sur ce point possible de revisiter la formule de Pierre Hébraud et de parler d'un juge « *serviteur du droit* »⁴⁵⁷ au processus amiable équitable : le juge étant lui-même tenu de respecter les garanties du procès équitable, il paraît naturel et essentiel qu'il les fasse respecter en retour, ici sous leur forme adaptée à la justice amiable. Cette dichotomie n'est pas sans rappeler le principe de la contradiction⁴⁵⁸ et découle de la même logique que la démonstration d'une nécessité d'un contrôle juridictionnel de l'accord aux fins d'apposition de la formule exécutoire : le juge devant protéger les droits processuels des parties, il ne peut valablement passer sous silence et même plus gravement rendre exécutoire un acte qui témoigne d'une violation de ces derniers. C'est ce qui amène Thibault Goujon-Bethan à parler d'une consubstantialité de l'intervention du juge et de l'évaluation de l'équité processuelle du mode amiable⁴⁵⁹ ; l'auteur voit dans cette dimension de l'homologation une redécouverte totale de son office par le juge qui, au-delà de l'analyse relativement aride du strict contenu de l'accord amiable, étudie le caractère équitable ou non des négociations qui y ont abouti.

En effet, ce contrôle l'honore. Ayant l'opportunité d'assurer une dernière surveillance du processus amiable avant sa mise à exécution, il endosse un rôle essentiel pour l'effectivité des droits processuels au sein de cette nouvelle forme de justice. Parce qu'il analyse certains contrats qualifiés de transactionnels mais issus de procédés informels et non institutionnalisés,

⁴⁵⁶ G'SELL-MACREZ (F.), « Vers la justice participative ? Pour une négociation "à l'ombre du droit" », *D.*, 2010, pp. 2450 et s. : « *On peut toutefois espérer qu'en pratique le juge se livrera à un contrôle réel, de manière à apporter une garantie supplémentaire quant à l'équité des conventions ainsi homologuées* ».

⁴⁵⁷ HÉBRAUD (P.), « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, pp. 329 et s., spéc. p. 333.

⁴⁵⁸ CPC, Art. 16 al. 1^{er} : « *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.* ».

⁴⁵⁹ GOUJON-BETHAN (Th.), *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. Fricero (N.), LGDJ, 2021, n° 366, p. 276 : « *le contrôle de l'équité procédurale est consubstantiel à l'intervention du juge.* ».

il peut rencontrer des situations dans lesquelles les droits processuels des parties ont été malmenés. Les exemples sont malheureusement légion.

D'une part, l'une des parties peut avoir été lésée dans son hypothétique droit à un mode amiable ; par exemple en raison d'une charge financière exorbitante compte tenu de ses ressources personnelles, l'empêchant concrètement de bénéficier du même accès au MARD que sa partenaire aux négociations.

D'autre part, le juge de l'homologation peut s'opposer à l'octroi de la force exécutoire à des accords issus de processus amiables qui se sont manifestement déroulés de manière inéquitable. C'est cette fois-ci le droit à un bon processus amiable qui peut avoir été violé.

Cela peut être le cas lorsque les négociations ont été entachées d'un défaut d'indépendance du tiers médiateur ou conciliateur du fait d'un conflit d'intérêts ou même d'un potentiel courant d'affaires avec l'une des parties concernées.

L'impartialité de ces intervenants est également susceptible de faire débat pour diverses raisons. Si le temps accordé à l'une des parties par le tiers est disproportionnellement supérieur à celui alloué à l'autre ou si le discours et les interventions de cet acteur laissent fortement penser que l'un des protagonistes emporte sa préférence, un doute certain peut naître. De même, lorsqu'ils interviennent en matière conventionnelle, leur rémunération n'étant alors pas réglementée, des suspicions peuvent s'installer quant à l'existence réelle et concrète de leur impartialité : un honoraire de résultat pouvant être librement prévu par les parties, le médiateur ou conciliateur qui aura cette récompense en vue pourra dévier de sa mission de pacification et s'entêter à pousser les parties vers un accord qu'elles ne désirent pas vraiment⁴⁶⁰. Bien que ces dernières demeurent totalement libres de refuser une telle solution, les garanties d'un droit au processus amiable équitable en sortent brutalisées.

Le principe de l'égalité des armes n'est pas non plus hors d'atteinte : à nouveau, les entretiens individuels peuvent présenter des durées nettement différentes, les documents et informations déterminants pour trouver une solution consensuelle et éclairée au différend peuvent être transmis à l'une des parties sans faire l'objet d'une communication à l'autre. Une rupture de l'égalité des armes peut également advenir d'un déséquilibre de connaissances entre les parties, connaissances non plus factuelles et relatives au différend qui les oppose ni procédurales et relatives au déroulement du mode amiable dans lequel elles s'engagent, mais juridiques, relatives aux règles de droit applicables à leur situation – laquelle n'est en définitive

⁴⁶⁰ Comme le souligne MAYER (L.), *Théorie générale des MARD*, Séminaire de Master 2 Justice et droit du procès, Université Paris-Panthéon-Assas, 2021.

