

ENM

ÉCOLE
NATIONALE
DE LA
MAGISTRATURE

Octobre 2023

REVUE JUSTICE ACTUALITÉS #28

Justice civile amiable, justice
pénale négociée... vers une
justice consensuelle ?



Revue Justice Actualités – RJA

Directeur de la publication

Nathalie RORET, avocate, directrice de l'École nationale de la magistrature

Comité de rédaction

Samuel LAINÉ, magistrat, directeur adjoint de l'École nationale de la magistrature en charge des recrutements, de la formation initiale et de la recherche

Fathia ZEGHOUDI, magistrate, chargée de mission au Département Recherche et Documentation

Aurélie BAIL, magistrate coordonnatrice de formation initiale (fonction juge des contentieux de la protection), animatrice du Pôle civil

Inès GHARBI, magistrate, coordinatrice de formation, animatrice du pôle Dimension internationale de la justice

Emmanuelle LAJUS-THIZON, docteure en droit, magistrate coordonnatrice de formation initiale (fonction juge des enfants), co-animatrice du Pôle environnement judiciaire

Céline PAGES, magistrate coordonnatrice de formation initiale (fonction parquet), animatrice du Pôle pénal

Lydie REISS, docteure en droit, magistrate, vice-procureur, tribunal judiciaire de Bordeaux

Myriam SAUNIER, magistrate coordonnatrice de formation initiale (fonction juge aux affaires familiales), animatrice du Pôle civil

Amandine MAGNE, assistante de justice au Département Recherche et Documentation

Imprimerie : ENM – 10 rue des Frères Bonie 33 080 Bordeaux Cedex
Dépôt légal : 2018 – ISSN : 2646-8301

Avertissement :

Les opinions développées par les auteurs n'engagent pas l'ENM.

Cette revue peut être citée ainsi :

Revue Justice Actualités, n° 28, ENM, octobre 2023, 146 p.

JUSTICE CIVILE AMIABLE ET JUSTICE PÉNALE NÉGOCIÉE : VERS UNE JUSTICE CONSENSUELLE ?

SOMMAIRE

Introduction <i>par F. ZEGHOUDI, magistrate, chargée de mission à l'ENM</i>	5
--	---

PARTIE I. PERSPECTIVES TRANSVERSALES

La médiation : histoire et actualité <i>par L. VIAUT, MCF en histoire du droit et des institutions à l'université Panthéon-Sorbonne</i>	17
Quelle place pour le consentement et la négociation dans la procédure pénale ? Quelques réflexions sociologiques sur les pratiques <i>par P. MILBURN, PU en sociologie à l'université Rennes 2</i>	23
« Faites-le vous-mêmes ». La transformation des modalités socio-judiciaires du traitement des questions familiales <i>par B. BASTARD, sociologue, directeur de recherche au CNRS émérite, ISP UMR7220 ENS Paris-Saclay</i>	29

PARTIE II. JUSTICE CIVILE AMIABLE

La politique de l'amiable <i>par N. CAYROL, PU en droit privé et sciences criminelles à l'université de Tours</i>	35
La CRA au Québec <i>par P. BÉLIVEAU, juge retraité de la Cour supérieure du Québec, membre du barreau de Québec, médiateur</i> ...	45
Le juge de la mise en état au cœur du développement de l'amiable judiciaire <i>par C. TIRVAUDEY, MCF HDR en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Franche-Comté</i>	50
La procédure participative, stratégie de l'amiable et office du juge <i>par R. LE BRETON de VANNOISE, magistrat, premier président de la cour d'appel d'Aix en Provence</i>	58
L'homologation par le juge, une garantie d'équité et d'efficacité des modes amiables <i>par T. GOUJON-BETHAN, PU en droit privé et sciences criminelles à l'université de Lyon III Jean Moulin</i>	64
La justice amiable pour les personnes et les familles. Pour un quatuor bien accordé. Avocat – médiateur – auditeur d'enfants – juge <i>par A.M. de CAYEUX, avocat au barreau de Paris, médiateur familial</i>	83
La tentative de conciliation, le préliminaire au procès devant le tribunal paritaire des baux ruraux et le conseil des prud'hommes <i>par B. LE BOËDEC-MAUREL, magistrate, vice-présidente en charge des contentieux de la protection, présidente du TPBR, tribunal judiciaire de Basse-Terre</i>	89

PARTIE III. JUSTICE PÉNALE NÉGOCIÉE

Les pouvoirs de sanction du parquet dans le cadre de la justice négociée : (vers) un procureur quasi-juge ? <i>par V. BOUCHARD, PU en droit privé et sciences criminelles à l'université de Toulon</i>	97
Composition pénale et CRPC, analyse croisée <i>par T. LEBRETON, magistrat, parquet du tribunal judiciaire de Nanterre</i>	107
La convention judiciaire d'intérêt public en matière environnementale <i>par O. LEURENT, magistrat, Président du tribunal judiciaire de Marseille</i>	116

Justice pénale négociée : de beaux jours devant elle, si l'on se fait confiance <i>par G. DAIEFF, magistrat, premier vice-président, tribunal judiciaire de Paris</i>	120
La place de l'avocat dans la justice pénale négociée <i>par A. MIGNON-COLOMBET, avocate au barreau de Paris, docteure en droit, chargée d'enseignement à Sciences Po Paris</i>	126
L'enquête interne : une possibilité nouvelle de négocier la phase d'investigation avec les autorités de poursuite ? <i>par G. DAIEFF, magistrat, premier vice-président au tribunal judiciaire de Paris, S. DE NAVECELLE, avocat aux barreaux de Paris et New-York, J. ZORRILLA, avocate au barreau de Paris</i>	130

NOUS AVONS LU POUR VOUS...

<i>La fabrique des jugements</i> , par Arnaud PHILIPPE <i>par A. MAGNE, assistante de justice</i>	136
--	-----

ZOOM SUR LA RECHERCHE

<i>4 questions à Yoann DEMOLI et Laurent WILLENEZ, auteurs de « Sociologie de la magistrature »</i> <i>par F. ZEGHOUDI, magistrate, chargée de mission à l'ENM</i>	140
---	-----

INTRODUCTION

Par

Fathia ZEGHOUDI

Magistrate, chargée de mission

Département Recherche et documentation de l'École nationale de la magistrature

« *La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ?* »¹ s'interrogeaient, déjà en 2003, universitaires et magistrats constatant alors les débuts d'un mouvement significatif dans la justice contemporaine. Vingt ans plus tard, à la lumière des dernières réformes de l'amiable en matière civile et des récentes évolutions de la justice pénale négociée, la Revue Justice Actualités, sur le même mode interrogatif, pose en écho la question : « la contractualisation de la justice, où en sommes-nous ? ».

La promotion de l'amiable, guidée par l'exigence du consentement et la priorité accordée à la recherche d'un accord, marque actuellement les derniers textes réformant la justice civile. Annoncée comme année de l'amiable², l'année 2023 a été marquée par la renaissance de l'article 750 du CPP³ mais également et, surtout, par la création de deux outils nouveaux de règlement amiable des litiges en cours d'instance devant le tribunal judiciaire, l'audience de règlement amiable (ARA) et la césure du procès⁴, toutes deux bientôt suivies d'« une nouvelle salve de mesures »⁵ en matière amiable. L'École nationale de la magistrature elle-même n'est pas en reste, accompagnant ces évolutions récentes avec une offre de formation enrichie sur le sujet et le recrutement d'un formateur permanent sur le domaine de l'amiable pour les formations initiale et continue.

Bien qu'irréductible aux logiques civilistes et fortement dominée par des considérations d'ordre public, la justice pénale n'échappe pas de son côté à une pénétration croissante des « *interférences consensuelles* »⁶, au travers notamment de l'instauration de nouveaux outils de justice négociée⁷ nécessitant l'accord, voire même la coopération de bonne foi de la personne morale. En matière pénale, la création en 2016⁸ de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) puis l'extension de son

¹ Charles JARROSSON, Pascal ANCEL, Pierre COUVROT *et al.*, « [Chapitre 3. La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ?](#) », in Loïc CADIET éd., *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Presses Universitaires de France, « Droit et justice », 2003, p. 185-219.

² Soraya AMRANI MEKKI, « [2023 : année de l'amiable ?](#) », *Gazette du Palais*, n° 3, 31 janvier 2023 ; « [Des modes amiables aux modes adaptés de résolution des différends. Audience de règlement amiable et césure du procès.](#) », *La Semaine juridique*, Édition générale, N°17, 18 sept. 2023.

³ Décret n° 2023-357 du 11 mai 2023. Voir : Fabrice VERT, « [Amiable préalable obligatoire : renaissance de l'article 750-1 du CPC](#) », *Actu juridique*, 12 mai 2023 ; Soraya AMRANI MEKKI, « [Action en justice - Résurrection du préalable amiable obligatoire \(D. n° 2023-257, 11 mai 2023\)](#) », *Procédures*, n° 7, juillet 2023, alerte 7 ; Corinne BLÉRY, « [L'article 750-1 du Code de procédure civile ou le phénix de l'amiable préalable obligatoire – À propos du décret n° 2023-357, du 11 mai 2023](#) », *Lexbase Droit privé*, n° 948, 8 juin 2023 ; Vincent EGÉA, « [Nouvel article 750-1 du CPC : le préalable amiable obligatoire enfin précisé !](#) », *La Semaine juridique édition générale*, n° 20, 22 mai 2023, act. 596 ; Géraldine MAUGAIN, « [L'extraordinaire histoire de l'article 750-1 du code de procédure civile : le rétablissement](#) », *Dalloz actualité*, 23 mai 2023.

⁴ Décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire, [JORF du 30 juillet 2023](#). Voir notamment : Étienne VERGÈS, « [L'audience de règlement amiable et la césure du procès civil : deux nouvelles procédures au service de la « politique de l'amiable »](#) », *Lexbase Droit privé*, n° 956, 14 septembre 2023 ; Géraldine MAUGAIN, « [Audience de règlement amiable et césure du procès : entre conviction et déception](#) », *Dalloz Actualité*, 18 septembre 2023.

⁵ Fabrice VERT, [Amiable : Éric Dupond-Moretti annonce une nouvelle salve de mesures](#), *Actu juridique*, 19 octobre 2023.

⁶ Wilfrid EXPOSITO, [La justice pénale et les interférences consensuelles](#), Thèse, Université Jean Moulin Lyon, 2005.

⁷ Françoise TULKENS, et Michel VAN DE KERCHOVE, [La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?](#), in *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1996.

⁸ [Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016](#) relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « Sapin 2 »).

champ d'application en 2018⁹ à la fraude fiscale, et en 2020 aux délits prévus par le Code de l'environnement¹⁰, de même que la publication des nouvelles lignes directrices du Parquet national financier (PNF)¹¹ en 2023 ont ainsi été largement commentées¹².

On le voit, la « donnée consensuelle »¹³ ou, pour reprendre l'expression de l'un de nos contributeurs, le « consentement comme opérateur »¹⁴ tend à prendre une place croissante et de plus en plus structurante dans la justice contemporaine.

Mais comment rendre compte d'un mouvement de fond, à l'œuvre depuis plusieurs décennies¹⁵, bien au-delà du seul cadre français¹⁶, transformant l'office du juge pénal et civil, reconfigurant les rôles de tous les acteurs-clés du système judiciaire et connaissant ces dernières années une amplification incontestable ? Quelle ampleur exacte donner à ce mouvement qui semble de manière conjointe ou simultanée travailler justice civile et pénale et dont les contours sont d'autant plus difficiles à dessiner que, loin d'une substitution simple d'un modèle par un autre, il prend forme dans une hybridation complexe des modèles entremêlés¹⁷ ?

⁹ [Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018](#) relative à la lutte contre la fraude.

¹⁰ [Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020](#) relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée. Voir Sophie BRIDIER, « [Quelle place pour la CJIP environnementale](#) », *Recueil Dalloz*, 2 mars 2021 ; Ghislain POISSONNIER, « [Les premiers pas discrets mais prometteurs de la convention judiciaire d'intérêt public en matière environnementale](#) », *Gazette du Palais*, n° 02, p. 12, 17 janvier 2023 ; Julien LAGOUTTE, « [Première convention judiciaire d'intérêt public environnementale : la justice pénale dos à l'Histoire](#) », *Le Quotidien Lexbase*, août 2022 ; Claudine EUTEDIJIAN, « [CJIP environnement : bilan d'étape](#) », *Village de la justice*, 1^{er} mars 2022 ; Véronique JAWORSKI, « [Droit pénal de l'environnement](#) », *Revue juridique de l'environnement*, 2022/3 (Volume 47), p. 635-641 ; Louis DE REDON, « La place des alternatives aux poursuites dans la réponse pénale aux atteintes à l'environnement : État des lieux juridique et quantitatif », *Revue Justice Actualités*, 2021, 25, pp. 62-76.

¹¹ PNF, CA de Paris, TJ de Paris, [Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023](#) ; *AJ Pénal*, 2023, p. 74 ; Maud LÉNA, « [De nouvelles lignes directrices pour les CJIP](#) », *AJ Pénal*, 2023, p. 4 ; Laurent DARGENT (questions à Jean-François BOHNERT), « [Guide AFA/PNF "Enquêtes internes anticorruption" : "une enquête rigoureuse, objective et responsable"](#) », *Dalloz actualité*, 19 avril 2023 ; Charles Merveilleux DU VIGNAUX, « [Aie confiance, crois en moi : les nouvelles lignes directrices sur la convention judiciaire d'intérêt public](#) », *Dalloz Actualité*, 26 janvier 2023 ;

¹² Louis MARTIN, « [Justice - Splendeurs et misères de la justice négociée](#) », *La Semaine juridique édition générale*, n° 22, 5 juin 2023, p. 689 ; Frédérique PERROTIN, « [Quel bilan pour la justice négociée ?](#) », *Actu juridique*, 29 mars 2023 ; Louis GADDI, « [La justice pénale négociée a le vent en poupe !](#) », *Légibase*, 30 mars 2022.

¹³ Wilfrid EXPOSITO, [La justice pénale et les interférences consensuelles](#), *op. cit.*

¹⁴ Voir dans ce numéro : Philip MILBURN, « [Quelle place pour le consentement et la négociation dans la procédure pénale ? Quelques réflexions sociologiques sur les pratiques](#) ».

¹⁵ En matière pénale, dès 1996, voir Françoise TULKENS, et Michel VAN DE KERCHOVE, [La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?](#), *op. cit.* ; et également en 2005, Wilfrid EXPOSITO, [La justice pénale et les interférences consensuelles](#), *op. cit.* ; en matière civile, pénale et administrative, dès 2003 voir Charles JARROSSON, Pascal ANCEL, Pierre COUVROT *et al.*, « [Chapitre 3. La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ?](#) », in Loïc Cadiet éd., *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Presses Universitaires de France, « Droit et justice », 2003, p. 185-219.

¹⁶ Jacques FAGET, *Médiations : les ateliers silencieux de la démocratie*, Erès, 2015, analysant l'influence de législations étrangères, les recommandations européennes et, plus largement, la crise des modes de régulation dans la société moderne. En matière civile, voir notamment : Catherine TIRVAUDEY (dir.), *Le rôle du juge en matière de MARD-PRD : regards croisés Québec, Suisse, Belgique, France*, PUF, 2020, Lise CASAUX-LABRUNEE, Jean-François ROBERGE, *Pour un droit du règlement amiable des différends : des défis à relever pour une justice de qualité*, 2018, LGDJ et Anne LEBORGNE (dir.), *La médiation civile : alternative ou étape du procès*, Presses universitaires Aix-Marseille, 2018. En matière pénale, voir Jean PRADEL, « Le consensualisme en droit pénal comparé », in *Estudo em homenagem ao Prof. Doctor Edouardo Correia*, Boletim da Faculdade de direito de Coimbra, numéro spécial, 1988, p. 1 et s. ; Béatrice COSCAS-WILLIAMS, Michal ALBERSTEIN, « [Un palais de justice aux multiples portes. La diversité des réponses pénales \(Israël, Italie, France\)](#) », *Les Cahiers de la Justice*, 2020/1 (n° 1), p. 85-97 ; Sarah DUPONT, « [Juger ailleurs, juger autrement - Le plaider coupable dans les systèmes anglo-saxon et romano-germanique](#) », *Les cahiers de la justice*, 2015, p. 77 ; Akila TALEB-KARLSSON et Valérie BOUCHARD (dir.), *Le Parquet du XXIème siècle*, Dalloz, 2023, 288 p.

¹⁷ Françoise TULKENS, et Michel VAN DE KERCHOVE, [La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?](#), *ibid* ; Charles JARROSSON, Pascal ANCEL, Pierre COUVROT *et al.*, « [Chapitre 3. La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ?](#) », dans : Loïc CADDIET éd., *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Presses Universitaires de France, « Droit et justice », 2003, p. 185-219.

Comment alors appréhender ce « *phénomène consensuel* »¹⁸ particulièrement perceptible dans le droit et la justice au cours des dernières années et qui nous échappe encore pour partie ? Par quels signes et instruments saisir cette ou ces « *vague[s] consensualiste[s]* »¹⁹ qui traversent et travaillent actuellement notre justice contemporaine et que chercheurs et praticiens²⁰, malgré leurs tâtonnements sémantiques, peinent encore à nommer ? « *Justice négociée* »²¹, « *contractualisation de la justice* » et « *justice contractuelle* », « *justice alternative* »²², « *justice consensuelle* », « *justice transactionnelle* »²³ ou encore « *justice d'adhésion* »²⁴... La difficulté à s'entendre pour nommer cette tendance de la justice contemporaine est bien un des révélateurs de sa complexité.

Loin de prétendre clore le débat, ce dossier thématique « *Justice civile amiable, justice pénale négociée... vers une justice consensuelle ?* », sur le mode interrogatif, invite avant tout à penser ce qui advient. Procédant en deux temps, il propose d'abord un cadrage historique et sociologique pour comprendre ce mouvement, avant d'inviter le lecteur à le confronter, par la suite, à un tour d'horizon détaillé des dernières évolutions du côté de la justice civile amiable et de la justice pénale négociée. Pour ce faire, comme à son habitude, la Revue Justice Actualités offre dans ce nouveau numéro thématique les regards de chercheurs – sociologue, historien, civiliste et pénaliste – mais également de praticiens – magistrats, avocats et médiateurs – spécialistes des derniers outils amiables et instruments de justice négociée.

Ainsi deux sociologues et une historienne du droit analyseront, dans une première partie transversale les origines, les ressorts et les limites de cette justice visant l'accord des parties ou leur assentiment (I). Dans un deuxième temps, c'est d'abord dans la matière civile que seront examinées en détail les dernières évolutions de la justice civile amiable réaffirmant la place centrale du juge et l'évolution de son office mais également le rôle-clé de l'avocat dans l'accompagnement vers l'amiable (II). Enfin, dans une dernière partie consacrée à la justice pénale, seront examinés en détail les derniers outils de la justice négociée et, à travers eux, l'accroissement des attributions du Parquet, la place de l'avocat de la défense et les transformations de l'office du juge pénal (III).

Cette première partie transversale offre des perspectives historiques et sociologiques pour saisir le sens de cette progression dans notre droit et notre justice du phénomène consensuel. Laura VIAUT examine ainsi les origines de l'amiable au travers d'un pan de l'histoire de la justice française, tandis que les sociologues Benoit BASTARD et Philip MILBURN analysent les causes et les effets de ces mutations, dans le domaine de la justice civile pour l'un, dans la justice pénale pour l'autre. Tandis que la plupart des commentateurs relie les modes amiables de règlement des différends à une ascendance anglo-saxonne²⁵, **Laura VIAUT**, historienne du droit, nous rappelle que nous avons

¹⁸ Wilfrid EXPOSITO, [La justice pénale et les interférences consensuelles](#), *op. cit.*

¹⁹ Wilfrid EXPOSITO, [La justice pénale et les interférences consensuelles](#), *op. cit.*

²⁰ Voir en ce sens, notamment les récents colloques suivants : « [La contractualisation du procès pénal](#) », 13 mars 2023 à la Cour de Cassation, « [La contractualisation du droit - Acte II](#) », Paris, 19-21 juin 2023, Société de Législation Comparée, et à venir le 20 novembre 2023, le colloque organisée par la Cour de Cassation, « [La convention judiciaire d'intérêt public et l'utilisation du contrat comme alternative aux poursuites : quelle pertinence et quelle efficacité ?](#) », Cycle « Engagement, contrat et risque environnemental ».

²¹ Françoise TULKENS, et Michel VAN DE KERCHOVE, « [La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?](#) », in *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1996.

²² Soraya AMRANI MEKKI, Gilduin DAVY, Soazick KERNEIS, Marjolaine ROCCATI (dir.), *Les chimères de l'alternativité ? - Regards croisés sur les Modes alternatifs de règlement des conflits*, Mare et Martin Éditions, 2018.

²³ Charles JARROSSON, Pascal ANCEL, Pierre COUVROT et al., « [Chapitre 3. La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ?](#) », *op. cit.*

²⁴ Antoine GARAPON, *Esprit de justice* du 1^{er} février 2023, France Culture, « [Remplacer la peine par une transaction](#) », avec Jean-François BOHNERT, magistrat, procureur de la République financier et Éric DEZEUZE, avocat spécialisé en droit commercial.

²⁵ Laura VIAUT, « [Les modes alternatifs de règlement des conflits, un retour au Moyen-Âge](#) », *Actu juridique Lextenso*, 12 août 2022.

bien pratiqué en France, pendant plusieurs siècles, la médiation sous toutes ses formes au cours de la période du haut Moyen-Âge (VIIIème-Xème siècle). Citant l'exemple des *missi dominici*, médiateurs chargés d'effectuer des assises itinérantes aux fins de résoudre les conflits mineurs, l'historienne retrouve dans notre passé carolingien une configuration proche, à certains égards, des développements souhaités de la justice amiable à l'époque contemporaine : « pour les conflits mineurs, pour lesquels l'accord est possible, l'affaire est confiée aux médiateurs, puis homologuée par le comte. Pour les cas les plus graves et les conflits très envenimés, le juge tranche l'affaire en droit ». L'historienne y voit une répartition des tâches, profitable au justiciable comme au magistrat, ainsi qu'un remède efficace à l'« excès de judiciarisation » de la société moderne²⁶. À la lumière de cette histoire française de l'amiable et de sa singularité, Laura VIAUT conclut que ces modes amiables, pour être pertinents et se déployer efficacement en France, doivent être rattachés à l'institution judiciaire et se réaliser « à l'ombre du juge ».

Analysant les mutations en cours dans la sphère pénale, le sociologue du droit et de la justice **Philip MILBURN** constate combien le consentement est devenu un « nouvel opérateur de la justice pénale », parvenant à frayer son chemin dans notre système judiciaire pourtant fortement marqué par « la double tradition du droit romain et du jacobinisme républicain », fort éloignée des logiques de la *common law*²⁷. Il nous rappelle que cette inflexion nouvelle s'est d'abord développée en marge du système pénal dans les années 1990 avec la médiation pénale puis la réparation pénale, inspirés d'une logique restaurative, avant de pénétrer plus largement la sphère pénale dans les années 2000 avec la composition pénale²⁸ et la CRPC, au sein même de la justice rétributive, au point de traverser désormais « l'ensemble de la logique de la pénalité hypermoderne ». Ces procédures consensuelles ont certes largement servi, de fait, à assurer une régulation des flux liés à « l'extension du filet pénal »²⁹. Mais elles renvoient surtout à des changements sociaux plus profonds. À l'origine de ceux-ci, le sociologue décèle non seulement l'« idée démocratique de désacralisation de l'institution judiciaire », idéal de transfert au citoyen d'une partie de la puissance régalienn³⁰, mais aussi l'œuvre d'une « nouvelle gouvernementalité » fondée sur la « responsabilisation », nouvelle forme de contrôle social attribuant une part active à la volonté individuelle du mis en cause – appelé à consentir à la peine, à participer à sa définition et même à gérer son exécution – et un rôle plus arbitral au magistrat³¹.

²⁶ Philip MILBURN, *La médiation : expériences et compétences*, Paris, Éd. La Découverte-Syros, coll. Alternatives sociales, 2002, 171 p.

²⁷ « Il est toujours nécessaire de rappeler que les pratiques de médiation ont été initiées dans des sociétés occidentales, démocratiques, chrétiennes (essentiellement protestantes), où le poids de l'État est relativement faible et les principes de la *common law* irriguent tout le système juridique. », Jacques FAGET, « Démocratie, institution, marché. Les vents contraires de la médiation », in Soraya AMRANI MEKKI, Gilduin DAVY, Soazick KERNEIS, Marjolaine ROCCATI (dir.), *Les chimères de l'alternativité ? - Regards croisés sur les Modes alternatifs de règlement des conflits*, Mare et Martin Éditions, 2018.

²⁸ Philip MILBURN, Christian MOUHANNA, Vanessa PERROCHEAU, *Enjeux et usages de la composition pénale. Controverses et compromis dans la mise en place d'un dispositif pénal inédit*, GIP, 2005.

²⁹ Sur ce point, voir notamment : Wilfrid EXPOSITO, *La justice pénale et les interférences consensuelles*, op. cit ; Jérémy PIDOUX, *L'accès au juge pénal en phase sentencielle*, Thèse, Université Bourgogne Franche-Comté, 2022 ; Jean-Paul JEAN, « Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », *AJ Pénal*, 2006, p. 473 ; Laura VIAUT, « [Les procédures pénales accélérées : vers le consentement au jugement](#) », *Actu juridique Lextenso*, 22 août 2022.

³⁰ « Les médiations ne constituent pas de simples outils de gestion de la conflictualité. Le sens de leur essor est plus large du fait qu'elles illustrent à leur façon les bouleversements idéologiques affectant notre société », Jacques FAGET, « Démocratie, institution, marché. Les vents contraires de la médiation », op. cit. Le sociologue évoque notamment « le poids de la doxa néo libérale » entraînant une réduction du rôle de l'État et la « crise corrélative de la rationalité juridique » amplifiée par « la complexité d'un monde désormais globalisé ». Citant Dominique SCHNAPPER, il pointe également « un vent démocratique [qui] s'inscrit dans le contexte post moderne de sociétés d'individus dans lesquelles l'homo democraticus supporte de plus en plus difficilement toute forme de subordination aux institutions et "tend à penser qu'il ne peut être représenté que par lui-même" ».

³¹ Antoine GARAPON, *La raison du moindre État. Justice et néolibéralisme*, Paris, Odile Jacob, 2010.

Pour sa part, **Benoit BASTARD**, sociologue spécialiste du traitement judiciaire des ruptures et conflits familiaux³², analyse les mutations de la justice civile travaillée par les logiques consensualistes à travers le cas de la médiation familiale. Selon le chercheur, ce nouveau modèle de « renvoi de la décision vers le justiciable » concevant le couple comme une entité capable de négociation³³ est la conséquence directe des transformations du champ de la famille depuis 1975 et, plus largement, de l'impératif d'autonomie et de réalisation de soi propre à la société des individus³⁴. Ces changements sociaux majeurs se sont traduits dans la sphère judiciaire par une « recomposition des interventions professionnelles ». Le droit et la justice familiale ont promu et généralisé un modèle de « divorce pacifié » ou « divorce négocié » organisé désormais autour d'un juge « entraîneur » invitant à la recherche de décisions communes, de médiateurs faisant la promotion du couple parental négociateur et d'avocats rejoignant ce modèle de recherche d'entente encouragé par l'État. Examinant le bilan en demi-teinte de la médiation familiale³⁵, le sociologue explique que ce nouveau modèle de « renvoi de la décision vers le justiciable » a certes apporté satisfaction à certains professionnels et aux couples candidats au divorce déjà familiers de la négociation comme mode de fonctionnement habituel, mais, rappelle-t-il, tous les couples n'ont pas, de façon égale, accès à des compétences de négociation mobilisables au cours de la rupture. De telles limites expliquent, selon le sociologue, l'échec partiel de la tentative de médiation préalable obligatoire et imposent à tous les professionnels – magistrats, avocats et médiateurs – une vigilance accrue afin d'éviter que cette forme de « privatisation du traitement des affaires »³⁶ ne vienne reproduire ou dissimuler des inégalités ou violences.

Fort de ce cadrage historique et sociologique permettant de mieux saisir les origines, les ressorts et les limites de ce mouvement consensualiste en plein essor, ce dossier thématique invite à présent à un tour d'horizon détaillé de l'actualité des dernières réformes et pratiques des acteurs concernés en matière de justice civile amiable, puis de justice pénale négociée ensuite.

Dans cette deuxième partie, en effet, chercheurs et praticiens analysent pour nous les récents développements de l'amiable dans la justice civile et présentent ses derniers instruments.

Quels sont les déterminants d'une politique de l'amiable efficace ? En ouverture de ce chapitre civil, **Nicolas CAYROL**, professeur en droit privé, répond en mettant en exergue la nécessité de buts et de moyens clairement définis. Pourtant, du côté des buts, du règlement « alternatif » au

³² Benoit BASTARD, *Les Démarieurs. Enquête sur les nouvelles pratiques du divorce, Alternatives sociales*, La Découverte, Paris, 195 p., 2002.

³³ Benoit BASTARD, « [Désirable et exigeante. La régulation négociée des relations dans le couple et la famille](#) », *Dialogue*, n° 200, 2013, p 109-119 ; « [Mais à qui profite la médiation familiale ?](#) », *Dialogue*, n° 170, 2005, p. 65-80 ; « [Une fabrique de la déception. Le devenir de la médiation familiale en France](#) », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2020/1 (Volume 84), p. 197-224.

³⁴ Jacques FAGET, « Démocratie, institution, marché. Les vents contraires de la médiation » qui indique notamment « *les pratiques de la médiation s'étendent aussi au domaine familial du fait de la précarisation croissante du modèle conjugal* ».

³⁵ Valérie BOUSSARD, « [L'évolution de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire. Quand médier n'est pas remédier](#) », GIP, 2021 ; Nicolas LAURIOT DIT PREVOST, « Évaluation de l'impact professionnel de la TMFPO », in *La TMFPO, Veille éthique et évaluation participative interprofessionnelle de l'APMF*, 2017-2021.

³⁶ Selon le sociologue, « la « privatisation » du traitement des ruptures s'est ainsi inscrite dans le droit fil de la privatisation des relations familiales : de même que le droit a cessé de prescrire les manières de fonctionner en famille – on pense par exemple à la fin des prérogatives dont bénéficiaient le « chef de famille » – les normes légales prescrivent au juge de s'appuyer sur la volonté des divorçants dès lors qu'ils parviennent à réorganiser leurs relations de manière consensuelle ». Il rappelle également que « la privatisation n'efface pas l'effet des déterminations sociales. La recherche de la participation des intéressés aux décisions qui les concernent se fait "à l'ombre de la loi". L'appel à l'autorégulation s'accompagne en réalité de formes de guidage des comportements ou de nouvelles modalités de contrôle qui garantissent que les conjoints, s'ils sont supposés faire "ce qu'ils veulent", ne font pas "n'importe quoi" et ceci plus particulièrement en ce qui concerne la prise en charge des enfants. La privatisation en l'occurrence ne s'accompagne de nulle dérégulation. », in Benoit BASTARD, [Évolution du traitement des ruptures familiales](#), Bruxelles, Yapaka, 2019.

règlement « amiable », du « litige » au « conflit » puis au « différend »³⁷, du souci de pacification au désencombrement de juridictions saturées³⁸, les hésitations qui n'ont cessé d'accompagner le développement en France de l'amiable sont le reflet des équivoques fortes et persistantes qui marquent encore la conception d'une politique de l'amiable en construction. Du côté des moyens de l'amiable, l'auteur propose de les envisager sous l'angle trop peu exploré des moyens substantiels, « clés d'un règlement volontaire aisé ». Il invite ainsi à penser la politique de l'amiable « non pas globalement, mais cas par cas, contentieux par contentieux » et rappelle toute l'importance des droits spéciaux et de règles de fond clairement établies pour favoriser la conclusion des règlements amiables. Quant aux moyens procéduraux de résolution amiable des différends, Nicolas CAYROL interroge l'efficacité réelle des préalables obligatoires de conciliation, étrange mariage de l'amiable et de l'obligatoire, générateur d'un contentieux « paradoxal »³⁹ et « déraisonnable ». Pointant l'erreur logique qui a conduit à les concevoir comme relevant de l'obligation plutôt que de la charge, il souligne combien « les charges [...] indiquent tout aussi bien le chemin, et souvent bien mieux ». En ce sens, il invite à penser précisément, pour chaque contentieux, le bénéfice qui pourrait être offert en cas d'accomplissement du préalable amiable. Enfin, élargissant la réflexion, Nicolas CAYROL propose de repenser les modalités de liaison du contentieux en envisageant la demande en justice comme un acte soumis par le demandeur en premier lieu à son adversaire et seulement dans un second temps à un juge saisi du refus motivé du défendeur.

L'ARA française issue du décret du 29 juillet 2023 est l'un des derniers instruments amiables créés. **Pierre BÉLIVEAU**, ancien juge de la Cour supérieure du Québec, médiateur au Québec et en France, présente ici la Conférence de règlement amiable (CRA), modèle dont elle est largement inspirée⁴⁰. Née de la pratique des juges canadiens à la fin du XX^{ème} siècle, la CRA se déroule sur une journée et tire son efficacité tout autant de la « crédibilité du juge » que de la capacité des avocats à faciliter l'aménagement d'un « corridor du règlement » par la voie du compromis. Alors même qu'au cours des dernières décennies les réflexions françaises sur l'amiable ont très souvent, voire systématiquement, convoqué l'exemple québécois⁴¹, le juge canadien prend bien soin de nous rappeler les spécificités culturelles et judiciaires de la Belle Province, qui expliquent sans doute pour partie les statistiques quasi inverses⁴² en matière de recours à l'amiable entre la France et le Québec. Ainsi, si le « cousin québécois » conserve un Code civil largement hérité du droit français, la tradition juridique y est très

³⁷ Dans le même sens, évoquant une certaine « évanescence » des termes et expressions, voir Jean-Philippe TRICOIT, *Droit de la médiation et des modes amiables de règlement des différends : cours intégral et synthétique*, Gualino, 2022, p. 28 : « Dans la réglementation récente, sont utilisées indifféremment les expressions "règlement amiable des litiges", "résolution amiable des différends" (CPC, art. 1528 et s. ; C. trav. , art. R. 1471-1 et s.), "règlement amiable", "modes alternatifs de résolution des litiges", "modes alternatifs de règlement des différends" (L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, art 4 et 4-1 et c.), "règlement extrajudiciaire", ou encore "modes alternatifs de règlement des litiges" (ex. : C. consom., art. R.212-2 ; C. comm. pub., art. L.2512-5). Enfin, l'arrêté du 17 octobre 2016 fixant le programme et les modalités d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats (CRFPA) fait la distinction entre "modes amiables de résolution des différends" et "modes alternatifs de règlement des différends" ».

³⁸ Ainsi, lors de la présentation de son plan d'action, le garde des Sceaux a mis en exergue l'objectif de pacification de la politique amiable tout en lui assénant un autre objectif : « mon objectif est clair : réduire par deux les délais de nos procédures civiles d'ici 2027 », Ministère de la Justice, [Lancement de la politique de l'amiable](#), 24 avril 2023.

³⁹ Nicolas CAYROL, « [Le paradoxe des préalables de conciliation](#) », *RTD Civ.*, 2022, p. 703

⁴⁰ Soraya AMRANI MEKKI, « [Des modes amiables aux modes adaptés de résolution des différends. Audience de règlement amiable et césure du procès.](#) », *ibid.*

⁴¹ Adeline AUDRERIE, *L'émergence d'un droit du règlement amiable des différends : analyse croisée des systèmes de justice français et québécois*, Thèse, Université Toulouse Capitole, 2022.

⁴² « Le lancement de cette politique s'est imposé à la suite d'un constat simple et désormais très largement partagé : dans d'autres pays, en particulier aux Pays-Bas, en Belgique, au Canada (Québec), la grande majorité des affaires portées devant un tribunal font l'objet d'une transaction alors que seules 5 à 10 % d'entre elles font l'objet d'un jugement. En France, ce sont 70 % des affaires civiles qui donnent lieu à un jugement. La politique de l'amiable a pour ambition de modifier ce rapport, non seulement par une évolution des textes, mais aussi par un changement de culture des acteurs du procès civil », [Circulaire JUSC2324682C](#) de mise en œuvre, dans les procédures judiciaires civiles, de la politique publique de l'amiable.

largement anglo-saxonne, axée sur un fort pragmatisme et une culture de la coopération très marquée, en particulier entre avocats et magistrats. Ces spécificités ont sans doute favorisé le développement réussi de l'amiable au Québec, de même que les règles de preuve, la plus grande prévisibilité de la règle de droit, les règles restrictives de l'appel ou le coût plus cher du procès. Enfin, concernant des professionnels de justice, Pierre BÉLIVEAU rappelle que les réticences initiales du côté québécois ont progressivement cédé face aux réussites sur le terrain de la CRA.

Avec l'ARA, la césure est un autre enrichissement de la « boîte à outils de l'amiable ». Le juge de la mise en état, prescripteur de l'ARA et pivot de la césure, se voit attribuer un rôle central comme « chef d'orchestre de l'amiable judiciaire », analyse **Catherine TIRVAUDEY**, maître de conférences HDR en droit privé. Néanmoins, elle constate certains impensés propres à cette réforme suscitant *in fine* un certain scepticisme quant à son effectivité réelle. En effet, en l'absence de réforme de l'audience d'orientation, le choix de l'ARA et donc son déploiement effectif reposeront fortement sur le juge de la mise en état, ce qui exige du magistrat temps et disponibilité pour la réalisation d'une « mise en état intellectuelle et intelligente des dossiers ». C'est pourquoi Catherine TIRVAUDEY conclut qu'une politique de mise en œuvre efficace de l'amiable ne pourra faire l'économie d'une réflexion plus générale sur l'organisation du travail judiciaire, en particulier par la revalorisation du temps consacré au début de la procédure. Enfin, selon l'universitaire, si le séquençage instauré par la césure entend favoriser une certaine proportionnalité procédurale⁴³ et capitaliser sur les modes amiables préexistants en invitant à leur usage dès le stade du jugement partiel, le dispositif créé soulève d'épineuses problématiques procédurales en cas d'appel et néglige la cause principale de l'allongement de la mise en état qu'est, en matière de responsabilité, l'expertise judiciaire, bien souvent incontournable.

Le gain substantiel de temps est précisément l'un des avantages majeurs de l'acte de procédure contresigné par avocats créé en 2017⁴⁴, qui est venu renforcer l'efficacité opérationnelle de la procédure participative, rappelle **Renaud LE BRETON de VANNOISE**, magistrat. Selon lui, véritable « pépite » accordée en monopole aux avocats, elle demeure pourtant en pratique largement méconnue et inexploitée. Au-delà de son intérêt pratique majeur, il explique combien cette procédure participative, par sa dynamique de petits accords successifs, peut être à la fois le support efficace d'une stratégie de résolution amiable des litiges et, au-delà, le vecteur d'une stratégie de diffusion générale des modes amiables. Sur le premier point, l'acte contresigné par avocats d'audition des parties permet effectivement de restaurer le dialogue par une écoute mutuelle et ainsi de progresser vers un « ciblage » du litige, avant que d'autres actes de procédure contresignés par avocats, par exemple établis en vue d'un déplacement sur les lieux ou de la désignation d'un sachant, ne conduisent les parties, attirées par un gain de temps, sur le chemin de l'administration amiable de la preuve. Sur le second point, la « multitude de [ces] petits accords procéduraux » peut alimenter plus largement une dynamique incitative vertueuse, portant graduellement les parties vers la résolution amiable partielle ou totale du litige ou, à tout le moins, vers « une présentation conjointe du litige ». Élargissant le débat au-delà de ce mode amiable autonome, Renaud LE BRETON de VANNOISE aborde de front la question du mode de mise en état des procédures à privilégier comme principe. Aussi, pour vaincre la puissance des inerties professionnelles, préconise-t-il de « forcer le changement de pratique par une incitation normative », en érigeant en règle de principe la mise en état contractuelle, reflet et aboutissement du principe dispositif. Enfin, s'agissant plus spécifiquement des juges, Renaud LE BRETON de VANNOISE

⁴³ Soraya AMRANI MEKKI, « [Des modes amiables aux modes adaptés de résolution des différends. Audience de règlement amiable et césure du procès.](#) », *ibid.*

⁴⁴ Décret n°2017-892 du 6 mai 2017, modifié ensuite par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile. Voir Hélène POIVEY-LECLERCQ, La procédure participative, in Soraya AMRANI MEKKI (dir.), *Guide des modes amiables de résolution des différends 2022-2023*, LexisNexis, 2022, p256, 263 et s. : les actes contresignés par avocat ont « acquis depuis le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 une autonomie par rapport à la procédure participative à laquelle les premiers textes pouvaient laisser penser qu'ils étaient nécessairement rattachés (...). Ces actes ont vocation à servir les destinées de la convention de procédure participative en s'y adjoignant au fil du temps. »

les invite à se saisir d'un tel enrichissement, notamment par l'affirmation « de l'office d'appui du juge », à côté de leurs offices traditionnels de conciliation et d'application du droit, pour œuvrer dans le sens d'une pacification de la société : en incitant les parties à choisir cette voie et en soutenant les parties au long de ce processus, mais également en conservant un office de contrôle dans le cadre de l'homologation des accords amiables.