qu'un germe de litige. Bien que la justice amiable tende à se détacher de la résolution des différends par l'application de la norme juridique, l'engagement des parties dans de tels mécanismes relève encore souvent d'un pur calcul économique, de probabilité d'une plus grande satisfaction par le MARD que par le procès⁴⁶¹. À cet égard, il peut être légitime de leur part d'espérer un éclairage complet et égalitaire sur les éléments juridiques de leur différend⁴⁶² ; le silence de l'éventuel tiers médiateur ou conciliateur face à une inégalité manifeste des armes informationnelles des parties pourrait en ce sens relever d'une violation du droit au processus amiable équitable. Sans non plus aller jusqu'à consacrer une telle hypothèse, la Cour de cassation a bien précisé qu'en matière de conciliation préliminaire à toute instance prud'homale, le Bureau chargé de rapprocher les parties et de les faire parvenir à un accord devait s'assurer qu'elles « *étaient informées de leurs droits respectifs*⁴⁶³ ». L'égalité des armes est en effet mise à rude épreuve dans les procédés de justice amiable lorsque l'une des parties négociatrices s'inscrit dans une situation plus précaire que l'autre, qu'elle soit sa salariée, sa consommatrice, sa prestataire ou sa parente, sa partenaire de vie en dépendance affective ou financière. L'obligation éthique ou légale⁴⁶⁴ qu'a le tiers de refuser d'intervenir en présence d'un climat de négociations clairement inégalitaire ou violent peut être méconnue et entraîner, pour employer une métaphore empruntée au droit de la concurrence, un net abus de position dominante, sur le plan économique comme physique. Le juge de l'homologation doit ainsi faire preuve d'une grande vigilance à l'égard de telles conventions, d'autant que de ce déséquilibre dans les armes à la négociation peut naître une déloyauté certaine au cours du processus amiable et même une atmosphère clairement inéquitable au stade de l'exécution de la solution ainsi trouvée. Xavier Vuitton rappelle à ce propos les faits évocateurs de l'affaire ayant amené la Cour de cassation à exiger dans les premiers temps de sa jurisprudence sur la question un contrôle restreint à la conformité de l'acte à l'ordre public : l'une des parties avait visiblement

⁴⁶¹ Sur cette attitude purement rationnelle des parties aux modes amiables, v. DEFFAINS (B.), « L'analyse économique des modes alternatifs de règlement des litiges », in CHEVALIER (P.) DESDEVISES (Y), MILBURN (Ph.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, Doc. fr., 2003, pp. 89 et s.

⁴⁶² MAYER (L.), in GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), CHAINAIS (C.), MAYER (L.), *Procédure civile*, Hypercours, Dalloz, 7^e éd., 2021, n° 1751, p. 921 : Cette obligation d'information sur les règles de droit applicables fait partie des principes directeurs discutés des modes amiables.

⁴⁶³ Cass., ch. Soc., 28 mars 2000, n° 97-42.419, *Bull. ch. civ.*, 2000, V, n° 135, p. 103., cité par MAYER (L.), in GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), CHAINAIS (C.), MAYER (L.), *op. cit.*, n° 1751, p. 922.

⁴⁶⁴ C'est le cas pour le médiateur familial, qui ne doit pas être saisi lorsqu'un climat de violence préexiste au sein de la famille concernée. v. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, Art. 7 3°.

exercé un chantage auprès de l'autre afin que cette dernière n'obstrue pas la requête en homologation de l'accord⁴⁶⁵.

Au-delà de l'égalité des armes, la garantie du délai raisonnable de la procédure amiable peut avoir été transgressée : si une telle crainte est écartée pour les modes judiciaires soumis à une certaine célérité⁴⁶⁶, les modes conventionnels peuvent faire l'objet de manœuvres dilatoires et la procédure participative, bien qu'elle exige la fixation d'un terme, peut être particulièrement longue⁴⁶⁷. Bien que la justice amiable, de par son objectif d'apaisement définitif des tensions et de réconciliation pour l'avenir des parties, demande peut-être plus de temps qu'un procès, son inscription dans une trop grande durée contreviendrait assurément à une exigence raisonnable de rapidité du processus amiable et poserait sans doute des questions de loyauté de la partie qui en userait à des fins d'évitement du contentieux devant un juge.

Le seul élément du droit au bon processus amiable dont le juge de l'homologation ne pourrait garantir le respect par son contrôle de l'accord serait peut-être le principe de confidentialité, sorte de pendant amiable du principe de publicité des débats judiciaires garanti par l'Art. 6§1 Conv. EDH – au sens où son intervention homologatrice, par la délivrance d'un titre exécutoire possiblement remis à un huissier de justice pour mettre en œuvre la force publique, sortirait déjà d'un cadre de négociations strictement secret.

Par un contrôle de plus en plus osé des accords de résolutions amiables qui lui sont présentés, le juge homologateur offre la garantie d'un regard extérieur et surtout juridictionnel sur l'effectivité des droits processuels des parties dans ces mécanismes de justice négociée. « *Sorte de trait d'union entre le procès et les modes amiables*⁴⁶⁸ », il permet d'apporter un dernier souffle bienfaiteur d'équité dans les MARD.

Utilité d'un contrôle de l'effectivité des droits processuels pour le juge. Ce contrôle le sauvera peut-être, au sens où c'est à travers une telle surveillance du caractère équitable des modes amiables qu'il peut espérer tirer son épingle d'un jeu comptant désormais de multiples protagonistes. En effet, le marché de l'octroi de la force exécutoire est actuellement de plus en plus ouvert, non seulement à d'autres personnages du service public de la justice comme

⁴⁶⁵ VUITTON (X.), « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile », *RTD civ.*, 2019, pp. 771 et s., spéc. n°8.

⁴⁶⁶ cf. *supra*.

⁴⁶⁷ Comme le souligne MAYER (L.), *Théorie générale des MARD*, Séminaire de Master 2 Justice et droit du procès, Université Paris-Panthéon-Assas, 2021.

⁴⁶⁸ GOUJON-BETHAN (Th.), *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. Fricero (N.), LGDJ, 2021, n°41, p. 35 : « *Sorte de trait d'union entre le procès et les modes amiables, l'existence de l'homologation peut ainsi être vue comme un élément déterminant de l'intégration de l'étude des modes amiables dans le cadre du droit procédural.* ».

l'huissier⁴⁶⁹, le notaire ou plus récemment le greffier, mais également, comme le signale Thibault Goujon-Bethan, à des acteurs privés⁴⁷⁰. Le juge homologateur n'est donc pas uniquement concurrencé par la nouvelle intervention du greffier et, s'il sert les modes amiables en assurant l'effectivité des droits processuels en leur sein, a également tout intérêt à s'en servir en retour ou plutôt à s'en saisir.

Conclusion du Titre II. – Ce contrôle du juge est donc à rechercher car il est doublement bénéfique, pour la justice amiable comme pour la justice d'homologation. Toutefois, afin de s'assurer une survie certaine et durable, le juge homologateur doit pouvoir pleinement embrasser ce nouvel office. Or à cet égard, il peut paraître regrettable que l'examen de l'accord amiable ait la plupart du temps lieu sans audience. La doctrine le déplore⁴⁷¹ et la présente recherche s'aligne sur ce plaidoyer pour une ouverture plus systématique des débats par le juge de l'homologation, comme la loi lui en réserve la possibilité. En effet, la simple étude du contenu de l'accord et du dossier peut se révéler insuffisante pour déceler un détournement potentiellement inéquitable de la voie amiable de résolution des différends, surtout en cas de saisine unilatérale, laquelle est également critiquée⁴⁷². Naturellement, une telle mesure contredirait les objectifs actuels de célérité et d'efficacité de la justice. Mais il y a fort à parier que le développement de l'oralité en ce domaine serait bénéfique pour les droits processuels des parties à un MARD.

⁴⁶⁹ CPC. ex., Art. L. 111-3 5° : « Le titre délivré par l'huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque ou en cas d'accord entre le créancier et le débiteur dans les conditions prévues à l'Art. L. 125-1 ».

⁴⁷⁰ GOUJON-BETHAN (Th.), *op. cit.* : L'auteur évoque l'émergence des *smart contracts*, une technique de programmation et de *blockchain* permettant de « conclure ou d'exécuter des contrats sans intervention de la volonté humaine » (n°342, p. 254). Il signale également et dans une moindre mesure que des organismes de droit privé assurant une mission de service public concurrencent également l'office homologateur du juge, car « depuis le 1^{er} avril 2018, la loi consacre la possibilité pour le directeur de l'organisme de prestations familiales de donner force exécutoire à certains accords conclus entre des parents relativement à la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant » (n°333, p. 248).

⁴⁷¹ *e. g.*

- VUITTON (X.), « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile », *RTD civ.*, 2019, pp. 771 et s., spéc. n°9 : « Une requête conjointe ou par mandataire n'offre pas les mêmes garanties de loyauté qu'un débat contradictoire entre adversaires, ce d'autant que le vice affectant le consentement à la convention peut aussi potentiellement porter sur celui donné à la demande d'homologation. ».

- PERROT (R.), « Transaction : son homologation pour la rendre exécutoire », *RTD civ.*, 2011, p. 593 : « il est permis de penser que la voie contradictoire du référé eût été préférable, surtout si la Cour de cassation doit limiter le rôle du juge de la requête à une vérification purement formelle. ».

⁴⁷² *e. g.* GUILLEMAIN (A.), « Réflexions sur la qualification de l'homologation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 22 mai 2012, n°143, pp. 10 et s.

Conclusion de la Seconde partie

Contrairement au greffier, le juge de l'homologation n'est pas destiné à se faire simple « "chambre d'enregistrement" *des actes de volonté privés*⁴⁷³ ». Son office vivifie les droits processuels des parties à la justice amiable sur deux plans. D'abord, comme le signale Natalie Fricero, « *l'homologation-exécution, à laquelle la loi recourt dans les modes amiables, a pour vocation de garantir le droit à l'exécution des accords et, en conséquence, le droit d'accès à un mode amiable équitable et efficace*⁴⁷⁴ ». Ce personnage contribue donc à l'ouverture concrète du troisième volet précédemment étudié. Ensuite, il constitue un dernier, presque ultime poste de vérification de l'équité du procédé amiable. Il se fait alors juge « *du processus de justice*⁴⁷⁵ », rempart contre les potentielles violations des droits processuels des parties s'étant engagées dans le MARD. Son déclin est par conséquent à redouter, les services de greffe n'offrant de toute évidence pas les mêmes garanties et mettant *de facto* en péril l'équilibre d'ensemble du triptyque du droit au mode amiable équitable. Appelé à réinventer, renouveler, remodeler son office, il trouvera sans doute dans cette forme de justice une nouvelle vocation.

⁴⁷³ RACINE (J.-B.), « Les incertitudes de la transaction dite "homologuée" (à propos de l'article 1441-1 du NCPC) », in CHEVALIER (P.) DESDEVISES (Y), MILBURN (Ph.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, Doc. fr., 2003, pp. 151 et s., spéc. p. 159.

⁴⁷⁴ FRICERO (N.), in GOUJON-BETHAN (Th.), *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. Fricero (N.), LGDJ, 2021.

⁴⁷⁵ GOUJON-BETHAN (Th.), *op. cit.*, n° 364, p. 275 : « *si le juge du contrat est celui de la contestation d'un acte, le juge de l'homologation est avant tout celui du processus de justice.* ».

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'étude des droits processuels dans la justice amiable amène à une conclusion en demi-teinte. Le droit d'accès à une résolution amiable du différend, particulièrement engageant, remplit sa condition d'effectivité avant même que d'exister en théorie : les justiciables sont puissamment incités à recourir aux MARD, ce chemin procédural est plus qu'à leur portée – il surgit devant eux, leur est parfois et de plus en plus imposé.

Le déroulement de ces processus se dote de garanties processuelles propres, uniques, sur-mesure. Le panneau central du triptyque n'a peut-être que peu de choses à envier à son voisin étatique. Serge Guinchard évoque en effet des principes émergents qui bousculent la discipline processualiste et invitent à remodeler la réflexion autour du procès équitable. Proposant un nouveau trio intéressant, il évoque « *un triple besoin : le dialogue pour assurer l'écoute de l'Autre et c'est le principe du contradictoire ; un degré de confiance entre adversaires et dans le juge si l'on veut obtenir une justice de qualité et c'est le principe de loyauté procédurale ; la célérité enfin, forme moderne du besoin de proximité, le facteur temps l'emportant sur celui de l'espace*⁴⁷⁶ ». Or cette trinité aspire tout naturellement à exister dans la justice amiable, fondée sur le consensualisme et l'efficacité. Elle mérite d'être consolidée par une prise d'exemple sur des modes amiables très cadrés, comme les procédés collaboratifs, qui pallient le manque de souplesse qui pourrait leur être reproché par un succès certain.