C'est précisément cet office de contrôle du juge homologateur que se propose d'analyser **Thibault GOUJON-BETHAN**, professeur de droit privé. Il nous rappelle ainsi que l'homologation permet de « hisser l'accord [...] trouvé [par les parties] à un niveau d'efficacité similaire au jugement » par octroi, sur décision du juge agissant comme titulaire de l'imperium, de la force exécutoire, attribut lié à la souveraineté de l'État. Cette homologation élève l'accord des parties « dans la sphère de la justice [...] obéissant à des principes propres et non réductibles à ceux de la justice contractuelle ». Il rappelle ainsi combien cette voie de l'homologation par le juge garantit symboliquement et techniquement l'équité et l'efficacité des modes amiables. Analysant ensuite les contours et l'intensité de ce contrôle conçu comme un « office léger », il invite, dans un souci d'effectivité, à ne pas inutilement « brider l'office du juge homologateur », lequel doit pouvoir trancher les contestations des parties ou refuser d'accorder l'homologation en cas de suspicion d'irrégularité. Enfin, l'universitaire analyse la pluralité, désormais, des procédés d'attribution de la force exécutoire à l'accord des parties, ces dernières pouvant depuis 2022⁴⁵, en cas d'acte contresigné par avocat, solliciter l'apposition de la formule exécutoire par le greffe⁴⁶. Précisant les « atouts » supplémentaires de l'homologation faite par le juge, il plaide pour un « effet de purge mesuré » du jugement d'homologation, ce qui aurait l'avantage de clarifier la distinction entre une homologation par le juge, « forme maximale d'institutionnalisation » de l'accord des parties, et l'apposition de la formule exécutoire par le greffe comme sa version minimale.

Bérangère LE BOËDEC-MAUREL, magistrate, revient sur les préliminaires légaux de conciliation devant le conseil des Prud'hommes (CPH) et le tribunal paritaire des baux ruraux (TPBR), traces de l'existence ancienne et pérenne des mécanismes amiables au sein de l'institution judiciaire. La magistrate nous rappelle ainsi que, si la tentative de conciliation obligatoire est la règle de principe devant le TPBR et le CPH, des assouplissements et des dispenses ont été prévus et influent fortement sur le succès ou l'échec de cette phase de conciliation. Ainsi, souligne-t-elle, en matière prud'homale, les dernières évolutions jurisprudentielles et réglementaires ont assoupli le caractère préalable de la conciliation et « vidé de sa substance » l'obligation de comparution personnelle au point d'altérer l'« oralité renforcée » susceptible de favoriser l'accord des parties. Si, en matière de baux ruraux, les cas d'exonérations de tentative de conciliation préalable sont moins nombreux et les conditions plus restrictives pour se faire représenter en cas de motif légitime, l'absence d'une des parties conduit directement au renvoi de l'affaire à l'audience de jugement tandis qu'en pratique l'absence de comparution personnelle des parties entrave de fait une recherche efficace de conciliation.

Anne Marion de CAYEUX, avocate et médiateur familial, revient sur la faible diminution du contentieux porté devant le juge aux affaires familiales en dépit des réformes engagées depuis 20 ans, et ce, alors même qu'avec la restriction de l'audience, la médiation est appelée à devenir le véritable « lieu de l'oralité ». S'appuyant sur sa double expérience d'avocat et de médiateur familial, Anne Marion de CAYEUX explique la nécessité, « pour réussir cette justice de l'amiable », que l'avocat se saisisse de sa position stratégique de premier interlocuteur du justiciable en conflit et orchestre « *un quatuor bien accordé* » entre l'avocat, le médiateur, le juge et, au besoin, l'auditeur d'enfant. Constatant, en effet,

⁴⁵ 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, constituant pour l'essentiel et conformément à son intitulé un décret d'application de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire (JO 23 déc.).

⁴⁶ Depuis une [loi du 22 décembre 2021 n° 2021-1729 pour la confiance dans l'institution judiciaire](#), un tel accord contresigné par les avocats de chacune des parties peut être revêtu de la formule exécutoire directement par le greffe de la juridiction compétente (article 44).

combien les conflits familiaux retombent inexorablement « sur la tête de l'enfant », elle invite à une justice amiable familiale « *complète* », laissant toute sa place à la parole de l'enfant recueillie par un professionnel formé et impartial, et ce, dans le souci de rendre effectif son droit de participer aux décisions qui le concernent.

Explorant enfin la progression du phénomène consensuel en matière pénale, la troisième partie de ce dossier thématique analyse les derniers développements de la justice pénale négociée en France et ses implications notamment sur les attributions respectives des magistrats du parquet et des magistrats du siège, mais également sur le rôle de l'avocat et l'exercice des droits de la défense.

Les récents développements de la justice négociée conduisent-ils progressivement mais sûrement « *vers un procureur quasi-juge* » ? Explorant l'accroissement des pouvoirs du parquet au cours des deux dernières décennies, **Valérie BOUCHARD**, professeur en droit privé et sciences criminelles, constate l'évolution d'une conception unitaire de la réponse pénale impliquant nécessairement « l'engagement d'une procédure contentieuse à l'issue répressive » vers une conception diversifiée de la réponse pénale, désormais susceptible de revêtir la forme « d'une procédure gracieuse à finalité consensuelle »⁴⁷. Une telle évolution, nous rappelle-t-elle, entame le principe structurant de séparation des fonctions entre autorité chargée de l'action publique et autorité de jugement, de même qu'elle conduit à une reconfiguration significative des rôles du ministère public et du juge du siège. Passant au crible l'évolution des pouvoirs du parquet depuis la loi Perben II de 2004, elle souligne combien il est devenu un véritable « pré-juge » de l'orientation du dossier en amont comme en aval des poursuites. En amont des poursuites, Valérie BOUCHARD relève l'évolution des mesures alternatives aux poursuites, passant d'une dimension réparatrice à une finalité plus répressive, et le durcissement significatif des mesures prescrites dans le cadre de la composition pénale, alors même que le contrôle juridictionnel du juge disparaît dans nombre de cas depuis la loi de programmation et de réforme pour la justice du 23 mars 2019. En aval des poursuites, le même constat d'un accroissement des pouvoirs de sanction du Parquet s'impose avec cette alternative au jugement offerte par la procédure de CRPC, particulièrement depuis l'extension de son champ d'application « à tous les délits ou presque » et le relèvement du quantum de peine susceptible d'être prononcé dans le cadre de cette procédure. Si le législateur est venu récemment renforcer le contrôle du juge au cours de la phase d'homologation de la CRPC, l'universitaire conclut que le schéma procédural de cette justice négociée n'offre pas les garanties d'une « véritable audience de fond » sous l'égide du juge. Aussi, face à la montée en puissance d'un « procureur quasi-juge », Valérie BOUCHARD invite-t-elle à mener à son terme une nécessaire réforme constitutionnelle du statut du parquet.

Thomas LEBRETON, magistrat, souligne l'ancrage solide de la CRPC et de la composition pénale dans le « paysage procédural répressif » et dans la pratique des parquets puisqu'elles représentent désormais, respectivement, près de 14 % des décisions correctionnelles et plus de 5 % de la réponse pénale pour les affaires poursuivables⁴⁸. D'inspiration initiale très analogue, ces deux mécanismes de justice pénale négociée ont évolué vers plus de similitude à la faveur de plusieurs modifications législatives au cours des dernières années. Ainsi le parquetier rappelle-t-il que, désormais, comme la CRPC, la composition pénale est applicable aux personnes morales depuis 2019, peut être proposée dans le cadre d'un défèrement depuis 2020 et permet en outre de proposer à titre de sanctions des mesures de plus en plus proches de certaines peines. En revanche, la différence significative majeure

⁴⁷ Béatrice COSCAS-WILLIAMS, Michal ALBERSTEIN, « [Un palais de justice aux multiples portes. La diversité des réponses pénales \(Israël, Italie, France\)](#) », *ibid.*

⁴⁸ Ces taux restent bien en deçà et sans commune mesure avec ceux d'autres pays, notamment ceux des pays de tradition accusatoire. « Les données sont claires : pour l'année 2017, 97,2 % des affaires se sont terminées par un accord de *Plea Bargaining* aux États-Unis. En Grande-Bretagne, ce chiffre est de 67 % et en Israël de 82 % » in Béatrice COSCAS-WILLIAMS, Michal ALBERSTEIN, « [Un palais de justice aux multiples portes. La diversité des réponses pénales \(Israël, Italie, France\)](#) », *ibid.*

entre ces deux mécanismes de justice négociée, outre deux stades de déploiement distincts (à titre d'alternative aux poursuites pour l'une, à titre d'alternative au jugement pour l'autre) réside dans la peine privative de liberté réservée à la CRPC. Au-delà, Thomas LEBRETON nous invite à considérer une autre distinction pertinente en la matière depuis les modifications introduites par la loi de programmation et de réforme pour la justice du 23 mars 2019, qui permet de différencier les procédures entre celles qui exigent l'intervention d'un juge au cours d'une phase d'homologation ou de validation et celle qui en est dispensée.

La convention judiciaire d'intérêt public en matière environnementale (CJIP-E) a été créée par le législateur en 2020 sur le modèle antérieur de la CJIP dédiée aux atteintes à la probité. Faut-il y voir, comme certains, la réduction du magistrat du siège au rôle de « juge tampon » dans une opération opaque de « *greenwashing* » à peu de frais ? questionne ouvertement **Olivier LEURENT**, magistrat. Face à ces critiques adressées à la justice environnementale négociée⁴⁹, le magistrat rappelle, s'agissant de la confidentialité des négociations, qu'elle est à la fois un facteur favorisant la coopération de la personne morale, mais également une nécessité pour garantir le respect de la présomption d'innocence. Il souligne en outre la publicité de l'audience de validation, renforcée par communiqué de presse du parquet, le rôle actif et décisif que conserve le juge du siège au travers de l'exercice de son contrôle de régularité et de proportionnalité de la procédure, l'effet dissuasif majeur et opérant des programmes de mise en conformité, ainsi que la préservation des droits des victimes. Enfin, et surtout, Olivier LEURENT rappelle l'efficacité pratique incontestable de ce nouvel outil judiciaire qui a permis d'apporter une réponse judiciaire à un contentieux aux implications majeures, demeuré jusqu'alors totalement invisibilisé⁵⁰.

Guillaume DAIEFF⁵¹, magistrat, revient, au travers d'illustrations pratiques, sur les solides atouts des instruments de la justice négociée susceptibles d'assurer sa montée en puissance dans les années à venir. Ainsi présente-t-il les avantages des mécanismes de justice négociée permettant la négociation tant de la peine que de la fin de l'enquête et assurant ainsi une prévisibilité et une économie substantielle de temps et de coûts⁵², profitables à l'institution judiciaire et attractives pour les mis en cause. Au-delà de ce pragmatisme, le magistrat rappelle combien la CJIP tend efficacement vers l'objectif classique d'amendement porté par la justice pénale, et ce, grâce à l'instauration de programmes de mise en conformité effectifs et contraignants. Sur le plan des principes, le magistrat pointe toutefois une limite à ne pas franchir pour maintenir cohérence et légitimité à ce nouvel outil judiciaire, soit l'exclusion des personnes physiques du bénéfice de la CJIP. Enfin, il souligne ce préalable

⁴⁹ Julien LAGOUTTE, « [Première convention judiciaire d'intérêt public environnementale : la justice pénale dos à l'Histoire](#) », *La Quotidien Lexbase*, août 2022 ; Sylvie LUNEAU, « Convention judiciaire d'intérêt public : des progrès restent à faire », *Gazette des communes*, 6 juillet 2023, *Actu juridique*, France. Sur les critiques communes à la CJIP en matière d'environnement comme d'atteintes à la probité, voir : Laura ROUSSEAU, Nada NABIH, « [Les dérives néfastes du mécanisme de la Convention judiciaire d'intérêt public](#) », *Dalloz actualité*, 16 mai 2022. Plus généralement, sur la justice environnementale, *ENM, La justice pénale environnementale, RJA, n° 25, juin 2021* ; « Le traitement pénal du contentieux de l'environnement », *Rapport du groupe de travail relatif au droit pénal de l'environnement présidé par François MOLINS, procureur général près la Cour de cassation*, 2022.

⁵⁰ Inspection générale de la Justice, Conseil général de l'Environnement et du Développement durable, *Une justice pour l'environnement. Mission d'évaluation des relations entre justice et environnement*, octobre 2019 ; « Le traitement pénal du contentieux de l'environnement », *Rapport du groupe de travail relatif au droit pénal de l'environnement présidé par François MOLINS, procureur général près la Cour de cassation*, 2022.

⁵¹ Guillaume DAIEFF, Ghislain POISSONNIER, « Les premiers pas prometteurs de la justice pénale négociée », *JCP G*, 17 septembre 2018, numéro 38, p. 1647-1650 ; « [La CJIP, une solution efficace dans les affaires complexes](#) », *Gazette du Palais*, 15 oct. 2019, n° 35 - page 25 ; « [CJIP avec Airbus : les derniers freins à l'autorévéléation des faits levés](#) », *Gazette du Palais*, 24 mars 2020, n° 12, p. 24-27.

⁵² Fabien VESSIO, « [L'influence de l'analyse économique du droit sur la lutte contre la corruption internationale : incitation de l'homo economicus à la négociation et « efficience » de la politique pénale](#) », *RSC*, 2021/2 (n° 2), p. 263-274 ; Étienne VERGÈS, « [La procédure pénale hybride. À propos de la convention judiciaire d'intérêt public](#) », *RSC*, 2017/3 (n° 3), p. 579-586.

essentiel au plus ample développement de la justice négociée qu'est la nécessaire évolution d'une « culture » de la négociation chez ses acteurs, magistrats comme avocats.

Astrid MIGNON COLOMBET, avocate, analyse la CJIP comme une forme de « justice de coopération »⁵³ caractérisée par la recherche d'une « voie alternative dialoguée avec le procureur » dans le cadre d'une coopération de bonne foi de la personne morale mise en cause. Elle s'attache à préciser les effets de cette véritable « révolution culturelle » sur les acteurs du système judiciaire et, en particulier, sur l'avocat de la défense. Cette justice négociée implique en effet pour l'avocat l'élaboration de « nouvelles stratégies de défense » fondées sur une analyse, préalable et décisive, de l'ensemble des risques pour la personne morale afin qu'elle puisse, de façon éclairée, choisir entre « défense-résistance » et « défense-coopération ». Si cette « défense-coopération » se déploie nécessairement dans un « cadre dialogué », l'avocate explique que ce cadre permet bien de soulever tous les moyens de défense pertinents pour discuter du périmètre des faits comme des facteurs minorants et majorants fondant le calcul de l'amende. Enfin, analysant le sort des dirigeants d'entreprise exclus du bénéfice de la CJIP, l'avocate pointe des risques d'atteinte à la présomption d'innocence et aux droits de la défense, corrélatifs à l'articulation imparfaite des outils judiciaires distincts mobilisés pour les personnes morales et pour les personnes physiques⁵⁴. Aussi appelle-t-elle de ses vœux un renforcement de la protection des droits de la défense au sein de la justice pénale négociée.

Guillaume DAIEFF, magistrat, **Stéphane de NAVACELLE** et **Julie ZORRILLA**, avocats, concluent ce tour d'horizon par une réflexion collective détaillée sur l'enquête interne dont la pratique s'est diffusée à la faveur de la création de la CJIP, inspirée du *Deferred Prosecution Act* américain⁵⁵. En dépit de son intérêt pratique reconnu, l'enquête interne, rappellent-ils, n'a toujours pas à ce jour de définition légale alors même qu'elle signe une « volonté de coopération et de bonne foi de la personne morale », fondamentale pour obtenir du parquet une proposition de CJIP. Ils passent en revue ensuite les divergences d'appréciation, entre magistrats et avocats, sur les questions décisives que sont le secret professionnel et le choix de l'avocat dans le cadre de l'enquête interne⁵⁶. Enfin, élargissant le débat, les trois praticiens interrogent l'externalisation des investigations de la traditionnelle enquête pénale vers l'enquête interne et en soulignent les limites.

⁵³ Astrid MIGNON COLOMBET, « [La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ?](#) », *AJDP*, 01 fév. 2017, n° 2, p. 68-70 ; Antoine GARAPON, Astrid MIGNON COLOMBET, « [D'un droit défensif à un droit coopératif : la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires](#) », *Revue internationale de droit économique*, 01 avril 2016, n° 2, p. 197-215 ; Astrid MIGNON COLOMBET, Jérôme SIMON, Laurence FABRE, Lydia MÉZIANI « [Les nouveaux contours de la justice pénale négociée : CJIP et CRPC, quels enjeux et perspectives en matière économique, financière et environnementale ?](#) », *JCP G*, 24 avril 2023, n° 16, p. 845-846.

⁵⁴ Valérie MUNOZ-PONS, Alexandre MENNUCCI, « [Justice pénale négociée : la délicate question de la situation des personnes physiques](#) », *Dalloz actualité*, 9 juin 2022 ; Emmanuelle BRUNELLE, Manon LACHASSAGNE, Sélim BRIHI et Amaury BOUSQUET, « [L'affaire Bolloré ou les limites d'une justice pénale négociée](#) », *Dalloz actualité*, 23 mars 2021 ; Bernard CAZENEUVE, Benjamin VAN GAVER et Alexandre MENNUCCI, « [Justice pénale négociée : quels rapports entre la responsabilité des entreprises et celle des dirigeants ?](#) », *Dalloz actualité*, 26 mars 2021.

⁵⁵ Marjorie EECKHOUDT, « [Les premiers pas de la justice pénale négociée en France et au Royaume-Uni](#) », *Revue internationale de droit économique*, 2021/1 (t. XXXV), p. 49-74. ; Mathias AUDIT, Régis BISMUTH, Astrid MIGNON-COLOMBET, « [Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ?](#) », *JCP G*, 12 janvier 2015, n° 1, p. 64-65.

⁵⁶ Valérie MUNOZ PONS, Agathe de MARCILLAC et Basile ADER, « [Un avocat qui participe à une enquête interne reste un avocat !](#) », *Dalloz Actualité*, 4 avril 2023 ; Miren LARTIGUE, [Rapport d'enquête interne anticorruption et secret professionnel de l'avocat : incertitude et divergences d'appréciation](#), *Dalloz Actualité*, 10 mai 2023.

LA MÉDIATION : HISTOIRE ET ACTUALITÉ

Par

Laura VIAUT

Maître de conférences en histoire du droit - Université Paris I Panthéon Sorbonne

« Qu'avons-nous fait de la justice pénale ? », s'interrogeait naguère, avec un soupçon de légèreté et de satisfaction, Robert CARIO lors d'un colloque sur la justice alternative¹. L'historien du droit voudrait aujourd'hui lui répondre que nous interrogeons les rationalités du modèle judiciaire altimédiéval, tout en les adaptant aux rouages et aux besoins du droit positif français. Faut-il le craindre ? Non, la justice alternative est, de toute évidence, appelée à se développer². Elle répond à une dynamique générale qui révisé en profondeur les systèmes rétributifs occidentaux. Ainsi que l'écrivait Victor HUGO, « *on résiste à l'invasion des armées, on ne résiste pas à l'invasion des idées* »³.

Depuis le début des années 2000, en effet, se développent, sous l'acronyme MARC, des modes alternatifs de règlement des conflits en droit positif français. Ces modes de résolution, dont on n'a plus voulu se souvenir en France pendant plusieurs siècles, se sont développés dans les pays de *common law* où l'*alternative dispute resolution*, courant de pensée américain, défend l'idée selon laquelle une communauté peut gérer un conflit sans ouvrir de procès⁴. Cette logique, progressivement défendue dans la procédure française, laisse parfois aux praticiens l'impression d'une importation, pertinente au demeurant, d'une pratique américaine⁵, mais nous avons bien pratiqué en France, et plus largement en Occident, la médiation sous toutes ses formes.

Ces changements suscitent dans notre procédure actuelle, héritée de la période postrévolutionnaire, un bouleversement à nul autre second ; ils traduisent une recomposition des rapports entre la société et l'État en matière de gestion de conflits⁶. Plus étonnant encore, ils revisitent entièrement un processus répressif fondé sur la menace de la punition. Souvenons-nous du Moyen Âge classique ; on sait bien, depuis les travaux de Jean DELUMEAU⁷, que l'histoire occidentale est marquée par une forte « surculpabilisation » ayant engendré la majoration des dimensions du péché par rapport au pardon⁸. La justice pénale actuelle porte donc en elle l'empreinte des quelques concepts théologiques façonnés à partir du XIII^e siècle⁹ ; le crime fait écho au péché, les châtiments à la peine¹⁰.

¹ Robert CARIO, « Qu'avons-nous fait de la justice pénale ? Regards criminologiques », dans Frédéric ROGNON et Brice DEYMIE, *Punir, restaurer, guérir. Regards croisés sur la justice restaurative*, Paris, L'Harmattan, Controverses, 2014, p. 71.

² Muriel GIACOPELLI, « [La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué](#) », *AJ Pénal* 2014, p. 448.

³ Victor HUGO, *Histoire d'un crime*, Paris, Hetzel, 1884, p. 332.

⁴ Soazick KERNEIS, « Le droit à l'épreuve de l'anthropologie historique : les cas des MARC », *Clio@themis*, n°5, 2012, p. 4.

⁵ Jean-Louis LASCOUX, *Pratique de la médiation professionnelle*, Issy-les-Moulineaux, ESF, 2013, *passim*.

⁶ Jean-Pierre BONAFE-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, Paris, LGDJ, 2010, p. 10.

⁷ Jean DELUMEAU, *Le péché et la peur en Occident. La culpabilisation en Occident. XIII^e-XVIII^e siècles*, Paris, Fayard, 1983. Ainsi que *L'aveu et le pardon, les difficultés de la confession. XIII^e-XVIII^e siècles*, Paris, Fayard, 1990 et *La peur en Occident*, Paris, Fayard, 1978.

⁸ « (...), jamais une civilisation n'avait accordé autant de poids – et de prix – à la culpabilité et à la honte que ne l'a fait l'Occident des XIII^e-XVIII^e siècles », Jean DELUMEAU, *Le péché et la peur en Occident. La culpabilisation en Occident. XIII^e-XVIII^e siècles*, p. 9-10.

⁹ Ce principe évoque l'adage juridique latin « *Punitur quia peccatum est, et ne peccetur* », soit, en français, « *Le délinquant est puni parce qu'il a péché et afin qu'il ne pèche plus* ».

¹⁰ Véronique STANCU, « La culpabilité en justice », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. 24, fasc. 1, 1976, p. 207.

Depuis lors, nombre d'écoles de criminalistes, de philosophes et de juristes ont revendiqué à l'envi, toujours dans l'esprit de leur temps, ce principe répressif¹¹. Il était défendu que le Mal, injustifiable pour Jean NABERT, excès pour Emmanuel LEVINAS, défi pour Paul RICOEUR¹², devait se rendre par équivalence à son auteur afin d'en éviter la propagation infinie¹³. Il est vrai, disent encore les philosophes, que l'homme vicieux est « une nature ignoble et condamnable »¹⁴. C'est au début du XIX^e siècle, sous l'impulsion d'un nouveau code qui allait beaucoup faire parler de lui – le Code pénal de 1810¹⁵ – que le coupable, incarnant alors le Mal, prit véritablement un corps juridique que l'on définissait par rapport à une peine¹⁶. Dans cette société contemporaine où le souvenir des exécutions publiques d'Ancien Régime ne tarissait pas la volonté répressive, il était désormais admis que la prison était une sanction appropriée¹⁷. Sans doute, la sphère judiciaire l'a-t-elle jugée si adéquate qu'elle a progressivement commis ce que Denis SALAS nomme, avec regret, « l'inflation carcérale »¹⁸.

Le coupable, autrefois perçu comme un monstre, aujourd'hui comme un produit de la société¹⁹, est donc souvent conduit au prétoire où la reconnaissance de sa faute emportera le plus souvent sa condamnation²⁰. Il s'expose alors devant un tribunal qui, selon Paul RICOEUR, prend l'apparence d'« une métaphore de la conscience morale »²¹. Là encore, le XIII^e siècle et les suivants dont nous sommes les héritiers établissent une rupture avec la période antérieure²². Il est, à ce propos, désormais reconnu de tous que le postulat selon lequel la répression appelle la condamnation a

¹¹ La peine a, en effet, pour fonction de mettre un terme aux agissements nuisibles à la société en neutralisant les contrevenants, Robert CARIO, *Pour une approche globale et intégrée du phénomène criminel*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 133. La punition aspire à la réhabilitation des coupables, à la dissuasion de leur récidive, et enfin à l'intimidation des semblables de ne point commettre d'actes répréhensibles, Xavier BEBIN, *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 38 et Pierrette PONCELA, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », dans Michel VILLEY (dir.), *Archives de philosophie du droit*, t. 26, *l'utile et le juste*, Paris, Sirey, 1981, p. 60. La menace de la punition est si forte qu'elle fait régner au sein de la société un sentiment de sécurité, Stamatios TZITZIS, *Philosophie pénale*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 90.

¹² Éliette ABECASSIS, *Petite métaphysique du meurtre*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 57.

¹³ *Ibid.* p. 92.

¹⁴ Johann Gottlieb FICHTE, *La destination de l'homme*, Paris, Flammarion, 1995, p. 70. Le coupable ne doit toutefois pas être réduit à une régression à une animalité, JACOB (André), *L'homme et le mal*, Paris, Cerf, 1998, p. 17.

¹⁵ Chantal ABOUCAYA et Renée MARTINAGE (dir.), *Le code pénal : les métamorphoses d'un modèle 1810-2010*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2012. Sur la généalogie des codes et les racines d'Ancien Régime des codifications napoléoniennes, Yves CARTUYVELS, *D'où vient le Code pénal ?* Bruxelles, De Boeck, 1996. Sur quelques aspects de la nouveauté du code, André LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit : du XVI^e siècle au Code pénal de 1810*, thèse, dir. Jean Imbert, Rennes, 1967.

¹⁶ Frédéric CHAUVAUD, *De Pierre Rivière à Landru, la violence apprivoisée au XIX^e siècle*, Turnhout, Brepols, 1991, p. 175, et sur l'incarnation du Mal par le coupable, p. 184.

¹⁷ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975.

¹⁸ Il s'agirait là d'une « pathologie de la punition », profondément ancrée dans notre société et qui aurait à la fois pour ressorts le poids de l'opinion, la crainte de l'insécurité et le rôle des médias. Denis SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005. La doctrine belge, confrontée au même phénomène dans leur État, parle de « prisonisation », Georges KELLENS, *Punir. Pénologie et droit des sanctions pénales*, Liège, Éditions juridiques de Liège, 2000, p. 75.

¹⁹ Valéry TURCEY, *L'horreur juridique*, Paris, Plon, 2002, p. 66.

²⁰ On note aujourd'hui une théâtralisation certaine du jugement visant à condamner un coupable et la parole dont ce dernier bénéficie sur la sphère judiciaire, Jean DANET, « Les métaphores de la parole et les droits de la défense », dans Serge GABORIAU et Hélène PAULIAT (dir.), *La parole, l'écrit et l'image en justice, quelle procédure au XXI^e siècle*, Presses universitaires de Limoges, 2011, p. 135. Concernant cette mise en scène, la doctrine évoque parfois une certaine dramaturgie visant à renforcer artificiellement le poids de la parole du coupable et de celle de la victime, Alain BLANC, « La preuve aux assises : entre formalisme et oralité », *op. cit.*, p. 271. Les prétoires contemporains ont en commun avec le confessionnal et le cabinet du psychanalyste le déploiement des états d'âme ; la cour d'assises, par exemple, prend vie indépendamment de l'effroi que peut susciter un criminel ; dans cette atmosphère frétilante emplie d'acteurs judiciaires et de spectateurs attentifs, l'accusé va devoir répondre aux questions qui lui seront posées et justifier son acte, Frédéric CHAUVAUD, *La chair des prétoires*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, p. 175.

²¹ Paul RICOEUR, *Finitude et culpabilité, la symbolique du Mal*, Paris, Aubier Montaigne, 1960, p. 107.

²² Paul VALADIER, « Pratique catholique de la confession auriculaire : enjeux et problèmes », dans Renaud DULONG (dir.), *L'aveu : histoire, sociologie, philosophie*, Presses universitaires de France, 2001, p. 244. Jean DELUMEAU, *L'aveu et le pardon, les difficultés de la confession. XIII^e – XVIII^e siècle, op. cit.* p. 174.

désormais flétri en droit positif français²³. La réflexion sur la valeur de l'archipel carcéral dans notre société punitive a récemment été relancée lors d'un colloque tenu à la Cour de cassation en 2016²⁴ et intitulé *Quarante ans de « surveiller et punir »*, en écho au célèbre ouvrage de Michel FOUCAULT. Cette relecture de l'œuvre du philosophe, qui condense des recherches approfondies sur l'inertie du droit pénitentiaire et l'avenir de la peine d'emprisonnement²⁵, est révélatrice du bouleversement procédural. L'idée d'une évolution du système actuel est en marche... Elle ouvre la voie d'un nouveau modèle, fondé sur une façon plus humanisée de faire justice²⁶.

Beaucoup de ces nouvelles procédures, dites alternatives au jugement, ont l'apparence de celles qui avaient séduit, il y a mille ans environ, les praticiens médiévaux. Le sujet méritait donc que l'on s'y attarde. Évidemment, dans ce passé lointain, nous leur imaginons un décor judiciaire et des rituels procéduraux bien éloignés des nôtres. Mais les comparer n'est pas seulement les dépeindre ; c'est avant tout les comprendre. Promesses et méfiances mêlées, serait-on tenté d'écrire, les leçons que l'on peut tirer du passé seront ici expliquées. Aussi, nous interrogerons-nous sur les racines anciennes de la justice alternative et sur l'efficacité des combinaisons d'initiative privée visant actuellement à résoudre un conflit en dehors de l'État.

C'est un signe des temps de s'apercevoir que les prétoires sont de plus en plus fréquentés²⁷. Beaucoup de ceux qui s'y pressent acceptent volontiers, pour des conflits mineurs, les procédures consensuelles qui leur sont proposées. Cette confrontation maternante avec la justice la leur rendra, sans nul doute, moins terrifiante. Réfléchir à partir des tâtonnements d'une justice alternative qui n'a pas encore terminé de se constituer nous invite ici à la concevoir au prisme de son histoire.

Il faut se rappeler que c'est au haut Moyen Âge (VIII^{ème} -X^{ème} siècle) que les MARC ont été les plus aboutis. En 802, CHARLEMAGNE engagea une réforme pour rénover la justice et plaça, en son cœur, les modalités de désignation des agents chargés de la rendre²⁸. Pour former une solide structure d'encadrement du système judiciaire, l'empereur s'inspira du système mérovingien des « envoyés du

²³ Serge DETRAZ, « [La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle](#) », *RSC* 2008, p. 41.

²⁴ Organisé par Dominique ROUSSEAU (Paris I) et Sandra LAUGIER (Paris I), ce colloque, tenu entre les 26 et 28 mai 2016, scindait sa réflexion autour de 5 axes ; le premier était consacré à une approche pluridisciplinaire de la peine, le deuxième à l'œuvre de Michel FOUCAULT et à sa portée actuelle, le troisième à la condition carcérale et ses conséquences de nos jours, le quatrième aux évolutions législatives et le cinquième à la question de sa pérennité devant les enjeux récents de surveillance.

²⁵ Simone BUFFARD, *Le froid pénitentiaire. L'impossible réforme des prisons*, Paris, Seuil, 1973 qui annonçait déjà l'échec du système pénitentiaire. Sur la réforme de l'univers carcéral, Claude VEIL et Dominique LHUILLIER (dir.), *La prison en changement*, Toulouse, Erès, 2000 et Corinne ROSTAING, « Interroger les changements de la prison. Des processus de déprise et de reprise institutionnelle », *Tracés.*, n° 19, 2010, p. 89. En conformité avec l'approche de Michel FOUCAULT, Gilles CHANTRAINE a démontré que la prison gérait les délinquants plus qu'elle ne les réinsérait, Gilles CHANTRAINE, *Par-delà les murs*, Paris, Presses universitaires de France, 2004. Sur les répercussions sociétales, voir aussi Anne JENNEQUIN, « [La dignité de la personne détenue](#) », *RFDA* 2015, p. 1082 ; David FARRINGTON et Joseph MURRAY, « [Les effets sur l'enfant de l'incarcération parentale](#) », *AJ Pénal* 2011, p. 398. Sur la surpopulation carcérale, Léna MAUD, « [Des chiffres et des textes](#) », *AJ Pénal* 2014, p. 552 et OBSERVATOIRE INTERNATIONAL DES PRISONS, *Les conditions de détention en France*, Paris, La Découverte, 2007. Pour de fines études jurisprudentielles, Anne-Gaëlle ROBERT, « [Surpopulation carcérale : le recul de la Cour européenne des droits de l'homme](#) », *AJ Pénal* 2015, p. 415 et Anne PONSEILLE, « [Aménagement de peine et de surpopulation carcérale](#) », *AJ Pénal* 2014, p. 494.

²⁶ Robert CARIO, « [La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ?](#) », *AJ Pénal* 2007, p. 373 et Sandrine LEFRANC, « Le mouvement pour la justice restaurative : « *an idea whose time to come* », *Droit et société*, t. 63, 2006, p. 393. Ce phénomène n'est pas uniquement français ; pour le Canada, par exemple, un bilan est bien documenté par Édith DESNOYERS, « Du châtement à la justice réparatrice : une évolution ? », *Revue canadienne de criminologie*, t. 42, 2000, p. 249.

²⁷ Sur cette hausse, Antoine GARAPON, *Le gardien des promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 23-24.

²⁸ Karl August ECKHARDT, « Die capitularia missorum specialia von 802 », *Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters*, vol. 12, 1956, p. 498 ; Philippe DEPREUX, « L'absence de jugement datant du règne de Louis le Pieux », *Annales de Bretagne et des Pays de l'Ouest*, t. 108, 2001, p. 7 ; Jenifer DAVIS, « A pattern for power : Charlemagne's Delegation of judicial responsibilities », dans Michael MCCORMICK (dir.), *The long morning of medieval Europe*, Burlington, Ashgate Publishing Company, 2008, p. 243.

maître » que les souverains, notamment les maires du palais pippinides, avaient investi de missions ponctuelles, généralement fiscales ou judiciaires. L'institution des *missi dominici*²⁹, qu'il forma à leur ressemblance dans l'objectif de la rendre durable, se composait de commissaires dont l'autorité centrale « se servait pour faire sentir son action personnelle dans une fraction déterminée du territoire »³⁰. Permettant aux rois et empereurs carolingiens de gouverner à distance, ils étaient chargés d'exercer la justice en leur nom et de manière homogène dans toute la Gaule³¹. Ces personnages de haut rang étaient désignés parmi ceux qui pouvaient incarner et prolonger les vertus royales. Il faut entendre par là qu'ils ne devaient pas se montrer vénaux lorsque les justiciables leur proposaient des cadeaux pour influencer l'issue du procès³². Ermold LE NOIR, un poète de la Cour de Pépin, les avait idéalement décrits vers 826 comme des gens de vie pure, de foi sincère, de conduite incorruptible et de nature insensible à la flatterie des grands, au favoritisme et à la fraude³³. Ces qualités étaient évidemment nécessaires pour parcourir diligemment le vaste empire des Francs et y faire respecter le droit³⁴. D'où, la décision de l'empereur d'avoir recours aux détenteurs des hautes charges publiques pour assumer cette fonction³⁵. Suivant la législation, la justice devait être exercée de manière conjointe par deux *missi*, un ecclésiastique et un laïque, choisis d'une part parmi les évêques, archevêques et abbés et, d'une autre, parmi les ducs et comtes³⁶. Toutefois, dans la pratique, ce modèle n'était pas aussi rigide³⁷. Si le tribunal des *missi* avait, à l'échelon local, presque la même importance que le tribunal royal, la juridiction comtale était également apte à juger des conflits dans lesquels les notables étaient impliqués³⁸. Parallèlement, l'évêque avait le devoir d'exercer son pouvoir

²⁹ Comprenons ici des envoyés.

³⁰ François Louis GANSHOF, « Charlemagne et l'administration de la justice dans la monarchie franque », dans Karl BEUMANN (dir.), *Karl der Grosse*, Düsseldorf, 1965, p. 366 et Jürgen HANNIG, « Pauperiores vassi de infra palatio ? Zur Entstehung der karolingischen Königsbotenorganisation », *Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung*, n° 91, 1983, p. 309.

³¹ Karl Ferdinand WERNER, « Missus-marchio-comes. Entre l'administration centrale et l'administration locale de l'empire carolingien », dans Werner PARAVICINI et Karl Ferdinand WERNER, (dir.), *Histoire comparée de l'administration*, Munich, Institut historique allemand, 1980, p. 191.

³² Laurent JEGOU, *L'évêque, juge de paix, L'autorité épiscopale et le règlement des conflits (VIII^e-XI^e siècle)*, Turnhout, Brepols, 2011, p. 190.

³³ *Ermoldi Nigelli Carmina, Monumenta Germaniae Historica, Scriptores, Annales et chronica aevi Carolini*, t. 2, p. 29 (vers 173-176) : « *Eligit extemplo missos, quos mittat in orbem, Quorum vita proba sit, generosa fides, Munera quos nequeant flecti, nec saeva potentum Blandities, favor, aut ingeniosa lues* ».

³⁴ *Ibid.* (vers 177-180) : « *Qui peragrent celeres Francorum regna per ampla, Justitiam faciunt iudiciumque simul, Quos pater aut patris sub tempore presserat arguens Servitium relevent munere sive dolo* ».

³⁵ À travers eux, l'empereur pouvait asseoir son pouvoir en Gaule et rester le garant de la paix et de la justice. Laurent JEGOU, *L'évêque, juge de paix, L'autorité épiscopale et le règlement des conflits (VIII^e-XI^e siècle)*, Bruxelles, 2011, p. 190 et François BOUGARD, *La justice dans le royaume d'Italie de la fin du VIII^e siècle au début du XI^e siècle*, Rome, École française de Rome, 1995.

³⁶ Reinhold KAISER, « Les évêques de Langres dans leur fonction de *Missi Dominici* », dans Robert FOLZ et alii (dir.), *Aux origines d'une seigneurie ecclésiastique. Langres et ses évêques. VIII^e-XI^e siècles*, Dijon, Société historique et archéologique de Langres, 1986, p. 93.

³⁷ On consultera avec profit Bernard BACHRACH, *Charlemagne's early campaigns (768-777)*, Leyde, Brill, 2013, p. 18, JEGOU (Laurent), « L'évêque juge dans sa cité. Les lieux d'exercice de la justice épiscopale au haut Moyen Âge », *Dimensoes*, vol. 26, 2011, p. 4, Philippe DEPPEUX, « The Development of Charters conforming Exchanges by the royal administration », dans Karl HEIDECKER, *Charters and the use of the written world in medieval society*, Turnhout, Brepols, 2000, p. 43 et Philippe DEPPEUX, « La loi et le droit : la part des échanges culturels dans la référence à la norme et les pratiques durant le haut Moyen Âge », dans *Les échanges culturels au Moyen Âge. Actes du XXXII^e congrès de la SHMESP*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, p. 41.

Sur les *vicarii*, agents qui pouvaient remplacer le comte lors du *mallus* pour des affaires mineures, cf. Jean-François BOYER, *Pouvoirs et territoires en Aquitaine du VI^e au X^e siècle : enquête sur l'administration locale*, dactyl., thèse, Limoges, 2015, t. I, p. 454.

Sur les *missi* bourguignons, cf. Reinhold KAISER, « Les évêques de Langres dans leur fonction de *Missi Dominici* », dans Robert FOLZ et alii, *Aux origines d'une seigneurie ecclésiastique. Langres et ses évêques. VIII^e-XI^e siècles*, Dijon, Société historique et archéologique de Langres, 1986, p. 93.