Malgré ces vertus, la justice amiable semble troublée par un relatif paradoxe. Si les efforts fournis par le législateur pour renforcer l'efficacité des MARD et les rendre par là-même attractifs peuvent coïncider avec le souci primordial d'effectivité des garanties du droit à un procédé équitable, ils se montrent tout autant susceptibles de le heurter, de l'affecter sérieusement. Le troisième volet du triptyque amiable s'ouvre, mais peut-être trop largement. L'aval de la justice participative semble se muer en gouffre dans lequel s'engagent indistinctement modes amiables équitables et non équitables, certains procédés pourtant intéressants restant sur le côté.

⁴⁷⁶ GUINCHARD (S.), in GUINCHARD (S.) et alii, *Droit processuel*, Précis, Dalloz, 11^e éd., 2021, n° 13, p. 12.

Dans l'espoir de rééquilibrer la balance, une multitude de personnages de l'exécution forcée peuvent apporter leur concours : dans une moindre mesure les greffiers et les notaires par leur intervention efficace, les huissiers de justice par leurs mesures réactives, les juges de l'exécution forcée par leur gestion salvatrice de cette phase si cruciale, aux prises avec une contradiction constante entre les droits les plus fondamentaux. Le juge homologateur est quant à lui la clé de voûte du système, la garantie d'une sortie équitable et efficace du mode amiable : Thibault Goujon-Béthan le qualifie de « *sentinelle qui veille par sa seule présence et qui marque l'articulation entre tous les modes de justice et la justice institutionnelle*⁴⁷⁷ ». Plus essentiellement encore, ce sont les acteurs de la justice amiable qui sont ici appelés à renforcer leur vigilance, à déployer leur bienfaisance vis-à-vis des droits processuels des parties en présence : les tiers médiateurs ou conciliateurs par un développement constant d'une éthique de leur profession, les avocats par leur accompagnement déterminant et, encore et toujours, les juges saisis de cette forme de résolution des différends tout à fait unique, à la fois vestige naturel du passé et trace moderne d'une actualité prodigieuse.

La figure du juge, apparaissant à tous les stades des MARD, paraît *in fine* incontournable. L'arbre ou la branche de justice amiable ne semble pas pouvoir croître sans son utile tuteur. Qu'il facilite l'entrée dans le processus amiable ou qu'il en rende la sortie efficace et contrôlée, le juge s'impose comme l'unique clé d'une ouverture totale du triptyque envisagé – comme si le reste du trousseau (greffiers, tiers, avocats, parties elles-mêmes ...), bien que compatible avec le verrou des deux volets extérieurs, ne permettait que l'esquisse d'une interstice et non le dépliage complet du mécanisme assurant une vue panoramique et satisfaisante sur le tableau central.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, n° 368, p. 278.

BIBLIOGRAPHIE

I – DICTIONNAIRES

- CADIET (L.)**, *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1^e éd., 2004
- CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, PUF, 14^e éd., 2022
- GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.)**, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 29^e éd., 2021
- JEULAND (E.), LALANI (S.)**, *Recherche lexicographique de procédure civile*, IRJS, 2017
- LABORATOIRE ATILF**, *Trésor de la langue française* [en ligne]
- LAROUSSE**, *Grand dictionnaire des lettres* [en ligne]
- LITTRÉ**, *Dictionnaire de la langue française* [en ligne]
- MIRIMANOFF (J.)**, *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, Bruylant, 2019
- PUIGELIER (C.)**, *Dictionnaire juridique*, Bruylant, 3^e éd., 2020

II – MANUELS ET COURS

A – Ouvrages anciens

- CORNU (G.), FOYER (J.)**, *Procédure civile*, Droit privé, Thémis, PUF, 3^e éd., 1996
- CROZE (H.)**, *Le procès civil*, Connaissance du droit, Dalloz, 2^e éd., 2004
- MOTULSKY (H.)**, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973
- VIZIOZ (H.)**, *Études de procédure*, Éditions Bière, 1956

B – Ouvrages actuels

- AMRANI MEKKI (S.)**, *Guide des modes amiables de résolution des différends*, LexisNexis, 2020
- CADIET (L.), CLAY (Th.)**, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Connaissance du droit, Dalloz, 3^e éd., 2019

CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, Thémis, PUF, 3^e éd., 2020

CAYROL (N.), *Procédure civile*, Cours, Dalloz, 4^e éd., 2022

CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), MAYER (L.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, Précis, Dalloz, 35^e éd., 2020

GUINCHARD (S.) et alii., *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz Action, Dalloz, 10^e éd., 2022

GUINCHARD (S.) et alii., *Droit processuel*, Précis, Dalloz, 11^e éd., 2021

GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), CHAINAIS (C.), MAYER (L.), *Procédure civile*, Hypercours, Dalloz, 7^e éd., 2021

GUINCHARD (S.), VARINARD (A.), DEBARD (Th.), *Institutions juridictionnelles*, Précis, Dalloz, 16^e éd., 2021

FRICERO (N.), BUTRUILLE-CARDEW (Ch.), BENRAÏS (L.) et al., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Guides, Dalloz, 3^e éd., 2017

JEULAND (E.), *Droit processuel général*, Précis Domat, LGDJ, 4^e éd., 2018

MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Contrats spéciaux*, Droit civil, LGDJ, 11^e éd., 2020

SUDRE (F.) et alii., *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Thémis, PUF, 10^e éd., 2022

SUDRE (F.), MILANO (L.), SURREL (H.), PASTRE-BELDA (B.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 15^e éd., 2021

TRICOIT (J.-Ph.), *Droit de la Médiation et des Modes amiables de règlement des différends*, Mémentos, Gualino, 2019

C – Cours magistraux et séminaires

BRENNER (C.), *Procédures civiles d'exécution*, Cours magistral de Master 1 Justice, procès, procédures, Université Paris-Panthéon-Assas, 2021

CHAINAIS (C.), *Droit processuel*, Cours magistral de Master 1 Justice, procès, procédures, Université Paris-Panthéon-Assas, 2021

MAYER (L.), *Théorie générale des MARD*, Séminaire de Master 2 Justice et droit du procès, Université Paris-Panthéon-Assas, 2021

III – MONOGRAPHIES

A – Ouvrages spéciaux

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*

DE BALZAC (H.), *Illusions perdues*, Troisième partie, 1843, in *Œuvres complètes de H. de Balzac. I-XIV, Études de mœurs*, t. 7, Paris, Lévy, pp. 133 et s.

BRENNER (C.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, Actes du V^e colloque organisé par la revue *Droit et procédures – la revue des huissiers de justice*, Paris, Cour de cassation, première Chambre civile, les 27 et 28 avril 2007, Paris, Éditions juridiques et techniques, 2007

CADIET (L.), **CLAY (Th.)**, **JEULAND (E.)**, *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Litec, 2005

CADIET (L.), **DAUCHY (S.)**, **HALPÉRIN (J.-L.)**, *Itinéraires d'histoire de la procédure civile 1. Regards français*, t. 52, IRJS, 2014

CASAUX-LABRUNÉE (L.), **ROBERGE (J.-F.)**, *Pour un droit au règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018

CHEVALIER (P.), **DESDEVISES (Y.)**, **MILBURN (Ph.)**, *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, Doc. fr., 2003

FARCY (J.-C.), *Histoire de la justice en France. De 1789 à nos jours*, Repères, La Découverte, 2015

FOYER (J.), *Histoire de la justice*, Que sais-je ?, PUF, 1^e éd., 1996

GUILLAUME-HOFNUNG (M.), *La médiation*, Que sais-je ?, PUF, 8^e éd., 2020

L'exécution, XXIII^{ème} Colloque des Instituts d'Études Judiciaires, Lyon, vendredi 19 et samedi 20 novembre 1999, L'Harmattan, 2001

LOCKE (J.), *Traité du gouvernement civil*, 1690

RICŒUR (P.), *Le juste*, t. 1, Esprit, 1995

VUITTON (X.), *Le procès équitable. L'article 6-1 de la CEDH : état du droit et perspectives*, LGDJ, 2017

B – Thèses

BOURSIER (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. Guinchard (S.), Dalloz, 2003

CHOLET (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, préf. Guidicelli-Delage (G.), LGDJ, 2006

DELICOSTOPOULOS (I.S.), *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, préf. Guinchard (S.), LGDJ, 2003

GOUJON-BETHAN (Th.), *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, préf. Fricero (N.), LGDJ, 2021

IV – ARTICLES, CHRONIQUES, NOTES ET OBSERVATIONS

A – Articles de Mélanges

CADIET (L.), « Efficience *versus* équité ? », in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 25 et s.

CORNU (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragment d'un état de questions) », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 83 et s.

FRICERO (N.), « La libre exécution des jugements dans l'espace judiciaire européen : un principe émergent ? », in *Études offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, pp. 173 et s.

GUINCHARD (S.), « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? », *in* Mélanges Gérard Farjat, Paris, Éd. Frison-Roche, 1999, pp. 139 et s.

HÉBRAUD (P.), « Le juge et la jurisprudence », *in* Mélanges offerts à Paul Couzinet, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, pp. 329 et s.

JARROSSON (Ch.), « Réflexions sur l'*imperium* », *in* Études offertes à Pierre Bellet, Paris, Litec, 1991, pp. 245 et s.

THÉRY (Ph.), « Judex gladii (des juges et de la contrainte en territoire français) », *in* Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Paris, Dalloz, 1996, pp. 477 et s.

B – Articles de revues

AMRANI MEKKI (S.)

- « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.*, 5 juin 2008, n°157, pp. 12 et s.
- « Les "nouveaux" titres exécutoires : les accords amiables homologués », *Dr. et patr.*, 2013, n°231, pp. 55 et s.
- « La fondamentalisation du droit du procès », *RDA*, octobre 2015, n°11, pp. 72 et s.
- « Chantiers de l'amiable : concevoir avant de construire », *JCP G*, 2018, suppl. au n° 13., pp. 63 et s.
- « Les chantiers de la justice Numérique, Procédure civile et Réseau des juridictions : le rationnel est-il toujours raisonnable ? », *Gaz. Pal.*, 6 févr. 2018, n°5, pp. 67 et s.
- « Justice judiciaire, justice amiable, justice numérique : des liaisons dangereuses ? », *Gaz. Pal.*, 31 juillet 2018, n°28, pp. 50 et s.

ARENS (C.), FRICERO (N.), « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. Pal.*, 25 avril 2015, n°115, pp. 13 et s.

AUFIÈRE (P.), « Médiation et formule exécutoire », *AJ Famille*, 2022, p. 124

BACACHE (M.), LEROYER (A.-M.), « Acte d'avocat : Acte sous seing privé contresigné par l'avocat – Acte authentique », *RTD civ.*, 2011, pp. 403 et s.

BANGJUN (J.), « Du système de la médiation populaire de la Chine », *Les Cahiers du droit*, 1996, vol. 37, n°3, pp. 739 et s.

BEAUJOUR (J.-C.), « L'indépendance du médiateur », *Gaz. Pal.*, 30 janvier 2018, n°04, pp. 11 et s.

BONAFÉ-SCHMITT (J.-P.), « Le renouveau de la médiation », *Les Cahiers de la Justice*, 2020, n°3, pp. 533 et s.

BRENNER (C.), « L'exécution dans le rapport "Amélioration et simplification de la procédure civile" », *JCP G*, 2018, suppl. au n°13, pp. 55 et s.

CADIET (L.), « L'accès à la justice. Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », *D.*, 2017, pp. 522 et s.

CORPART (I.), « Les médiateurs familiaux : des soutiens précieux pour les familles en conflit », *LPA*, octobre 2021, n°5, pp. 15 et s.

DESOBLIN (A.), « Le droit collaboratif et les tiers : la médiation dans le processus de droit familial collaboratif », *AJ Famille*, 2010, pp. 265 et s.