³⁸ Régine LE JAN, « Justice royale et pratiques sociales dans le royaume franc », *La giustizia nell'alto medioevo (secoli IX-XI)*, Spolète, 1997, p. 47 et Philippe DEPPEUX, *Les sociétés occidentales du milieu du VI^e à la fin du IX^e siècle*, Rennes, Presses

juridictionnel ; les séances de son tribunal pouvaient concerner les litiges ecclésiastiques, comme séculiers³⁹.

La justice carolingienne, telle qu'elle devait être mise en œuvre au IX^e siècle, est bien connue grâce aux capitulaires et à la législation générale, largement diffusés. La lecture habituellement faite des sources invite à octroyer aux *missi dominici* un rôle majeur dans la résolution des conflits. Ils devaient tenir des assises itinérantes en janvier, en avril, en juillet et en octobre⁴⁰ pour connaître les conflits qui s'élevaient dans la société⁴¹. Chacun sait l'importance que les historiens ont accordée à ces figures d'autorité dans l'exercice de la justice⁴², mais il convient désormais d'essayer de dépasser cette généralité. Toute la difficulté de l'exercice est de déterminer le rôle et le degré d'implication des intermédiaires dans la résolution du conflit, mais également d'envisager de très près la complémentarité de leurs fonctions. Cette voie, encore peu connue, mérite d'être explorée car il est désormais admis que ces intermédiaires discrets, intervenant aux côtés des grandes figures d'autorité locales que sont les comtes et les évêques, jouent un rôle essentiel dans les cours judiciaires carolingiennes⁴³. Les actes altimédiévaux nous conduisent au cœur du sujet lorsque, de façon plus ou moins détaillée, ils mentionnent ces personnages sous l'appellation de *scabini* ou encore de *boni viri*. Parce qu'un usage banalisé de la terminologie de ce personnel judiciaire a fini par en dissimuler le sens et les fonctions, il nous apparaît nécessaire d'y revenir.

Le terme de scabins (*scabini*) ou d'échevin s'entend du personnel technique qui exerce des fonctions judiciaires au sein des cours carolingiennes. Ces professionnels du droit ont remplacé, au début du IX^e siècle, les assesseurs seulement occasionnels du comte, autrement nommés les rachimbours⁴⁴. Choisis parmi les notables ruraux, ils faisaient partie des principaux interlocuteurs des justiciables. Le terme de bons hommes (*boni viri*) s'entend des médiateurs. À l'échelon local, ces hommes importants ont une forte emprise sur la population, si forte qu'elle en reconnaissait l'autorité. Les échevins, juristes des comtes et des évêques, étaient parfois assistés des *boni homines*, chargés de faire accepter leur décision.

Ces acteurs sont présents dans l'institution judiciaire. Ils en sont les rouages essentiels. Pour les conflits mineurs, pour lesquels l'accord est possible, l'affaire est confiée aux médiateurs, puis homologuée par le comte. Pour les cas les plus graves et les conflits très envenimés, le juge tranche l'affaire en droit⁴⁵. Cette répartition du contentieux semble très proche de ce que l'on essaie aujourd'hui, et avec raison, de mettre en place.

universitaires de Rennes, 2002, p. 243. Le comte exerçait la justice par délégation royale, cf. *Formulae Marculfi*, I, 8, éd. Karl ZEUMER, *Formulae Merovingi et karolini aevi*, MGH, *Leges*, Hanovre, 1882, p. 48.

³⁹ La présentation des pouvoirs judiciaires de l'évêque au haut Moyen Âge est bien détaillée par Jacques PERICARD, *Ecclesia bituricensis, Le diocèse de Bourges des origines à la réforme grégorienne*, Clermont-Ferrand, LGDJ, 2006, p. 83 et suivantes.

⁴⁰ Les autres saisons étaient probablement réservées aux récoltes et aux guerres.

⁴¹ *Capitulare de iustitiis faciendis*, *Monumenta Germaniae Historica, Capitularia*. n° 80.

⁴² En dernier lieu, on peut consulter les travaux de Julien MACQUET qui accordent une large place à ces acteurs. Julien MACQUET, *Faire justice dans le diocèse de Liège au Moyen Âge*, Droz, Genève, 2008, notamment p. 302 et suivantes.

⁴³ Soulignons ici de récents travaux sur le rôle des intermédiaires dans la gestion des conflits, cf. Jacques PERICARD (dir.), *La part de l'ombre. Artisans du pouvoir et arbitres des rapports sociaux (VIII^e-XV^e siècles)*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2014 et plus particulièrement la contribution de Laurent JEGOU, « *Scabini*, témoins, *boni homines*... acteurs de la communauté judiciaire », p. 49.

⁴⁴ L'une des plus anciennes mentions des échevins (780) apparaît dans le *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, éd. Benjamin GUERNARD, Paris, Lahure, 1857, p. 31. Sur cette date, cf. STONE (RACHEL), *Morality and masculinity in the carolingian Empire*, Cambridge, Studies, 2015, p. 159. Le capitulaire les instituant ne nous est pas parvenu, mais nous en trouvons mention dans le *capitulaire missorum* de 803. Cf. *Monumenta Germaniae Historica [désormais MGH], capitularia regnum francorum Karoli Magni Capitularia* et François Louis GANSHOF, « Charlemagne et l'administration de la justice dans la monarchie franque », dans Karl BEUMANN (dir.), *Karl der Grosse*, Düsseldorf, 1965, p. 400 ; cf. aussi Francis ESTEY, « The *scabini* and the local courts », *Speculum*, t. 56, 1951, p. 119.

⁴⁵ Nous nous permettons de renvoyer à nos précédents travaux. Laura VIAUT, *Les mécanismes de gestion des conflits dans l'espace aquitain au haut Moyen Âge (VIII-XIII^e siècle)*, thèse d'histoire du droit, dir. Jacques PERICARD, Université de Limoges, 2018.

Mais sans exalter pour autant le passé carolingien, l'institution judiciaire française doit évoluer. En permettant aux justiciables de se réappropriier la maîtrise et la gestion de leurs conflits passagers, le système évite l'excès de judiciarisation et permet, par là, au magistrat de bénéficier d'une plus grande disponibilité pour résoudre les cas difficiles⁴⁶. C'est une pertinente avancée, mais elle est encore en gestation. Il reviendrait donc à la justice alternative de ne pas trop s'éloigner de l'institution judiciaire et, à cette dernière, de se transformer pour lui faire l'hospitalité... La nécessité de rattacher les modes non-juridictionnels à l'institution judiciaire apparaît, au vu de l'histoire, essentielle. Les MARC, nous n'en doutons pas, ne sont pertinents que s'ils se déploient à l'ombre du juge⁴⁷.

⁴⁶ Joël MONEGER, « [L'éviction du juge par la loi](#) », *AJDI*, 2016, p. 170 ; Jacques CAILLOSSE, « [Sur les modes de règlement non juridictionnel des conflits internes à l'administration](#) », *AJDA* 2003, p. 880 et Frédérica OUDIN-RONGEAT, « [Les compétences juridiques du médiateur](#) », *Gazette du Palais*, n° 25, 2011, p. 19.

⁴⁷ Hélène POIVEY-LECLERCQ, « [Autre mode de règlement alternatif des litiges : la procédure participative](#) », *AJ famille*, 2010, p. 257.

QUELLE PLACE POUR LE CONSENTEMENT ET LA NÉGOCIATION DANS LA PROCÉDURE PÉNALE ? QUELQUES RÉFLEXIONS SOCIOLOGIQUES SUR LES PRATIQUES

Par

Philip MILBURN

Professeur de sociologie, Université Rennes 2, Lab ESO CNRS

Dans la perspective du système pénal français, c'est-à-dire continental et se plaçant dans la double tradition du droit romain et du jacobinisme républicain, le caractère imposé de l'action pénale apparaît comme une évidence incontestable. Le rôle des justiciables – qu'ils soient prévenus ou plaignants – se limite à leur intervention durant le procès par avocat interposé. Le tribunal fixe en toute souveraineté la peine et tous les éléments de la décision qui s'imposent à eux. Il en va de même dans l'exécution et l'application de la peine qui relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge ou de l'administration pénitentiaire. Or l'examen des évolutions en matière de dispositions juridiques comme de pratiques judiciaires depuis une vingtaine d'années montre une inflexion tout à fait significative en la matière, qui l'amène vers des pratiques beaucoup plus habituelles dans l'application de la *common law* dans les pays relevant de cette tradition juridique et judiciaire.

Il apparaît en effet que, dans le système judiciaire français, la décision de justice pénale a recours de manière de plus en plus importante à la participation du justiciable. Celle-ci se traduit en tout premier lieu en termes de mobilisation du consentement et de négociation, de la part de la victime comme du mis en cause. Ce qu'on pourrait considérer comme une simple inflexion marginale pour adapter le système français aux impératifs de la suractivité juridictionnelle (désengorger les tribunaux) liés à l'extension du filet pénal, ne cacherait-il pas un changement de paradigme du système pénal¹ ?

Sans chercher à répondre à cette question de théorie du droit, on s'emploiera ici à relever les traces empiriques et sociologiques d'un processus pour en saisir les ressorts enfouis qui font écho aux logiques juridiques désormais bien balisées par les chercheurs en sciences juridiques et judiciaires². Ces observations permettent de progresser dans l'étude de cette nouvelle « gouvernementalité » dont les logiques d'exercice du pouvoir agissent, selon l'intuition épistémologique de Michel FOUCAULT, dans les replis des pratiques infra-institutionnelles³. Les réflexions qui suivent sont issues de chantiers de recherche empiriques passés ou en cours dans différents domaines de l'action pénale, qui entreprennent de rendre compte, au-delà des textes juridiques et des *dispositifs* institutionnels, les *dispositions* éthiques et pratiques des acteurs qui œuvrent dans ce cadre⁴.

Consentement et négociation : de la justice restaurative à la justice rétributive

¹ Jean DANET, *Justice pénale, le tournant*, Paris, Folio, 2006, 400 p. ; André GIUDICELLI, Jean-Paul JEAN et Michel MASSÉ, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, « Droit et justice », 2009, 400 p.

² Antoine GARAPON, *La raison du moindre État. Justice et néolibéralisme*, Paris, Odile Jacob, 2010, 286 p.

³ Michel FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au collège de France 1978-1979*, Paris, Gallimard, 2004, 368 p.

⁴ Les dispositifs renvoient aux procédures cependant que les dispositions renvoient aux logiques qui président aux décisions prises par les tribunaux ou des actions des magistrats ou autres acteurs mandatés par la justice : délégués du procureur, médiateurs pénaux, éducateurs pour mineurs, etc.

La participation du justiciable en matière de procédure pénale s'est tout d'abord et logiquement imposée dans la « justice restaurative » tournée vers le plaignant, dont le but explicite consiste à rendre aux citoyens la maîtrise des relations sociales dans lesquelles ils sont impliqués et d'éviter les effets indésirables de l'action institutionnelle et, surtout, pénale⁵. Elle cherche également à répondre aux demandes des plaignants ayant subi un préjudice moral ou matériel, tenues à l'écart des poursuites pénales.

Médiation et justice restaurative ou le consentement comme opérateur pénal

Introduite dans le Code de procédure pénale français en 1993 et largement développée depuis, dans la quasi-totalité des juridictions, la médiation pénale est toutefois restée en amont de la procédure, en tant qu'alternative aux poursuites proposée par le procureur. Elle marque pourtant l'une des premières formes de sollicitation du consentement des justiciables pour accepter la procédure infra-judiciaire et l'issue de celle-ci, qui ne représente pas une peine pour le mis en cause mais une reconnaissance de son implication et la validation d'un dédommagement. La médiation pénale n'est possible en effet que si le mis en cause et le plaignant acceptent son principe et négocient son issue. En France, la médiation pénale s'est développée sur l'ensemble du territoire, dans la périphérie des parquets qui en sont les maîtres d'ouvrage. Aussi les procureurs délèguent-ils cette fonction, et donc sa dimension de saisie du consentement de négociation, à des médiateurs. Ceux-ci sont censés représenter la société civile mais ils sont recrutés par les procureurs, le plus souvent parmi des personnes disposant d'une autorité institutionnelle préalable (comme d'anciens policiers ou greffiers).

La médiation devient de la sorte la forme idéal-typique de toutes sortes de développements qui s'effectuent par la suite, non plus en marge du système judiciaire, mais en son sein. Il a été couramment pointé que la réalité du consentement est contestable dans la mesure où il est mobilisé sous la menace de poursuites (ou de renoncement au dédommagement pour le plaignant), il n'en reste pas moins qu'il devient avec l'avènement de la justice restaurative, un nouvel *opérateur de la justice pénale* appelé à se disséminer en son sein. Il permet de faire entrer la citoyenneté dans la décision judiciaire et d'y associer les deux parties et leurs intérêts privés en lieu et place de la notion d'« ordre public », unique cadre de référence de l'action publique judiciaire jusqu'alors. Et partant, elle fait entrer la figure de la « victime » (notion pour le moins plastique derrière son acception juridique) dans le paysage de la définition de la décision pénale, qu'elle contribue à négocier. En réalité, la médiation contribue à établir la *figure* de la victime comme opérateur d'action pénale, du moins pour les infractions courantes (les « délits » en droit français).

Depuis lors, la « justice restaurative » s'est développée sous différentes formes (rencontres détenus/victimes, échanges entre parties durant une procédure, etc.) : elle a été fortement encouragée par la société civile, notamment par l'intermédiaire des associations d'aide aux victimes, mais également par le législateur qui l'a introduite dans différents textes, notamment dans le nouveau Code de justice pénale des mineurs, adopté en 2019⁶. Le principe général en est que l'auteur et la victime de l'infraction voient leur culpabilité et leur préjudice moraux amenuisés par cette rencontre, notamment par la reconnaissance du statut de victime. Dans ce processus, la notion de consentement est un préalable indispensable, mais il n'apparaît pas là de « négociation », puisqu'aucun élément lié à la décision de justice (qu'elle soit pénale ou de dédommagement civil) n'intervient dans l'échange.

⁵ Jacques FAGET, *La médiation. Essai de politique pénale*, Toulouse, Erès, 1997.

⁶ Jessica FILIPPI, *Droit pénal des mineurs et justice restaurative, Approche comparée France/Fédération Wallonie Bruxelles*, Éditions du Septentrion, 2021, 368 p.

La réparation pénale : du consentement à l'application

La « réparation pénale à l'égard des mineurs » constitue un autre vecteur d'extension du consentement dans l'action pénale au cours des années 1990, dans un domaine où la souplesse du traitement pénal de la minorité permet des innovations infra-sanctionnelles⁷. La réparation est donc une mesure éducative faisant suite à une incrimination : elle consiste à effectuer une activité à l'intention de la victime ou de la collectivité, qui doit permettre au jeune de recouvrer l'estime qu'elles lui accordent, et partant, l'estime qu'il a de lui-même. Il s'agit notamment de mettre en relief ses qualités positives en contrepoint de sa conduite illicite⁸. L'un des points d'orgue de cette mesure réside dans le principe de « responsabilisation » qui se veut le levier éducatif majeur de la mesure. Il se concrétise dans la pratique des intervenants éducatifs et dans la participation du jeune à la décision du choix de l'activité et de son cadre, qui doit faire sens par rapport à l'infraction ou du moins à son parcours personnel.

Cette quête de sens se traduit en termes d'implication de soi du jeune (vis-à-vis de l'éducateur, du lieu d'accueil de l'activité, de la victime, etc.) quant à la pertinence de l'activité de réparation. Aussi l'efficacité de la mesure (donc de l'action pénale) repose-t-elle ici sur une dimension du consentement qui ne se résume pas à l'acceptation de la mesure (comme pour le travail d'intérêt général) mais qui suppose une reconnaissance de la valeur de l'action institutionnelle en s'impliquant dans la mesure. Celle-ci cesse dès lors d'être un opérateur de contrainte pour se poser en aiguillon de la valeur de l'action pénale acceptée⁹. En cela, cette mesure est hyperbolique du processus de la pénalisation consentie dans la mesure où le consentement permet de dépasser l'action institutionnelle par une appropriation personnelle. À la pénalisation se substitue une pédagogie de la responsabilisation, c'est-à-dire de la capacité individuelle à donner une valeur collective à son action.

Plaider coupable, définir sa peine ?

Les deux dispositifs précédents se situent à la périphérie de l'action pénale, dans sa déclinaison alternative ou éducative. Les choses prennent une autre dimension au cours des années 2000 qui voient apparaître deux dispositifs où le mis en cause intervient dans la décision pénale rétributive en reconnaissant les faits incriminés et en approuvant une peine y correspondant. La composition pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC dite « plaider coupable ») offrent ainsi la possibilité au procureur de proposer au justiciable mis en cause une peine – présumée inférieure à celle d'une condamnation au tribunal – suite à sa reconnaissance de culpabilité. Cette décision sera alors validée (ou non) par un juge qui n'intervient pas sur la décision de culpabilité ni sur le quantum de la peine. Les peines sont celles que prévoient les codes, y compris la prison ferme et il s'agit bien d'une condamnation portée au casier judiciaire. Le champ des infractions éligibles à ces procédures n'a cessé de s'amplifier au cours des années 2000¹⁰ et encore des années suivantes, la loi de 2019 prévoyant en outre que la peine d'emprisonnement peut être étendue à 3 ans au lieu d'un an précédemment¹¹.

⁷ Philip MILBURN, *Quelle justice pour les mineurs. Entre enfance menacée et adolescence menaçante*, Toulouse, Erès, 2009, 236 p.

⁸ Philip MILBURN, *La réparation pénale à l'égard des mineurs*, Paris, PUF, 2005, 64 p.

⁹ Philip MILBURN, Christian MOUHANNA et Vanessa PERROCHEAU, « [Controverses et compromis dans la mise en place de la composition pénale](#) », *Archives de politique criminelle*, n° 27, 2005, p. 151-165

¹⁰ Vanessa PERROCHEAU, « [La composition pénale et la CRPC : quelles limites à l'omnipotence du parquet ?](#) », *Droit et société*, n° 74, 2010, p. 55-72 ; Jean DANET (dir.), *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, Rennes, PUR, 2013, 522 p.

¹¹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice relative aux alternatives aux poursuites et au jugement. La peine ferme ne doit toutefois pas excéder la moitié de la peine prévue par le code pénal, ce qui constitue un indicateur de la distance que le législateur tient à maintenir entre ces procédures alternatives et le recours au tribunal, *a contrario* des pays anglophones et de *common law*.

On dispose de peu de travaux de recherche approfondie à ce jour sur la généralisation de l'application de ces dispositifs. Ceux que nous avons réalisés durant leur période de mise en place montrent que la part de négociation reste fort réduite. Les parquets locaux ont constitué des barèmes de peine correspondant aux infractions et tendent à automatiser la procédure qui se réduit de la sorte à la reconnaissance de culpabilité. Le dispositif permet d'absorber dans la machine pénale des affaires ne nécessitant guère de débat contradictoire et de fonctionner à moindre coût. Les procureurs deviennent ici les maîtres d'œuvre, notamment pour les procédures de CRPC : ce sont eux qui rencontrent le justiciable et recueillent sa reconnaissance de culpabilité. Peu habitués à échanger avec des prévenus, ils le sont encore moins à solliciter leur accord. Quant à la discussion sur la hauteur de la peine, elle est totalement étrangère à leur culture professionnelle, dans la mesure où ils estiment que la juste peine ne saurait être le résultat d'un marchandage.

Interrogés sur la question dans le cadre d'une recherche¹², ils disent voir dans cette démarche, selon leur expression, une « civilisation » (*i.e.* qui renvoie au droit civil) de la procédure pénale. C'est-à-dire que les logiques privées interviennent dans l'action publique et la détermination de la peine s'apparente à une contractualisation, bien éloignée de la conception très républicaine qu'ils ont de leur fonction. Aussi, à l'origine, les procureurs n'ont-ils mis cette procédure en œuvre que parce qu'ils y ont été contraints par l'autorité ministérielle, car la plupart d'entre eux ne la voyaient pas d'un très bon œil. Ils déclaraient à l'époque de leur création que ces procédures leur conféraient un surcroît de travail qui relevait jusqu'alors du tribunal et, surtout, qu'elles venaient redéfinir leur fonction¹³. Toutefois, l'augmentation significative du recours à ces procédures au cours des deux dernières décennies indique qu'ils s'en sont largement emparés comme contribution majeure à la régulation des flux du contentieux pénal.

Les parquets ont contourné leur réticence à toute négociation en instaurant des barèmes de peines rapportées aux infractions, qui limitent la portée du consentement dans l'élaboration de la décision judiciaire pénale. Celui-ci se limite à la seule reconnaissance de la culpabilité de la part du mis en cause, qui consent *ipso facto* à la peine proposée par le parquet. Toutefois, tout porte à croire que les choses sont en cours d'évolution. Les peines de prison, y compris fermes, devenant de plus en plus fréquentes dans ce cadre, les avocats sont appelés à trouver progressivement leur place dans la définition des conditions de la reconnaissance de culpabilité mais aussi du quantum de la peine. Les avocats sont ainsi amenés à donner un contenu symbolique à la nature de la culpabilité et à la réponse pénologique, qui se décline dans une pluralité de possibilités (sursis, surveillance électronique, contrôle judiciaire, travail d'intérêt général, stages de citoyenneté, etc.). C'est la valeur symbolique de la peine (rapportée à l'infraction, au préjudice de la victime, à la personnalité du prévenu ou celle de la victime, etc.) qui se trouve potentiellement au cœur d'une *négociation* de la décision judiciaire à laquelle le justiciable prend part, par opposition à une *plaidoirie* qui tente d'infléchir une décision qui reste entièrement du fait de la puissance régaliennne du tribunal.

À cela s'ajoute la présence potentielle de la victime de l'infraction dans la procédure. Elle est en droit d'assister à la rencontre avec le procureur et peut même envisager de venir avec son avocat. Certes, d'un point de vue légal, ses demandes ne sont relatives qu'au dédommagement du préjudice. Mais dans des cas spécifiques, où par exemple celui-ci serait très important et le prévenu non solvable, n'en viendrait-on pas à tenir compte de cet élément pour déterminer le quantum de la peine ? On peut escompter que non, mais la question reste posée, dans la mesure où la procédure ne fait pas l'objet de contrôle en la matière.

¹² Philip MILBURN, Christian MOUHANNA et Vanessa PERROCHEAU, *op. cit.*

¹³ Philip MILBURN, Christian MOUHANNA et Vanessa PERROCHEAU, *op. cit.*

Il convient sans doute de rappeler l'origine américaine de ce type de procédure (aux États-Unis, plus de 90 % des dossiers impliquent le *Guilty plea* y compris en matière criminelle), où la négociation constitue un élément central de la compétence des procureurs¹⁴.

Quelques remarques conclusives

De manière générale, il apparaît de la sorte qu'une partie de l'action pénale s'appuie sur les volontés individuelles des citoyens impliqués dans les faits contentieux. Ceci repose sans doute sur une idée démocratique de désacralisation de l'institution judiciaire, dont une partie de la puissance régaliennne est dévolue de la sorte aux citoyens. Mais on peut y voir également une manière de s'en remettre à la volonté des individus comme opérateur de contrôle social. Dans ce schéma, la justice – le juge mais aussi le procureur dans le cas de la médiation – a davantage un rôle arbitral de validation de la conformité légale des décisions renvoyées aux logiques sociétales. Cela dispense l'institution d'assumer sa responsabilité dans l'exercice de la coercition pénale et la renvoie à celle des justiciables qui auront consenti à leur peine. Et ce, sous l'étendard d'une « responsabilisation » qui apparaît comme une remise du pouvoir au citoyen dans le processus de contrôle social mais constitue de ce fait une normalisation par les contrôles sociétaux¹⁵. C'est ce que résume Antoine GARAPON quand il écrit « *Gouverner n'est plus contrôler des corps mais domestiquer des forces. [...] Cette gouvernementalité [pénale] rêve d'une régulation totalement incorporée à l'individu qui n'a plus besoin d'être gouverné de l'extérieur* »¹⁶.

En effet, une telle logique qui sous-tend les évolutions législatives concernant les procédures et les recours à des méthodes périphériques (médiation, justice restaurative) ne se limite pas à ce périmètre et traverse l'ensemble de la logique de la pénalité hypermoderne. Elle est bien perceptible dans les modalités d'exécution des peines que ce soit dans les peines alternatives (travail d'intérêt général, probation et soins obligatoires¹⁷), dans les méthodes éducatives des Centres éducatifs fermés (CEF), par exemple, mais y compris dans l'incarcération elle-même¹⁸. Certaines prisons favorisent ainsi des dispositifs de « responsabilisation » ou de « confiance » où la privation de libertés se voit allégée en fonction de la capacité à consentir à respecter certaines règles inhérentes à l'établissement. Ces allègements se traduisent par des horaires assouplis, des autorisations de circulation ou d'avoir accès librement à certains services¹⁹. Au reste, Michel FOUCAULT avait identifié ce processus dès 1976 : « *Dans les établissements contemporains, on cherche à faire participer les détenus eux-mêmes, les conseils de détenus, etc. à l'élaboration du programme pénal. Je crois que ce qu'on fait, c'est au fond de rechercher à faire participer l'individu puni aux mécanismes mêmes de sa punition. L'idéal, ce serait que l'individu puni, soit individuellement, soit collectivement, accepte lui-même, sous la forme du conseil, la procédure de châtement qu'on lui applique. Et si on lui donne une part de décision dans cette définition de la peine, dans cette administration de la peine qu'il doit subir, si on lui donne une certaine*

¹⁴ Rappelons toutefois que ceux-ci ne sont pas des magistrats comme en France mais des avocats représentant la société, souvent élus.

¹⁵ Philip MILBURN, « La fin du disciplinaire ? Rationalité pénale et stratégies de normalisation au XXI^{ème} siècle », in Michel PORRET et Marco CICCHINI (dir.), *Les sphères du pénal. Avec Michel Foucault*, Lausanne, Antipodes, 2007, 303 p.

¹⁶ Antoine GARAPON, *op. cit.*, p. 214.

¹⁷ Pour le TIG, voir Christian MOUHANNA, « [Travail d'intérêt général et intérêt général au travail. Analyse sociologique des succès et obstacles au développement d'une mesure pénale](#) », Rapport de recherche, Paris, Cesdip, MRDJ, 2019, 60 p. ; pour la probation, v. Jacques FAGET, *La médiation. Essai de politique pénale*, Toulouse, Erès, 1997, 210 p. ; Jérôme FERRAND, Fabien GOURIOU et Olivier RAZAC, *Éprouver le sens de la peine. Expériences de vies condamnées*, Éditions du commun, 2021, 320 p. ; et pour les obligations de soins qui nécessitent la « compliance » du patient, v. Virginie GAUTRON (dir.), *Réprimer et soigner. Pratiques et enjeux d'une articulation complexe*, Presses universitaires de Rennes, 2023, 340 p.

¹⁸ Sur les CEF et les prisons pour mineurs, v. Francis BAILLEAU, Philip MILBURN, « [Les établissements privatifs de liberté pour mineurs : entre logiques institutionnelles et pratiques professionnelles](#) », CESDIP, Rapport de recherche MRDJ, 2012, 407 p.

¹⁹ Philippe COMBESSIE, *Sociologie de la prison*. Paris, La découverte, Repères, 2018 (rééd.), 126 p.

PARTIE I. PERSPECTIVES TRANSVERSALES

part de décision, c'est bien précisément pour qu'il l'accepte, c'est bien précisément pour qu'il la fasse fonctionner lui-même ; il faut qu'il devienne le gestionnaire de sa propre punition »²⁰.

²⁰ Michel FOUCAULT, *La chute des murs ?* Conférence à l'université de Montréal, 1976.

« FAITES-LE VOUS-MÊMES ».
**LA TRANSFORMATION DES MODALITÉS SOCIO-JUDICIAIRES DU TRAITEMENT
DES QUESTIONS FAMILIALES**

Par

Benoit BASTARD

Sociologue, CNRS, Institut des sciences sociales du politique, ENS Paris-Saclay

Le constat a émergé depuis plusieurs décennies, puis s'est imposé, selon lequel on assiste à un retrait des instances socio-légales en charge du traitement des questions familiales et à l'affirmation progressive d'un modèle dans lequel les individus eux-mêmes sont invités, lorsqu'ils sont confrontés à des difficultés, à rechercher ensemble les solutions adéquates – avec le concours des instances en question. Dans ce texte, je voudrais évoquer ce changement des modalités de la régulation de la sphère privée en prenant plus spécialement pour objet le traitement des ruptures familiales et en m'appuyant sur les travaux que j'ai réalisés sur cette question¹. Comment le nouveau modèle de gestion des séparations s'est-il diffusé ? Quels en ont été les effets pour la structuration des interventions des professionnels concernés, magistrats, avocats et médiateurs ? Et quelles en sont les conséquences pour les divorçants ?

1. Un « nouveau » modèle de traitement des conflits familiaux

Le modèle de traitement des difficultés familiales qui s'est imposé à partir des années 1975 s'est développé comme une réponse au changement de la famille. Les modalités qui se sont mises en place progressivement n'ont pas été élaborées indépendamment de la transformation du champ familial.² À cet égard, il faut rappeler les bouleversements intervenus dans la société, qu'il s'agisse de la montée de l'individualisme contemporain ou de la transformation de la place des femmes dans les sphères tant familiale que professionnelle. Dès lors que la réalisation de soi des individus est devenue un impératif et que les membres des couples, les hommes comme les femmes, se sont sentis moins contraints de prolonger indéfiniment leur union sans considérer les difficultés rencontrées, la conjugalité s'est trouvée remise en question en tant que structure de base de la cellule familiale. Les partenaires ont recherché davantage d'autonomie pour eux-mêmes et pour leur union. Il en est résulté, dès le début des années 1970, un accroissement progressif puis de plus en plus rapide du nombre des séparations, ce qui a eu pour conséquence la diversification des formes familiales que l'on connaît depuis, avec notamment les familles monoparentales et les familles recomposées. Ces transformations, on le sait, n'ont pas engendré une désaffection pour le couple – elles ont plutôt résulté d'un accroissement des attentes à son endroit – mais elles ont modifié en profondeur le paysage familial. Le mariage a perdu de son attrait tandis que d'autres catégories d'unions, moins formalisées, prenaient de l'ampleur, y compris celles qui s'adressent aux personnes de même sexe. Dès lors que l'union conjugale perdait en stabilité, la question de la parentalité est passée au premier plan et a donné lieu à un investissement nouveau. La préservation des relations enfant-parent est devenue un nouvel impératif catégorique, manifeste notamment dans les situations de rupture. Tout se passe comme si le « parentalisme » faisait concurrence au « conjugalisme ».

¹ Benoit BASTARD, *Les démarieurs. Enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*, La Découverte, 2002. Benoit BASTARD, David DELVAUX, Christian MOUHANNA et Frédéric SCHOENAERS, « [Maîtriser le temps ? L'accélération du traitement judiciaire du divorce en France et en Belgique](#) », *Temporalités*, 19, 2014.

² Irène THÉRY, *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris Odile Jacob, 1993.

Le droit et les juridictions familiales ont pris acte de ces évolutions et transformé la manière de considérer et de traiter les situations familiales, notamment dans les moments de crise et de conflit. Dès 1975, l'introduction du divorce par consentement mutuel a constitué un signe fort de l'évolution en cours : les juridictions familiales se mettaient en retrait et validaient cette formule dans laquelle les candidats aux divorces se voient donner la possibilité de prendre eux-mêmes les décisions relatives à leur séparation. Cette réforme, qui s'appuyait sur des travaux sociologiques et sur l'expérience judiciaire de l'époque, n'est que la première expression d'une évolution qui ne s'est pas démentie depuis et qui concerne tous les aspects du traitement des affaires familiales – voire de l'ensemble des affaires civiles. En l'occurrence, les conjoints sont invités à s'entendre sur tous les aspects de la réorganisation de leurs relations. On pense ici, en particulier, à l'évolution qui a marqué la prise en charge des enfants, dans le sens de la recherche de décisions communes visant un partage plus égalitaire, notamment via la résidence en alternance. Les juridictions de la famille, s'appuyant sur un droit qui n'a pas cessé d'évoluer dans ce sens, font constamment la promotion d'un divorce pacifié. Le divorce pour faute est marqué par une forte stigmatisation. Les juges jouent un rôle « d'entraîneur »³, et cherchent à différer autant que possible le moment de prendre des décisions qui tranchent entre des volontés opposées. Ils proposent toutes les « passerelles » possibles pour éviter de rester dans un divorce contentieux.

Le sens général de cette évolution, c'est de considérer que les meilleures décisions sont celles qui sont prises par les personnes elles-mêmes, en estimant qu'elles sont les meilleures spécialistes de leur situation et que des solutions élaborées de cette manière ont la meilleure chance de devenir effectives et durables.

De plus, par-delà la transformation considérable de l'habitus judiciaire qu'elle représente, la généralisation d'un modèle de décision de ce type renvoie à l'évolution même de la sphère privée qu'il s'agit de réguler. On peut parler d'une tendance à la « privatisation » des décisions (*private ordering* écrivent les sociologues en anglais) dans le sens du renvoi de la décision vers les justiciables, un mouvement qui correspond précisément à la privatisation de la famille au sens où les conjoints se trouvent de moins en moins soumis à des normes et à des injonctions venant de la sphère publique.⁴

2. La recomposition des interventions professionnelles

Le changement qui a affecté les manières de considérer les ruptures familiales et les modalités désirables de leur traitement s'est accompagné d'une réaffectation des rôles des professionnels qui interviennent dans le champ de la justice de la famille.

Dès les années 1980, les juges aux affaires matrimoniales avaient mis en œuvre des pratiques prétoriennes visant à encourager les conjoints à s'entendre. Pourtant, la position des magistrats s'est transformée et ils ont, ensuite, développé de nouvelles résistances face à la tendance à la privatisation au moment où est apparue l'idée qu'il serait possible de se passer de leur intervention dans toute une partie du traitement des divorces. Ils se sont opposés aux propositions successives d'instauration d'un « divorce sans juge » en faisant valoir que, nonobstant la brièveté de leur intervention et son caractère formel dans les divorces d'accord, elle permettait un contrôle indispensable. La réforme qui a supprimé, en 2017, le passage obligatoire des divorçants devant les tribunaux les a « dépossédé » du traitement de tout ce volant des affaires. Ils ont été déplacés vers l'arrière de la scène du divorce, n'intervenant en principe que dans des situations conflictuelles. Ils se trouvent aujourd'hui confrontés à ce qui reste le plus difficile et important, la réponse aux demandes pressantes des divorçants qui

³ Voir les travaux de François OST et Michel VAN DE KERCHOVE.

⁴ Robert H. MNOOKIN, Lewis KORNHAUER, « Bargaining in the Shadow of the Law. The Case of Divorce ». *The Yale Law Journal*, vol. 78, n° 5, 1979, p. 950-997.

sont engagés dans des conflits aigus auxquels ils ne savent pas mettre un terme. Notamment, c'est sur eux que repose la gestion des différends portant sur les questions de parentalité, domaine vers lequel s'est déplacé, ainsi qu'on l'a souligné, l'intérêt de la société et le contrôle social qui s'y rattache⁵.

Il faut évoquer un autre acteur essentiel dans la promotion des nouvelles modalités de gestion des ruptures, le médiateur familial. La médiation est apparue à la fin des années 1980 en se faisant le vecteur d'une sensibilité nouvelle à l'égard de la question du divorce. Face aux souffrances des divorçants et de leurs enfants, les médiateurs familiaux proposaient une approche qui se voulait différente de celle des professionnels du droit. Il s'agissait de développer une vision positive du conflit, de chercher à trouver ensemble des solutions pour réussir la réorganisation de la famille en préservant les enfants, en assurant plus de parité homme-femme et en normalisant les situations résultant de l'adjonction de nouveaux partenaires des conjoints. Les médiateurs ont été les inventeurs de la coparentalité et de l'idée du « couple parental ». Ils se sont fait les promoteurs de la vision d'un couple négociateur capable de dépasser l'amertume et l'animosité, et de prendre en considération de façon pratique chaque situation pour trouver des formules correspondant aux besoins de chacun, les parents et les enfants.

L'idéalisme qui sous-tend la médiation et la capacité pratique des médiateurs à faire valoir que leur proposition constituait la moins mauvaise des solutions face aux conflits familiaux ont assuré le succès de cette innovation. L'État a opté pour la médiation. Les médiateurs ont obtenu, comme on le sait, la création d'une profession. Cependant, malgré la reconnaissance dont elle a bénéficié ainsi, la médiation a eu constamment de la difficulté à faire venir les intéressés. Elle est restée une pratique assez confidentielle malgré tous les efforts déployés. Du fait qu'elle repose par définition sur la volonté des conjoints en conflit de s'entendre, elle suppose un effort que peu de divorçants sont prêts à faire – et les tentatives pour la rendre obligatoire n'ont pas produit les résultats escomptés.

Après l'avoir fortement encouragée, l'État a fait preuve de la plus grande inconstance vis-à-vis de la médiation familiale : lors de la déjudiciarisation d'une partie des divorces, il a préféré confier ce nouveau « marché » aux avocats, ce qui a de fait exclu les médiateurs, les laissant dans une grande incertitude quant à la manière de s'inscrire dans le champ⁶.

S'agissant enfin des avocats, il faut rappeler que leur pratique n'a changé que lentement par rapport à la manière de concevoir les séparations conjugales et leur traitement. Les avocats sont, par définition, au service de leur client et, dès lors que la préférence des juges pour un divorce négocié s'est faite de plus en plus insistante, les avocats se sont trouvés soumis à forte pression et ont dû progressivement changer leur rôle. Certains avocats avaient pris les devants en devenant des ardents défenseurs et des praticiens de la médiation. Puis, l'ensemble de la profession s'est progressivement accordé avec les attentes ambiantes. Les avocats, sans renoncer aux exigences de leur rôle qui leur enjoignent de prendre le parti de leurs clients, ont été amenés à davantage valoriser la recherche de l'entente, notamment dans l'intérêt des enfants.

Après quoi, sans qu'on sache encore véritablement comment cette réforme s'est imposée, l'organisation des filières du divorce a basculé en faveur des avocats. On se souvient que ceux-ci s'étaient opposés frontalement à toute avancée vers la déjudiciarisation du divorce, au motif qu'elle se serait faite au détriment des justiciables les plus faibles et, sans doute aussi, parce qu'elle aurait risqué de créer une brèche dans leur monopole de représentation des parties. Or, ils ont été placés par le législateur dans la position de devoir prendre en charge l'ensemble des divorces par

⁵ Benoit BASTARD, « [Une nouvelle police de la parentalité](#) », *Enfance, famille, générations*, n° 5, 2006. Claude MARTIN, « *Être un bon parent* ». *Une injonction contemporaine*, Paris, Presse de l'EHESP, 2014.

⁶ Benoit BASTARD, « [Une fabrique de la déception. Le devenir de la médiation familiale en France](#) », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 84, n° 1, 2020, p. 197-224.

consentement mutuel et ont accepté de jouer le jeu de cette réforme dès lors que celle-ci s'est accompagnée d'une disposition favorable à la profession – chacun des divorçants devant être accompagné par un conseil pour que la procédure puisse être menée à bien.

3. Quelles limites à la privatisation du traitement des affaires ?

La mise en place de modalités du divorce permettant aux couples de faire valoir eux-mêmes leurs intérêts s'est faite à la satisfaction de toute une partie des acteurs concernés. Les avocats de la famille se montrent honorés et se sentent investis d'une mission, même si, à l'usage, le travail qui leur incombe se révèle exigeant. Quant aux couples qui divorcent avec le concours des avocats sans intervention des juridictions, ils se satisfont de n'avoir ni à se soumettre à l'agenda de la juridiction ni à présenter leur convention à un juge.

Ceci étant, il est important de revenir à l'analyse des bases de ce modèle de décision qui est maintenant largement diffusé et constamment présenté d'une manière pressante aux candidats au divorce – avec des arguments qui tiennent à la préservation de la paix sociale et au bien-être des enfants. En réalité, il s'agit d'un modèle d'un type particulier et qui n'est pas sans avoir quelque chose de paradoxal. C'est au moment où les partenaires sont en rupture, avec parfois des conflits aigus, qu'il est attendu d'eux qu'ils parviennent à s'entendre. Tout l'effort des instances de régulation, les magistrats, les avocats ou les médiateurs, consiste à les inviter à engager des discussions entre eux et à rechercher des solutions à leur mesure. Autrement dit, il s'agit d'un modèle de décision qui repose sur la vision du couple comme une entité capable, pourvu qu'il lui soit apporté une aide appropriée, de mener à bien une négociation. Un tel modèle, on le comprend facilement, n'est pas également accessible à tous les couples. Les conjoints qui avaient l'habitude de dialoguer tant que durait leur union peuvent s'appuyer sur cette expérience pour réaliser ce qui est attendu d'eux – prendre des mesures ensemble notamment pour assurer la cohérence et la continuité de la prise en charge des enfants. Mais d'autres couples n'ont pas les mêmes aptitudes de négociation et, pour eux, l'exigence de s'entendre est difficilement audible. On n'invente pas des capacités de négociation au moment de la rupture alors qu'il n'en existait pas durant l'union. C'est ce qui explique, notamment, la poursuite de situations marquées par un haut degré de conflictualité ou encore les difficultés rencontrées par la médiation familiale.

D'autres questions se posent : faire de la négociation et de la mise en œuvre d'accords privés une ressource essentielle dans la gestion des ruptures ne présente-t-il pas certains dangers pour les justiciables ? Vouloir à tout prix que les conjoints s'accordent sur les modalités de leur séparation ne risque-t-il pas de laisser passer inaperçues des situations dans lesquelles existent des discriminations fortes, notamment sur le plan économique ? Si les décisions sont prises par les couples eux-mêmes ne laissent-elles pas subsister ou même n'accroissent-elles pas les inégalités résultant du mariage⁷ ? Et qu'en est-il aussi du risque de laisser perdurer des mauvais traitements ou des violences ?

On a voulu mettre en évidence dans cette contribution le glissement majeur qui s'est opéré depuis une quarantaine d'années dans le champ de la justice de la famille. Toutes les filières de traitement des affaires ont été modifiées pour répondre aux exigences nouvelles qui émergeaient. Le centre de gravité du système a basculé et le juge n'est plus l'unique centre de décision qu'il était naguère. Il a cessé d'exercer cette sorte de contrôle sur les justiciables qu'il tenait à maintenir. Des séparations peuvent être organisées hors de l'instance judiciaire, avec le soutien des avocats, selon des modalités

⁷ Benoit BASTARD, Laura CARDIA-VONÈCHE, *Les femmes, le divorce et l'argent*, Labor et Fidès, 1991. Le collectif Onze, *Au tribunal des couples*, Paris, Odile Jacob, 2015.

qui empruntent la forme d'une négociation privée entre les parties en présence. Cette forme de décision renvoie plus généralement à l'idée de « démocratie familiale » ou encore à la transformation plus générale de la mise en œuvre des normes – marquée par le passage de formes « verticales » à une plus grande « horizontalité »⁸.

Il est encore difficile de saisir véritablement l'ampleur du changement intervenu et ses conséquences pour la régulation sociale de la sphère privée. On constate, d'une part, la réduction de l'intervention des instances publiques dans la vie des couples et, en même temps, un renforcement de la surveillance des questions relatives à la parentalité. Mais qu'en est-il de « l'équipement » des juridictions familiales s'agissant de la persistance des risques qu'on vient d'évoquer, qu'il s'agisse des inégalités entre hommes et femmes ou encore de la question des violences faites aux femmes ? Quelles protections mettre en place pour détecter et traiter de telles situations ?

Comment ne pas s'interroger aussi sur le traitement des affaires familiales dans la nouvelle filière du divorce par consentement mutuel – qui reste aujourd'hui inexplorée ? Développer des recherches à cet égard permettrait de mieux comprendre les effets des changements intervenus dans l'usage du droit et dans la mise en œuvre des normes dans le champ familial.

⁸ Jean DE MUNCK, « De la loi à la médiation », in Pierre Rosenvallon, *France : les révolutions invisibles*, Paris, Calmann Levy, 1998.

LA POLITIQUE DE L'AMIABLE

Par

Nicolas CAYROL

*Professeur de droit privé et sciences criminelles
Université de Tours*

Une politique est un ensemble de moyens en vue d'une fin.

Une bonne politique poursuit un but désirable clairement défini et met en œuvre des moyens raisonnables et adéquats pour atteindre ce but. Une mauvaise politique n'a pas de but clairement défini, ou bien n'est pas dotée de moyens adéquats, ou bien les deux.

Quand on évoque la politique de l'amiable, on se dit spontanément que l'essentiel de la réflexion doit porter sur les moyens, parce que le but de la politique de l'amiable, c'est le règlement amiable des différends, et qu'il n'est pas possible de ne pas être d'accord avec ce but. À la réflexion, cependant, le but de cette politique doit faire autant l'objet d'attention que les moyens. D'où les deux temps de ce propos : le but d'abord (I), les moyens ensuite (II).

I. Le but de la politique de l'amiable

Le but de la politique de l'amiable est-il parfaitement clair ? À la réflexion, il n'est pas exempt d'équivoques. J'en vois trois.

A) Déjà il y a l'équivoque du « A » dans l'acronyme « MARD » : pour les uns, il s'agit des modes *amicales* ; pour les autres, il s'agit des modes *alternatifs* de règlement, sous-entendu « alternatifs » à un règlement juridictionnel classique.

Pour les uns, le règlement amiable est désirable parce qu'il restaure la concorde entre des hommes qui auparavant s'opposaient ; pour les autres, le règlement amiable est celui que le juge étatique n'aura pas à examiner, et qui va « désengorger » le tribunal et participer à la résolution de la crise de la justice civile.

La politique de l'amiable a-t-elle tranché entre ces deux conceptions ? Je ne crois pas. Elle poursuit ces deux buts.

Est-ce gênant ? Je le crois : cela conduit à des quiproquos. C'est assez frappant quand on écoute les dialogues entre les médiateurs et les juges à ce propos. Les médiateurs poursuivent l'apaisement du conflit et la reprise du dialogue ; ils tiennent pour un grand succès le fait que les personnes aient surmonté leurs passions en ayant au moins accepté de se parler. Mais pour un juge, l'apaisement du conflit n'est pas forcément synonyme de règlement du litige, quand il s'agit de clore un dossier pour passer au suivant.

Apaiser le conflit ou régler le litige, ce n'est pas exactement la même chose.

Il n'y a pas que le « A » de l'acronyme des MARD qui est équivoque : le « D » des « différends » ne l'est pas moins. Cette notion de différend tend à s'imposer par rapport aux notions de conflit et de litige

qu'elle est censée englober, refoulant les acronymes MARC (avec le « C » de conflit) ou MARL (avec le « L » de litige).

Mais ce n'est pas en cachant la distinction entre conflit et litige sous l'équivoque appellation de « différend » que l'on définit mieux le but d'une politique de l'amiable.

B) Deuxième équivoque : à propos des **accords de règlement**. Ce mot d'« accord » n'a pas de signification précise en droit. En droit, par-delà l'« accord », nous connaissons les « transactions » (lorsque l'accord procède de concessions réciproques), l'« acquiescement à la demande » (lorsque l'accord procède de la seule volonté de défendeur) ou le « désistement d'action », lorsque l'accord est le fait de la volonté du demandeur seul. S'il s'agit toujours d'« accords », ce ne sont pas les mêmes.

Et encore, il faudrait introduire d'autres distinctions : la transaction conclue avec l'assureur du responsable d'un accident de la circulation n'est pas une transaction ordinaire (les « concessions réciproques » n'y ont pas le même sens d'après la Cour de cassation elle-même¹). La transaction entre l'employeur et le salarié a aussi ses spécificités. Les « accords » entre créanciers et débiteurs dans les procédures collectives ou dans les procédures de surendettement, quels que soient les noms qu'on leur donne (accord, plan, concordat...), ne sont pas des accords comme les autres.

Remarquez encore le flottement du vocabulaire du Code civil à propos des « accords » des parents relatifs à l'exercice de l'autorité parentale : le code parle tantôt de « pacte », de « convention » ou d'« accord ». Pacte ? On ne sait pas ce que c'est. Convention ? À l'évidence, il ne s'agit pas d'une convention ordinaire. Accord ? Terme générique au contenu indéterminé.

Est-ce grave ? Après tout, on comprend bien intuitivement de quoi il s'agit. Mais peut-on bâtir une politique claire et cohérente sur une intuition ? J'en doute.

Dans ces conditions, *une* politique de l'amiable, globale et unitaire, est-elle vraiment concevable ? Je me demande s'il ne vaudrait pas mieux bâtir plutôt des politiques de l'amiable, définies et circonstanciées en fonction du but poursuivi, c'est-à-dire en fonction du type d'accord que l'on espère.

C) Dernier point d'équivoque : est-il sûr que l'on souhaite toujours un règlement amiable ? L'amiable est-il toujours un but désirable ? Non, pas toujours : il y a des solutions dont on ne veut pas, parce qu'elles nous choquent, et peu importe qu'elles aient été négociées et qu'elles fassent l'objet d'un accord. Certes, nous voulons la Paix, mais pas n'importe quelle Paix : nous voulons *la Paix par la Justice*. Il y a des cas où l'on ne permettra pas aux parties de s'arranger entre elles. Il y a des cas où la lutte pour le droit est un impératif supérieur et où le règlement juridictionnel conforme au droit est préférable à un règlement amiable négocié.

Or a-t-on une idée très claire des limites ? Pas vraiment, et pour deux raisons, l'une qui tient au droit, l'autre aux parties.

La première raison est liée à la relativité des droits dont les parties ont la libre disposition ou pas, ce qui revient à la relativité de l'ordre public.

¹ V. civ. 2^e, 16 nov. 2006, n° 05-18.631, Bull. civ. II, 320 ; D. 2006. IR 3013 ; D. 2007, p. 1688, [obs.](#) François-Xavier TRAIN, jugeant que l'absence de concessions réciproques ne remet pas en cause la qualification de transaction s'agissant de la convention formée par l'acceptation, par la victime, de l'offre de l'assureur. – V. Philippe PIERRE, « Les concessions dans l'indemnisation amiable des dommages corporels : majors pars ou part du pauvre ? », in Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ [dir.], *Approche renouvelée de la contractualisation*, 2007, PUAM, p. 149. – Hugo PLYER, « [La nature juridique des accords d'indemnisation](#) », *RGDA*, 2016, p. 74.

La seconde raison est que les limites de l'acceptable dépendent aussi des parties, qui sont souvent les seules à pouvoir juger ce qui est essentiel pour elles, qui sont les seules à savoir ce sur quoi elles doivent être *intransigeantes*. C'est pourquoi l'on dit que l'action en justice est un droit et même un droit fondamental. Il y a assurément des « intransigeances légitimes ». Lesquelles au juste ? Il n'y a pas de réponse générale à cette question. Ici, il convient d'évoquer le livre du grand : *La lutte pour le droit*, livre actuel que tous ceux qui pensent les règlements amiables devraient méditer ; livre qui traite explicitement cette question des litiges à propos desquels un règlement transigé est inconcevable parce qu'il reviendrait, dit Jhering, à un « suicide moral »².

II. Les moyens de la politique de l'amiable

Les moyens de la politique de l'amiable sont de deux grandes sortes : les moyens procéduraux et les moyens substantiels.

On disserte beaucoup sur les moyens procéduraux, mais les moyens substantiels sont à mon avis bien plus importants et bien plus efficaces.

A) Les moyens substantiels

Ce sont eux qui donnent les clés d'un règlement volontaire aisé. Trois exemples pour illustrer cette idée.

Exemple n° 1 : la fraude à la carte bancaire.

C'est un gros problème, de l'ordre de 400 millions d'euros par an. En droit, la question est de savoir qui, du client ou de la banque, doit supporter la charge de ces fraudes : le Code monétaire et financier (CMF) pose en règle que, en principe, la charge des fraudes (des « opérations de paiement non autorisées »³ dans le jargon du CMF) doit être assumée par les banques qui sont tenues de réapprovisionner les comptes de leurs clients victimes quand ceux-ci le leur demandent, et en général elles le font. Voilà un contentieux qui est principalement réglé par une règle de fond.

Il y a bien une exception, lorsque le client a commis une « négligence grave »⁴ dans la conservation de la carte bancaire ou de ses données, exception qui est d'ailleurs source d'un contentieux pénible que la jurisprudence peine à résoudre⁵.

Mais quoi qu'il en soit de cette exception, la leçon de cet exemple est que, quand une solution s'impose au fond, on n'a pas besoin d'une procédure sophistiquée pour s'entendre. Un problème ? Une solution claire et une seule : le banquier réapprovisionne le compte à première demande.

Exemple n° 2 : les accidents de la circulation.

² Rudolf VON JHERING, *La lutte pour le droit*, Librairie Marescq Aîné, 1890, p. 23.

³ C. mon. fin., Partie législative ; Livre I^{er} : La monnaie ; Titre III : Les instruments de la monnaie scripturale ; Chapitre III : Les règles applicables aux autres instruments de paiement et à l'accès aux comptes ; Section 8 : Modalités pratiques et délais en cas d'opération de paiement non autorisées et mal exécutées (art. L. 133-23 à L. 133-24).

⁴ C. mon. fin., art. L. 133-23, al. 2.

⁵ Sur ce point, comparer : Laurence-Caroline HENRY, Marie-Liesse GUINAMANT, « [L'utilisation frauduleuse de la carte bancaire après hameçonnage : la recherche d'un équilibre](#) », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 2316 ; Nicolas CAYROL, La Cour de cassation et les faits de société, *RTD Civ.* 2018. 485.

Inutile d'insister sur l'importance et la gravité du problème des accidents de la circulation. La loi Badinter⁶ prévoit qu'en cas d'accident, l'assureur du véhicule impliqué doit faire une offre de transaction. De fait, c'est bien ainsi, par voie de transaction, que se règle l'essentiel des litiges consécutifs à un accident de la route.

La loi Badinter a certes son propre contentieux et il faut parfois être fin juriste pour en saisir les subtilités. Mais cela correspond en réalité à des cas marginaux par rapport à l'ampleur du phénomène. La leçon de cet exemple est que, quand la solution est aisée à trouver et que son exécution est préparée et garantie, ici par un système d'assurance obligatoire, la conclusion d'un règlement amiable n'est pas difficile à organiser. Voilà un dispositif efficace de règlement amiable d'une importance fondamentale. Il a un coût, mais tout système de règlement des différends a un coût, et tout bien compté, le coût du dispositif de la loi Badinter est certainement moindre socialement que celui que nous supportons auparavant.

Exemple n° 3 : les délais de paiement.

Cet exemple est emprunté au droit comparé. En France, en cas de problème, nous connaissons les délais de grâce, ces délais que le juge octroie au débiteur malheureux et de bonne foi qui a besoin de temps pour payer ses dettes.

En Allemagne et en Suisse, les délais de grâce sont interdits : il n'appartient pas au juge d'octroyer un délai. Le débiteur, même malheureux et de bonne foi, n'a rien à plaider, rien à espérer du juge. Comment est-ce possible ? Voilà une autre manière d'aborder un contentieux, en annonçant clairement à l'avance que le recours au juge sera à sens unique.

Mais pour bien comprendre l'idée de nos voisins allemands ou suisses, il faut voir aussi comment, contrat par contrat (vente, bail, transport, etc.), avec un luxe formidable de précisions, le droit suisse guide les parties pour les aider à anticiper les problèmes de délais de paiement et à prévoir des solutions amiables.

Voilà la leçon de cet exemple : en droit allemand ou en droit suisse, le droit des contrats spéciaux est le siège véritable des règlements amiables des difficultés d'exécution liées aux délais de paiement du débiteur.

Résumons. Les moyens les plus importants et efficaces de règlement amiable relèvent des droits spéciaux, quand des règles de fond sont clairement posées, que ces règles soient légales ou conventionnelles.

Ce que l'on appelle globalement le règlement amiable des différends ne doit pas être abordé globalement, mais cas par cas, contentieux par contentieux.

À cet égard, il y a des évidences. Par exemple, il est bien évident que le règlement amiable des différends familiaux ne doit pas être abordé de la même manière que le règlement amiable des différends économiques. Mais si l'on tient à cette idée de règlement amiable, il faut *aller au-delà des évidences*, et rechercher une compréhension encore plus fine des contentieux : en matière familiale, distinguer selon qu'il s'agit de la séparation d'un couple ou du partage d'une succession ; en matière économique, distinguer selon la taille des entreprises, et surtout selon le secteur d'activité professionnelle considéré ; en matière de paiement des loyers, distinguer entre les baux ruraux, les

⁶ Loi n° [85-677](#) du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

baux commerciaux, les baux d'habitation... ; très important : en matière de relations de travail, distinguer finement les contentieux, et savoir traiter distinctement, par exemple, la rupture du contrat de travail (ce que qui est, du reste, l'état du droit positif).

Et cette approche contentieux par contentieux conduira à prévoir un cadre adapté, à poser des délais mesurés, à installer éventuellement des institutions de médiation, et à poser des conditions spéciales de validité, de contestation, de révision, d'exécution des accords de règlement amiable.

B) Les moyens procéduraux

Depuis trente ou quarante ans (si l'on remonte à la loi du 1^{er} mars 1984 sur le règlement amiable des difficultés des entreprises⁷), de nombreux textes de procédure ont été promulgués tendant à donner à la justice civile des moyens de règlement amiable des litiges. S'il fallait reprendre tous ces textes, ce serait une litanie interminable.

Mais le bilan est décevant : trop peu de résultats significatifs, lesquels sont contrebalancés par des effets négatifs liées à des questions contentieuses nouvelles, dont certaines bien empoisonnantes. Je pense au contentieux tout à fait déraisonnable des préalables obligatoires de conciliation⁸.

Résultat : un décalage entre le but recherché et les moyens mis en œuvre, entre l'ambition affichée d'un développement des règlements amiables et les résultats obtenus, source de frustration.

Certes, les gens heureux n'ont pas d'histoire. Jamais nous ne saurons combien de litiges nés ont trouvé une solution amiable, et nous ne saurons jamais par conséquent combien de litiges ont été résolus grâce aux nouveaux dispositifs procéduraux mis à la disposition des parties par le législateur moderne. Rares sont les parties qui songent à faire homologuer l'accord qu'elles ont trouvé. La mesure de l'activité des conciliateurs et des médiateurs ? Elle ne peut être qu'un indice.

Certes, le nombre des affaires soumises aux tribunaux a beaucoup diminué ces dernières années. Faut-il y voir un effet de la politique de l'amiable ? Pour une part probablement, mais nul ne le sait vraiment. Ce que chacun sait, c'est qu'en dépit de cette baisse, la justice judiciaire reste en crise et qu'elle a encore beaucoup de peine à résoudre de manière satisfaisante les nombreux cas qui lui sont soumis, et que parmi tous les cas qui lui sont soumis, trop peu trouvent une issue amiable, avec un taux de conciliation si bas qu'on n'ose pas le mentionner.

Pourquoi ? Qu'est-ce qui peut expliquer, sinon l'échec (relatif), du moins l'insatisfaction des moyens procéduraux de résolution amiable des différends ?

Explication n° 1 :

La première explication qui vient à l'esprit est d'ordre matériel : le manque de temps. Concilier les parties en procès, procéduralement, en réalité, on sait faire : concilier est certes un art qui s'apprend et se perfectionne. Il est possible qu'il y ait des conciliateurs plus doués que d'autres. Mais pour un juge, personne avisée et prudente ayant l'expérience des conflits et litiges, pour bien mener une conciliation, la principale condition est d'avoir du temps à y consacrer.

⁷ Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

⁸ Nicolas CAYROL, « [Le paradoxe des préalables de conciliation](#) », *RTD Civ.*, 2022, p. 703 ; Nicolas CAYROL, « [Préliminaire contre préalable de conciliation](#) », *RTD Civ.*, 2022, p. 706 ; Nicolas CAYROL, « [Le caractère non contraignant d'une clause de conciliation préalable](#) », *RTD Civ.*, 2022, p. 711.

Sait-on que devant la chambre d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie (CCI) de Paris, près des 2/3 des instances engagées se terminent sans sentence, par un règlement négocié ? Mais, outre le contexte particulier des relations d'affaires que connaît le monde de l'arbitrage, les moyens mis en œuvre sont sans comparaison avec ceux dont dispose la justice judiciaire civile. La disponibilité d'un arbitre n'est pas comparable avec celle d'un juge étatique. Devant les tribunaux étatiques, le temps que le juge peut consacrer aux plaideurs est trop contraint et les tiers médiateurs ou conciliateurs trop peu nombreux ou trop peu intégrés pour que les résultats soient satisfaisants.

L'audience de règlement amiable que pratiquent les juges canadiens, et que le Code de procédure civile vient de consacrer⁹, donne, semble-t-il, des résultats tout aussi spectaculaires. Mais la pratique des audiences de règlement amiable implique une disponibilité difficilement conciliable avec la charge de travail qui pèse sur nos juges. Qui dira quel juge se consacrera aux règlements amiables ? Comment sera compté le temps de la conciliation ?

Une observation triviale : pendant que le juge qui consacre son temps à la recherche d'un règlement amiable peut espérer un taux de succès d'environ 2/3, le taux de celui qui travaille au règlement juridictionnel sera de 100 %.

Explication n° 2 :

La deuxième explication est d'ordre culturel : si les règlements amiables peinent à se développer, c'est – dit-on – faute d'une culture suffisante de l'amiable : par ignorance, par habitude, par passion, les parties, leurs conseils et leurs juges négligeraient trop d'opportunités de règlement amiable. Cette idée, avancée par des rapports récents, a été reprise par le législateur : la loi du 23 mars 2019 disait vouloir « *développer la culture du règlement amiable des différends* »¹⁰.

L'explication culturelle suscite la gêne pour plusieurs raisons. D'abord, n'est-ce pas confondre la fin et les moyens ? Ensuite, qui sait au juste ce qu'est la « culture de l'amiable » ? Est-elle la même partout ? Et est-elle la même pour tous ? Notamment, a-t-elle le même sens selon qu'on l'oppose aux parties ou aux professionnels du procès ? Derrière la « culture de l'amiable », par-delà une culture générale qui vaudrait pour tout un chacun, on ne voit pas pourquoi il n'y aurait pas aussi des « cultures professionnelles » spécifiques. Quoi qu'il en soit, en culture générale, la culture de l'amiable, c'est sans doute vouloir la Paix. Mais quelle Paix au juste ? La *Paix à tout prix* ou la *Paix par la Justice* ?

Il est très difficile de mesurer la part de vérité que comporte l'explication culturelle.

Explication n° 3 :

La troisième explication est d'ordre logique.

Examinant le « contentieux de l'amiable », ce contentieux paradoxal¹¹ qui trahit l'échec des procédés amiables, il apparaît en effet que plusieurs des moyens procéduraux tendant au règlement amiable des différends sont entachés d'une contradiction.

Cette contradiction réside dans l'alliage de l'amiable et de l'obligatoire. Par définition, on n'oblige pas quelqu'un à se concilier. Pourtant, divers moyens procéduraux consistent à imposer aux parties des obligations en vue d'un règlement amiable de leur différend. On pense aux préalables obligatoires de

⁹ C. pr. civ., art. 774-1 s., rédac. D. n° 2023-686, 29 juill. 2023.

¹⁰ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, chap. 1^{er} du titre II.

¹¹ Sur ce point, v. notamment : Nicolas CAYROL, « [Le paradoxe des préalables de conciliation](#) », *RTD Civ.*, 2022, p. 703. V. : « [Action en justice](#) », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 2019, n° 313 s.

conciliation, aux injonctions de rencontrer un conciliateur ou un médiateur, ou de se renseigner. Il y a là les termes d'une contradiction.

Certes, à proprement parler, il n'est jamais question d'« obligation de se concilier », mais seulement de « tenter une conciliation ». Il n'empêche qu'instituer un préalable obligatoire de conciliation, c'est imposer la contrainte d'une obligation, contrainte qui appartient à un registre qui n'est pas seulement différent de celui de l'amiable ; il lui est contraire.

Cette contradiction est-elle de celles avec lesquelles le Droit doit fatalement composer ? Certains le croient. Le contentieux des préalables obligatoires de conciliation, qui se nourrit d'une contradiction intrinsèque, aurait ainsi une fatalité pathétique.

Personnellement, j'y vois plutôt les termes d'un problème mal posé. Je l'ai dit ailleurs¹² : selon moi, le droit des préalables de conciliation relève, non pas de l'obligation, mais de cette autre technique juridique que les processualistes connaissent bien qu'on appelle la « charge » ou l'« incombance ». Ce n'est pas un jeu de mots : une charge se distingue de l'obligation en ce que le manquement à une charge n'est pas une faute ; une charge se définit comme une nécessité qui, sauf dispense, conditionne un bénéfice à peine de déchéance.

Si l'on veut le succès des préalables de conciliation, je pense qu'il faut sortir de la contradiction et arrêter de les penser en termes d'obligation ; il faut travailler à définir, pour chaque contentieux particulier, les bénéfices qui récompenseront celui qui, de bonne foi, aura cherché préalablement un arrangement amiable, bénéfice dont sera privé celui qui, sans dispense légitime, n'aura pas accompli cette démarche. Il faut aussi – point très important à mon avis – être précis sur les cas de « dispenses », sans se contenter des généralités banales telles que l'« urgence » ou le « motif légitime ». Vaste travail en perspective ! Mais travail qui pourrait se nourrir à coup sûr de la très (trop) riche expérience du contentieux des préalables obligatoires de conciliation, qu'ils soient légaux ou conventionnels.

En droit, il n'y a pas que les obligations pour conduire les personnes ; les charges qui pèsent sur elles leur indiquent tout aussi bien le chemin, et souvent mieux.

Explication n° 4 :

Encore une remarque sur les moyens procéduraux de la politique de l'amiable, celle-là d'ordre purement technique, puisqu'elle porte sur les modalités de liaison du contentieux.

A-t-on assez réfléchi à la manière dont le litige est soumis au juge ? Comment s'opère la liaison du contentieux en procédure civile ? Dans le code, la liaison du contentieux se fait par une demande en justice. Le code la définit comme « celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions »¹³.

Mais on pourrait concevoir la demande en justice comme l'acte par lequel une personne prend l'initiative de soumettre ses prétentions, non pas au juge, mais d'abord à son adversaire, prétentions pour lesquelles elle se déclare prête à plaider devant un juge si son adversaire ne lui donne pas satisfaction.

À l'adversaire, destinataire de la demande, de répondre ! De répondre oui ou non, oui à ci mais pas à ça. Entre acquiescement pur et simple et le refus sec, il y a une gamme variée de réponses possibles

¹² Voir Nicolas CAYROL, « [Observations sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile](#) », *JCP G*, 2018, suppl. n° 13, p. 41.

¹³ C. pr. civ., art. 53.

dont certaines donnent prise à discussions, négociations et peut-être conciliation (« je refuse d'acquiescer purement et simplement parce que vous demandez trop », sous-entendu : « demandez moins et nous verrons... »). Voilà une autre manière de lier le contentieux civil : ce qui serait soumis au juge, ce pourrait être non pas la demande, mais le refus motivé de l'adversaire d'acquiescer à la demande qui lui est adressée.

Faisons du droit. Donc soyons précis et technique. D'un point de vue technique, la demande est généralement formalisée par une assignation. Ici apparaissent les hommes de lois, avocats et commissaires de justice.

a) Dans les matières avec représentation obligatoire, cette assignation est rédigée par un avocat qui, consulté par le demandeur, a reconnu que celui-ci avait peut-être en effet un droit à faire valoir en rapport avec les faits allégués. Que se passe-t-il alors ?

Dans le code de procédure civile, l'assignation est d'emblée « *portée à une audience* » devant le juge¹⁴. Je demande pourquoi. Pourquoi cette assignation ne serait-elle pas d'abord une assignation à répondre de manière précise et circonstanciée à la demande, c'est-à-dire aux prétentions contenues dans l'acte et motivées par des arguments de fait et de droit ?

Par l'assignation, la personne assignée est tenue de constituer avocat. Supposons que les avocats des parties soient tenus d'organiser entre eux une conférence pour confronter les prétentions respectives de leurs clients, mesurer l'écart entre la demande et la réponse, et soient chargés d'en dresser procès-verbal.

- S'il y a accord sur tout (transaction, acquiescement ou désistement), très bien : les avocats dressent un procès-verbal d'accord.
- S'il n'y a accord sur rien : procès-verbal de désaccord circonstancié.
- S'il y a accord sur certains points et désaccords subsistants : les avocats en dressent aussi procès-verbal.

C'est ce procès-verbal (PV) qui pourrait alors être soumis au juge par l'avocat de la partie la plus diligente.

Si c'est un PV d'accord, il est soumis pour homologation ; si c'est un PV de désaccord, il est l'acte de liaison du contentieux.

C'est une autre vision de la demande qui n'est plus un acte adressé prioritairement au juge mais d'abord à l'adversaire ; c'est une autre vision de l'assignation, qui n'est plus d'abord une assignation à comparaître à l'audience devant le juge, mais à répondre formellement et de manière argumentée à une prétention elle-même argumentée.

Dans cette représentation, la demande en justice ne sera l'acte de liaison du contentieux enregistré au greffe du tribunal que dans le cas particulier d'un défaut du défendeur, lorsque la personne assignée ne répond pas dans le délai qui lui a été imparti. Il conviendrait alors de définir les conséquences procédurales qu'implique le défaut du défendeur. Quoi qu'il en soit, hors cette hypothèse, l'acte qui est soumis au tribunal, c'est le PV de désaccord dressé par les avocats à l'issue de leur conférence.

Cette manière de lier le contentieux présente des avantages, même pour une politique de l'amiable. Elle permet de déterminer immédiatement l'objet du litige, puisqu'il y a d'emblée confrontation des

¹⁴ C. pr. civ., art. 751.

prétentions respectives des parties¹⁵. Elle implique nécessairement de faire le point sur l'ampleur du désaccord et donc de *mesurer l'éventuelle marge de négociation*, si elle existe.

On soulignera aussi qu'avec ce mode de liaison du contentieux, il y a des règles dans le code qui pourraient enfin être appliquées par les juges alors qu'elles ne le sont jamais aujourd'hui !

Je pense aux articles 776 et suivants du CPC (procédure écrite contentieuse ordinaire devant le tribunal judiciaire, celle avec représentation obligatoire). Ces dispositions prévoient une orientation de l'affaire selon des circuits plus ou moins longs en fonction de la complexité de l'affaire, l'instruction devant le juge de la mise en état étant normalement réservée aux cas les plus compliqués.

Pourtant, au Palais, ces dispositions sont totalement ignorées : toute affaire soumise au tribunal judiciaire est systématiquement distribuée d'emblée à un juge de la mise en état suivant ce que l'on appelle le « circuit long ». Pourquoi ? Parce qu'au moment où l'audience d'orientation est censée se tenir, l'avocat du défendeur n'a pas eu le temps de prendre connaissance de l'affaire, de sorte que tenir une audience d'orientation est prématuré.

Mais si les avocats des parties ont déjà travaillé le cas, se sont rencontrés, ont conféré et ont été à même d'établir un PV de désaccord subsistant, alors ils seront aussi en mesure d'indiquer au juge si ledit désaccord appelle une instruction brève, moyenne ou longue (avec désignation d'un juge de la mise en état) ; ils seront aussi en mesure de répondre de manière précise et argumentée aux questions que le juge leur posera sur leur capacité à s'entendre entre eux pour une mise en état participative, ou sur l'opportunité d'un essai de conciliation ou de médiation judiciaire.

b) Et dans les matières sans représentation obligatoire, lorsqu'il n'y a pas d'avocats pour rédiger le procès-verbal de liaison du contentieux ? Il me semble qu'il est possible alors de s'appuyer sur le commissaire de justice et faire de l'assignation que celui-ci délivre, non seulement un acte par lequel le demandeur adresse ses prétentions au défendeur, mais aussi une *sommatio interpellative* : le commissaire de justice, qui signifie les prétentions, interpelle le destinataire sur la réponse qu'il entend donner à la demande : oui en tout ; oui à ci, mais pas à ça ; non en tout.

C'est le procès-verbal du commissaire de justice consignait les points de désaccord qui sera l'acte de liaison du contentieux.

Et en cas d'accord, même à certaines conditions de délai ? Le commissaire de justice en dresse procès-verbal, comme il le fait déjà dans le cadre de la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances¹⁶.

La question des délais n'est pas négligeable et appelle une réflexion spécifique : en principe, la négociation d'un accord sous réserve de délais suppose que le commissaire ait reçu un mandat spécial à cette fin. Sinon, il lui faut revenir devant son mandant. On peut aussi imaginer que l'huissier informe le débiteur des dispositions relatives aux délais de grâce, comme cela se fait déjà dans certains cas (saisie immobilière, expulsion...). On peut aussi faire preuve d'une certaine audace juridique et poser en règle que le commissaire de justice est présumé avoir mandat de négocier des délais raisonnables suivant son expérience, pourvu qu'il parvienne à la conclusion d'un accord. Le créancier ne sera peut-être pas très content, mais il n'aurait de toutes les façons pas obtenu mieux...

Bien sûr, cela implique que le commissaire de justice rencontre le défendeur, donc qu'il signifie à personne. Mais c'est déjà la règle. Et cela veut dire que le commissaire de justice doit prendre le temps

¹⁵ C. pr. civ., art. 4.

¹⁶ C. pr. civ. exéc., art. L. 125-1.

de dresser le PV de sommation interpellative, donc qu'il prenne le temps d'expliquer d'abord l'assignation qu'il délivre, qu'il informe le destinataire de ses droits procéduraux (à un avocat, à l'aide juridictionnelle – ces formalités existent déjà en matière de saisie immobilière), qu'il s'assure de la compréhension des questions qu'il pose et de la compréhension des réponses qu'il recueille. Et alors ? Pourquoi ne pas faire confiance aux commissaires de justice ? Certains procèdent déjà ainsi ; j'en ai rencontré qui de surcroît sont convaincus qu'ils sont très bien placés pour résoudre à l'amiable de nombreux problèmes et même qui ont pris l'initiative de se former aux techniques de la médiation.

Si l'on tirait ce fil de la « liaison du contentieux » en procédure civile, je fais le pari que moins d'affaires seraient soumises aux tribunaux et que celles qui leur arriveraient seraient mieux préparées, donc plus faciles à juger, et de surcroît plus faciles à transiger.

LA CRA¹ AU QUÉBEC

Par

Pierre BÉLIVEAU

*Juge retraité de la Cour supérieure du Québec
Membre du Barreau du Québec et Médiateur au Québec et en France
Directeur de l'Institut de Médiation dans l'Espace Francophone (IMEF)*

Avant d'expliquer le mécanisme de la CRA, il faut comprendre le contexte juridique dans lequel elle s'inscrit. Et plus particulièrement le système judiciaire du Québec (I) et l'importance de l'Amiable dans notre culture (II).

Étant binational et vivant en France depuis plus de 12 ans, ayant été juge au Québec et à ce titre ayant présidé plus de 75 CRA et ayant participé à de nombreuses médiations dans les deux pays, je dis souvent aux Français que leurs « cousins québécois » sont des Anglo-saxons protestants qui parlent français et qui sont de tradition catholique, laquelle s'est très sérieusement émoussée depuis une cinquantaine d'années. Cela implique, tant sur le plan juridique que social, un pragmatisme ainsi qu'une culture de la coopération et de la vérité qui ont un impact important.

I. Le système judiciaire du Québec

En vertu de la constitution canadienne, le droit public, qui comporte notamment l'organisation du système judiciaire et le droit criminel, relève du Parlement fédéral. Celui-ci est calqué sur le système d'Angleterre. Par contre, le droit privé relève des provinces, ce qui fait que le Code civil du Québec est largement calqué sur celui de la France.

Cela implique qu'il n'y a pas, au Québec, d'École de la Magistrature. La Constitution prévoit que les juges sont nommés par le gouvernement après au moins dix ans d'exercice comme avocats. Mais sur le plan pratique, ils ne sont presque jamais nommés avant 20 à 25 ans d'exercice, soit entre 45 et 50 ans. Et ce, après un tamisage très strict et sévère qui assure l'intégrité et la compétence des candidats. Il faut aussi savoir que l'indépendance judiciaire est à toutes fins pratiques totale et complète. Tout cela entraîne un grand respect à l'égard de la magistrature et du système judiciaire en général.

De même, cela fait que le juge comprend très bien ce qu'est le travail de l'avocat. Sur le plan pratique, cela implique que les relations entre le Barreau et la Magistrature ainsi qu'entre les juges et les avocats sont généralement très respectueuses, et ce, dans le meilleur intérêt de la Justice et des justiciables. Ce qui est notamment très utile dans le cadre des CRA.

Il vaut aussi de dire que, dans le système anglo-saxon, il n'y a généralement pas de Code de procédure civile. Il appartient aux juges d'adopter des « *rules of the court* », ce que l'on désigne au Québec comme des « règles de pratiques » et la plupart des règles de preuve sont de source jurisprudentielle. Au Québec, il y a un Code de procédure civile mais les juges ont le pouvoir d'adopter des règles de pratiques qui le complètent et parfois même qui suppléent à l'absence de règle. Ce qui a notamment été le cas à l'égard des CRA.

¹ Conférence de règlement amiable.

II. L'importance de l'amiable

Bien évidemment, il a été mis en avant le taux d'accord dans le cadre des CRA, qui se situe entre 80 et 85 %. À cet égard, sauf le respect dû au garde des Sceaux, le taux pour l'année 2022 a été, tant en présentiel qu'en visio-conférence, de 82 % et non de 72 % comme cela a été dit². Ce taux m'a été confirmé par la juge Suzanne COURCHESNE³, responsable de la gestion du système de CRA. Sans compter qu'entre 30 % et 50 % des dossiers où il n'y a pas d'accord se règlent avant le procès.

À cela s'ajoute le fait que, sur environ 60 000 dossiers ouverts chaque année à la Cour supérieure, moins de 7 % se concluent par l'audition d'un procès et d'un jugement. Alors que selon les informations que l'on m'a fournies, il est au-delà de 80 % en France. Il y a, en matière familiale⁴, 2 700 médiations de six séances, sans les avocats, par des médiateurs accrédités après 60 heures de formation, avec un taux d'accord de 84 %. Et il y a environ 1 000 CRA présidées par les juges en fonction ou retraités. D'un point de vue pratique, les médiateurs familiaux règlent les problèmes des rapports personnels entre les parties et les questions de garde d'enfants et parfois, les questions financières, surtout si elles ne sont pas quantitativement importantes. De sorte que les dossiers familiaux qui font l'objet d'une CRA mettent généralement en cause des questions financières relativement importantes. Tant ces médiations que les CRA sont prises en charge par l'État. Et il arrive, dans des dossiers très importants, que les parties retiennent les services d'un juge retraité pour la tenue d'une CRA dite privée, ce qui leur permet de « choisir » leur médiateur.

Tous les autres dossiers se règlent suite à une entente négociée entre les parties quelque part après l'institution des procédures. Sans compter que celles-ci recourent très souvent à l'arbitrage dans le cas des litiges commerciaux très importants.

Pour dire les choses autrement, l'amiable sous toutes ses formes est de loin le premier mode de règlement des conflits au Québec. À cela s'ajoute le fait que, s'il y a appel, il n'y a pas de reprise du procès. Le recours est entendu sur dossier et le pouvoir d'intervention de la Cour est relativement restreint. Et la Cour suprême n'a pas pour vocation d'être une cour d'appel de dernier recours. Elle est une cour de politique judiciaire qui, suite à la permission de se pourvoir qu'elle accorde dans une cinquantaine de dossiers par année, tranche des questions fondamentales⁵.

III. La CRA

Comme on peut le constater, la CRA n'est pas la panacée pour régler tous les litiges. Elle est un mécanisme amiable parmi d'autres.

Elle a été créée suite à l'initiative des juges à la fin du XX^{ème} siècle et, sauf quelques règles fondamentales prévues aux articles 161 à 165 du Code de procédure civile, il appartient aux juges d'en fixer les modalités⁶.

² <https://www.justice.gouv.fr/actualites/actualite/lancement-politique-lamiable>.

³ Coordinatrice de la chambre des CRA de la Cour supérieure pour la division de Montréal.

⁴ Voir le sondage suivant sur les services de médiation familiale dont le rapport peut être consulté sur le site : [Rapport_SOM_Mediation_VF.pdf \(gouv.qc.ca\)](#). On y apprend qu'entre le 1^{er} avril 2015 et le 31 mars 2016, 32 278 parents ont utilisé le programme de médiation familiale, soit environ 16 000 couples. Après une sélection aléatoire, on a choisi 1001 répondants. 17 % sont allés en médiation après avoir entrepris des démarches judiciaires, d'où ce chiffre de 2 720. Des accords ont été conclus dans 84% des cas, dont 86 % d'ententes globales et 14 % partielles. Le taux de satisfaction a été de 81 %, ce qui rejoint le taux d'accord des CRA (pp. 3-8 du rapport).

⁵ Pour plus de précision voir : Pierre BÉLIVEAU, « [La conférence de règlement à l'amiable \(CRA\) au Québec et la médiation dans le domaine judiciaire en France, réflexions sur de possibles convergences](#) », p. 7 et s.