FÉRAL-SCHUHL (Ch.), « La profession d'avocat est en train de muter. Nous devons dépasser nos domaines de prédilection et nos frontières pour aller sur d'autres terrains dans lesquels nous avons un rôle fondamental à tenir », *Le Monde du Droit*, 13 novembre 2017

FRICERO (N.), « Délai déraisonnable d'une procédure d'exécution d'un acte notarié », *D.*, 1998, p. 369

FRICERO (N.), **VERT (F.)**, « Médiation : des bonnes pratiques à une bonne législation ? », *Gaz. Pal.*, 16 mars 2021, n°11, pp. 13 et s.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice », *JCP G*, 1^{er} octobre 1997, I, 4051

GARBY (Th.), « L'avocat et la résolution amiable des conflits : théorie et histoires de médiation », *Gaz. Pal.*, 12 février 2013, n°043, pp. 11 et s.

GARNERIE (L.)

- « Force exécutoire : le CNB revient à la charge », *Gaz. Pal.*, 7 avril 2020, n°14, pp. 5 et s.
- « Mission sur l'avenir de la profession d'avocat : du neuf avec du vieux ? », *Gaz. Pal.*, 1^{er} septembre 2020, n°29, pp. 9 et s.

GAUTIER (P.-Y.), « Où la contrainte économique devient une nouvelle ouverture pour la violence dans le contrat de transaction », *RTD Civ.*, 2000, pp. 863 et s.

GIRAUD (P.), « L'office du juge dans la conciliation et la médiation judiciaires : à la (re)découverte d'un office pluriel », *RDA*, février 2017, n°13-14, pp. 85 et s.

GOUJON-BETHAN (Th.), « L'accord amiable par actes d'avocats rendu exécutoire par le greffe : quelle distribution des rôles ? », *Gaz. Pal.*, 27 avril 2021, n°16, pp. 49 et s.

Groupe de pratique – Avocats membres de l'AFPDC (Association française des praticiens du droit collaboratif), « Justice à l'arrêt, justice saturée, les avocats collaboratifs au secours des familles », *AJ Famille*, 2020, pp. 291 et s.

G'SELL-MACREZ (F.), « Vers la justice participative ? Pour une négociation "à l'ombre du droit" », *D.*, 2010, pp. 2450 et s.

GUILLEMAIN (A.), « Réflexions sur la qualification de l'homologation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 22 mai 2012, n°143, pp. 10 et s.

HEUZÉ (V.), « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Rev. crit. DIP*, 2000, pp. 595 et s.

JANUEL (P.), « Rapport Perben : comment sauver les avocats ? », *Dalloz Actualité*, 26 août 2020

JARROSSON (Ch.), « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *RGDP*, 1999, n°4, pp. 764 et s.

JEULAND (E.), « Réforme de la justice : pauvre principe de coopération », *JCP G*, 2018, suppl. au n°13, pp. 28 et s.

LAGARDE (X.), « Ce que « mode alternatif » veut dire », *JCP G*, 2018, suppl. au n°13, pp. 71 et s.

MARGUÉNAUD (J.-P.)

- « Extension de l'exigence d'un délai raisonnable à la phase d'exécution d'un acte notarié », *RTD Civ.*, 1998, p. 993
- « La consécration du droit à l'exécution des décisions de justice », *RTD Civ.*, 2001, p. 447

MATHIEU (B.), « L'office du juge de l'homologation d'une transaction : du nouveau ? », *D.*, 2018, p. 2220

MAYER (L.)

- « La transaction, un contrat spécial ? », *RTD civ.*, 2014, pp. 523 et s.
- « Précisions sur le contrôle “léger” exercé par le juge homologateur d’une transaction », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2015, n°167, pp. 12 et s.
- « Les aspects du décret n°2022-245 du 25 février 2022 relatifs aux modes amiables de résolution des différends », *Gaz. Pal.*, 26 avril 2022, n°14, pp. 60 et s.

MENECEUR (Y.), « Règlement en ligne des litiges : (re)faites entrer le juge ! », *JCP G*, 2018, suppl. au n°51, pp. 40 et s.

MOLLARD-COURTAU (Ch.), « Commission Guinchard, justice de proximité et conciliateur de justice : le rendez-vous manqué ... », *Gaz. Pal.*, 18 octobre 2011, n°291, pp. 15 et s.

MOUTARDIER (H.), « Un nouveau titre exécutoire en matière familiale », *AJ Famille*, 2002, p. 84

PERROT (R.)

- « L’homologation des transactions (NCPC, art. 1441-4) », *RGDP*, 1999, n°10, pp. 3 et s.
- « Transaction : son homologation pour la rendre exécutoire », *RTD civ.*, 2011, p. 593

PILLET (G.), « Le contreseing de l’avocat et la responsabilité civile professionnelle du rédacteur d’acte », *AJ Famille*, 2011, pp. 300 et s.

RACINE (J.-B.), « La résolution amiable des différends en ligne ou la figure de l’algorithme médiateur », *D.*, 2018, pp. 1700 et s.

ROBERGE (J.-F.), « Le sentiment de justice. Un concept pertinent pour évaluer la qualité du règlement des différends en ligne ? », *Revue juridique de la Sorbonne*, 2020, n°1, pp. 5 et s.

ROBERGE (J.-F.), **HOUNTOHOTEGBÈ (A.-L.)**, **GRAHOVIC (E.)**, « L’article 1^{er} du *Nouveau Code de procédure civile* du Québec et l’obligation de considérer les modes de PRD : des recommandations pour réussir un changement de culture », *Revue Juridique Thémis*, 2016, n°49-2, pp. 508 et s.

ROUILLARD (M.), « Regards croisés sur l’acte d’avocat en Europe », *AJ Famille*, 2011, pp. 308 et s.

SAGAUT (J.-F.), « La force exécutoire de l’acte notarié : une évidente exclusivité », *JCP G*, 2018, suppl. au n°13, pp. 60 et s.

SONTAG KOENIG (S.), « Le numérique, relance ou révolution de l'amiable ? Vers un remaniement du contrôle du juge », *JCP G*, 2018, suppl. au n°51, pp. 45 et s.