⁶ C. pr. civ. québécois, [art. 161 à 165](#).

Mentionnons tout d'abord que même si le Code de procédure civile indique, à l'article 163, que les parties peuvent être assistées de leur avocat, il est extrêmement rare qu'elles se présentent seules. D'ailleurs, la quasi-totalité des juges refuse de présider une CRA lorsque c'est le cas.

Car, en fait, la CRA est un mécanisme de règlement orienté « solution ». Ainsi, les parties doivent, au moment où elles demandent la tenue de la CRA, prendre par écrit trois engagements bien définis, à savoir (1) qu'elles croient à la possibilité d'une solution négociée et qu'elles sont prêtes à faire tous les efforts nécessaires pour y arriver, (2) qu'elles ont en main tous les documents requis pour le règlement du dossier et que ceux-ci doivent avoir été transmis à l'autre partie et (3) que leur présence à la CRA est essentielle et obligatoire. Si une partie à la CRA est une personne morale, son représentant doit, conformément au troisième paragraphe de l'article 163 du Code de procédure civile, avoir toute l'autorité requise pour régler le litige. D'un point de vue pratique, il est admis qu'il suffit que ce dernier puisse être joint au téléphone.

Par ailleurs, il est clair qu'en pratique, la CRA est, dans une grande mesure, l'affaire des avocats qui, bien évidemment, doivent consulter leur client. En pratique, les parties, après avoir exposé sommairement leur position, et ce, très souvent après avoir lu un texte préparé par leur avocat ou avec lui, s'engagent généralement avec leur avocat respectif dans une négociation raisonnée avec l'aide du médiateur. Elle est généralement ponctuée de multiples apartés. Apartés entre le médiateur, chacune des parties et leurs avocats respectifs, entre le médiateur et les avocats, entre le médiateur et les parties, entre les avocats seuls, entre les parties seules et toute autre combinaison possible. En fait, le conflit personnel entre les parties est relégué au second plan et voire même occulté. Cela dit, il arrive fréquemment que la conclusion d'une entente permette alors aux parties de se rapprocher et parfois de régler le conflit qui les opposait sur le plan humain.

Et sauf circonstances exceptionnelles liées à l'extrême complexité du dossier et/ou au nombre élevé de participants, la CRA ne dure qu'une journée. Il faut donc se concentrer sur la recherche d'une solution.

Par ailleurs, même si le juge n'a pas à rendre un jugement, il est reconnu qu'il peut indiquer aux parties les principes généraux qui sont susceptibles de s'appliquer. Et généralement, les parties et les avocats n'en attendent pas moins. En fait, il arrive fréquemment que la CRA soit une négociation dont l'objectif est de définir ce que l'on pourrait qualifier de « corridor » du règlement, « best case worse case scenario ». Et, lorsque l'on y parvient, c'est souvent le moment où les parties peuvent envisager de « fendre la poire en deux ».

Et il est sûrement dans la tâche du juge ou du médiateur de souligner aux parties les risques que comporte un procès, notamment sur le plan des coûts, des aléas, de leur durée, etc. Il arrive même qu'un avocat demande discrètement au juge d'aviser son client, dans le cadre d'un aparté, des faiblesses de sa cause, lui indiquant qu'il a de la difficulté à lui faire comprendre raison.

Cela m'amène à déterminer les facteurs qui expliquent l'efficacité de la CRA.

1. **La crédibilité du juge.** Elle pèse dans la balance quoiqu'il faille noter qu'en matière familiale, le taux de règlement par des médiateurs accrédités est tout aussi élevé. Mais on peut croire que, lorsque vient le temps de régler les questions financières importantes, la crédibilité dont jouit le juge a une importance certaine.
2. **L'oralité de la preuve.** Au Québec, comme dans le monde anglo-saxon, la preuve est orale de sorte que le procès est nettement plus long et coûte beaucoup plus cher. Mais ce facteur est compensé par le fait que les délais d'audition sont moindres, que l'appel interlocutoire est très rare, que les tribunaux ont une compétence générale de sorte qu'il

n'y a pas de suspension pour traiter une question constitutionnelle ou administrative, que l'appel est rare et ne nécessite pas une nouvelle audition de la cause et que la Cour suprême ne se saisit que de très peu d'affaires. De sorte qu'en bout de ligne, le délai pour avoir un jugement final est beaucoup plus bref qu'en France et il n'est pas évident qu'au final, les coûts soient plus élevés.

3. **La communication de la preuve.** Au Québec, comme dans tous les pays anglo-saxons, les parties ont l'obligation de se communiquer les éléments de preuve susceptibles d'être pertinents dont elles disposent, et ce, qu'elles aient ou non l'intention de les utiliser. Cela fait que les parties, et surtout leurs avocats, sont beaucoup plus capables d'évaluer le résultat éventuel du litige que leurs collègues français, alors que le Code de procédure civile n'exige pas la divulgation de la preuve. Et c'est sans compter qu'en France, une partie peut ajouter à sa preuve lors de l'appel.
4. **La prévisibilité de la règle de droit.** Il existe au Québec, comme dans tous les pays anglo-saxons, la règle dite du « stare decisis »⁷ en vertu de laquelle tous les tribunaux canadiens sont tenus, dans une situation factuelle identique, d'appliquer une règle juridique formulée par la Cour suprême, et aux tribunaux de première instance d'une province d'appliquer une règle formulée par la Cour d'appel de cette province. Il en résulte que les parties et leurs avocats peuvent davantage anticiper leur chance de succès à la lumière, non seulement des lois en vigueur, mais également des décisions pertinentes des tribunaux supérieurs.
5. **La culture de la négociation et du compromis.** Comme le disait la professeure Valérie LASSERRE dans son rapport du mois de mars 2021, alors qu'elle citait le rapport MAGENDIE de 2008⁸, où l'on avait dit que parmi « les raisons du manque d'intérêt, voire de l'hostilité qui existait en France à l'égard de la médiation : la tradition de chicane d'un peuple de procéduriers. La France, à l'inverse d'autres pays notamment anglo-saxons, connaît une culture du conflit et non du compromis, valorisant davantage l'affrontement que la négociation dans les situations contractuelles »⁹. Et à cet égard, j'ai pu moi-même constater qu'au Québec, lorsque les parties, avec l'aide de leur avocat, ont déterminé le « corridor » de règlement, elles acceptent nettement plus facilement de « fendre la poire en deux », de « faire le pas de la paix ».

Tout cela fait que, bien qu'on ne puisse que se réjouir de l'adoption de l'ARA¹⁰ en France, le taux de règlement ne sera vraisemblablement pas le même et surtout, on sera encore très loin d'un taux de procès de 7 % dans la mesure où il faudrait des milliers, voire des dizaines de milliers de CRA, pour abaisser significativement un taux qui est actuellement de plus de 80 %.

Cela dit, quand a été mis en place le système de CRA au Québec, il s'est trouvé un nombre significatif de juges réfractaires, voire hostiles, à cet ajout à la compétence de la Cour, indiquant qu'ils ne considéraient pas que leur rôle devait aller au-delà de celui qui était traditionnel, soit de « juger ». Il en était de même de plusieurs avocats. Mais avec le temps et avec le succès de ce mode de règlement

⁷ En vertu de la règle dite du « stare decisis », les décisions de la Cour suprême relatives à l'interprétation d'une loi ou d'une règle de common Law « lient » tous les tribunaux canadiens. Ceux-ci doivent, devant une situation identique, appliquer la règle formulée par la Cour suprême. Les arrêts de la Cour suprême ont donc la même force que des textes de loi. Par ailleurs, les décisions de la Cour d'appel d'une province « lient » toutes les cours de cette province. Une interprétation différente du droit par diverses Cours d'appel canadiennes pourra amener la Cour suprême à autoriser un pourvoi pour trancher la question.

⁸ Jean-Claude MAGENDIE, [Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel, 24 mai 2008](#), 90 pp.

⁹ Cour d'appel de Paris, [La promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends](#), groupe de travail, mars 2021, p. 15.

¹⁰ Audience de règlement amiable.

PARTIE II. JUSTICE CIVILE AMIABLE

des différends, la médiation par les juges en est venue à être considérée comme tout aussi valable dans l'exécution de leur tâche que celle de juger. Les mentalités ont changé. Bref, la CRA a acquis au Québec ses lettres de noblesse.

Et c'est ce qui, à mon sens, a commencé à se faire parmi les juges et les avocats français à l'égard de la médiation. Il s'en trouve de plus en plus qui valorisent les modes amiables de règlement des conflits. Le temps a commencé à faire son œuvre, comme cela a été le cas au Québec.

Et dans cette optique, je suis d'avis que nous devons nous réjouir de l'adoption de l'ARA¹¹ en France. C'est un pas dans la bonne direction, celle de l'amiable.

¹¹ [Décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire](#) publié au Journal Officiel du dimanche 30 juillet 2023.

LE JUGE DE LA MISE EN ÉTAT AU CŒUR DU DÉVELOPPEMENT DE L'AMIABLE JUDICIAIRE

Par

Catherine TIRVAUDEY

*Maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles
Université de Franche-Comté*

Depuis plusieurs années, les modes amiables de règlement des différends ont connu un développement tous azimuts, hors et dans le cadre judiciaire. Ce développement, à ce jour encore plus textuel que réel, s'est traduit par une inflation réglementaire et une forme d'anarchie dans le Code de procédure civile qui ne sont peut-être pas étrangères au déficit d'effectivité concrète des dispositifs¹. Alors même que les outils existants n'ont pas encore totalement fait la preuve de leur efficacité², le lancement de la politique de l'amiable le 13 janvier dernier par le garde des Sceaux a conduit à la création de deux nouveaux outils par le décret du 29 juillet 2023³ : l'audience de règlement amiable (ARA) et la césure du procès civil⁴. Ces deux mécanismes présentent deux points communs ; ils sont inspirés de droits étrangers, importés du Québec pour l'un et des Pays Bas et d'Allemagne pour l'autre, et ils sont des outils d'amiable judiciaire. Cette dernière expression conduit à quelques explications en forme de rappel de l'histoire encore relativement récente des MARD (Modes Amiables de Règlement des Différends) en France. Le paysage des MARD, avant cette réforme, était relativement équilibré entre les MARD extra judiciaires et judiciaires. Au titre des premiers, existent la conciliation et la médiation (CPC, art. 1530) et la convention de procédure participative. Au titre des seconds, la conciliation exercée par le juge ou déléguée, la médiation judiciaire et la convention de procédure participative aux fins de mise en état. La différence entre la première et la seconde catégorie tient à l'initiative du MARD. Dans le premier cas, les parties recourent à l'amiable avant toute saisine d'un juge et, dans le second, la proposition ou la suggestion émane du juge, une fois celui-ci saisi, et la mesure se déroule soit sous son contrôle pour la médiation et la conciliation, soit avec son appui pour la convention de procédure participative de mise en état. L'introduction dans le Code de procédure civile de l'article 750-1 semblait montrer la faveur du législateur pour le développement de l'amiable conventionnel. Si l'on ajoute à cela, l'interdiction de régulariser le manquement à 750-1 par l'utilisation de l'article 820 du Code de procédure civile, il semble que la préoccupation première du législateur était bien la gestion des flux et le désengorgement des tribunaux, davantage que l'utilisation de l'amiable comme moyen d'une justice de qualité.

L'introduction de deux nouveaux outils dans le Code de procédure civile plaçant le juge au centre du dispositif annonce sans doute un changement de paradigme politique quant à la conception des MARD. D'adjuvant d'un système judiciaire peinant à répondre à la demande des justiciables, ils apparaissent aujourd'hui comme une composante essentielle d'une justice effectivement plurielle.

¹ Rapport du groupe de travail sur la simplification de la justice civile remis au comité des États généraux de la justice 1^{er} février 2023, p. 133 et s. V. codification globale des MARD annoncée dans le rapport annexé au projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice, p. 28-29, cité par Fabrice VERT et Béatrice GORCHS-GELZER, « [L'audience de règlement amiable, quelles avancées pour l'office conciliatoire du juge ?](#) », 6 avril 2023.

² Soraya AMRANI-MEKKI, « [2023 : année de l'amiable ?](#) », *Gazette du palais*, 31 janvier 2023, p. 56.

³ Décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire, JORF du 30 juillet 2023, texte n° 9.

⁴ Frédérique EUDIER, « [Pratiques : Règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire](#) », *AJ Famille*, 2023 p. 449.

L'évolution repose sur la revalorisation d'une conception duale de l'office du juge⁵ et s'appuie sur les dispositifs existants et les progrès récents de la médiation. Il s'agit ici de mettre en œuvre les principes de coopération et de proportionnalité procédurale⁶ dans la droite ligne du rapport de « *simplification de la procédure civile* », même si les impératifs de réduction des délais et de réponse aux critiques adressées par les citoyens à la justice ne sont pas absents des choix opérés⁷. Le groupe de travail sur la gestion des flux et stocks⁸, tout comme celui relatif au traitement des dossiers civils longs et complexes⁹ ou encore, dès 2018, le rapport AGOSTINI MOLFEISSIS¹⁰, avaient déjà proposé le dispositif de la césure ou de la médiation intégrée¹¹. L'originalité de ces nouveaux dispositifs est de replacer le juge au cœur de l'amiable, de structurer l'amiable judiciaire alors même que certains soutiennent, mais à tort, qu'une fois le juge saisi, il est trop tard pour que les parties envisagent l'amiable¹². Dans ce domaine, « plus tard » c'est souvent seulement le bon moment. Il est indéniable que le développement récent et relatif de la médiation est essentiellement dû au volontarisme judiciaire ; monde judiciaire chez qui la culture de l'amiable doit encore être renforcée¹³. Alors que l'on pourrait soutenir que la multiplication des outils est un frein à leur usage, par manque de lisibilité, il est tout aussi juste de considérer que plus les outils sont nombreux dans la boîte, plus on a de chance de trouver celui qui convient. Les promoteurs d'une justice plurielle et les convaincus de l'efficacité de l'amiable pour les justiciables ne peuvent que se réjouir de ces innovations réglementaires¹⁴. Toutefois, il faut se garder de tout angélisme béat, se méfier du mythe du législateur étranger¹⁵ et regarder concrètement ces nouveaux dispositifs dont un acteur essentiel du procès civil, le juge de la mise en état, devra s'emparer. Ce dernier apparaît comme l'artisan principal du développement de ces nouveaux outils, ce qui ne manque pas d'interroger sur cette phase primordiale du procès civil qui concentre, par ailleurs, une grande partie des critiques de lenteur de la procédure. Il est indiscutable que tant l'audience de règlement amiable que la césure, soit repose sur le juge de la mise en état pour la première, soit impacte cette phase de la procédure pour la seconde. L'intégration des MARD dans le procès et leur plus grande intrication avec la procédure ne peuvent se faire efficacement sans le concours actif des magistrats, qui sont nécessairement au cœur de leur mise en œuvre, et sans impacter leur activité. Il s'agira donc, dans un premier temps, de montrer que le juge de la mise en état sera le pivot non exclusif, mais le plus souvent pertinent, pour ordonner le renvoi à une audience de règlement amiable (I), avant d'évaluer, dans un second temps, l'impact du dispositif de la césure sur la phase de mise en état (II).

I. Le juge de la mise en état, prescripteur d'audience de règlement amiable

⁵ Lucie MAYER, « [La future audience de règlement amiable, ultime avatar de la longue quête vers un idéal de conciliation par le juge](#) », *JCP G*, 19 juin 2023, p. 60002 ; Fabrice VERT, « [Médiation conciliation audience de règlement amiable : vers un office conciliatoire effectif du juge français](#) », *JCP G*, 2023, p. 60004.

⁶ Soraya AMRANI-MEKKI, « [État de la gestion des procédures. Introduction](#) », *JCP G*, 2022, p. 40014.

⁷ Éric DUPONT-MORETTI, « [cette procédure \[la césure\] permet de traiter deux fois plus de contentieux en deux fois moins de temps](#) », in Assemblée nationale, [Compte rendu n° 28](#), Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, mardi 10 janvier 2023, p. 5.

⁸ [Rapport du groupe de travail en charge de proposer des mesures visant à la résorption des stocks](#), 31 mars 2021, 66 p.

⁹ IGJ, [Le traitement des dossiers civils longs et complexes, Rapport définitif](#), décembre 2021, 103 p. ; « [Comment traiter les dossiers civils longs et complexes](#) », *Dalloz actualité*, 5 octobre 2022.

¹⁰ Frédérique AGOSTINI et Nicolas MOLFEISSIS, « [Chantiers de la justice : amélioration et simplification de la procédure civile](#) », 15 janvier 2018, p. 48 ; Julien THÉRON, « [Améliorer et simplifier la procédure civile, comment regagner la confiance des justiciables ?](#) », *JCP G*, 26 février 2018, p. 237.

¹¹ Gaëlle DEHARO « [Gestion des flux et stocks d'affaires](#) », *JCP G*, 2021, act. 602, Recommandation 18.

¹² Héloïse PLANKAERT, « [Vers une culture de l'amiable pour la justice civile](#) », *Revue Lamy Droit civil*, 1^{er} mars 2023, n° 212.

¹³ Éric DUPONT-MORETTI, *op. cit.*

¹⁴ Rémi DECOU-PAOLINI, « [Défense et illustration d'un changement de culture en matière amiable](#) », *JCP G*, 19 juin 2023, p. 60001.

¹⁵ Loïc CADIET, « [Du petit Noël du procédurier aux étrennes du ministre](#) », *Procédures*, février 2023, repère 2.

Le juge de la mise en état a une vocation naturelle d'acteur essentiel du développement de l'audience de règlement amiable. Le rapport sur les États généraux de la justice soulignait le consensus quant au « rôle central accordé au juge de la mise en état dans l'orientation des procédures éligibles aux MARD »¹⁶. Reste aujourd'hui à en déterminer la mise en œuvre. Pour se faire, il faut reprendre la chronologie de la procédure, telle qu'elle se présente aujourd'hui et telle qu'elle est amenée à évoluer avec la création de l'audience de règlement amiable. À ce jour, au tribunal judiciaire, le président de chambre détermine l'itinéraire procédural à l'issue d'une « audience d'orientation » (CPC, art. 776, s.), dont il faut reconnaître qu'elle est peu efficace, le groupe de travail pour la simplification de la procédure civile envisageant de redynamiser l'orientation grâce à des audiences de « procédure » et de « dialogue utile »¹⁷. Comme on a pu justement le faire observer¹⁸, aujourd'hui l'audience d'orientation est peu utile dans la mesure où elle intervient précocement dans la procédure, à un moment où il n'est pas rare que l'avocat du défendeur ne soit pas constitué, de telle sorte que le renvoi à la mise en état ou circuit long est quasi systématique. L'article 776 du CPC se voit augmenté d'un troisième alinéa selon lequel « il peut décider que les parties seront convoquées à une audience de règlement amiable selon les modalités prévues aux articles 774-1 à 774-4 ». Cet ajout, alors que la procédure d'orientation n'est pas repensée de manière globale, rend illusoire, pour les mêmes raisons qu'évoquées précédemment, l'orientation vers une audience de règlement amiable à ce stade, de telle sorte que ce sera bien *in fine* sur le juge de la mise en état que reposera le choix d'une telle audience. L'article 785 du CPC prévoit désormais que « le juge de la mise en état peut également décider que les parties seront convoquées à une audience de règlement amiable selon les modalités prévues aux articles 774-1 à 774-4 ». L'article 803 du CPC est également complété d'un alinéa selon lequel « l'ordonnance de clôture peut également être révoquée, après recueil de l'avis des parties, afin de permettre au juge de la mise en état, conformément à l'article 785, de décider de la convocation des parties à une audience de règlement amiable selon les modalités prévues aux articles 774-1 à 774-4 ». Cette dernière disposition démontre bien que « plus tard » il n'est pas encore trop tard pour recourir à l'amiable.

Le recours à l'ARA est facultatif¹⁹ mais peut être imposé aux parties, malgré l'avis contraire de ceux qui soutenaient que le dispositif devait « être sans contrainte pour les parties qui ne doivent pas se sentir forcées d'accepter cette audience de règlement amiable »²⁰. L'article 774-1 du CPC ne prévoit en effet, que le recueil de l'avis, et non celui de l'accord des parties, comme c'est le cas pour un renvoi en médiation ou en conciliation²¹. Le texte répond en cela aux attentes d'une partie de la doctrine et des praticiens qui redoutaient que « l'audience de règlement amiable, si elle repose uniquement sur le consentement volontaire des parties, ait aussi peu de succès que la convention de procédure participative ou que la médiation à ses débuts »²². Ce pouvoir important légitime le rôle crucial du juge de la mise en état qui peut déjà :

- renvoyer les parties en médiation ou en conciliation mais seulement avec leur accord,
- constater la conciliation même partielle des parties en application de ce même article 785,
- sélectionner les dossiers qui lui paraissent éligibles à l'amiable²³.

¹⁶ [Rapport](#) du comité des États généraux de la justice (Octobre 2021- avril 2022), avril 2022, 3.1.4 p. 181.

¹⁷ [Rapport](#) des États généraux de la justice, justice civile, annexe 12, avril 2022, p. 81, n° 25 s.

¹⁸ Valentin GARCIA, « [Pour une orientation proactive et numérique du litige en procédure civile](#) », *JCP G*, 2023, p. 38.

¹⁹ « [MARD : l'ARA et la césure font leur entrée dans le Code de procédure civile](#) », *Actu juridique*, 31 juillet 2023.

²⁰ Laurence JOLY citée par Miren LARTIGUE, « [Nouveaux modes amiables : la profession d'avocat se penche sur le projet de décret](#) », *Gazette du palais*, 21 mars 2023, n° 10, p. 6.

²¹ C. pr. civ., art. 127.

²² Fabrice VERT et Béatrice GORCHS-GELZER, « [L'audience de règlement amiable, quelles avancées pour l'office conciliatoire du juge ?](#) », *op. cit.*

²³ Simone GABORIAU, « [La conciliation par le juge en France, un rendez-vous manqué ?](#) », *JCP G*, 2023, p. 60003.

Une audience de discussion efficace, intervenant après la première audience d'orientation en première instance et après l'expiration des délais Magendie en cause d'appel²⁴, devrait se tenir devant le magistrat de la mise en état, puisque c'est bien devant lui que pourra se nouer un véritable échange, une audience de dialogue utile²⁵ au cours de laquelle il sera décidé de laisser l'affaire au contentieux ou de l'orienter vers une voie amiable. C'est encore lui qui aura la connaissance suffisante des dossiers pour déterminer ceux qui seraient éligibles à une ARA, dans la mesure où il pouvait déjà déterminer les dossiers éligibles à un mode amiable de règlement du litige.

Il n'était sans doute déjà pas facile pour lui de trier les dossiers pour lesquels il pouvait proposer un MARD, encore moins sans doute de choisir entre la conciliation et la médiation. Il lui faudra désormais déterminer une troisième catégorie de dossiers, ceux qui seront renvoyés à l'ARA, ce qui suppose la possibilité d'une réelle mise en état intellectuelle²⁶. Sur ce dernier point, il lui faudra être particulièrement vigilant dans la mesure où il pourrait imposer cette audience. Dans la pratique, nul doute qu'ayant recueilli l'avis des parties, il n'ira pas à l'encontre de celui-ci si les deux parties en sont d'accord, l'ARA étant dans ce cas, avant même que d'avoir débuté, vouée à l'échec, sans compter l'allongement inutile de la procédure que cela impliquerait. Il lui faudra donc avec les parties et leurs avocats faire preuve de pédagogie et de psychologie pour choisir entre la conciliation déléguée, qui ne disparaît pas avec la mise en place de l'ARA, et la conciliation par un magistrat lui-même. Opérer de tel choix suppose d'avoir une connaissance minimale du dossier et un véritable moment d'échange avec les parties, ne serait-ce que pour mesurer le désir des justiciables d'être entendus par un juge, désir que ne comble pas une tentative de rapprochement menée par un tiers médiateur ou conciliateur de justice²⁷ intervenant hors les murs du palais.

La conciliation par un juge présente l'avantage de ne pas se priver de la figure du juge, tiers impartial et désintéressé, et de rassurer les justiciables sur les garanties offertes²⁸. Or, aujourd'hui, la mise en état étant dématérialisée, les parties et même leurs avocats sont éloignés du juge avec lequel ils communiquent le plus souvent par simple bulletin via le Réseau Privé Virtuel des Avocats (RPVA). Il paraît essentiel, si l'on veut que le juge de la mise en état puisse jouer effectivement le rôle de prescripteur de l'amiable que les textes lui assignent, que l'oralité de la mise en état soit rétablie dans les proportions nécessaires. En effet, « *une audience orale avec les parties présentes est alors indispensable pour identifier le mode le mieux adapté de résolution des différends* »²⁹. Il n'est évidemment pas question de renoncer à la dématérialisation qui a fait la preuve de son efficacité mais de permettre, au moment où le juge le détermine, la tenue d'une véritable audience au cours de laquelle le magistrat peut effectivement conférer de l'état de la cause avec les avocats et les parties lorsqu'il l'estime utile. En effet, si une conciliation doit être ordonnée, qu'elle soit déléguée ou prenne la forme d'une ARA, les parties elles-mêmes devront être présentes, ce qui n'enlève rien au rôle essentiel des avocats, l'article 774-3 du CPP disposant que « *la convocation précise que les parties doivent comparaître en personne. Lorsqu'elles ne sont pas dispensées de représentation obligatoire, les parties comparaissent assistées de leur avocat* ». Ce texte répond ainsi aux vœux de ceux qui souhaitent que les nouveaux dispositifs ne servent pas simplement d'instrument de délestage d'une partie du contentieux en offrant aux justiciables une solution rapide au rabais³⁰. La décision de convocation des parties, ne dessaisit pas le juge (C. pr. civ., art. 774-1, al. 2) et constitue une nouvelle

²⁴ Romain CARAYOL, « [États généraux de la justice et MARD : retours pratiques](#) », *Gazette du palais*, 27 septembre 2022, p. 12.

²⁵ Fabrice VERT et Béatrice GORCHS-GELZER, « [L'audience de règlement amiable, quelles avancées pour l'office conciliatoire du juge ?](#) », *op. cit.*

²⁶ Rémi DECOU-PAOLINI, « [Défense et illustration d'un changement de culture en matière amiable](#) », *op. cit.*

²⁷ Lucie MAYER, « [La future audience de règlement amiable, ultime avatar de la longue quête vers un idéal de conciliation par le juge](#) », *op. cit.*

²⁸ Soraya AMRANI-MEKKI, « [2023 : année de l'amiable ?](#) », *op. cit.*

²⁹ Soraya AMRANI-MEKKI, « [Pour des modes "adaptés" de résolution des différends : les nouveaux MARD](#) », *Gazette du palais*, 9 mai 2023, p. 36.

³⁰ Barreau de Paris, [La césure du procès civil et l'audience de règlement amiable](#), 2023, 5 p.

cause d'interruption de l'instance (C. pr. civ., art. 369), et donc, du délai de péremption de l'instance. Autant d'éléments de nature à rassurer les parties et leurs conseils.

Enfin, le juge de la mise en état ne peut-il être que prescripteur d'ARA ? Ne pourrait-on pas envisager qu'il en soit un acteur ? Pourquoi le JME ne tiendrait-il pas l'ARA plutôt que de recruter des magistrats à titre temporaires (MTT) ou des magistrats honoraires qui n'en ont pas forcément le goût et ne connaîtront, en tout état de cause, pas le dossier ? Pourquoi ne pas augmenter le nombre de juges de la mise en état pour capitaliser sur le gain de temps que constitue la première connaissance du dossier pour tenter la conciliation ? On objectera que le juge de la mise en état est membre de la composition de jugement et que, en l'état, le texte sur l'ARA précise qu'elle « est tenue par un juge qui ne siège pas dans la formation de jugement ». On comprend que cette précision est dictée par le souci d'éviter le préjugement au sens de la Convention européenne des droits de l'homme³¹ (CESDH). Mais d'autres juges comme le juge des enfants ou le juge aux affaires familiales connaissent plusieurs fois d'une même affaire sans que la CESDH, qui fait alors prévaloir la bonne connaissance du dossier, ne s'en offusque. On ajoutera encore qu'à la différence du juge des référés qui, ayant ordonné une provision, ne peut plus siéger au fond, rien de tel n'est imposé au juge de la mise en état qui peut, pourtant, lui aussi, dans les mêmes conditions, ordonner une provision³². Enfin, on pourrait ajouter que connaître de faits dans le cadre d'une conciliation puis d'un jugement ne signifie pas apprécier deux fois les mêmes faits au sens de la CESDH, dans la mesure où il n'y a pas ici de risque de répugnance à se déjuger. Il n'y a pas, d'ailleurs, aujourd'hui, de déport dans les procédures avec tentative de conciliation obligatoire (devant le tribunal paritaire des baux ruraux et le conseil des prudhommes) ou même, lorsqu'en application de l'article 129 du CPC, le juge tente la conciliation au lieu et au moment où il l'estime favorable. L'expérience de Simone GABORIAU³³ invite résolument à permettre au juge ayant connu de la conciliation de connaître du dossier tant que les parties ne s'y opposent pas. L'idée étant de rendre davantage les parties actrices de leur litige, leur laisser la main sur ce point ne semble pas une si mauvaise idée, et ce, d'autant plus, qu'elles l'ont déjà sur la confidentialité, l'article 774-3 du CPC posant le principe de la confidentialité de l'ARA, sauf accord contraire des parties. Le juge de la mise en état serait alors acteur d'amiable tout comme les textes prévoient qu'il soit acteur en matière de césure.

II. Le juge de la mise en état, acteur de la césure

S'agissant de la césure du procès civil, à la différence de l'ARA, sa place même au sein du Code de procédure civile la désigne comme relevant du juge de la mise en état. En effet, appartenant aux « *dispositions particulières au tribunal judiciaire* » (titre 1^{er} du livre II) et concernant les règles relatives à « *la procédure ordinaire* » (chapitre 1^{er}) au sein de la procédure écrite (sous-titre 1^{er}), elle est codifiée dans la section 3 relative à la clôture de l'instruction, laquelle sera désormais divisée en deux sous-sections, la première intitulée « *dispositions générales* » et la seconde intitulée « *la césure du procès civil* » composée des articles 807-1 à 807-3 du CPC. On est bien là dans les pouvoirs les plus classiques du magistrat de la mise en état : clore l'instruction lorsqu'il estime que l'affaire est en état d'être jugée et la renvoyer à l'audience de plaidoirie. L'originalité du dispositif tient au fait qu'ici ce sont les parties qui vont demander la clôture de l'instruction, qu'elles vont pouvoir le faire à tout moment, et ce, sans que l'affaire soit totalement en état d'être jugée, d'où le prononcé d'une clôture partielle. L'article 807-1 du CPC dispose ainsi que, « *à tout moment, l'ensemble des parties constituées peut demander au juge de la mise en état la clôture partielle de l'instruction. Elles produisent à l'appui de leur demande un acte contresigné par avocats qui mentionne les prétentions à l'égard desquelles elles sollicitent un jugement partiel. S'il fait droit à la demande, le juge ordonne la clôture partielle de l'instruction et*

³¹ Paul GIRAUD, « [La conciliation par le juge français : quelle place pour les garanties fondamentales du procès ?](#) », *JCP G*, 2023, p. 60005.

³² C. pr. civ., art. 789, 3°.

³³ Simone GABORIAU, « [La conciliation par le juge en France, un rendez-vous manqué ?](#) », *op. cit.*

renvoie l'affaire devant le tribunal pour qu'il statue au fond sur la ou les prétentions déterminées par les parties. L'acte contresigné par avocats est annexé à l'ordonnance. La date de la clôture partielle doit être aussi proche que possible de celle fixée pour les plaidoiries. L'article 798, les alinéas 2 à 4 de l'article 799 ainsi que les articles 802 à 807 sont applicables à la présente sous-section ». L'article 807-3 du CPC précise toutefois que « la clôture de l'instruction prévue au 1er alinéa de l'article 799 ne peut intervenir avant l'expiration du délai d'appel à l'encontre du jugement partiel ou, lorsqu'un appel a été interjeté, avant le prononcé de la décision statuant sur ce recours », étant entendu que l'appel se fera à bref délai, selon la procédure de l'article 905 du CPC, cet article étant augmenté d'un 6° pour renvoyer au jugement partiel prévu à l'article 807-2 du CPC, statuant sur les seules prétentions faisant l'objet de la clôture partielle.

Concrètement, il s'agit pour les parties de s'accorder sur les points de droit qu'elles demandent au tribunal de trancher, et ce, par un acte contresigné par avocat. Le juge de la mise en état rendra alors une ordonnance de clôture partielle limitée aux seules prétentions sur lesquelles les parties se seront accordées et renverra au tribunal, qui rendra un jugement, lui aussi partiel, sur ces seules prétentions. Ce jugement, soumis aux règles ordinaires en matière d'exécution provisoire, sera susceptible d'un appel immédiat en application de l'article 544 modifié pour y intégrer les jugements partiels. La mise en état concernant le reste des prétentions restera ouverte jusqu'à l'expiration du délai d'appel ou, si un appel est interjeté, jusqu'à la décision de la Cour d'appel. La décision de clôture partielle – la sémantique est relativement fâcheuse dans la mesure où jusque-là le terme de clôture partielle était réservé à la sanction du plaideur non diligent (CPC art. 800) – est, comme une ordonnance de clôture traditionnelle, une simple mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours (798 CPC). Si, en mise en état traditionnelle, qualifier la clôture de simple mesure d'administration judiciaire peut être sujet à discussion, dans la mesure où, décidée par le juge, elle s'impose aux parties et est, donc, susceptible dans certains cas de faire grief, il n'en va pas de même ici. En effet, la clôture intervient à la demande des parties, aux termes d'un acte parfaitement sécurisé juridiquement pour les plaideurs, le risque de grief étant inexistant. Du point de vue procédural, l'inconvénient du dispositif est de laisser béante la mise en état sur les points du litige non renvoyés en jugement pour lesquels l'instruction se poursuit³⁴. Tant que le jugement n'est pas rendu, il n'est pas logique de tenter un règlement amiable et, même une fois celui-ci rendu, rien ne garantit qu'un accord amiable sera trouvé avec ou sans l'aide d'un tiers. Rien dans les textes n'impose le renvoi en médiation ou en conciliation, même s'il paraît sensé que, ayant demandé un jugement partiel, les parties aient l'intention de s'accorder sur les conséquences. Le texte tente donc d'opérer un équilibre entre le risque de contrariété de décisions dans la même instance et l'allongement excessif du procès qui résulterait de l'exigence d'une décision irrévocable. Toujours sur la question du règlement des conséquences du jugement partiel, la notice du décret indique que « les parties peuvent tirer les conséquences du jugement partiel sur les autres prétentions notamment en recourant à une médiation ou une conciliation de justice ».

Or, au plan pratique, cette volonté du législateur ne va pas sans poser difficulté. En effet, le juge de la mise en état, en application de l'article 785 du CPC, peut désigner un médiateur dans les conditions de l'article 131-1 du CPC, laquelle désignation postule l'accord des parties. Nous serons alors dans le cadre d'une médiation judiciaire pour laquelle le juge de la mise en état sera juge d'appui. En revanche, si le juge de la mise en état peut constater la conciliation des parties lorsque ces dernières avec ou sans l'aide d'un tiers sont parvenues à conclure un accord, s'il peut concilier lui-même les parties en application de l'article 21 du CPC, il ne saurait déléguer la conciliation qui ne peut l'être, en l'état du droit positif, devant le tribunal judiciaire qu'en procédure orale ordinaire (CPC, art. 821). L'article 129-2 du CPC n'envisage la conciliation déléguée qu'en vertu d'une disposition spéciale qui, à ce jour, n'existe pas dans les pouvoirs du juge de la mise en état, délégation qui là encore exigerait l'accord des parties (CPC, art. 127), le juge ne pouvant que proposer et non imposer la mesure. Ce nouveau

³⁴ Notice du décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire.

dispositif de la césure capitalise donc sur les modes amiables préexistants, la conciliation et la médiation, mais sans que les différents textes ne soient parfaitement articulés. On ne comprend guère pourquoi le juge de la mise en état peut imposer aux parties de participer à une audience de règlement amiable, sans qu'il puisse imposer aux parties de participer à une médiation ou à une conciliation en cas de césure. Sur ce dernier point, ouvrir les deux MARD présente l'avantage de la souplesse. À condition d'admettre la délégation de conciliation par le juge de la mise en l'état, ce qui n'est pas l'état du droit positif, cela obligerait le juge à choisir entre conciliation et médiation. Or, la différence entre les deux, loin d'être clairement définie en matière de MARD judiciaires, est totalement inexistante en application de l'article 1530 du CPC en matière de MARD conventionnels. En réalité, ces difficultés – soyons honnête – sont facilement contournables lorsque tout le monde est de bonne volonté : le juge de la mise en état proposera une médiation et, comme c'est le plus souvent le cas en pratique, les parties et le médiateur concluront un contrat de médiation conventionnelle.

Néanmoins, il subsiste un doute sérieux sur l'efficacité du dispositif en termes de gain de temps sur la mise en état. En effet, il faut revenir un instant sur le champ d'application de ce nouveau dispositif. Aujourd'hui, l'allongement de la mise en état est dans la très grande majorité des cas dû à des problématiques expertales qui ne vont pas disparaître. De fait, « *le goulot d'étranglement dans la pratique judiciaire se situe souvent au stade de l'expertise judiciaire indispensable pour statuer sur la responsabilité* »³⁵. Déjà, le rapport sur le traitement des litiges longs et complexes notait que la longueur des procédures est largement amplifiée lorsqu'une expertise est retenue comme mesure avant dire droit³⁶. Comme l'a justement fait observer le professeur CAYROL³⁷, la césure existe déjà en matière d'action de groupe et de partage judiciaire où elle se justifie par des considérations techniques. Si elle a vocation à intégrer le droit commun, et sa place dans le Code de procédure civile justifie cette ambition, elle n'aura de sens que dans les litiges complexes et, plus précisément, en matière de responsabilité où le juge tranchera la question de la responsabilité et où les parties auront à s'accorder sur les conséquences indemnitaires de cette responsabilité judiciairement actée. Or, dans la très grande majorité des cas, le jugement sur la responsabilité exige une expertise pour éclairer la religion du juge, la césure n'y changera pas grand-chose. On ne peut que souscrire à cette observation, outre le fait que « *la césure paraît assez périlleuse d'un point de vue processuel* »³⁸, notamment en cas d'appel avec des risques dénoncés sur ce point par le Syndicat de la Magistrature (SM)³⁹ quant à l'évolution du litige en cause d'appel. Le mutisme du décret, qui laisse donc s'appliquer le seul droit existant, ne sera sans doute pas de nature à rassurer les sceptiques quant à l'immutabilité du litige. La césure ne présente pourtant pas que des inconvénients si l'on en juge par l'expérience de la 3^{ème} chambre civile du tribunal judiciaire de Paris spécialisée en droit de la propriété intellectuelle⁴⁰. L'efficacité du dispositif, qui évite que le juge de la mise en état soit saisi d'un certain nombre d'incidents, tient sans doute à la spécificité de la matière, ce qui ne garantit pas la même efficacité dans d'autres contentieux. La césure obéit sans nul doute à la préoccupation constante de la proportionnalité procédurale⁴¹, mais nécessite comme l'ARA un dialogue, si ce n'est une véritable coopération entre les parties et le juge de la mise en état, qui soit suggère soit accepte la césure à la demande des parties. Pour ce faire, il doit être en mesure de pratiquer une mise en état intellectuelle des affaires, ce qui suppose d'avoir une connaissance assez précise des dossiers et nécessite donc du temps et de la disponibilité. Or, aujourd'hui, les conclusions au fond ne sont pas adressées au juge de

³⁵ Rapport de Madame le bâtonnier Hélène MOUTARDIER, présidente de la commission civile au bureau et à l'assemblée générale de la Conférence des Bâtonniers de France, cité par Patrick LINGIBÉ, « [Les nouveaux outils de l'amiable judiciaire : audience de règlement et césure du procès ?](#) », *Village de la justice*, 7 août 2023.

³⁶ IGJ, [Le traitement des dossiers civils longs et complexes, Rapport définitif](#), *op. cit.*

³⁷ Nicolas CAYROL, « [Politique de l'amiable, table ronde n° 3](#) », médiathèque de la justice, janvier 2023.

³⁸ Benoit HENRY, « [La césure : une nouvelle voie impliquant l'intervention du juge](#) », *Village de la justice*, 23 janvier 2023.

³⁹ Syndicat de la magistrature, « [Projets de décrets relatifs à l'introduction de la césure dans le procès civil et à la création de l'audience de règlement amiable - nos observations](#) », 9 mars 2023.

⁴⁰ Nathalie SABOTIER, « [État de la gestion des procédures civiles : la césure](#) », *JCP G*, 2022, p. 40017.

⁴¹ [Règles modèles européennes de procédure civile](#), art. 5 1) : « [...] le juge s'assure que le processus de résolution du litige est proportionné à l'affaire en cause ».

la mise en état, qui est saisi par des conclusions spéciales⁴² de telle sorte qu'il n'a pas le temps de lire les conclusions au fond. Cela rend en l'état relativement illusoire le succès de la césure dans la mesure où l'un de ses acteurs essentiels ne dispose pas du temps nécessaire pour jouer son rôle, ce qui risque de faire de ce dispositif une « *réelle usine à gaz* »⁴³.

Même si l'on peut considérer que ces nouveaux textes répondent à l'impératif déjà ancien de structurer la voie amiable dans les juridictions sans la rigidifier⁴⁴, même si ces dispositifs ont le mérite de « *réhabiliter les modes amiables, non pas à la place du juge, mais avec le juge, à côté du juge* »⁴⁵, comme chef d'orchestre de l'amiable judiciaire, ce qu'il a vocation à être naturellement, on peut émettre des doutes sur l'effectivité de ces dispositifs. L'extension croissante des pouvoirs du juge de la mise en état, avec dernièrement celui de bon sens de statuer sur les fins de non-recevoir, évitant ainsi une longue mise en état se soldant pas un jugement d'irrecevabilité, mais le conduisant parfois à de longs débats⁴⁶ sans moyens supplémentaires, lui interdit de faire ce qui est pourtant son cœur de métier. Il n'a pas les moyens d'une mise en état intellectuelle et intelligente du dossier permettant une véritable orientation vers la procédure amiable ou contentieuse la mieux adaptée et permettant, surtout, le choix du processus amiable le plus efficace en fonction de la nature du contentieux et, dans une certaine mesure, de ce qu'il perçoit de la psychologie des parties.

Renvoyer à l'amiable, quelle qu'en soit la forme, ne doit pas être une fin en soi tant il est sûr qu'un processus amiable contraint ou mal conduit par un acteur insuffisamment convaincu et formé ne peut se solder que par un échec et, donc, une perte de temps et un rallongement de la procédure. Une des pistes de solution réside sûrement dans la valorisation de la fonction de juge de la mise en état et dans une autre organisation procédurale qui donne davantage de temps au début de la procédure pour la prise de connaissance du dossier et l'orientation efficace de la procédure. Tout ceci ne s'envisage qu'après avoir évalué précisément la charge de travail des juges de la mise en état grâce au référentiel d'activité⁴⁷ et, peut-être, en ne leur laissant trancher que les fins de non-recevoir évidentes, après avoir transformé la compétence exclusive en faculté⁴⁸ et après avoir exigé qu'elles soient soulevées *in limine litis* afin de décongestionner les procédures. Et ce, d'autant plus que ce pouvoir du JME tel qu'il est conçu aujourd'hui par les textes du Code de procédure civile ne fait pas l'unanimité⁴⁹.

On le voit, la mise en œuvre efficace de l'amiable judiciaire avec comme acteur principal le juge de la mise en état suppose une réflexion plus vaste, des modifications textuelles conséquentes et touche à des considérations d'organisation du travail et d'administration de la justice.

⁴² C. pr. civ., art. 791.

⁴³ Soraya AMRANI-MEKKI, « [État de la gestion des procédures. Introduction](#) », *op. cit.*

⁴⁴ Fabrice VERT, « [Le rapport Magendie sur la médiation : enjeux et perspectives](#) », *Cahiers de l'arbitrage*, juillet 2010, n° 3, p. 779.

⁴⁵ Jérôme GAVAUDAN, « [États généraux du dommage corporel. Discours d'ouverture](#) », *Gazette du palais*, 24 janvier 2023, p. 4.

⁴⁶ Ce qui est le cas lorsque la fin de non-recevoir dépend d'une question de fond.

⁴⁷ Loïc CADIET, « [Du petit Noël du procédurier aux étrennes du ministre](#) », *op. cit.*

⁴⁸ Soraya AMRANI-MEKKI, « [Proportionnalité procédurale](#) », *Gazette du palais*, 25 juillet 2023, p. 52.

⁴⁹ Benoit HENRY, « [La césure : une nouvelle voie impliquant l'intervention du juge](#) », *Village de la justice*, 23 janvier 2023.

LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE, STRATÉGIE DE L'AMIABLE ET OFFICE DU JUGE

Par

Renaud LE BRETON DE VANNOISE

Magistrat, Premier président de la cour d'appel d'Aix-en-Provence

La procédure participative est entrée à bas bruit dans notre droit, dans le Code civil d'abord en tant que contrat spécial¹, et dans le Code de procédure civile ensuite en tant que mode amiable de résolution des différends².

Dès sa naissance, son inscription pour le moins étonnante dans des catégories juridiques existantes très différentes n'aidant pas à en saisir la nature profonde caractérise l'approche pragmatique qui régit cette voie procédurale.

Comble de confusion, la loi Justice du XXI^{ème} siècle³ en fit pour partie une procédure de « mise en état » conventionnelle des affaires.

Si le reproche pouvait lui être fait de constituer davantage un cadre juridique protecteur propre à donner aux parties le temps nécessaire pour trouver sereinement une issue négociée à leur litige, qu'un mode amiable en lui-même, véritablement autonome, cette même loi J21 lui a donné l'outil qui lui manquait pour le devenir pleinement : l'acte de procédure contresigné par avocats.

Bien que cette voie processuelle soit ignorée de la plupart des praticiens, il ne faut pas s'y tromper. Elle constitue pour ces derniers une véritable pépite.

La profession d'avocat, qui en a pour l'heure le monopole, est dans la position d'un détenteur d'un billet de loterie qui laisserait celui-ci dormir dans un tiroir, ignorant qu'il est gagnant. Sans aucun doute, la procédure participative est le plus beau cadeau qui ait été fait ces dernières décennies à la profession. Elle lui assure son avenir, si du moins elle s'en saisit et que d'autres ne lui en contestent pas trop vite le monopole. Car le gain du billet oublié pourrait-être redistribué...

Le présent article n'a pas pour but de présenter la procédure participative, mais d'inviter avocats et magistrats à s'y intéresser.

« Y intéresser aussi les magistrats » s'interroge le lecteur ? Oui ! Et d'urgence, d'autant plus que la politique de l'amiable lancée par le garde des Sceaux en janvier dernier s'est traduite par la création dans le code de procédure civile de l'audience de règlement amiable et de la césure qui, l'une comme l'autre, sont de nature à se conjuguer pleinement avec la procédure participative⁴ et ⁵.

Non seulement cette procédure est de nature à promouvoir la qualité de la justice civile, familiale, sociale et commerciale, entendue, dans chacun de ces domaines, comme un ensemble d'acteurs régi par une logique systémique, mais surtout, elle fait entrer les magistrats dans un nouvel office : l'office d'appui des parties à la résolution amiable de leur litige.

¹ Dans la suite des travaux de la commission présidée par le recteur GUINCHARD, la loi du 22 décembre 2010 dite Loi Beteille a introduit dans les articles 2062 et suivants du Code civil la convention de procédure participative et la définit ainsi : « *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. Cette convention est conclue pour une durée déterminée* ».

² Le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 crée dans le Code de procédure civile un livre V intitulé « La résolution amiable des différends » et y intègre 3 modes amiables : la médiation (conventionnelle), la conciliation (extrajudiciaire) et la procédure participative. Cette dernière procédure est décrite aux articles 1542 et suivants.

³ La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 (art. 9) dispose : « *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. Cette convention est conclue pour une durée déterminée* ».

⁴ Décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire.

⁵ Sur la conjugaison de ces nouvelles voies procédurales avec la procédure participative, voir 2.2.

Ce terme, emprunté à la terminologie de l'arbitrage, peut désigner un office efficace en faveur de l'amiable non sans lien, mais différent de l'office traditionnel de conciliation, oublié par manque de temps, parfois aussi de volonté.

La procédure participative est potentiellement et doublement au cœur d'une véritable stratégie de l'amiable, singulière et générale : une stratégie de résolution d'un litige auquel on l'applique (I), mais aussi une stratégie de développement de l'amiable en tant que mode de résolution des litiges (II)⁶.

I. Procédure participative et stratégie de résolution amiable du litige

L'efficacité potentielle de la procédure participative dans la résolution amiable d'un litige, ou simplement, dans sa présentation (ou de ce qu'il en reste, c'est-à-dire le litige résiduel) consensuelle au juge dans le cadre d'une mise en état participative, permettant à ce dernier de le trancher rapidement et aisément, réside dans une série d'éléments intrinsèques à l'effet particulièrement puissant, constitutifs d'une véritable stratégie dont deux exemples peuvent être donnés : l'instauration ou la restauration du dialogue entre les parties (1.1) et la dynamique d'efficience dans les actes d'administration amiable de la preuve (2.2).

1.1. La procédure participative en tant qu'outil d'instauration ou de restauration du dialogue entre les parties

L'appropriation par la procédure participative de l'acte de procédure contresigné par avocats créé par la loi J21 à la suite des propositions du groupe de travail DELMAS-GOYON⁷ n'a pas été sans poser de difficultés, mais a fini par trouver sa place lui donnant toute son efficacité opérationnelle.

1.1.1. La problématique de l'articulation de la procédure participative et de l'acte de procédure d'avocats

- ◆ *D'une conception de l'acte de procédure contresigné par avocats « captive » de la procédure participative avec le décret du 6 mai 2017...*

L'acte de procédure contresigné par avocats est entré en législation à l'article 2063 du Code civil qui l'introduit comme l'un des éléments constitutifs optionnels de la convention de procédure participative. Ce texte prévoit en effet que cette convention comporte « *le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à conclure, dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'État* ».

Ce décret en Conseil d'État fût celui du 6 mai 2017, qui a eu deux effets dommageables.

En premier lieu, il fixait une liste d'actes n'ouvrant presque aucune possibilité nouvelle aux avocats et éloignée de l'esprit de la définition de l'acte de procédure contresigné par avocats qu'en donnait le rapport DELMAS-GOYON⁸ qui l'érigait en véritable acte d'administration amiable de la preuve⁹. Toutefois, cette liste, prudemment, comportait l'adverbe « notamment » ce qui aurait pu permettre aux avocats d'être inventifs et de la compléter utilement. Mais il était difficile à une pratique circonspecte, timide et dans l'expectative, de se montrer audacieuse.

En second lieu, ce décret « enfermait » l'acte de procédure contresigné par avocats dans la procédure participative, ce qui lui interdisait implicitement toute autonomie.

⁶ Cet article s'inspire d'une contribution en juillet 2023 à un colloque devant le barreau de Grenoble organisé par Maître Sylsle ALBERTELLI sur le thème : « Procédure participative et stratégie de l'amiable, comment être efficient ? ».

⁷ Voir le rapport qui en est issu intitulé « [Le juge du 21^{ème} siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice](#) », décembre 2013.

⁸ *Ibid.*

⁹ Tels l'acte d'audition de parties, de témoins, ou d'expert ou de tout sachant, l'acte de constatation, ou encore l'acte de déplacement sur les lieux...

Or, le paradoxe de la convention de la procédure participative est d'être, au plan procédural, regardée comme un acte initial alors qu'elle ne peut être en fait qu'un aboutissement ainsi que l'enseigne l'expérience du processus collaboratif¹⁰, lui-même juridiquement initié par la « charte collaborative » dont la conclusion ne peut être que le résultat d'un travail minutieux et méthodique.

Il en va bien sûr ainsi de la procédure participative. Aucun outil ne permettait cependant de combler le vide laissé au stade de la phase préparatoire à la conclusion de la convention, phase en pratique faite de temps d'écoute, d'échanges, de négociations et de construction d'un rapport de confiance nécessaire à la définition consensuelle de l'objet du litige, de l'objet de la preuve, et de la liste des actes de procédure contresignés par avocats nécessaires à son établissement.

- ◆ ... à une conception « autonome » avec le décret du 11 décembre 2019¹¹

Le décret du 11 décembre 2019 refond l'article 1546-3 du Code de procédure civile qui dispose, désormais dans un premier alinéa : « *L'acte de procédure contresigné par avocats est établi conjointement par les avocats des parties à un litige ayant ou non donné lieu à la saisine d'une juridiction, en dehors ou dans le cadre d'une procédure participative* ».

Ce texte reconnaît ainsi à la notion d'acte de procédure contresigné par avocats une autonomie qui lui confère toute son utilité. Il en dresse une liste toujours non exhaustive, mais beaucoup plus complète, introduisant nombre d'actes d'administration de la preuve.

La première utilité de l'acte de procédure contresigné par avocats est d'être un acte d'instauration ou de restauration du dialogue, ce qui mérite quelques explications.

1.1.2. Focus sur l'acte de procédure d'avocats, acte préparatoire à la conclusion de la procédure participative par l'instauration d'un cadre de dialogue

Cet acte retranscrit l'audition des parties à laquelle il doit être procédé à tour de rôle. Il présente deux intérêts, un intérêt pédagogique et un intérêt procédural.

- ◆ L'intérêt pédagogique

Dès ce stade, peut mûrir la définition du litige et son centrage sur ce qui véritablement oppose les parties.

L'audition permet aux parties d'exprimer leurs griefs sans l'interface d'un tiers. Cet intérêt pédagogique tient à ce que la partie entendue est conduite à préciser sa propre appréhension du litige, voire, aidée par les questions posées par les avocats avec la seule intention de comprendre et non de contredire¹², à faire émerger les données d'un conflit dont le litige peut n'être qu'un épiphénomène et ouvrir ainsi le champ des solutions ultérieurement recherchées.

Mais la partie auditionnée sera invitée également à écouter l'expression des griefs formulés à son endroit par l'autre partie, entendue à son tour et de la même manière.

¹⁰ Dans le processus collaboratif en effet, une fois que la charte collaborative est signée par les parties, le taux de succès, c'est-à-dire l'aboutissement à un accord sur la solution du litige, tangente, dit-on, le 100 %, ce qui témoigne de ce que toute la difficulté est d'amener les parties à entrer dans la logique d'un tel processus, à en accepter l'esprit et les règles. Une fois cette phase franchie, le plus difficile est fait et les chances de parvenir à la conclusion d'un accord sont très élevées.

¹¹ Décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile.

¹² Le rôle des avocats est ici très important. Ce sont eux qui offrent le cadre sécurisé et bienveillant permettant aux parties de s'exprimer tour à tour. Ils doivent favoriser cette expression, ne pas l'interrompre, s'abstenir de toute contestation ou objection et recueillir fidèlement dans l'acte d'audition les propos tenus. Leurs questions, une fois que chaque partie est arrivée au terme de sa présentation spontanée, doivent être formulées dans les termes les plus neutres possibles et ils doivent se garder d'exprimer, par le ton, les gestes ou plus généralement les attitudes corporelles, toute réaction, réticence, réfutation ou opposition.

Au-delà de la présentation de la matérialité des griefs exposés, chaque partie pourra percevoir l'émotion éventuelle avec laquelle son contradicteur s'exprime. On ne peut exclure que, dans certains cas, l'effort d'écoute consenti dans le cadre accepté de ce mode opératoire puisse conduire à une prise de conscience réciproque de la légitimité des prétentions adverses et partant, à l'émergence spontanée d'une solution satisfaisante pour les deux parties.

Cette attitude d'écoute, préalable à une transcription fidèle, est pour les avocats un exercice nécessitant un apprentissage et un entraînement auxquels d'ailleurs tous les professionnels de justice, magistrats compris, devraient s'astreindre.

Cet acte n'a pas d'effet juridique en propre. La formalisation de cette audition invite cependant à une certaine rigueur, et initie le processus qui va permettre, étape par étape, de progresser dans la résolution du litige. Il peut même être réitéré pour poursuivre le dialogue entre les parties ou le rétablir s'il s'est interrompu.

Cet acte d'audition, qui suppose un premier niveau de mobilisation personnelle des parties elles-mêmes, les positionne également d'emblée comme actrices de la gestion de leur litige. Les effets attendus sur la suite de la procédure sont importants, voire déterminants. S'étant mises d'accord sur le principe d'une écoute mutuelle et ayant fait l'effort de le mettre déjà en application, elles s'engagent dans un processus de respect mutuel et de recherche d'accords intermédiaires, même si un accord sur le fond du litige peut paraître à ce stade encore éloigné, voire impossible.

Au-delà de cet intérêt pédagogique, cet acte présente également un intérêt technique.

- ◆ L'intérêt procédural

L'acte d'audition va permettre directement ou par approches successives de circonscrire le litige.

De la superposition des actes d'audition des parties, les avocats pourront dégager l'objet du litige, exprimé en des termes convenant aux deux parties.

Cet exercice permettra de nourrir la convention de procédure participative, laquelle doit définir l'objet du litige, ce qui, sans méthode, est rarement chose aisée.

De l'objet du litige, les avocats pourront ensuite faire émerger avec les parties l'objet de la preuve. S'ensuivra la définition des actes de procédure contresignés par avocats d'administration amiable de la preuve que les parties s'entendront à mettre en œuvre.

Un déplacement sur les lieux (voir infra) pourra être décidé dès ce stade préparatoire à la formalisation de la convention de procédure participative, pour mieux définir objectivement les termes du litige, mais il pourra aussi faire l'objet d'une des mesures stipulées dans la convention et être effectué dans le cadre de son exécution.

Tous les éléments nécessaires à la rédaction de la convention de procédure participative seront ainsi déterminés.

1.2. La procédure participative en tant que créatrice d'une dynamique efficiente : de l'administration amiable de la preuve à la résolution amiable du litige

1.2.1. La dynamique des « petits pas » contractuels

- ◆ La multiplication de petits accords procéduraux par le truchement d'actes de procédure contresignés par avocats

Dans un premier temps, toute idée d'accord apparaît impossible aux parties, tant le conflit leur semble vif, enkysté et sans solution, si ce n'est celle de l'intervention du juge, laquelle d'ailleurs ne fera souvent que l'aggraver, car trancher un litige n'aboutit souvent qu'à aviver le conflit sous-jacent dont le litige porté en justice n'est qu'un épiphénomène.

L'avocat doit d'abord acter l'affirmation de son client selon laquelle aucun accord n'est possible. Tenter de contredire ce dernier sur ce point n'est d'aucun intérêt, voire présente le risque de lui faire perdre confiance en son conseil.

En revanche, une fois admis qu'aucun accord sur le fond ne peut être utilement recherché, l'avocat peut proposer à son client d'entrer dans une démarche visant à gagner du temps.

C'est ainsi qu'il lui proposera une « rencontre à 4 » aux fins de procéder à un acte d'audition de chacune des parties. Une telle rencontre doit bien sûr être préparée, et ses « règles du jeu » et notamment le respect de l'écoute et sa réciprocité, doivent être exposées et expliquées afin qu'en soient bien perçus l'utilité et l'enjeu. Une fois le principe accepté, il sera conclu un accord sur ce seul point par le truchement d'un « *acte de procédure contresigné par avocats d'audition des parties* »¹³.

Pour mieux comprendre le litige, il pourra également être proposé un déplacement sur les lieux, ce qui, si le principe en est accepté par les deux parties – et l'on se demande pourquoi les parties s'y opposeraient – aboutira à la conclusion d'un nouvel accord sous forme d'un « *acte de procédure contresigné par avocats de déplacement sur les lieux* »¹⁴.

Si à ce stade préparatoire encore à la convention de procédure participative, le constat des faits sur les lieux nécessite un examen technique par un homme de l'art, sa désignation et la formalisation de sa mission, de même que le partage provisoire de sa rémunération peuvent donner lieu à un troisième accord par le truchement d'un « *acte de procédure contresigné par avocats de désignation d'un sachant* »¹⁵.

◆ L'effet dynamique

Alors qu'aucun accord n'était au départ concevable, la multiplication de petits accords de nature procédurale sous forme d'actes de procédure contresignés par avocats va engager les parties, sans qu'elles se rendent compte de cet effet induit, une forme d'habitude de conclure des actes n'engageant pas le litige sur le fond.

Une dynamique se fera ainsi progressivement jour, les parties apprenant en quelque sorte à s'entendre sur des objets secondaires les conduisant à nouer entre elles un dialogue, même si les tiers avocats, œuvrant ensemble pour le favoriser, demeurent des intermédiaires, voire des médiateurs indispensables.

Cette dynamique, recherchée au départ pour présenter au juge un « *acte de procédure contresigné par avocat de présentation du litige* »¹⁶, à l'image d'une requête conjointe, pourra être poussée au-delà pour rechercher un accord partiel laissant corrélativement un litige résiduel présenté dans cette même forme au juge, voire un accord total sur le fond du litige, ne nécessitant plus le cas échéant, qu'une homologation ou l'apposition de la formule exécutoire par le greffier¹⁷.

1.2.2. La dynamique de ciblage du litige

Une autre dynamique est porteuse d'efficacité : le ciblage du litige. En effet, le plus souvent, un « petit » litige porté par les parties devant le juge devient un « grand » litige, lorsqu'il est plaidé, au terme, le cas échéant, d'un long processus expertal, lui-même objet d'échanges contradictoires, d'abord devant l'expert, puis devant la juridiction. S'y ajoutera le débat juridique, objet d'une mise en état de plusieurs mois, voire de plusieurs années, prenant la forme d'échanges de conclusions interminables.

La procédure participative, en ciblant le litige, vise à éviter ce processus classique de la procédure civile devant les juridictions judiciaires. Quelques illustrations peuvent en être données.

¹³ Voir 1.1.2.

¹⁴ Voir *infra* 1.2.2.

¹⁵ Voir *supra* note 14.

¹⁶ Si le juge n'est pas encore saisi, cet acte prendra la forme procédurale d'une requête conjointe.

¹⁷ Désormais possible depuis le 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.

- ◆ L'acte de procédure d'avocats de constatation invite à cibler le litige sur ce qui oppose vraiment les parties

Ces constatations pourront porter sur des faits et supposeront, dans un grand nombre de cas, un déplacement des avocats sur les lieux du litige en présence des parties.

Tout ce qui peut être constaté pourra être consigné dans un acte de procédure contresigné par avocats de constatation, les avocats étant ensemble les rédacteurs de l'acte. Y seront consignés tous les éléments matériels qui ne sont pas contestables ou pas contestés.

Les avocats procéderont avec méthode, selon un principe de cercles concentriques, constatant d'abord les faits matériellement incontestables, pour progressivement recueillir un consensus sur les faits, qui ne sont pas en eux-mêmes incontestables, mais qui ne sont pas contestés par les parties.

- *La constatation des éléments qui ne sont pas contestables*

Il revient aux avocats, ensemble, de consigner toutes les données factuelles ne pouvant se heurter à aucune contestation.

Il s'agit des éléments de fait que la raison ou le bon sens, une fois sur les lieux, permettent de constater sans contestation raisonnable possible.

Ce contact direct des sens avec les éléments de fait permettra des constatations en présence des parties réunies, afin d'acter ce qui ne fait pas litige, pour cibler, par approches successives, ce qui fait litige. Ainsi, les parties seront invitées elles-mêmes, sur les lieux, à dissiper devant leurs avocats toutes imprécisions factuelles de nature à empêcher l'appréhension exacte du litige.

Le litige étant ainsi bien compris dans ses éléments de fait, son objet pourra être appréhendé avec une plus grande précision et une plus grande efficacité.

Dans certains cas simples, ce déplacement sur les lieux pourra suffire à faire émerger une solution consensuelle, même si ce n'est pas en soi l'objectif recherché.

- *Les éléments qui ne sont pas contestés*

Au-delà des éléments incontestables par nature, d'autres éléments ne seront pas contestés. Ainsi pourra être actée la cause de certains faits, que le simple bon sens peut permettre de déterminer. Par exemple, la fissure d'un mur mitoyen dans le prolongement de son soulèvement par une racine d'arbre visible pourra permettre aux parties d'admettre sans risque d'erreur que la racine en est la cause. Les avocats pourront alors consigner cette déduction d'évidence, parce qu'elle n'est pas contestée par les parties.

En revanche, les avocats veilleront à la présentation objective et prudente des faits, en procédant par étapes, avec méthode, selon une progression logique, en n'oubliant pas que ces pièces seront susceptibles, le cas échéant, d'être produites en justice. En cas de difficulté, il vaudra mieux s'entourer de l'avis d'un technicien, sans pour autant se lancer dans une expertise. C'est la raison d'être de l'acte de procédure contresigné par avocats de constatation en présence d'un technicien.

- ◆ Le ciblage du litige constitue une stratégie d'ensemble de la conduite d'une procédure participative

Les actes de constatation en présence d'un technicien

Ce ciblage du litige est aussi caractérisé dans le concours sollicité d'un technicien.

Il y a trois façons de bénéficier du concours d'un technicien par acte de procédure contresigné par avocats.

◊ **Une façon traditionnelle** qui consiste, en application des articles 1547 et suivants du Code de procédure civile en un acte de désignation d'un expert et lui assignant une mission traditionnelle d'expertise qui s'achèvera par la remise d'un rapport, ce rapport valant rapport d'expertise judiciaire¹⁸. L'avantage est de permettre aux parties de ne pas dépendre du calendrier judiciaire, de s'accorder sur les compétences et les qualités professionnelles de la personne choisie, mais surtout de définir une mission ad hoc là où le juge ordonnerait une mission « standard ». Cette mission ad hoc permettra de cibler la question très exactement au besoin de l'administration de la preuve dans le litige opposant les parties, ce qui évidemment aura potentiellement un effet d'atténuation sur le coût de l'expertise et sur sa durée.

◊ **Une façon novatrice** : éclairer verbalement les parties en donnant son avis sur les lieux, avis acté par les avocats une fois que les parties sont convaincues de la pertinence des explications fournies. Cet acte devra être précédé par un acte de désignation, notamment pour se mettre d'accord sur la mission du technicien. L'avantage réside en ce que le coût prévisible de cette consultation sera maîtrisé, le temps facturé du technicien se limitant au temps passé réellement à l'exercice de son art et le résultat immédiatement disponible, contrairement aux missions comportant, pour le technicien, la rédaction d'un rapport, précédé d'un pré-rapport et du recueil des dires des parties.

L'intervention simplifiée du technicien, rendue possible par la rédaction par les avocats d'un acte de constatation, pourra le cas échéant, se doubler d'une audition ultérieure du technicien, si-celui-ci réserve ses conclusions.

◊ **La troisième façon est intermédiaire** entre les deux précédentes. Elle peut passer par un déplacement sur les lieux, mais si la technicité du sujet le mérite ou les parties le préfèrent, le technicien peut être l'objet d'une audition et devient alors signataire de l'acte de procédure d'avocats correspondant. Cela lui laisse éventuellement le temps de procéder à certaines recherches, mais sans pour autant à avoir à rédiger un rapport.

Quel que soit le mode opératoire retenu, il sera toujours plus rapide que le processus classique de l'expertise judiciaire, le plus souvent moins coûteux, et parfaitement adapté au besoin de l'administration de la preuve, les parties en conservant la totale maîtrise.

Plus généralement, les parties peuvent, par acte de procédure contresigné par avocats énumérer les pièces et les faits qui ne l'auraient pas été dans la convention de procédure participative sur l'existence, le contenu et l'interprétation desquels les parties s'accordent¹⁹. De même, les parties sont-elles invitées, par acte de procédure contresigné par avocats, à déterminer les points de droit auxquels elles entendent limiter le débat, dès lors qu'ils portent sur des droits dont elles ont la libre disposition²⁰.

II. Procédure participative et stratégie d'une politique de résolution amiable des litiges

Si elle se développait, la procédure participative pourrait bien être le cadre du développement d'autres modes de résolution amiable des différends (MARD).

2.1. De lege lata : la procédure participative, plateforme de l'amiable

Dès sa conception, la procédure participative se voulait être un cadre juridique protecteur pour permettre aux parties de résoudre amiablement leur litige ou d'aboutir à une requête conjointe pour demander au juge de trancher un litige, le cas échéant, résiduel.

L'adjonction de l'acte de procédure contresigné par avocats en a fait un mode amiable autonome de résolution des litiges.

¹⁸ C. pr. civ., art. 1554 modifié par le décret n° 2021-1322 du 11 octobre 2021 relatif à la procédure d'injonction de payer, aux décisions en matière de contestation des honoraires d'avocat et modifiant diverses dispositions de procédure civile.

¹⁹ C. pr. civ., art. 1546-3 1°.

²⁰ C. pr. civ., art. 1546-3 2°.

2.1.1. Un cadre juridique protecteur de l'amiable

- ◆ La procédure participative est depuis son origine une plateforme apte à accueillir en son sein tout autre mode amiable

Dès son origine, avant l'apparition de l'acte de procédure contresigné par avocats, la procédure participative ouvrait la possibilité de recours à la médiation ou à la conciliation.

En effet, elle apparaissait alors, bien qu'extrêmement protectrice des parties pendant la durée de son exécution²¹, comme une « coquille vide », ne proposant pas de mode autonome de résolution amiable des litiges, mais renvoyant à ceux existant, la négociation, la transaction, la conciliation ou la médiation.

Ainsi l'article 1546-3 du Code de procédure civile permet de désigner par acte de procédure contresigné par avocats un conciliateur de justice ou un médiateur, l'acte fixant la mission de la personne désignée et le cas échéant²² le montant de sa rémunération et ses modalités de paiement. La question se pose d'une adaptation du processus collaboratif pour le faire bénéficier de la protection potentiellement offerte par la procédure participative.

Le processus collaboratif n'est pas régi par les textes, mais par la charte collaborative conclue, comme on l'a vu, au terme d'une phase préparatoire qui, pour être conduite avec méthode, de bonne foi, en toute loyauté et dans le respect d'une déontologie renforcée, nécessite une formation spécifique des avocats. Un avocat ne peut engager son client dans un tel processus si son confrère assistant l'autre partie n'y est pas lui-même formé.

La difficulté majeure pour faire entrer le processus collaboratif dans la procédure participative est que les avocats ont une obligation de déport si l'affaire vient à être portée devant une juridiction.

Pour autant, lorsque la charte collaborative est conclue en amont de la saisine du juge, elle peut être rédigée de telle sorte qu'elle s'analyse en droit procédural, comme une convention de procédure participative, et qu'elle bénéficie ainsi de l'effet protecteur de celle-ci, quitte à prévoir une obligation de déport en cas de survivance²³ de tout ou partie du litige au terme du processus.

- ◆ Elle le demeure, même si l'acte de procédure d'avocats fait de la procédure participative un mode amiable autonome

Depuis la création et l'introduction de l'acte de procédure contresigné par avocats dans la procédure participative, celle-ci dispose d'un outil propre à résoudre amiablement le litige. Son mode opératoire passe par l'administration amiable de la preuve. Si les parties sont parvenues à entrer un processus amiable dans l'administration de la preuve, elles sont de fait entrées dans une dynamique de l'amiable pouvant conduire à une présentation conjointe du litige, éventuellement résiduel, voire à la résolution amiable du litige.

Pour autant, les parties peuvent toujours saisir un conciliateur ou un médiateur.

La procédure participative constitue véritablement une plateforme de l'amiable et son développement peut entraîner celui des MARD dans leur ensemble. Mais pour cela, des réticences demeurent à vaincre.

2.1.2. Des réticences à vaincre

²¹ Il est rappelé que la conclusion d'une convention de procédure participative a un effet suspensif de prescription et corrélativement, crée une fin de non-recevoir en cas de saisine du juge pendant le temps de son exécution, sauf exception en cas d'exception d'inexécution ou demande de mesures conservatoires. En cas de délai préfix, il faut saisir la juridiction préalablement à la conclusion d'une convention de procédure participative.

²² Ceci pour exclure le conciliateur de justice, bénévole et dont la prestation ne peut comporter aucune rémunération.

²³ On l'a vu, survivance rare dès lors que les parties sont arrivées jusqu'au stade de la conclusion de la charte collaborative, qui précisément s'analyserait, en droit procédural, comme une convention de procédure participative.

◆ La réticence liée à tous les modes amiables

Les réticences à vaincre sont celles que suscitent tous les modes amiables. Plus généralement, toutes les réformes introduisant les MARD se sont plus ou moins traduites par des échecs. Les professionnels de justice sont réticents à modifier leur pratique, même si les changements proposés sont dans l'intérêt manifeste de leur profession.

Comme les modes amiables, la procédure participative est un changement de philosophie professionnelle. Elle passe par la conviction de l'avocat que l'intérêt de son client dont il est le défenseur, mais aussi, l'éclaireur, le guide, celui qui aide à son émergence, ne passe pas nécessairement par un combat sans merci au terme duquel il laisse parfois, notamment dans le domaine familial, un champ de ruines bien contraire à l'intérêt recherché.

Les réticences sont aussi dictées par des préjugés véhiculés par ceux-là même qui ne sont pas formés aux MARD.

L'idée est par exemple souvent objectée que la procédure participative ferait perdre du temps, alors qu'au contraire, quel que soit son niveau de succès ou d'échec, elle constitue un accélérateur de la résolution du litige.

Comme pour l'heure, peu de professionnels se forment, avocats ou magistrats, peut-être vaudrait-il mieux procéder à une clarification textuelle sur sa nature duale.

◆ La confusion entre mise en état participative et mode amiable de résolution des litiges

La procédure participative est plurielle, à la fois MARD et mise en état, ce qui constitue conceptuellement deux choses bien différentes.

Cette confusion s'explique par sa création par étapes, chacune d'elles tirant l'expérience de la précédente.

À l'origine, elle n'est qu'un cadre procédural de l'amiable auquel les parties ne sont éligibles qu'à la condition de ne pas avoir saisi la juridiction compétente, leur ouvrant toutefois l'accès au juge par des passerelles faisant gagner aux parties un temps procédural potentiellement considérable, car pouvant être économe d'un acte de saisine de droit commun d'une part et d'une procédure de mise en état d'autre part.

Constatant que les avocats du judiciaire avaient le réflexe de saisir le juge après envoi à l'autre partie ou à son conseil d'une lettre souvent confondue à tort avec une tentative de résolution amiable du litige, les parties se trouvaient en tout état de cause forcloses à conclure une convention de procédure participative.

Après une tentative d'ouvrir une plage d'éligibilité supplémentaire à la procédure participative, après assignation, mais avant placement de celle-ci²⁴, le législateur a créé la procédure participative de mise en état, ou mise en état participative, moyen d'ouvrir cette procédure aux parties après la saisine du juge.

Si le déroulement et la dynamique processuels sont les mêmes et les outils procéduraux identiques (actes de procédure contresignés par avocats), l'objectif procédural est distinct : dans la procédure classique, toujours existante dans ses caractéristiques antérieures, renforcées par l'usage de l'acte de procédure contresigné par avocats, a pour objectif d'aboutir à la résolution amiable du litige et à défaut d'y parvenir, d'accéder au juge de façon rapide et simplifiée.

La mise en état participative, est une alternative à la mise en état administrée par le juge dont l'objectif est de présenter dans un acte unique conjoint²⁵ le litige à trancher. La résolution amiable du litige est « une cerise sur la gâteau », pouvant néanmoins dans bien des cas être obtenue par surcroît grâce à l'effet dynamique créé.

²⁴ Article 22 du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 modifiant l'article 757 du CPC.

²⁵ Acte de procédure contresigné par avocats de présentation du litige.

Pour autant, pour éviter de discréditer cette mise en état que l'on pourrait qualifier de « contractuelle » en laissant penser aux détracteurs de l'amiable qu'elle est un MARD, ne pourrait-on pas la dissocier dans les textes de la procédure participative initiale, la sortir du chapitre V consacré aux modes amiables et l'intégrer dans les dispositions du Code de procédure civile relatives à la mise en état ?

2.2. De lege ferenda : transformer la mise en état participative en mise en état contractuelle de principe

La réforme issue du décret du 29 juillet 2023²⁶, créant l'audience de règlement amiable et la césure peut constituer une première avancée en ce qu'une politique volontariste de l'amiable au sein du tribunal sera d'une mise en œuvre facilitée par le recueil, par le juge décidant d'orienter l'affaire en audience de règlement amiable, d'un avis simple, et non d'un accord des parties. À défaut de parvenir à un accord sur le fond du litige, le juge du règlement amiable pourrait inviter les parties à s'engager dans une procédure participative en les amenant à conclure un accord sur l'objet du litige et l'objet de la preuve. Celles-ci, en cas d'échec de la tentative de règlement amiable, n'auraient ainsi pas perdu de temps. À noter aussi que la pratique de la césure²⁷ favorisera sans doute la pratique de l'acte contresigné par avocats de présentation partielle du litige, outil également au cœur de la procédure participative.

Mais une réforme, si elle se voulait audacieuse et incitative au développement de l'amiable, pourrait aller plus loin encore et affirmer la mise en état participative, ci-après dénommée la mise en état contractuelle, comme principe.

2.2.1. L'affirmation d'une liberté procédurale contractuelle de principe, monopole de l'avocat

◆ Une liberté contractuelle procédurale versus une mise en état administrée

Les grands perdants de cette inertie professionnelle sont les justiciables dont les conflits, pour beaucoup d'entre eux, pourraient bénéficier de modes de résolution plus rapides, plus efficaces et moins coûteux.

Les avocats sont eux-mêmes les grands perdants, tant la procédure participative est potentiellement source pour eux de champs nouveaux d'intervention et de rémunération. De surcroît, ils en ont le monopole.

Un monopole est fait pour être exercé. Or il ne l'est pas. Il faut donc forcer le changement de pratique par une incitation normative.

L'évolution souhaitable consisterait, après saisine du juge en procédure écrite, à inverser « procédure par défaut » et « procédure optionnelle ».

Les avocats seraient invités par les textes par principe à conclure une convention de procédure participative de mise en état dès lors que le défendeur est constitué. Le processus se déroulerait comme suit :

- Soit ils empruntent cette voie de mise en état de principe les dispensant de l'audience d'orientation, il leur suffit alors d'informer la juridiction, d'indiquer à celle-ci s'ils optent pour le maintien de l'affaire au rôle et de préciser, dans ce cas, le temps dont ils ont besoin afin qu'une date de clôture et une date de fixation leur soient d'ores et déjà notifiées.

²⁶ Décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire déjà cité.

²⁷ Nouvel article 807-1 du CPC.

- Soit ils n'empruntent pas cette voie procédurale de liberté contractuelle, ils sont alors invités à en expliquer au juge les motifs dans le cadre de l'audience d'orientation. Un délai peut leur être éventuellement laissé pour se raviser et conclure une convention de procédure participative. Pour contraindre les avocats à se rendre à cette audience²⁸, l'absence du représentant du demandeur entraînerait la caducité de l'assignation. Sans cette sanction, l'audience d'orientation demeurerait une disposition non appliquée. L'absence du seul défendeur entraînerait en revanche l'orientation de l'affaire en circuit court, c'est-à-dire, sans mise en état.

◆ Des réponses aux détracteurs

Bien sûr, la réforme imposant un changement dans les habitudes professionnelles sera immédiatement critiquée.

D'aucuns soutiendront qu'une telle réforme est irréaliste. Elle l'est en effet au regard du niveau de formation actuel des professionnels. Mais si la profession, parallèlement à la magistrature, lance une véritable campagne de formation à la procédure participative, utilisant notamment toutes les possibilités de l'e-learning, l'obstacle sera levé. La profession a déjà été confrontée à des réformes beaucoup plus complexes ayant un enjeu de responsabilité professionnelle bien plus marqué. Chaque profession fera sans doute valoir son opposition.

Les avocats d'abord.

Ils ne manqueront pas d'affirmer que cette réforme est faite dans le seul but de désencombrer les tribunaux. Il leur sera répondu que cette réforme est avant tout inspirée par un souci de qualité de la justice : réduire le temps de la mise en état et favoriser une dynamique de l'amiable.

Ils ne manqueront pas d'affirmer que cette réforme n'est pas faite dans l'intérêt des avocats. Il leur sera répondu que c'est bien sûr tout le contraire puisqu'elle pose comme principe la liberté procédurale contractuelle dont les avocats seront les acteurs jouissant d'un monopole. Elle sera pour les avocats un nouveau métier rémunérateur.

De même, les plus hardis dans la critique soutiendront qu'une telle réforme ne serait pas faite dans l'intérêt du justiciable. À ceux-là aussi, il faudra rappeler qu'elle sera la consécration du principe dispositif. Elle sera source pour le justiciable d'économies et de gain de temps. Elle favorisera l'amiable sans l'imposer, ouvrant la possibilité de solutions constructives au conflit.