THÉRY (Ph.), « Observations sur les propositions de modifications de la procédure civile », *JCP G*, 2018, suppl. au n°13, pp. 26 et s.

Tribune, « L'appel de 3 000 magistrats et d'une centaine de greffiers : "Nous ne voulons plus d'une justice qui n'écoute pas et qui chronomètre tout" », *Le Monde*, 23 novembre 2021

VIENNOIS (J.-P.), « L'Amiable », *RGDP*, 1999, n°4, pp. 471 et s.

VUITTON (X.), « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile », *RTD civ.*, 2019, pp. 771 et s.

C – Articles et contributions d'ouvrages divers

CARBONNIER (J.), « Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, Doc. fr., 1998, pp. 15 et s.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), **MILLARD (É.)**, « Efficacité et énoncé de la norme » in **HAMMJE (P.)**, **JANICOT (L.)**, **NADAL (S.)**, *L'efficacité de l'acte normatif : nouvelle norme, nouvelles normativités*, LEJEP, Lextenso, 2013, pp. 63 et s.

FAGET (J.), « Les métamorphoses de la régulation des conflits », in **HIRSCH (L.)**, **IMHOOS (Ch.)**, *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Genève : Schulthess, Éditions romandes, 2018, pp. 3 et s.

OST (F.), « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in **BOURETZ (P.)**, *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Esprit, 1991, pp. 241 et s.

OST (F.), **VAN DE KERCHOVE (M.)**, « De la scène au balcon. D'où vient la force du droit ? », in **HAZEL (Fr.)**, **COMMAILLE (J.)**, *Normes juridiques et régulation sociale*, Coll. Droit et société, LGDJ, Paris, 1991, pp. 67 et s.

ROLLAND (P.), « Toward a Right of Access to an Amicable Process and its Challenges », in **CADIET (L.)**, **HESS (B.)**, **REQUEJO ISIDORO (M.)**, *Privatizing Dispute Resolution*, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, 2019, pp. 297 et s.

ROUSSEL (V.), « Les changements d’ethos des magistrats » in COMMAILLE (J.), KALUSZYNSKI (M.), *La fonction politique de la justice*, La Découverte, 2007, pp. 25 et s.

TISSIER (A.), « Le rôle social et économique des règles de la procédure civile », in BERTHÉLÉMY (H.) *et alii.*, *Les Méthodes Juridiques, leçons faites au Collège libre des Sciences sociales en 1910*, V. Giard et E. Brière, 1911, pp. 105 et s.

V – DOSSIERS, RAPPORTS ET ÉTUDES

A – Dossiers

« **Faire justice dans nos sociétés multiculturelles** », *Les Cahiers de la Justice*, 2021, n°1

- BA (B.), « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le système juridictionnel mauritanien », pp. 37 et s.
- CADINOT (C.), « La justice traditionnelle Bashingantahe (Burundi) : une reconnaissance nécessaire ? », pp. 67 et s.
- FÉRAL (F.), MADINIER (A.-L.), « Le règlement des conflits Kanaks en Nouvelle-Calédonie », pp. 51 et s.

B – Rapports et études

AGOSTINI (F.), **MOLFESSIS (N.)**, « Amélioration et simplification de la procédure civile », *Rapport Chantiers de la justice, Ministère de la Justice*, 2018

CHARRIER (Ph.), **BASCOULERGUE (A.)**, **BONAFÉ-SCHMITT (J.-P.)**, **FOLIOT (G.)**, « La prescription de la médiation judiciaire. Analyse socio-juridique des dispositifs de médiation dans trois cours d’appel : de la prescription à l’accord de médiation », *Rapport Mission de recherche droit et justice*, 9 octobre 2017

Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2020

DELMAS-GOYON (P.), « “Le juge du 21^{ème} siècle”. Un citoyen acteur, une équipe de justice », *Rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice*, décembre 2013

Étude d’impact, Projet de loi pour la confiance dans l’institution judiciaire, NOR : JUSX2107763L/Bleue-1

GODEFROY (L.), LEBARON (F.), LÉVY-VEHEL (J.), « Comment le numérique transforme le droit et la justice vers de nouveaux usages et un bouleversement de la prise de décision », *Rapport Mission de recherche Droit et justice*, 2019

GUINCHARD (S.), « L’ambition raisonnée d’une justice apaisée », *Rapport de la Commission sur la répartition des contentieux au garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Paris, Doc. fr., 2008

LASSERRE (V.), « La promotion et l’encadrement des modes amiables de règlement des différends », *Rapport de la Cour d’appel de Paris*, mars 2021

MAGENDIE (J.-C.)

- « Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès », *Rapport à M. le Garde des sceaux, ministre de la Justice*, Doc. fr., 2004
- « Célérité et qualité de la justice devant la cour d’appel », *Rapport à M. le Garde des sceaux, ministre de la Justice*, Doc. fr., 2008

PERBEN (D.), « Mission relative à l’avenir de la profession d’avocat », *Rapport à M. le Garde des sceaux, ministre de la Justice*, juillet 2020

VI – RESSOURCES EN LIGNE (toutes consultées le 23 mai 2022)

« 16 propositions pour retrouver confiance dans la justice », *Commission des lois du Sénat, Agora de la justice du lundi 27 septembre 2021*

https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/redaction_multimedia/2021/2021Documents_PDF/20210927_Flyer_agera_propositions24_septembre.pdf

« Agora de la justice : Retrouver confiance en la justice », Sénat, 27 septembre 2021

http://videos.senat.fr/video.2503975_6151cc872f666.agera-de-la-justice--retrouverconfiance-en-la-justice

CEDH, *Guide sur l’article 6 – Droit à un procès équitable (volet civil)*, 31 décembre 2021

https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_fra.pdf

Charte de l'AFPDC

https://www.droit-collaboratif.org/global/gene/link.php?doc_id=41&fg=1

Doing Business, Banque Mondiale, 2020

<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>

« **Le rapport des Français à la justice** », *Sondage CSA Research pour la commission des lois du Sénat*, septembre 2021

https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/redaction_multimedia/2021/2021Documents_PDF/20210928_Rapport_complet_CSA.pdf

Les chiffres clés de la justice 2021, Ministère de la Justice, 2021

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/chiffres_cles_2021_web.pdf

Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, Commission des communautés européennes, 2002

https://www.cfmfb.be/sites/default/files/content/explorer/EUROPE/Livre_vert_sur_les_modes_alternatifs_de_resolution_des_conflits_relevant_du_droit_civil_et_commercial_281kB.pdf

Outils de la CEPEJ sur l'exécution des décisions de justice et titres exécutoires, CEPEJ

<https://www.coe.int/fr/web/cepej/exe-tools>

Résolution du CNB, *Suite des EGAPA sur l'acte d'avocat issu d'un mode alternatif de la force exécutoire et de la signature électronique*, 3 avril 2020

https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/5.3.3.cnbre_20200403_txt_egapaforceexecutoire-acte-avocat-signature-electronique_denoit-benteux-raskinfinal.pdf

Rule of Law Index, World Justice Project, 2021

<https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-INDEX-21.pdf>

Site de l'Association pour la médiation familiale

<https://www.apmf.fr/>

TABLE DES MATIÈRES

AVERTISSEMENT	1
REMERCIEMENTS	3
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	4
SOMMAIRE	6
INTRODUCTION.....	7
Première partie – Un droit effectif à l’exécution de l’accord de résolution amiable	32
Titre I – L’existence d’un droit à l’exécution de l’accord de résolution amiable	33
Chapitre 1 – Une reconnaissance extensive.....	33
Section 1 – Une conception large des décisions concernées par le dernier volet du procès équitable	33
§1 – Le droit à l’exécution, « <i>vilain petit canard</i> » du triptyque équitable ?.....	34
§2 – L’exécution, garantie d’effectivité des droits cardinale	36
Section 2 – La conséquence d’une équivalence d’efficacité entre un jugement et un accord de résolution amiable exécutoire	39
§1 – Une prise en compte extraordinaire des accords amiables.....	39
§2 – Une prise en compte compréhensible des accords amiables exécutoires.....	41
Chapitre 2 – Une reconnaissance fragile.....	43
Section 1 – Des cas anecdotiques.....	43
§1 – Des décisions circonstanciées	44
§2 – Des décisions secondaires	45
Section 2 – Des cas judiciairisés	46
§1 – La présence du « <i>tribunal</i> » au stade de l’exécution	46
§2 – La présence du « <i>tribunal</i> » au stade de la conciliation	48
Titre II – La concrétisation du droit à l’exécution de l’accord de résolution amiable.....	49
Chapitre 1 – Le constat d’une garantie d’une exécution forcée de l’accord de résolution amiable.....	50
Section 1 – Une garantie fondamentale.....	50
§1 – La nécessité de l’obtention de la force exécutoire	51
§2 – La nécessité d’une obtention peu coûteuse et rapide de la force exécutoire	52
Section 2 – Une garantie indéniable.....	53
§1 – Le désordre du cadre normatif, un obstacle juridique ?	53
§2 – L’efficacité du cadre normatif, une plus-value incontestable	54

Chapitre 2 – La sélectivité de la garantie d’une exécution forcée de l’accord de résolution amiable	56
Section 1 – Une effectivité offerte à des accords issus de mécanismes « <i>protecteurs</i> » des droits processuels	56
§1 – La conciliation, la médiation et la procédure participative : des processus équitables ?	56
§2 – La transaction : un contrat contestable	60
Section 2 – Une effectivité refusée à des accords issus de mécanismes prometteurs pour les droits processuels	61
§1 – Le processus collaboratif, une procédure amiable au déroulement équitable ..	61
§2 – Le processus collaboratif, une procédure amiable équitable aux volets extérieurs mal déployés	64
Conclusion de la Première partie	65
Seconde partie – Le régime contre-productif de l’octroi de la force exécutoire aux accords de résolution amiable	66
Titre I – Un greffier peu sécurisant	67
Chapitre 1 – Causes stratégiques de son intervention	67
Section 1 – Le choix raisonnable d’une intervention judiciaire	67
§1 – Le refus bienvenu des actes d’avocats auto-exécutoires	67
§2 – La garantie du cadre judiciaire de l’opération	69
Section 2 – L’objectif louable de valorisation du rôle de l’avocat dans la justice amiable	70
§1 – L’exigence du contreseing de l’avocat, une reconnaissance habile	71
§2 – La force du contreseing de l’avocat, un encouragement utile	72
Chapitre 2 – Remise en cause critique de son contrôle	73
Section 1 – Une vérification minimaliste	73
§1 – Doutes initiaux sur l’existence même d’un contrôle	73
§2 – Réflexions prospectives sur l’étendue du contrôle	74
Section 2 – Une vérification expéditive	76
§1 – Une célérité recherchée	77
§2 – Une rapidité appréhendée	77
Titre II – Un juge homologateur distant	79
Chapitre 1 – Causes du péril	79
Section 1 – L’octroi de la force exécutoire à l’accord de résolution amiable par l’homologation, un intérêt relatif	79
§1 – Aspects quantitatifs	79
§2 – Aspects qualitatifs	80

Section 2 – L’octroi de la force exécutoire à l’accord de résolution amiable par l’homologation en concurrence avec une nouvelle procédure, un intérêt résiduel	81
§1 – Le greffier, voie de délestage ?	81
§2 – Le greffier, choix plus sage ?	82
Chapitre 2 – Raisons du sauvetage	83
Section 1 – La garantie d’une exécution plus efficace	83
§1 – Efficacité totale de l’accord amiable	83
§2 – Effectivité totale des droits processuels dans la justice amiable	86
Section 2 – Le bienfait d’un contrôle de l’accord amiable (de plus en plus) attentif... ..	87
§1 – Un contrôle attentif.....	87
§2 – Un contrôle utile.....	90
Conclusion de la Seconde partie	95
CONCLUSION GÉNÉRALE	96
BIBLIOGRAPHIE	98
TABLE DES MATIÈRES	110