D'autres enfin, moins intrépides, feront valoir leur crainte d'engagement de leur responsabilité professionnelle. Leurs confrères praticiens de l'amiable pourront leur dire combien le rapport avec leur client est différent dans ce type de procédure, celui-ci se sentant plus responsable, se comportant davantage en acteur de la gestion de son litige qu'en « consommateur exigeant » de la prestation d'avocat. Il sera ajouté qu'il est même prévisible qu'à terme, ce ne sera pas la procédure participative qui sera source de responsabilité professionnelle, mais son refus de la proposer.

Les experts judiciaires ensuite.

Ils pourront se plaindre d'une forme de transfert de rémunération des membres de leurs compagnies au profit des avocats, rédacteurs des conclusions expertales. Il leur sera répondu que le coût et la durée d'une expertise sont un frein à la désignation des experts, qui disparaîtra avec la nouvelle procédure.

Les magistrats enfin.

²⁸ Là où cette audience d'orientation a été effectivement mise en place, il a été constaté que les avocats ne s'y rendaient pas, bien que le code de procédure civile prévoie leur présence.

Ils ne manqueront pas de soutenir qu'ils n'auront jamais le temps de tenir des audiences d'orientation compte tenu du nombre de dossiers en mise en état. Il leur sera répondu qu'il est vrai que cette procédure nécessite l'investissement des magistrats. La détermination qu'ils afficheront, notamment par la possibilité de faire comparaître personnellement les parties, est essentielle à la réussite de la réforme. Mais celle-ci aura pour effet d'alléger, à terme, la mise en état administrée. Les parties qui concluent une convention de procédure participative seront dispensées d'audience d'orientation. Le travail rédactionnel du juge saisi par un acte de procédure contresigné par avocats de présentation du litige (équivalent d'une requête conjointe) sera considérablement facilité.

En initiant une dynamique de l'amiable par le biais de la procédure participative, dans bien des cas, les parties aboutiront à un accord sur le fond, allégeant d'autant le travail des magistrats, leur permettant de se consacrer à leurs tâches essentielles. La réduction des appels permettra de surcroît un redéploiement au profit de la première instance.

Mais plus généralement, la réponse qui sera faite aux magistrats portera sur la formation à leur nouvel office : l'office d'appui.

2.2.2. L'affirmation de l'office d'appui du juge

◆ Un cadre : restituer à l'audience d'orientation son rôle, mais à titre supplétif

Depuis la réforme de la prise de date créant l'audience d'orientation²⁹, les magistrats ne jouent pas véritablement le rôle actif attendu d'eux, se bornant souvent à transformer cette audience en une audience virtuelle avec invitation à remplir un questionnaire portant sur l'éventuelle option en faveur d'une « procédure participative » et suscitant une réponse systématiquement négative.

Si l'audience d'orientation est réservée aux seules procédures dans lesquelles il n'y a pas de procédure participative, elle sera de moins en moins engorgée et pourra de plus en plus être le lieu de véritables échanges entre les avocats avec leurs clients et le juge. Ce dernier pourra y exercer pleinement son office d'appui.

◆ Un nouvel office pour le juge : l'office d'appui

De façon traditionnelle et sans rentrer davantage dans leur description, on distingue deux offices du juge civil :

- un office de conciliation ;
- un office d'application du droit au litige qui lui est soumis, afin de la trancher.

Force est de constater qu'un troisième office émerge sans être institutionnalisé ou affirmé : un office d'appui des parties dans la résolution amiable de leur litige.

Cet office émergent se manifeste de trois façons :

- un office d'incitation des parties à entrer dans le processus impliquant pour le juge de faire à la fois preuve de détermination et pédagogie ;
- un office de soutien par lequel il aide les parties à aller au bout de la démarche amiable et à triompher des obstacles éventuellement rencontrés par celles-ci pour y parvenir. Un tel office s'exerce :
 - de façon formelle selon les voies procédurales prévues à cet effet, le juge étant saisi conjointement par les parties, par exemple par la procédure d'incident en procédure écrite ;
 - de façon informelle en exerçant une fonction d'aide aux parties, non pas au bénéfice de l'une d'elle, mais au bénéfice de toutes pour leur permettre de poursuivre le processus engagé face à un obstacle imprévu. Le juge peut être sollicité là aussi conjointement sous forme de «

²⁹ Par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile.

rendez-vous judiciaire ». Les parties rencontrant par exemple des difficultés en matière d'administration amiable de la preuve dans le cadre d'une mise en état participative peuvent demander à rencontrer le juge comme elles s'adresseraient au juge chargé du suivi en matière d'expertise judiciaire. Si l'affaire a fait l'objet d'un retrait du rôle, le juge d'orientation³⁰ peut remplir cette fonction sans qu'il soit besoin d'une remise au rôle. Si l'affaire est au contraire demeurée au rôle et qu'un juge de la mise en état a donc été désigné, celui-ci est le juge d'appui naturel.

- un office de contrôle enfin, exercé dans le cadre de l'homologation de l'accord concluant le mode amiable.

L'office de conciliation, retrouvant un lustre perdu grâce à la toute récente entrée dans le Code de procédure civile de l'audience de règlement amiable³¹, et l'office d'incitation pourraient utilement s'articuler, le second prolongeant le premier en cas d'échec de ce dernier.

Exposant cette conception personnelle, j'ai conscience de ne pas nécessairement entraîner l'enthousiasme dans les rangs de mes collègues, mais le mien, je le confesse, est immense.

Exercer cet office donne tout son sens à l'engagement professionnel du magistrat. Celui-ci s'en convaincra en se formant, l'audience de règlement amiable l'invitant à devenir un véritable acteur du règlement amiable de litiges.

Dans une société ayant de plus en plus besoin de pacification, l'office de conciliation et l'office d'appui nourrissent une belle vocation pour le magistrat d'aujourd'hui et certainement plus encore pour celui de demain.

³⁰ Celui que les parties ont rencontré lors de l'audience d'orientation.

³¹ Décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire précité.

L'HOMOLOGATION PAR LE JUGE, UNE GARANTIE D'ÉQUITÉ ET D'EFFICACITÉ DES MODES AMIABLES

Par

Thibault GOUJON-BETHAN

*Professeur de droit privé et sciences criminelles à l'université Jean Moulin Lyon III, directeur du centre Patrimoine et Contrats - Équipe Louis Josserand
Co-directeur de l'Institut d'études judiciaires de Lyon et du DU de médiation d'Université Côte d'Azur*

Droit à un mode amiable équitable et efficace. Les modes amiables de résolution des différends partagent avec le procès une même finalité : faire œuvre de justice¹ en restaurant la paix sociale² par la solution apportée à une contestation³. Les modes amiables s'intègrent ainsi, avec le procès, dans un même « système de justice plurielle »⁴. Si les principes directeurs du procès ne sont pas transposables en tant que tels aux modes amiables, l'on s'accorde sur la nécessité de garanties spécifiques entourant ces derniers et de procédés permettant de hisser l'accord qui serait trouvé à un niveau d'efficacité similaire au jugement. En effet, ce n'est qu'à ces conditions que les modes amiables peuvent être tenus pour une véritable alternative qualitative au procès⁵ qui ne soit pas une « sous-justice »⁶.

La législation s'emploie donc à assurer aux parties le droit à un mode amiable équitable et efficace⁷. D'une part, sont identifiés plusieurs principes⁸, bien que disparates et parfois implicitement formulés, en raison des faiblesses de la codification dans ce domaine⁹. Il en va ainsi, d'abord, de la *liberté* des parties dans l'accès et dans la sortie du mode amiable, ce qui renvoie notamment à l'exigence d'un consentement et à la garantie de l'accès au juge en cas d'urgence ou d'échec. C'est aussi le cas, ensuite,

¹ Sur les rapports de la justice et des modes amiables : Loïc CADIET, « La médiation, une justice sans juge ? », in *Liberté, justesse, autorité. Mélanges en l'honneur du professeur Laurent AYNÈS*, 2019, LGDJ, p. 65-84.

² Soraya AMRANI-MEKKI, « Procès », in Loïc CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, 2004, PUF, spéc. p. 1088 : « mécanisme visant à établir ou à rétablir la paix sociale par l'intervention d'un tiers légitime devant régler un litige né, latent ou virtuel, selon une procédure respectant les garanties fondamentales du procès équitable » ; Denis SALAS, « Le procès », *Droits*, 2001, n° 34, p. 29-38.

³ V. la diversité terminologique entre les mots « conflit », « différend », « litige ». V. Antoine JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », *Droits* 2002, n° 34, p. 15 ; Yves STRICKLER, v. « Conflit/Différend/Litige », in Égée V. (dir.), *Dictionnaire des modes alternatifs de résolution des conflits*, LGDJ-Lextenso, 2023, à paraître.

⁴ V. Loïc CADIET, « Introduction à un cours de droit institutionnel de la justice », in *Humanisme et justice. Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ*, 2016, Dalloz, p. 289-322 ; « Le procès civil à l'épreuve de la complexité », in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2010, p. 73-94 ; « [Construire ensemble une médiation utile](#) », *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2015, n° 230x3, p. 10.

⁵ V. Thibault GOUJON-BETHAN, *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, 2021, LGDJ, Bibl. de droit privé, n° 355.

⁶ Yvon DESDEVICES, « Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile », *D.* 1981, chron., p. 241, spéc. p. 241 : « on ne saurait mésestimer les risques inhérents à l'apparition d'une sous-justice dont relèveraient certains litiges » ; Anne-Sophie CHRÉTIEN, *Contrat et action en justice*, thèse, Loïc CADIET (dir.), 2000, Nantes, spéc. n° 563, p. 463 : « il est primordial pour les parties qui décident d'emprunter une autre voie pour régler définitivement leurs contestations qu'elles puissent bénéficier de garanties équivalentes à celles auxquelles elles peuvent prétendre dans le cadre d'un règlement juridictionnel, afin que cette forme contractuelle de justice ne devienne pas une sous-justice ».

⁷ Natalie FRICERO, « Les MARD, préalable obligé ou substitut du procès ? », in Corinne BLÉRY et Lois RASCHEL (dir.), *40 ans après... une nouvelle ère pour la procédure civile*, 2016, Dalloz, Thèmes et commentaires, p. 9-16 qui évoque un « droit à un règlement amiable équitable ».

⁸ V. la récente proposition de Cécile CHAINAIS, « Quels principes directeurs pour les modes amiables de résolution des différends ? Contribution à la construction d'un système global de justice plurielle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Loïc CADIET*, LexisNexis, 2023, à paraître. Adde Natalie FRICERO, Thibault GOUJON-BETHAN et Anaïs DANET, *Procédure civile*, 6^e éd., 2023 (à paraître), LGDJ-Lextenso, Manuel, n°s 398 s.

⁹ Soraya AMRANI-MEKKI, « La codification de l'amiable », in Isabelle PÉTEL-TEYSSIE et Catherine PUIGELIER (dir.), *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, 2016, éd. Panthéon-Assas, p. 97-110.

de la *bonne foi* inhérente à tout processus précontractuel qui concerne non seulement les parties mais également les tiers qui interviendraient, conciliateurs ou médiateurs, lesquels doivent, pour se conduire loyalement, présenter les qualités attendues de tout tiers¹⁰ que sont l'impartialité et l'indépendance, mais aussi faire preuve de diligence et de compétence. L'on pense enfin à la *confidentialité* qui apparaît comme une condition de l'efficacité de la discussion amiable mais également comme une garantie pour préserver le juge en cas d'échec de tous préjugements qui le détourneraient d'une appréciation du litige seulement en fait et en droit¹¹. Celle-ci n'est toutefois pas un véritable principe, non seulement parce qu'elle comporte de nombreuses exceptions¹², mais aussi parce qu'elle ne bénéficie qu'à la conciliation conventionnelle et à la médiation, la procédure participative n'étant pas spécifiquement conçue comme un processus confidentiel (et la conciliation judiciaire, hors audience de règlement amiable, n'étant pas en soi astreinte à un « principe » de confidentialité¹³).

D'autre part, ces principes d'équité sont complétés, sur le terrain de l'efficacité, par la mise en place de techniques permettant de revêtir l'accord de la force exécutoire. Sans créer d'identité entre les modes amiables et le procès ou entre l'accord amiable et le jugement, l'on voit ainsi apparaître les conditions d'une *homologie* entre les différentes branches de la justice civile qui doit être conçue de façon intégrative¹⁴.

Importance de l'homologation. L'homologation est une notion ancienne et transversale qui demeure malaisée à saisir en dépit de l'existence de travaux désormais assez nombreux¹⁵. La loi n'en donne pas de définition mais lui attribue, selon les domaines où elle est mobilisée, des effets particuliers, tels que l'octroi de la force exécutoire à un accord amiable¹⁶. Ce constat invite à y voir une mesure prononcée par un juge dont l'effet propre est d'entraîner le déclenchement des conséquences prévues par la loi : il s'agit, en ce sens, d'une mesure proclamatoire¹⁷ décidée à l'issue d'un contrôle de l'acte. Les conséquences de l'homologation s'inscrivent dans une perspective de « densification normative »¹⁸ des actes juridiques sur lesquels elle porte ; plus spécialement, l'homologation vise à rendre *homologue* l'acte homologué au jugement qui la prononce et donc à construire pour cet acte homologué un régime *homologue* à celui d'un acte juridictionnel.

¹⁰ C. pr. civ., art. 1530 ; L. n° 95-125 du 8 février 1995, art. 21-2.

¹¹ Serge GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 11e éd., Précis Dalloz, 2021, spéc. n° 816, p. 1509 : « *quelles qu'aient été les circonstances de la négociation, leur dévoilement aurait inévitablement pour effet de perturber les conditions d'exercice de la jurisdictio* ».

¹² Loi n° 95-125 du 8 févr. 1995, art. 21-3, al. 3 et s. ; C. pr. civ., art. 1531.

¹³ C. pr. civ., art. 129-4, al. 2.

¹⁴ Natalie FRICERO, Thibault GOUJON-BETHAN et Anaïs DANET, *Procédure civile*, 6^e éd., 2023 (à paraître), LGDJ-Lextenso, Manuel, n°s 383 s.

¹⁵ Cette contribution exploite des idées déjà développées dans notre thèse de doctorat à laquelle le lecteur est invité à se référer pour davantage de détail : Thibault GOUJON-BETHAN, *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, 2021, LGDJ, Bibl. de droit privé. Les autres travaux consacrés spécialement à l'homologation doivent être consultés, not. Ivan BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.*, 1978, p. 42 s. et p. 233 s. ; Laurence AMIEL-COSME, « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices* 1997, n° 5, p. 135-156 ; Christophe FARDET, « La notion d'homologation », *Droits* 1999, n° 28, p. 181-192 ; Christine HUGON, « [Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ?](#) », *LPA* 11 déc. 2003, n° 247, p. 4 ; Anne-Françoise ZATTARA, « L'homologation en droit privé », *RRJ* 2004-1, p. 85-146), sans oublier les autres thèses consacrées à cette notion en France et en Belgique : G.-V. APOSTOLEANU, *Théorie de l'homologation en droit privé français*, thèse, 1924, JOUVE ; Christophe FARDET, *L'homologation en droit administratif*, thèse, Pierre DELVOLVÉ (dir.), 1996, Paris II ; Pierre MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, thèse, préf. Georges DE LEVAL (dir.), Bruxelles, 2007, Larcier ; Essodjilobouwè PEKETI, *L'homologation judiciaire des actes juridiques. L'impossible théorie générale*, thèse, Philippe THÉRY (dir.), 2018, Paris II, publ. 2021, Mare & Martin.

¹⁶ C. pr. civ., art. 1565.

¹⁷ Thibault GOUJON-BETHAN, *op. cit.*, n°s 56 s.

¹⁸ Catherine THIBIERGE (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, 2014, Mare et Martin.

Il importe de bien relever que, structurellement, l'homologation est une décision de justice qui ne se confond pas avec l'acte homologué¹⁹. Si l'on accepte de considérer l'homologation comme une notion autonome et non pas comme un mot dénué de sens, on peut affirmer qu'homologuer, ce n'est pas s'approprier le contenu de l'acte pour le transformer en jugement. Un tel processus d'appropriation correspond à la notion de jugement d'expédient avec laquelle l'homologation ne peut être confondue, celle-ci ne couvrant pas l'accord d'une autorité de chose jugée qui aurait pour effet de rendre irrecevables les actions en nullité entreprises à son endroit.

Mais l'homologation ne saurait davantage se réduire à un simple constat dépourvu de valeur décisionnelle comme peut l'être un « *donné acte* » consacrant un « *contrat judiciaire* »²⁰. En effet, dans un contrat judiciaire, le juge remplit le rôle d'un officier public et la force exécutoire, non spécialement envisagée par la loi, résulte du constat de la substance de l'accord dans le corps d'un jugement, qui est un acte authentique. À l'inverse, l'homologation repose sur une manifestation de volonté du juge de proclamer que l'acte dispose d'une normativité et doit bénéficier des attributs que la loi attache à l'homologation. L'homologation doit donc plutôt être rapprochée d'un jugement de condamnation, comme en atteste d'ailleurs la figure de l'un de ses lointains ancêtres qu'était la « condamnation volontaire »²¹. Homologuer, c'est en réalité *juger* que l'accord doit être exécuté et *condamner* les parties abstraitement à procéder à cette exécution, sans concrétiser davantage leurs obligations. C'est ce qui explique d'ailleurs que la jurisprudence a tendance à étendre au jugement d'homologation les attributs du jugement de condamnation, tels l'aptitude à la fixation d'une astreinte en cas d'inexécution²². Cette analyse peut être retenue quelle que soit la configuration procédurale dont relève la demande d'homologation : il importe peu que les parties sollicitent l'homologation de manière consensuelle ou qu'un litige se noue sur l'homologation de l'accord.

Ainsi conçue, l'homologation joue un rôle majeur dans l'efficacité des modes amiables, bien qu'elle soit concurrencée par d'autres mécanismes à l'égard desquels elle doit marquer sa différence (II). Il ne faut pas davantage sous-estimer l'importance de l'office du juge homologateur eu égard aux considérations d'équité qui doivent gouverner les modes amiables (I).

I. Une garantie d'équité

Double perspective. L'homologation constitue une garantie d'équité des modes amiables tant en puissance (A) qu'en acte (B).

A. Une garantie en puissance

Fonctions politiques : contribution à l'attractivité des modes amiables. La possibilité de faire homologuer les accords issus de certains modes amiables par un juge de l'État est un vecteur de *légitimation* de ces processus comme alternatives au procès. L'implication du service public de la justice est le signe d'une institutionnalisation²³ de ces processus, spécialement des modes conventionnels, qui se retrouvent ainsi inscrits dans la sphère de la justice et extraits de leur nature profonde de pourparlers contractuels. Le symbole est essentiel dès lors qu'il s'agit de construire un

¹⁹ Thibault GOUJON-BETHAN, *op. cit.*, n°s 160 s. (pour la définition différentielle de l'homologation et des notions voisines). V. aussi plus synth. : Thibault GOUJON-BETHAN, Cyril ROTH, Jacques GUILLEMIN et Arnaud LÉON, « [L'exécution de l'amiable](#) », *Gaz. Pal.*, 31 janv. 2023, n° GPL445b2.

²⁰ Yvonne MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse, Geneviève VINEY (dir.), 1995, Paris I.

²¹ Thibault GOUJON-BETHAN., *op. cit.*, n°s 28 (histoire) ; n°s 262 s. (rapprochement technique homologation et condamnation).

²² Cass. 2e civ., 8 déc. 2005, n° 04-10.444, RTD civ. 2006, p. 156, obs. Perrot R.

²³ Soraya AMRANI-MEKKI, « L'institutionnalisation des modes amiables », in Soraya AMRANI-MEKKI, Guilduin DAVY, Soazick KERNEIS et Marjolaine ROCCATI (dir.), *Les chimères de l'alternativité ? Regards croisés sur les modes alternatifs de règlement des conflits*, 2018, Mare & Martin, p. 135-152.

système de justice obéissant à des principes propres²⁴ et non réductibles à ceux de la justice contractuelle (bien que des liens existent bien évidemment)²⁵. Mais au-delà du symbole, des conséquences techniques s'attachent à cette institutionnalisation. Une décision de la Cour de justice de l'Union européenne est particulièrement révélatrice de cela : la Cour qualifie, pour l'application de l'article 201 de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice, la médiation judiciaire comme, de manière encore plus spectaculaire, la médiation conventionnelle, de « *procédure judiciaire ou administrative* »²⁶, motifs pris, notamment, de l'existence d'une procédure d'homologation. L'homologation est également vecteur de *confiance* pour les justiciables. On constate que malgré toutes les réformes destinées à les promouvoir, les modes amiables continuent de susciter des réticences. Ils semblent toutefois mieux tolérés lorsqu'ils sont articulés avec les structures juridictionnelles comme en témoignent la récente création de l'audience de règlement amiable et la bonne réception des pouvoirs incitatifs du juge en la matière (proposition et injonction de rencontrer un conciliateur ou un médiateur). Ils sont au contraire moins bien considérés dès lors qu'ils sont regardés uniquement comme des instruments de gestion des flux et de désengorgement des juridictions, ainsi que l'a mis en valeur le rapport général issu des États généraux de la justice²⁷. L'existence d'une voie d'accès au juge dédiée en cas de réussite du processus amiable permet de nuancer l'idée d'un désengagement du service public de la justice. Les parties perçoivent une forme de « *reconnaissance* » institutionnelle, qui a son importance dans la perspective amiable²⁸, et sont également susceptibles de déployer un imaginaire processuel sécurisant et propre à renforcer leur confiance dans le processus amiable²⁹. Le rapport sur la justice civile des États généraux de la justice a bien saisi cette dimension lorsqu'il insiste sur la rénovation du régime de l'homologation comme facteur de promotion des modes amiables³⁰.

Fonctions juridiques : office virtuel du juge. L'existence de la procédure d'homologation a des incidences sur la manière dont les parties seront conduites à négocier les termes de leur accord. L'éventualité de la soumission de l'acte au contrôle du juge peut être un argument de négociation propre à rééquilibrer le rapport entre les parties ou à éviter un contenu par trop attentatoire aux règles de droit. Les parties sont alors naturellement incitées à cultiver la loyauté³¹. L'ombre du juge plane et

²⁴ La loyauté peut être vue comme une matrice de ces principes dès lors qu'il s'agit d'une exigence commune à la matière contractuelle et processuelle. V. Jean-Baptiste RACINE, « Les garanties de loyauté dans les modes alternatifs de résolution des conflits », in Jean-Baptiste RACINE (coord.), *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, 2002, L'Hermès, Bibliothèque de droit, p. 71-96 ; Loïc CADIET et Thomas CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 3e éd., op. cit., spéc. p. 136 : « *Les modes alternatifs de règlement des conflits ayant une double nature contractuelle et processuelle puisent à ces deux sources la nécessité d'assurer, doublement, la loyauté de règlement du litige* ». V. Thibault GOUJON-BETHAN, op. cit., n° 356.

²⁵ Loïc CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Le contrat au début du XXIe siècle, études offertes à J. Ghestin, LGDJ*, 2001, p. 177-199 ; Loïc CADIET, « Bref retour sur la justice contractuelle en ses deux sens », in *Droit sans frontières. Mélanges en l'honneur d'Éric LOQUIN*, 2019, LexisNexis, p. 603-615.

²⁶ CJUE, 14 mai 2020, n° C-667/18.

²⁷ « Rendre justice aux citoyens », rapport du comité des États généraux de la justice, avr. 2022, p. 78.

²⁸ Battistoni E., « L'homologation des accords issus de la négociation et de la médiation par le magistrat civil. La situation en Belgique », in *Le règlement amiable des différends en Suisse, Actes de la conférence Neuchâtel, GEMME*, 2008, p. 43-72.

²⁹ Sur l'importance de l'imaginaire et l'ascendant qu'il peut exercer sur le droit et, partant, sur ses acteurs : v. Hania KASSOUL, « *The A Priori : A Structure of an Ascendant Imaginary* », in Jean-Sylvestre BERGE (dir.), *The A Priori Method in the Social Sciences. A Multidisciplinary Approach*, 2023, Springer, p. 77 s.

³⁰ « Rendre justice aux citoyens », rapport du comité des États généraux de la justice, t. 1, annexe 12, juill. 2022 : rapport du groupe de travail sur la simplification de la justice civile, p. 23-24 (78-79) : « *La promotion des MARD conventionnels peut en outre passer par la valorisation et la sécurisation de ces modes amiables [...] De même, le groupe de travail, constate que le régime de l'homologation des accords issus de MARD manque de clarté et d'homogénéité au sein du code, comme l'ont montré des travaux récents* ».

³¹ Sur l'office « virtuel » du juge : Antoine GARAPON et a., « La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXIe siècle », rapport IHEJ, mai 2013, p. 133-150, spéc. p. 31 ; « La question du juge », *Pouvoirs* 1995, n° 74, p. 13-27, spéc. p. 25 : « *le juge est*

cette ombre impressionne, indépendamment du contenu réel du contrôle que peut exercer ce dernier sur l'accord à conclure. Le simple fait qu'un juge puisse être saisi, en l'absence de toute contestation, pour apporter à l'accord une forme d'onction suffit à orienter les négociations.

Il n'en demeure pas moins que l'homologation jouera d'autant mieux son rôle de garant d'équité du mode amiable qu'elle pourra constituer une *garantie en acte*.

B. Une garantie en acte

Indétermination du contrôle. Sauf exception, la loi ne précise pas le contrôle que le juge doit conduire lorsqu'il est saisi d'une demande d'homologation d'un accord amiable. C'est donc vers la jurisprudence qu'il faut se tourner pour déterminer l'étendue du contrôle, l'analyse révélant l'existence d'un contrôle plus étendu qu'on pourrait le croire et propre à constituer une garantie effective de l'équité du mode amiable.

Existence du pouvoir d'homologuer. D'une part, il n'est guère douteux que le juge saisi d'une demande d'homologation d'un accord amiable doit vérifier s'il dispose du pouvoir d'homologuer. Dans cette perspective :

- *Primo*, le juge doit vérifier que l'acte est éligible à l'homologation, ce qui suppose d'en contrôler la nature. En effet, le juge ne peut être saisi que d'une demande visant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation, d'une procédure participative ou bien encore une transaction, même non issue de l'un de ces modes. La transaction se caractérisant, pour sa qualification, par l'existence de concessions réciproques, le juge doit ainsi certainement vérifier que de telles concessions existent³².
- *Secundo*, le juge doit vérifier que l'efficacité de l'acte n'est pas anéantie tant il est vrai que conférer force exécutoire à un acte dépourvu de toute force obligatoire serait incohérent. La Cour de cassation reconnaît au juge la possibilité de refuser d'homologuer une transaction ou un accord « dont il a constaté l'absence de formation » par suite de la défaillance d'une condition suspensive³³ ou de l'arrivée d'un terme³⁴.

Ordre public. D'autre part, il est admis que le juge saisi aux fins de conférer la force exécutoire à un acte doit vérifier que les règles d'ordre public n'ont pas été méconnues. En 2011, la Cour de cassation avait décidé que le juge saisi, non pas d'une demande d'homologation (le dispositif n'étant pas prévu pour les accords amiables à l'époque) mais aux fins de conférer force exécutoire à une transaction sur le fondement de l'ancien article 1441-4 du Code de procédure civile, devait effectuer un contrôle « *sur la nature de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs* »³⁵.

On perçoit que dans les matières où l'ordre public est plus sensible, le contrôle s'accroît (par exemple, en matière sociale³⁶). La loi exige d'ailleurs parfois la vérification de la conformité de l'accord à certains intérêts. Il en va ainsi en matière de conventions relatives à l'exercice de l'autorité parentale ; l'article 373-2-7 du Code civil prévoit que « *le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement* ». Un tel contrôle se rattache à l'ordre public dès lors que la loi prescrit une condition de validité impérative supplémentaire à l'accord dans cette hypothèse³⁷. S'agissant des règles supplétives, elles n'entrent pas, en principe, dans le champ du contrôle du juge puisqu'elles peuvent être

présent, mais par son "ombre" projetée, voire supputée. Il s'agit d'une présence symbolique : on en parle, on y fait référence, on anticipe ses réactions. La présence du juge étatique, plus symbolique que concrète, n'en est pas moins réelle ».

³² Cass. 1re civ., 12 nov. 2015, n° 14-24.636.

³³ Cass. 1re civ., 10 sept. 2014, n° 13-11.843, Bull. civ. I, n° 146 ; Cass. 1re civ., 21 nov. 2018, n° 17-26.869

³⁴ Cass. 1re civ., 3 oct. 2018, n° 17-21.879.

³⁵ Cass. 2e civ., 26 mai 2011, n° 06-19.527, Bull. 2011, II, n° 120.

³⁶ Cass. soc., 18 juill. 2001, n° 99-45.534, Bull. civ. V, n° 279.

³⁷ Thibault GOUJON-BETHAN, *op. cit.*, n° 428 s.

valablement écartées par les parties contractantes, qui disposent d'une grande latitude pour définir les termes de leur accord³⁸.

Autres conditions de formation ? On peut se demander, de troisième part, si le contrôle s'étend aux autres conditions de formation de l'acte, par exemple à l'existence et à l'intégrité du consentement. Lorsque la loi ne prévoit pas expressément une telle extension comme en matière d'autorité parentale, que décider ?

Dans son arrêt de 2011, la Cour de cassation limitait l'office du juge saisi aux fins de conférer force exécutoire à une transaction en énonçant que « *son contrôle ne peut porter que sur la nature de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs* »³⁹. Cette solution est rappelée dans un arrêt du 14 septembre 2022⁴⁰ statuant toujours sur le fondement de l'ancien article 1441-4 du Code de procédure civile, désormais abrogé en France métropolitaine⁴¹. Même si la doctrine a pu exprimer un point de vue contraire⁴², il échet de remarquer que cette formule est inhérente à cet ancien mécanisme et n'a pas été reconduite dès lors qu'est en cause l'office d'homologation du juge fondé sur les articles 1565 et suivants du Code de procédure civile, issus du décret du 20 janvier 2012. C'est également en faisant application des règles de droit antérieures à ce décret que la Cour de cassation a jugé que « *l'homologation d'un accord transactionnel qui a pour seul effet de lui conférer force exécutoire ne fait pas obstacle à une contestation de la validité de cet accord devant le juge de l'exécution* »⁴³.

Sous l'empire des textes en vigueur, la dynamique est assurément à l'extension du contrôle. La jurisprudence n'entend plus fixer de limite à ce que peut contrôler le juge homologateur mais tend, au contraire, de plus en plus, à lui reconnaître des objets de contrôle. Il a ainsi pu être jugé que le juge pouvait refuser d'homologuer un accord en cas de défaut de consentement d'une des parties à l'accord établi devant le médiateur⁴⁴ ou d'indétermination de l'objet d'une transaction portant sur un crédit de la consommation⁴⁵. En outre, dans un arrêt du 16 mars 2022⁴⁶, la Cour de cassation semble avoir encore accru l'étendue du contrôle. En l'espèce, un juge avait homologué une transaction relative à la mise en vente d'un bien indivis conclue par le représentant légal d'un mineur sans autorisation du juge des tutelles, l'acte étant de ce fait affecté d'une cause de nullité relative. Saisie d'un référé-rétractation par d'autres indivisaires, la cour d'appel avait refusé la rétractation aux motifs que la contestation formée, tendant à mettre en cause la validité de la transaction, ne relevait pas des pouvoirs du juge de l'homologation. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre cet arrêt mais au bénéfice d'une *substitution de motifs* éclairante : elle estime que le non-respect de la formalité d'autorisation est sanctionné par une nullité relative et que celle-ci n'avait pas été sollicitée par la partie protégée, de sorte que le juge ne pouvait en connaître. Le raisonnement diffère profondément de celui de la cour d'appel : le juge homologateur ne peut connaître de la contestation, non pas car il serait dépourvu de pouvoir pour ce faire, mais parce qu'il n'a pas été saisi par la partie ayant qualité pour le faire.

³⁸ Xavier LAGARDE, « [Transaction et ordre public](#) », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 217.

³⁹ Cass. 2e civ., 26 mai 2011, n° 06-19.527, Bull. 2011, II, n° 120.

⁴⁰ Cass. 1re civ., 14 sept. 2022, n° 17-15.388, Publié au bulletin.

⁴¹ Il demeure en vigueur à Wallis et Futuna (Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, art. 45).

⁴² Laurent LEVENEUR, « [Quelle est la portée d'une homologation judiciaire pour la rendre exécutoire ?](#) », *Contrats Concurrence Consommation* 2022, n° 11, p. 21 ; Lucie MAYER, GPL 31 janv. 2023, n° GPL444z7 ; Cédric JELAIN, « [Du contrôle de la transaction homologuée](#) », *Dalloz actualité*, 20 sept. 2022 ; Stanislas BARRY, « Transaction homologuée : permission de saisir le juge pour en contester la validité », *RLDC*, 2022, n° 209, p. 12-15 ; S'interrogeant sur la pérennité de la solution : Philippe THÉRY, « [Homologation des transactions : office du juge et portée de la décision](#) » *RTD civ.*, 2022. 964.

⁴³ Cass. 2e civ., 28 sept. 2017, n° 16-19.184, Publié au bulletin ; CA Caen, 22 mars 2016, n° 15/01336.

⁴⁴ Cass. 3e civ., 24 sept. 2020, n° 19-15.561

⁴⁵ CA Lyon, 14 févr. 2013, n° 12/07433 ; CA Lyon, 6 juin 2013, n° 12/07795 ; CA Lyon, 6 juin 2013, n° 12/08460. V. Lucie MAYER, « [Précisions sur le contrôle "léger" exercé par le juge homologateur d'une transaction](#) », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2015, n° 167, p. 12.

⁴⁶ Cass. 1re civ., 16 mars 2022, n° 21-11.958.

Contrôle limité. Pour que l'homologation puisse être conçue comme une véritable garantie, il faudrait que le juge homologateur puisse refuser d'homologuer un acte pour non-respect de l'une quelconque des conditions de validité. Or, il est parfois considéré que le contrôle en la matière ne pourrait être que d'intensité restreinte⁴⁷. Autrement dit, le juge de l'homologation devrait refuser de trancher les contestations portant sur la régularité de l'acte dès lors qu'elles ne sont pas flagrantes, comme en matière d'*exequatur* de sentences arbitrales. De fait, la lecture de l'arrêt de 2011 précité semble signifier que le juge doit homologuer l'acte quand bien même il éprouverait un sérieux doute quant à sa légalité. Gardant à l'esprit que la solution de cet arrêt n'est plus de droit positif, on constate que les arguments en faveur de la limitation de l'intensité du contrôle sont multiples.

D'abord, le juge n'aurait pas les moyens d'exercer un contrôle véritable sur l'accord eu égard à la configuration procédurale dans laquelle il intervient. Le juge de l'homologation est en effet saisi par requête, celle-ci étant soit conjointe soit, dans certains cas, unilatérale. L'absence de débat contradictoire serait une entrave à l'exercice de ce contrôle ; entrave à laquelle s'ajoute la confidentialité des négociations qui fait obstacle à ce que le juge ait une connaissance des conditions dans lesquelles l'accord a été négocié.

Ensuite, il ne serait pas souhaitable, en tout état de cause, que le juge effectue un contrôle au-delà de l'apparence, parce que l'homologation n'a pas pour objet d'opérer une « validation » de l'accord en le purgeant de ses vices et parce que l'objectif des modes amiables n'est pas de judiciariser leur issue en mobilisant par trop les ressources de l'institution judiciaire. L'homologation devrait donc toujours constituer un office particulièrement léger et surtout insusceptible de recréer du contentieux en incitant les parties à contester l'accord qu'elles viennent de signer.

Contrôle effectif. Ces arguments ne sont pas dénués de pertinence. Ce qui est plus discuté est l'idée que la limitation de l'office du juge s'imposerait pour remplir ces objectifs. Il est en réalité tout à fait possible d'y répondre de manière plus satisfaisante encore sans brider l'office du juge de l'homologation.

Le fait que le juge soit saisi sur requête, dans le cadre d'une procédure unilatérale, n'est nullement un obstacle : cette configuration ne signifie pas l'impossibilité d'un débat contradictoire mais simplement son décalage. L'article 1566 du Code de procédure civile permet au juge d'entendre les parties s'il l'estime nécessaire. En outre, conformément aux exigences de l'article 17 du code, une voie de droit est offerte à la partie non appelée afin de restaurer le débat contradictoire, en l'occurrence sous la forme du référé-rétractation.

La question est donc plutôt celle-ci : est-il opportun, lorsqu'un débat contradictoire a lieu, d'empêcher le juge de l'homologation de refuser le prononcé de la mesure aux motifs que la contestation soulevée ne relèverait pas des pouvoirs du juge homologateur ? Répondre par l'affirmative, c'est obliger le défendeur, après avoir contesté vainement l'homologation, à introduire une nouvelle contestation, soit devant le juge du fond, soit devant le juge de l'exécution à l'occasion d'une mesure d'exécution.

Les préoccupations d'économie procédurale militent au contraire pour que tout juge saisi d'une contestation relative à la validité d'un accord amiable puisse la trancher, qu'il s'agisse du juge de l'homologation, du juge de droit commun ou du juge de l'exécution. Il convient donc de permettre au juge saisi d'une demande d'homologation de statuer sur des demandes en annulation, étant considéré que la tenue même d'un débat contradictoire consomme des ressources de l'institution judiciaire et que l'objectif est d'éviter la tenue de multiples débats sur ce point.

Si l'on reconnaît le pouvoir au juge de l'homologation de trancher la contestation sur rétractation ou plus généralement à l'issue d'un débat, alors cela signifie qu'il doit avoir également le pouvoir de refuser d'homologuer un acte suspect pendant la phase non-contradictoire de la procédure : le juge doit pouvoir refuser d'homologuer l'accord dès lors qu'il suspecte une irrégularité ou relève une

⁴⁷ Lucie MAYER, « [Précisions sur le contrôle "léger" exercé par le juge homologateur d'une transaction](#) », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2015, n° 167, p. 12

irrégularité flagrante⁴⁸ en invitant les parties à mieux se pourvoir pour obtenir un titre exécutoire. Si la cause de nullité suspectée est relative, le juge peut probablement la relever d'office, mais doit entendre les parties afin de laisser à la partie protégée la faculté de confirmer l'acte en connaissance de cause⁴⁹. Cela ne signifie nullement que le juge *doit* opérer un contrôle approfondi de l'acte et donc consacrer des ressources disproportionnées à son activité d'homologation : il s'agit seulement de ne pas l'obliger à homologuer un acte dont il considère, aux termes d'une analyse superficielle, qu'il n'est peut-être pas valable ! S'il homologue un acte qui est en réalité irrégulier, il est loisible aux parties ayant qualité et intérêt pour le faire de soulever une contestation ultérieurement.

Il est donc parfaitement possible de concevoir l'office d'homologation à la fois comme un office léger, ne faisant pas peser sur le juge l'obligation d'un contrôle approfondi de l'acte, mais pour autant effectif, en lui permettant de statuer sur les contestations présentées par les parties et de refuser d'homologuer l'acte en cas de doute lorsqu'aucun débat n'a lieu. **C'est la raison pour laquelle il n'est sans doute pas opportun, dans le cadre d'une réforme du régime de l'homologation, de fixer de manière limitative les points contrôlés par le juge.**

Accès au juge homologateur. Il reste que les règles organisant la saisine du juge homologateur manquent de cohérence. En présence d'un accord issu d'une médiation conventionnelle⁵⁰, ou, depuis le décret du 6 mai 2017, d'une conciliation conventionnelle⁵¹, la demande est formée par requête de l'ensemble des parties ou de l'une d'entre elles mais avec l'accord exprès des autres. En revanche, le juge est saisi à la requête des deux parties ou à la requête de la *plus diligente d'entre elles* lorsque l'accord est issu d'une conciliation judiciaire déléguée⁵², d'une médiation judiciaire⁵³ ou d'une médiation conventionnelle en cours d'instance⁵⁴. De même, lorsque l'accord est une transaction non issue d'un mode amiable⁵⁵ ou un accord issu de la procédure participative⁵⁶, le juge peut être saisi à l'initiative d'une seule partie.

De manière générale, le fait de subordonner l'homologation à un accord des parties voire à une saisine conjointe se révèle inutile. Si l'absence de parcours contentieux peut s'expliquer par la rédaction de la

⁴⁸ Plusieurs auteurs considèrent, dans le cadre du contrôle restreint, que le doute doit entraîner un *refus* d'homologation : Rémy LIBCHABER, obs. ss. Cass. 1re civ., 10 sept. 2014, n° 13-11.843, *JCP G*, 2014, doct. 1232. Adde Xavier VUITTON, « [Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile](#) », *RTD civ.*, 2019, p. 771, spéc. n° 17 : « Si, au vu de l'ensemble des éléments qui lui sont soumis, rien ne laisse suspecter un motif de rejet de la demande [...] il doit homologuer l'accord sans avoir à mener de plus amples investigations. En revanche, s'il conçoit une hésitation quelconque, la solution inverse s'impose, comme le montrent les arrêts susvisés de 2014 et 2018, et la demande doit être rejetée lorsque le juge ne parvient pas à lever l'obstacle » ; Hugues KENFACK, « [Première application jurisprudentielle de l'article 1441-4 du nouveau code de procédure civile relatif à la force exécutoire des transactions extra judiciaires](#) », *D.*, 2004, p. 1042, spéc. n° 9 ; Roger PERROT, « L'homologation des transactions (NCPC, art. 1441-4) », *Procédures*, 1999, p. 3 : « s'il apparaît qu'il y a effectivement une contestation sérieuse sur la validité de la transaction, il ne lui appartient pas de la trancher. Mais il est en son pouvoir de rejeter la requête et de renvoyer les parties à mieux se pourvoir devant la juridiction compétente pour statuer sur la validité de la transaction » ; Benjamin MATHIEU, « L'office du juge de l'homologation d'une transaction : du nouveau ? », *D.*, 2018, p. 2220 : « de lege ferenda, on pourrait estimer préférable de prévoir un régime de l'homologation inspiré de celui du référé, dans lequel le juge s'abstient de se prononcer dès lors qu'il existe une contestation sérieuse ». « Aussi faudrait-il inviter le juge à vérifier plutôt qu'il n'existe pas un "doute sérieux" sur la validité ou l'efficacité de la transaction ». V. Thibault GOUJON-BETHAN, *op. cit.*, n° 506.

⁴⁹ Comp. Pierre MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, thèse, préf. Georges DE LEVAL (dir.), Bruxelles, 2007, Larcier, spéc. n° 192, p. 333, pour qui l'intervention du juge homologateur peut « faciliter » la confirmation de l'acte.

⁵⁰ C. pr. civ., art. 1534.

⁵¹ C. pr. civ., art. 1541.

⁵² C. pr. civ., art. 131 al. 2.

⁵³ C. pr. civ., art. 131-12 al. 1.

⁵⁴ C. pr. civ., art. 131-12 al. 3.

⁵⁵ C. pr. civ., art. 1567 ; C. trav., art. R. 1471-1.

⁵⁶ C. pr. civ., art. 1557, 1564-1, 1564-2.

directive européenne relative à la médiation⁵⁷, les États ne sont tenus de la respecter que dans le cadre des litiges transfrontaliers. En outre, dans un rapport de 2016, la Commission européenne elle-même estimait qu'« afin de garantir l'efficacité de la médiation, une bonne pratique pourrait consister à autoriser l'une des parties à demander que l'accord soit rendu exécutoire même sans le consentement exprès de l'autre partie »⁵⁸. Plusieurs États ont d'ailleurs supprimé cette exigence, ce que la France a fait partiellement.

Un accès facilité au juge homologateur, y compris dans une configuration contentieuse, serait de nature à renforcer l'effectivité de la garantie que cette procédure représente tant eu égard à l'équité des modes amiables qu'eu égard à leur efficacité.

II. Une garantie d'efficacité

Par et au-delà de la force exécutoire. L'homologation, classiquement, renforce l'efficacité des accords par l'octroi de la force exécutoire (A). Elle est à cet égard en concurrence avec d'autres mécanismes, tels que l'apposition de la formule exécutoire par le greffe, ce qui invite à se demander si la garantie d'efficacité procurée par l'homologation ne pourrait pas aller au-delà de la force exécutoire (B).

A. Par la force exécutoire

Octroi de la force exécutoire. En matière de modes amiables, le premier attribut de l'homologation est l'octroi de la force exécutoire. En tant qu'attribut lié à la souveraineté de l'État, la force exécutoire n'est pas reconnue de plein droit aux actes sous signature privée, ce qui justifie l'intervention du juge, pris en sa qualité d'officier public titulaire de l'*imperium*⁵⁹, aux fins de la conférer. Il échet malgré tout de remarquer que dans le cadre de l'homologation, la force exécutoire n'est pas un effet secondaire qui découlerait d'une intervention instrumentaire du juge, mais bien l'objet-même d'une manifestation de volonté de celui-ci : le juge *décide* que l'acte est digne d'être revêtu de la force exécutoire, ce qui équivaut à une condamnation⁶⁰. De fait, conférer force exécutoire à l'accord ne revient pas à le rendre immédiatement exécutable, d'autres conditions étant requises pour la mise à exécution (parmi lesquelles l'exigibilité des créances).

En dépit de la spécificité de ce processus d'attribution de la force exécutoire, il est clair que les parties disposent désormais d'une pluralité de procédés pour que leur accord soit revêtu de la force exécutoire. Elles peuvent conclure leur accord sous la forme d'un acte notarié, faire constater leur accord par la voie d'un contrat judiciaire, le réitérer devant le juge et le faire acter sous la forme d'un procès-verbal de conciliation, le faire revêtir de la force exécutoire, en matière de pensions alimentaires, par une décision du directeur de l'organisme de prestations familiales⁶¹. Elles peuvent aussi, lorsque l'accord est contresigné par l'avocat de chacune des parties, le faire revêtir de la formule exécutoire par le greffe⁶². La demande d'apposition de la formule exécutoire doit être formée par une partie, par écrit, en double exemplaire, auprès du greffe de la juridiction du lieu de résidence du demandeur matériellement compétente pour connaître du contentieux de la matière dont relève l'accord⁶³. Le greffier n'appose la formule exécutoire qu'après avoir vérifié sa compétence et la nature

⁵⁷ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, art. 6 § 1 : « les États membres veillent à ce que les parties, ou l'une d'entre elles avec le consentement exprès des autres, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire ».

⁵⁸ Rapport de la commission européenne au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2008/52/CE [...] sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, 26 août 2016, spéc. § 2.7, p. 11.

⁵⁹ Rudy LAHER, *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, thèse, préf. Georges DECOCQ (dir.), 2017, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses.

⁶⁰ Thibault GOUJON-BETHAN, *op. cit.*, n°s 258 s.

⁶¹ C. séc. soc., art. L. 582-2.

⁶² C. pr. civ. exéc., art. L. 111-3, 7°.

⁶³ C. pr. civ., art. 1568.

de l'acte. Il peut refuser d'apposer cette formule, auquel cas les parties n'auront d'autre choix que de procéder différemment pour conférer à l'accord la force exécutoire. En cas d'apposition de la formule exécutoire, toute personne intéressée peut former une demande aux fins de suppression de la formule exécutoire devant la juridiction dont le greffe a apposé cette formule ; la demande est formée, instruite et jugée selon les règles de la procédure accélérée au fond⁶⁴.

Avantages du titre résultant de l'homologation. Ces procédés, en particulier l'apposition de la formule exécutoire par le greffe, viennent concurrencer l'homologation par le juge. L'une des lectures de la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire pourrait d'ailleurs être articulée autour de l'idée d'un transfert de l'activité d'homologation du juge au greffier lorsque les accords sont contresignés par avocats.

Pourtant, il importe de remarquer que le titre exécutoire résultant de l'intervention du juge homologateur ne présente pas les mêmes atouts que le titre exécutoire résultant de l'intervention du greffier.

- D'abord, l'accord homologué bénéficie de la prescription décennale aux fins d'exécution forcée⁶⁵, celle-ci courant à compter du moment où les procédures d'exécution peuvent être diligentées (moment où le jugement d'homologation, lui-même ayant acquis force exécutoire, est notifié⁶⁶), ce qui n'est pas le cas du titre délivré par le greffier.
- Ensuite, seul l'accord homologué, assimilable à un jugement de condamnation, peut donner lieu à la fixation d'une astreinte par le juge de l'exécution.
- Enfin, les règlements européens réservent la reconnaissance de la force exécutoire aux décisions, actes authentiques et transactions judiciaires, ces dernières supposant l'intervention d'une « juridiction ». Il n'est pas aisé de déterminer si les actes revêtus de la formule exécutoire par le greffe entrent ou non dans la catégorie des transactions judiciaires.

Spécificités de la matière familiale. En matière familiale, l'homologation produit des effets spécifiques relativement aux stipulations extrapatrimoniales des conventions parentales. Ainsi, de ce point de vue, seul l'accord constaté dans une décision judiciaire ou homologué par le juge peut faire l'objet d'une mesure d'astreinte⁶⁷ ou être mis à exécution avec le concours de la force publique⁶⁸.

En revanche, s'agissant de la pension alimentaire, aspect patrimonial, elle peut être fixée par l'un des titres mentionnés à l'article 373-2-2 du Code civil (décision judiciaire, convention homologuée par le juge, convention de divorce par consentement mutuel, acte reçu en la forme authentique par un notaire, convention à laquelle l'organisme débiteur des prestations familiales a donné force exécutoire en application de l'article L. 582-2 du Code de la sécurité sociale, accord revêtu de la formule exécutoire par le greffe), ce qui ôte tout monopole à l'homologation, à telle enseigne que la violation de l'obligation prévue à l'un de ces titres suffit à entraîner la constitution de diverses infractions pénales⁶⁹. On en déduit que l'homologation n'est pas obligatoire lorsque la convention ne porte que sur la pension alimentaire, ce qu'elle paraît bien être, par application de l'article 373-2-7 du Code civil, lorsqu'elle porte sur des aspects extrapatrimoniaux.

B. Au-delà de la force exécutoire ?

Absence d'effet extinctif de l'action. L'homologation, pas davantage qu'une autre intervention judiciaire, n'a pour effet d'éteindre le droit d'action relativement au litige que les parties ont entendu régler par leur accord. Une telle extinction résulte soit de la loi, lorsque l'accord est une transaction⁷⁰,

⁶⁴ C. pr. civ., art. 1570.

⁶⁵ C. pr. civ. exéc., art. L. 111-4.

⁶⁶ Comp. Cass. 2^e civ., 5 oct. 2023, n° 20-23.523, Publié au bulletin.

⁶⁷ C. civ., art. 373-2-6.

⁶⁸ C. civ., art. 373-2, al. 3.

⁶⁹ C. pén., art. 227-3, art. 227-4.

⁷⁰ C. civ., art. 2052 ; C. pr. civ., art. 384.

soit de la renonciation non équivoque à l'action contenue dans l'accord (clause). On pourrait d'ailleurs penser qu'il entre dans les pouvoirs du juge de refuser d'homologuer un accord qui ne serait pas de nature à mettre un terme, au moins partiellement, au litige (cela entre implicitement dans les conditions du pouvoir d'homologuer).

Toujours est-il que, l'accord conservant sa nature contractuelle, il peut être anéanti avec l'ensemble de ses effets au moyen d'une action en nullité. Dès lors, le litige que les parties ont entendu régler, au prix d'une négociation souvent laborieuse, peut renaître à la faveur d'une action en nullité, souvent sous une forme amplifiée, comme l'illustre l'affaire du tableau de Monet⁷¹. La jurisprudence relative aux nullités de transactions est suffisamment nourrie pour que l'on ne voit pas là un risque mineur ou un épiphénomène. En ces hypothèses, l'efficacité des modes amiables est mise à l'épreuve. Se pose alors la question de l'autorité des accords ayant fait l'objet d'une homologation.

Encadrement des actions en nullité. L'homologation pourrait-elle faire obstacle aux actions en nullité ? La réponse est assurément négative. Même si l'on reconnaît une autorité de chose jugée au jugement d'homologation, saisi comme un acte juridictionnel, cette autorité serait impuissante à rendre irrecevables les actions en nullité dirigées contre l'accord. En effet, l'action en nullité (anéantir l'accord) n'a pas le même objet que l'action en homologation (renforcer la normativité de l'accord). Les conditions de l'autorité de chose jugée (négative) visée à l'article 1355 du Code civil ne sont donc pas réunies.

Pourtant, il apparaît clairement que certains éléments entrant dans le champ de vérification du juge homologateur sont communs avec ceux entrant dans le champ de la vérification conduite par le juge de la validité de l'accord. Dès lors, on pourrait concevoir que le contrôle exercé par le juge homologateur vienne modifier les conditions d'exercice de l'action en nullité. Un auteur a proposé de diminuer le délai encadrant l'action en nullité contre l'accord homologué⁷². Pour notre part, nous avons proposé de prêter une autorité positive de chose jugée à la vérification du juge homologateur sous certaines conditions. Rappelons que l'autorité positive de chose jugée est une institution non expressément consacrée par le Code de procédure civile et qui n'est pas reconnue, loin de là, à tous les jugements. Il s'agit d'un mécanisme qui a pour but, non pas de rendre irrecevables des demandes en justice ayant le même objet, mais de permettre à un juge saisi d'une demande ayant un *objet différent* de trancher la question qui lui est soumise en étant tenu, pour la résoudre, par la vérification effectuée par un autre juge⁷³. Ainsi, un juge saisi d'une action en nullité serait tenu, dans son appréciation de la validité de l'accord, par la vérification réalisée par le juge homologateur. On peut le concevoir lorsque l'homologation a fait l'objet d'un débat : dans ce cas, on devrait même admettre que ce juge puisse être saisi, reconventionnellement, d'une demande en nullité de l'accord et la trancher directement avec autorité négative de chose jugée. Mais lorsque l'homologation n'a fait l'objet d'aucun débat, il est difficile de déterminer quels points ont été vérifiés par le juge, d'autant plus si l'on ne s'oriente pas dans la voie de la précision de l'étendue de son contrôle.

Proposition. Une solution pourrait malgré tout être trouvée. On peut penser que si le juge homologue l'accord et qu'aucune des parties ne juge opportun de contester le jugement d'homologation, c'est qu'elles n'ont pas de contestation à soulever. Dès lors, *de lege ferenda*, on pourrait admettre que ce comportement des parties les prive de la possibilité de soumettre ultérieurement les contestations nées au moment de l'homologation. En d'autres termes, **les parties qui auraient des contestations à faire valoir quant à la validité de l'acte seraient obligées de les élever à l'occasion d'une contestation de la décision d'homologation.** Ce mécanisme de purge n'est pas inconnu du droit positif puisque c'est

⁷¹ Cass. 1re civ., 17 mars 2016, n° 14-27.168.

⁷² Yvon DESDEVISES, « Brèves remarques sur l'issue des modes alternatifs de résolution des différends », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de François COLLART DUTILLEUL*, 2017, Dalloz, p. 309-313, spéc. p. 313.

⁷³ Thibault GOUJON-BETHAN, *op. cit.*, n° 615 et les réf. citées.

celui qui est à l'œuvre dans l'admission des créances en droit des entreprises en difficulté⁷⁴. L'homologation deviendrait ainsi un point de concentration des contestations contre l'acte homologué. De même, les contestations dont les fondements se seraient révélés postérieurement à l'homologation continueraient de pouvoir être présentées dans le cadre d'actions en nullité. Il en irait de même des contestations tirées de l'ordre public auxquelles les parties ne peuvent être considérées avoir renoncé. L'exemple du jugement d'orientation en matière de saisie immobilière constitue également un modèle de référence d'un tel principe.

On pourrait objecter qu'un tel dispositif pourrait inciter les parties à contester l'accord. Cela n'est pourtant pas certain dès lors que si les parties ont des éléments de contestation à faire valoir, elles ne s'empêcheront pas de les soulever, à tout le moins devant le juge de l'exécution, cet « ultime sauveur »⁷⁵, lorsqu'elles feront l'objet d'une mesure d'exécution. Permettre une purge en amont de certaines contestations est donc de nature à alléger l'office du juge de l'exécution et à dissuader même les débiteurs de toute contestation.

On objectera ensuite que les règles procédurales actuelles ne sont pas adaptées. Lorsque la saisine du juge homologateur est conjointe, on peut considérer que les parties renoncent par leur accord à l'homologation à soulever des contestations. Lorsque la procédure d'homologation est contentieuse pour se dérouler sans l'accord de toutes les parties, il conviendrait, si le modèle d'une procédure unilatérale est conservé, d'enserrer la voie de restauration du débat contradictoire (que l'on pourrait renommer « opposition » afin de permettre le jeu de demandes reconventionnelles, sur le modèle de l'injonction de payer, plutôt que référé-rétractation), dans un délai courant après une notification devant indiquer à la partie débitrice les conséquences de l'absence d'opposition. De cette manière, la « purge » sera acquise au terme d'un certain délai, ce qui rejoint la proposition de limiter dans le temps les contestations contre l'acte homologué.

De telles dispositions seraient de nature à renforcer l'attractivité de l'homologation par rapport à l'apposition de la formule exécutoire par le greffe et de clairement marquer sa fonction de garantie d'un mode amiable équitable et efficace. En effet, c'est la nature juridictionnelle de la décision d'homologation qui permet de déployer un tel potentiel sécurisateur. Les bénéfices pour l'institution judiciaire seraient certains : loin d'aggraver l'encombrement des juridictions, le mécanisme proposé fait peser sur les parties (et non sur le juge) la charge d'émettre des contestations et permet de limiter l'emprise de ces dernières, une fois le délai d'opposition écoulé, déchargeant les juges du fond et de l'exécution de ce contentieux dérivé bien souvent infondé.

Quant aux parties, leur situation en l'état d'un accord homologué serait encore plus proche de celle résultant d'un jugement, la sécurité juridique étant, rappelons-le, un vecteur de confiance et de promotion des modes amiables de résolution des différends. C'est d'ailleurs dans cette perspective que le rapport sur la simplification de la justice civile des États généraux de la justice propose de consacrer dans la loi un « effet de purge mesuré » du jugement d'homologation⁷⁶. Surtout, les parties auraient un choix clair à effectuer entre l'apposition de la formule exécutoire par le greffe, forme minimale d'institutionnalisation de l'accord, et l'homologation, forme maximale d'institutionnalisation, plus équilibrée que le jugement d'expédient (qui purge toutes les contestations par son autorité négative de chose jugée). La cohérence serait ainsi pleinement assurée.

⁷⁴ Sur cette comparaison : Thibault GOUJON-BETHAN, *op. cit.*, n° 624 ; Sur l'analyse en matière d'admission des créances : Julien THÉRON, « Réflexions sur la nature et l'autorité des décisions rendues en matière d'admission de créances au sein d'une procédure collective », *RTD com.*, 2010, p. 635, spéc. n° 15.

⁷⁵ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, 1996, Champs, p. 91.

⁷⁶ « Rendre justice aux citoyens », rapport du comité des États généraux de la justice, t. 1, annexe 12, juill. 2022 : rapport du groupe de travail sur la simplification de la justice civile, p. 86.

**LA JUSTICE AMIABLE POUR LES PERSONNES ET LES FAMILLES
POUR UN QUATUOR BIEN ACCORDÉ
AVOCAT – MÉDIATEUR – AUDITEUR D'ENFANTS – JUGE**

Par

Anne Marion de CAYEUX

*Avocat au Barreau de PARIS, médiateur familial, auditeur d'enfants,
Vice-présidente de l'Institut du Droit de la Famille et du Patrimoine, Présidente de l'Association Internationale des Auditeurs
d'Enfants CLIA*

Le contentieux devant le Juge aux affaires familiales diminue peu malgré la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel et la promotion des Modes Amiables de Résolution des Différends (MARD).

Comment cela se fait-il ?

Tous les outils sont là pour permettre aux futurs-ex-époux, partenaires ou concubins, parents, grands-parents, adolescents, enfants, etc., de régler à l'amiable l'écheveau de décisions à prendre en cas de séparation ou crise familiale :

* depuis 2004 (il y a presque 20 ans !), de réformes en réformes, l'incitation à divorcer d'un commun accord sans faire usage de griefs et pour un autre motif que la faute, permettant de défaire le lien en douceur pour accompagner le besoin de transformation du cadre familial ;

* l'envoi en médiation familiale (médiation suggérée, enjointe ou ordonnée par le juge) pour apaiser les tensions et restaurer un dialogue permettant aux personnes de panser leurs blessures, lever les malentendus et organiser une parentalité apaisée, libérée des conflits sous-jacents qui retomberaient fatalement sur la tête des enfants puisque les disputes résurgentes réémergent à l'occasion de l'exercice de la parentalité ;

* la possibilité pour les avocats d'exercer la mission de médiateur comme activité connexe et accessoire à leur activité, et le déploiement de processus et procédures à leur disposition (processus collaboratif, procédure participative, confidentialité des négociations) ;

* l'audience de césure et l'audience de règlement amiable visant à « injecter » de l'amiable dans la procédure judiciaire, qui vont offrir une voie complémentaire, en confiant au juge le soin de faciliter le règlement amiable en tranchant une partie du litige, voire en étant directement en charge dudit règlement.

La liste pourrait être plus longue encore. Un constat toutefois me saute aux yeux, ou plutôt trois constats.

D'une part, le parcours amiable devient complexe, et demeure globalement inconnu du justiciable ou mal compris (où l'on entend qu'on divorce devant un notaire et qu'un « avocat-médiateur » est un médiateur qui dit le droit).

D'autre part, les avocats demeurent attachés à l'exercice de la résolution judiciaire des litiges et renâclent à exercer la voie amiable. Le peu d'empressement des avocats à sortir du tout judiciaire vient de leur culture, et du modèle économique des cabinets. À l'Université et au sein des Écoles de

formation, les avocats apprennent le droit et la procédure. Ensuite, il faut prendre du temps personnel à la sortie de l'École, et dépenser des sommes importantes pour se former sérieusement aux MARD (il faut 80 à 150 heures de formation pour acquérir l'ensemble des compétences théoriques et pratiques pour être un bon agent de la voie amiable). Dans ces conditions, un dossier contentieux, c'est un avocat intervenant : le collaborateur. Un dossier amiable, c'est deux avocats : l'associé, et son collaborateur. C'est moins rentable pour les cabinets, qui ne sont pas si riches que l'on croit, surtout en matière familiale.

Troisième constat : l'audience de règlement amiable est le signe que le changement de paradigme attendu au XXI^{ème} siècle, celui de l'avènement de l'autonomie et de la responsabilité des parties, n'a pas encore vu le jour. Il faut encore en passer par le juge en lui demandant de siffler la fin de la dispute conjugale ou parentale. La France reste attachée au recours à l'autorité.

Alors, on saisit le juge. Cela a l'air simple, comme cela. Mais quand on s'arrête un instant, cela pose de nombreuses difficultés.

Prenons un exemple. Une demande de modification de pension alimentaire à titre de contribution à l'entretien et l'éducation des enfants. Cela semble banal (c'est le contentieux post divorce le plus important). Pourtant, c'est à mon sens :

- **Faire endurer aux parents** du stress, un surmenage physique (rassembler les pièces après le boulot et le coucher des enfants...) et émotionnel (la résurgence de la séparation), de la violence ou, à tout le moins, de la virulence (dureté des écritures judiciaires, incivilités entre les parties pour se ménager des preuves, excessive franchise dans les échanges, vision binaire des choses qui empêche le sentiment de reconnaissance) et, bien sûr, des dépenses en honoraires parfois non compensées par la baisse ou la hausse de la pension obtenue.
- **Exposer les enfants** à des disputes, des pressions, à de la culpabilité et de la souffrance, car si les pensions ne les regardent soi-disant pas (bien qu'elles soient ce qui conditionnera leur vie matérielle, le choix de leur école et de leurs activités...), les conflits autour de l'argent ont bien lieu « à cause d'eux ». On le sait, les enfants dont les parents s'opposent dans une procédure contentieuse souffrent profondément.
- **S'exposer à une décision générale** qui ne pourra pas entrer dans les détails de l'exécution, laissant les parties en proie à des conflits à répétition car le juge ne peut tout simplement pas tout prévoir et, au demeurant, cela lui est rarement demandé... Les chiffres ne révèlent pas le nombre de parents (statistiquement souvent les mères) qui renâclent à demander une indexation ou une révision des pensions par peur du conflit, supportant tant bien que mal d'être la variable d'ajustement pour avoir la paix.
- **Abuser de la gratuité de la justice** en faisant peser sur le système le règlement de décisions simples (qui pourraient être réglées par des outils bien pensés comme au Québec¹), ou à tout le moins par un travail de deux heures à partir d'un tableur Excel bien conçu suivi d'une réunion collaborative bien menée. La pension alimentaire, au fond, c'est de la comptabilité ménagère !

Alors, comment procéder pour réussir cette justice amiable que nous appelons tous de nos vœux ?

En s'appuyant résolument et effectivement les uns sur les autres, dans nos sphères de compétences et champs d'interventions. En reconnaissant que nous avons besoin les uns des autres pour permettre que la justice rejoigne la justesse, l'humanité et l'efficacité.

¹ Justice Québec, [Outils de calcul des pensions alimentaires pour enfants](#).

* **L'avocat** est celui qui est consulté en premier.

Il est le seul qui puisse agir lorsqu'une personne se trouve aux prises avec un conflit. En effet, ni le psy, ni le notaire, ni l'expert-comptable... ne peuvent agir. Une personne, qui se trouve dans une impasse et qui veut pouvoir imposer son point de vue et sa solution à quelqu'un d'autre, ne peut se tourner que vers un avocat. Seul l'avocat peut créer un pont entre cette personne et l'autre partie, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un autre avocat et/ou d'un juge, à qui il va pouvoir s'adresser pour porter une réclamation.

L'avocat est aussi celui qui donne des repères en donnant son analyse juridique de la situation donnée, en élaborant une stratégie grâce à son expérience et ses connaissances des procédures et processus. Il est le seul à pouvoir rédiger des actes juridiques (hormis le notaire), actes juridiques que les médiateurs doivent s'abstenir de rédiger, même s'ils sont par ailleurs avocat, eu égard à leur devoir de neutralité et d'impartialité.

Ces deux prérogatives de l'avocat sont liées à ses missions d'assistance et de représentation, et à son devoir de conseil.

Au XXI^{ème} siècle, l'avocat se doit aussi de déployer une posture de coach², spécialement en matière familiale. Consulté pour être accompagnateur d'un changement, agent d'aide à la résolution de crises, sollicité par des personnes en souffrance, l'avocat se doit d'être à l'écoute de ses clients, plus largement que sous le seul spectre juridique et judiciaire, en témoignant d'une juste empathie avec la volonté d'aider la situation familiale dans son ensemble. **C'est cela, être un auxiliaire de justice en droit de la famille et des personnes.**

Écouter son client et écouter l'autre partie, se préoccuper de l'intérêt des enfants, conseiller, travailler avec son contradicteur, organiser des rendez-vous généraux de dialogue et de négociation pour rencontrer réellement l'autre partie, faire appel à des experts et techniciens, proposer des options, bâtir des solutions concrètes et sur-mesure, réalistes et équilibrées, rédiger les actes juridiques, assurer et accompagner l'exécution des accords et/ou des décisions : voilà l'office de l'avocat.

La seule manière aujourd'hui d'œuvrer pour une véritable justice familiale, c'est d'asseoir les personnes autour d'une table. Que la parole circule. Selon un cadre bien posé. En sécurité, juridique notamment, et en humanité.

La justice amiable avec les avocats, c'est la possibilité pour les justiciables **d'être accompagnés** tout au long du litige, en vue de la résolution durable du conflit, en ayant **un consentement libre et éclairé sur les décisions prises**. C'est éviter aux personnes d'accepter une proposition, par exemple en médiation, sous l'effet de la fatigue ou le désir d'en terminer, sans prendre soin d'abord d'échanger avec leur conseil pour peser tous les tenants et aboutissants.

L'avocat connaît l'ensemble des intervenants en justice familiale et peut (et devrait) orchestrer leurs interventions.

* **Le médiateur** est celui qui accueille l'espace du conflit comme un espace tiers où la parole peut circuler et où chacun est respecté dans son point de vue. Idéalement, lorsqu'un avocat est consulté par une personne, il pourrait proposer de travailler en équipe avec un médiateur.

² Julie MACFARLANE, *The New Lawyer*, University of British Columbia Press, août 2017.

La clé de la réussite d'une médiation est précisément cette collaboration avocats-médiateur³.

Le médiateur est neutre : il ne donne ni avis, ni conseils, et il ne rédige pas les accords même s'il est avocat par ailleurs. Donner des informations juridiques ou rédiger les accords, c'est comme poser le doigt, même légèrement, sur la balance de la justice. L'une des parties serait nécessairement avantagée par l'information ou le conseil donné. Rédiger un accord, c'est devenir partie à la négociation, car le rédacteur endosse une responsabilité sur son acte : il devient partie prenante. Au surplus, comment le médiateur peut-il rester neutre si, ayant proposé une rédaction, les parties la contestent et s'opposent à lui et entre eux sur les termes de l'acte ? Donner un conseil juridique, rédiger c'est prendre le risque que la médiation soit perdue.

Le médiateur est impartial. Son devoir, c'est de considérer que tout le monde a raison, que tout le monde est formidable, dans sa singularité, que chaque point de vue a sa raison d'être et mérite d'être écouté avec curiosité. Le médiateur est celui qui permet aux parties de se déplacer de leur centre pour aller véritablement à la rencontre et dans la compréhension de l'autre. Par son impartialité, le médiateur donne l'exemple de ce que les personnes auront à se donner l'une à l'autre : de la considération.

La médiation est désormais le lieu de l'oralité, puisque les temps d'audience sont restreints, et que les parties sont très rarement entendues directement.

La médiation est le lieu de la créativité, grâce au non-jugement sur les croyances, valeurs, besoins, sentiments et intérêts que chacun pourra exprimer. Pouvoir dire sans être contredit, permet à la pensée de s'élaborer et cela ouvre le champ des possibles.

L'idéal serait donc que l'avocat consulté propose systématiquement que son intervention soit accompagnée d'une médiation : soit en parallèle et l'avocat demeurera un coach « en coulisse », travaillant avec son client et son confrère à la résolution de l'affaire, soit en un processus commun dans lequel les avocats pourront participer aux séances.

Désigné par le juge ou la Cour, le médiateur peut commencer par contacter les conseils de parties. Il organise une visio-conférence avec eux pour un premier échange sur l'affaire, entendre leurs attentes sur la médiation, vérifier les urgences et organiser le processus avec eux. Il pose le cadre de la médiation. Il peut proposer une convention de médiation co-signée par les parties, le/les médiateurs et les avocats⁴, très détaillée et qui se veut pédagogique. Il reçoit chaque partie individuellement puis en séances plénières avec ou sans les avocats, au choix des parties. Les négociations entre avocats avancent en parallèle avec l'échange des pièces et des propositions. Le médiateur fait des points avec les avocats une ou deux fois, par visio-conférence, pour vérifier l'avancement de la médiation et aviser de la suite. Généralement au bout d'un moment, les avocats peuvent terminer seuls la négociation et la rédaction des actes. Le conflit et le litige sont traités.

Le médiateur peut recevoir les adolescents comme parties à la médiation, en cas de rupture de liens, ce que l'avocat ne peut pas faire eu égard au conflit d'intérêt. Il peut entendre les enfants, soit directement, soit dans le cadre d'une audition amiable qui sera alors confiée à un auditeur distinct du médiateur.

³ Anne Marion DE CAYEUX et Catherine EMMANUEL, [Avocats et médiation : 10 points clés](#) », Irène & Codecivelle, juin 2020, 38 p.

⁴ Pour un modèle de convention de médiation avec avocats voir Dossier « [Médiation avec avocats !](#) », *AJ Famille*, 21 novembre 2017, p. 573.

*** L'auditeur d'enfants est celui qui procède à l'audition des enfants.**

L'audition peut bien sûr être menée par le juge lui-même : c'est aujourd'hui le cas dans la grande partie des affaires dans lesquelles les enfants demandent à être entendus.

L'audition peut également être effectuée par un professionnel tiers : un auditeur d'enfants. Ce dernier peut auditionner l'enfant sur délégation du juge, comme le prévoit l'article 338-9 du Code de procédure civile⁵. Dans ce cas, l'auditeur rédigera un compte-rendu de l'audition « *dans le respect de l'intérêt de l'enfant* » qui sera transmis au juge⁶.

L'on sait peu de choses sur la formation de cet auditeur, mais généralement cette mission est confiée à des médiateurs de centres de médiations familiales qui devraient avoir reçu une formation *ad hoc* de 14 heures (mais ce n'est pas une obligation). Ce flou explique sans doute pourquoi les juges aux affaires familiales délèguent si peu leurs auditions malgré leur charge de travail. Il existe également, depuis 2020, un Diplôme Universitaire (DU) d'Auditeurs d'enfants couronnant un parcours de formation théorique et pratique sur l'audition des enfants et adolescents de 105 heures⁷ mis en place par l'Institut du Droit de la Famille et du Patrimoine (IDFP) et la Faculté Libre de Droit de Lille (FLD).

Le compte-rendu d'audition judiciaire (ou sur délégation judiciaire) est soumis au principe du contradictoire, hélas. La parole de l'enfant devient un instrument du procès.

Pour une complète justice amiable familiale, il est indispensable d'aller plus loin et de mettre en place de nouveaux dispositifs en amiable pour permettre aux enfants et adolescents d'exercer leurs droits garantis par la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) : droit de recevoir de l'information, droit d'être écoutés, droit de participer aux décisions qui les concernent, droit à ce que leur intérêt supérieur préside aux décisions – intérêt supérieur qui, selon le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, ne peut être connu que si l'enfant est entendu⁸.

Cette possibilité d'être entendu en amiable est d'ailleurs une obligation à l'aune des dispositions du Règlement Bruxelles II ter en vue de la circulation des accords parentaux⁹.

Il existe depuis 2019 un dispositif d'auditeur amiable ou conventionnel des enfants et adolescents¹⁰. Cette audition en ville, commanditée par les responsables légaux de l'enfant, est confiée à un professionnel formé, qui intervient en neutralité et en impartialité, pour :

- Recueillir en neutralité les principales informations à communiquer aux enfants sur les décisions qui les concernent ;
- Transmettre en neutralité à l'enfant ces informations ;
- Recueillir ses sentiments, besoins, opinions sur la situation qu'il traverse et les décisions envisagées ;
- Transmettre la parole de l'enfant si possible en sa présence, sur ce que l'enfant voudra transmettre (et rien de plus) aux responsables.

En amiable, la parole de l'enfant ne fait pas l'objet d'un compte-rendu écrit : l'oralité est garante de la non-instrumentalisation de la parole de l'enfant.

⁵ C. pr. civ., art. 338-9.

⁶ C. pr. civ., art 338-12.

⁷ [Diplôme universitaire Auditeur d'enfants](#).

⁸ Observations n° 12 et 14 du Comité des droits de l'enfant de l'ONU.

⁹ Règlement UE 2019/1111, art. 21 et 68.

¹⁰ Pour en savoir plus : Institut du droit de la famille & du patrimoine, [L'audition amiable des enfants](#).

Tout avocat mandaté, tout médiateur missionné, en vue d'un conflit ou litige concernant un enfant devrait systématiquement proposer que le ou les enfants soient auditionnés par un auditeur neutre, si l'enfant le demande.

L'écoute des enfants est une grande source d'informations pour les parents.

« J'aime beaucoup être avec mamie le mercredi », « je ne veux pas prendre le bus on m'embête », « j'ai besoin de voir mon chien », « le déménagement c'était cool, surtout quand on a porté le poisson rouge », « une semaine chacun c'est bien parce que quand je dis au revoir à maman je sais que je la revois dans une semaine et que personne n'est triste », « je ne vois plus jamais papa/maman seul sans son nouveau copain/sa nouvelle copine », « le fils/la fille de mon beau-père m'embête », « comme la pension n'est pas payée, je ne peux pas choisir les études que je veux faire », « ce que je voudrais vraiment ? Que papa et maman arrêtent de se disputer, surtout devant moi », etc.

Une mine d'informations vivantes au soutien des parents confrontés aux choix à faire entre les options possibles. Un éclairage sur la vie de famille qui aide à abaisser les tensions et donc, les litiges.

Un processus sécurisé par la formation de l'auditeur, et le cadre du dispositif d'audition retracé par la Charte de déontologie des auditeurs d'enfants¹¹ élaborée par l'IDFP et la FLD.

Recevoir et écouter l'enfant dans des conditions adaptées, c'est remettre l'église au milieu du village... Un maillon central pour la justice amiable.

L'intérêt supérieur de l'enfant ? C'est que ses parents ne se fassent pas de procès !

*** Le juge, c'est celui qui prend les décisions lorsque l'amiable ne peut aboutir, totalement ou partiellement. Il est le garant de l'équilibre et de la sécurité des accords, dès lors que l'intervention des avocats et/ou médiateur seuls ne suffit pas.**

Le juge éclaire les parties en donnant la règle lorsque la confrontation des points de vue ne s'épuise pas en une décision commune.

Il fixe le cadre lorsque la solution demeure difficile à cerner ou à accepter pour l'une ou l'autre des parties.

Il protège les enfants en les écoutant, ou en les faisant écouter.

Il cherche la vérité, la justesse et la justice et s'efforce de les rendre dans ses décisions.

Il libère les personnes de leur dispute en y mettant un terme grâce à son autorité. Cela leur permet de reprendre leur route, sur un socle qu'ils n'auront pas choisi, mais qui représentera l'état du droit.

Surtout, il incite et, bientôt, procède aux rapprochements. Par cette audience de règlement amiable, le juge retrouvera son office de conciliateur. Il retrouvera de la proximité avec les justiciables.

Souhaitons que ce nouvel espace amiable puisse voir se jouer de beaux accords, menés par un quatuor harmonieux et solidaire.

¹¹ Pour recevoir une copie de la Charte, écrire à institut@institut-dfp.com.

LA TENTATIVE DE CONCILIATION, LE PRÉLIMINAIRE AU PROCÈS DEVANT LE TRIBUNAL PARITAIRE DES BAUX RURAUX ET LE CONSEIL DES PRUD'HOMMES

Par

Bérangère LE BOËDEC-MAUREL

*Vice-Présidente en charge des contentieux de la protection,
Présidente du Tribunal Paritaire des Baux ruraux, juge départiteur,
Tribunal Judiciaire de Basse-Terre*

La conciliation est un processus structuré par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends. La conciliation est tout à la fois un mode conventionnel et un mode judiciaire de résolution amiable des différends. Le législateur, tant communautaire que national, n'a eu de cesse d'en préciser les contours ces dernières années. Les réformes les plus récentes ont permis d'affiner les contours de la conciliation¹, laquelle peut être extrajudiciaire lorsqu'elle est menée à l'aide d'un tiers, un conciliateur de justice, ou judiciaire au sens strict lorsqu'elle est menée par le juge au cours d'une instance. Mais le juge peut aussi déléguer cette mission à un tiers qui ne peut être qu'un conciliateur de justice. On parle alors de conciliation judiciaire déléguée ou de conciliation judiciaire au sens large.

Plusieurs procédures de conciliation préalable ont été instituées par le législateur. Elles s'imposent aux parties au seuil de l'instance contentieuse, juste après son introduction. Ces préalables obligatoires sont prévus en particulier en raison de la nature de la juridiction devant laquelle l'affaire est portée. Ils constituent une première phase de la procédure contentieuse qui s'impose aux parties et dont le non-respect est sanctionné par la Cour de cassation. Tel est le cas notamment devant le conseil des prud'hommes et le tribunal paritaire des baux ruraux.

Le tribunal paritaire des baux ruraux (TPBR), juridiction agricole, est la concrétisation dans l'ordre judiciaire de l'idée d'un droit rural distinct du droit commun, une idée apparue en France dans les années 1930. Là encore, l'éclatement du droit commun a donné lieu à une spécialisation nouvelle : le droit rural, avec ses baux particuliers et ses institutions spécifiques. Une loi du régime de Vichy du 4 septembre 1943 a créé des commissions paritaires des baux ruraux. Cette première loi fut annulée et les commissions paritaires des baux ruraux ne virent le jour qu'à la Libération, en application de l'ordonnance du 4 décembre 1944. C'est au moment de l'adoption du statut du fermage par la loi n° 46-682 du 13 avril 1946 que furent institués les tribunaux paritaires. Une compétence générale et exclusive leur était accordée en matière de baux ruraux, ce qui signifiait que les juridictions paritaires connaissaient de toutes les contestations dont le droit rural était « l'objet, la cause ou l'occasion », à savoir aussi bien des contestations relatives à l'existence ou à la nature du bail que de celles relatives au droit de préemption. Le décret n° 58-1293 du 22 décembre 1958 vint modifier la structure même des juridictions agricoles, en supprimant les tribunaux d'arrondissement et en rendant l'appel aux juridictions de droit commun. Les juridictions paritaires n'ont été maintenues qu'au premier degré et leur champ de compétence a été restreint : ils ne connaissent désormais que des litiges entre bailleurs et preneurs de baux. Depuis, les tribunaux paritaires des baux ruraux constituent une juridiction échevinale, compétente, au premier degré, pour connaître des contestations entre bailleurs et preneurs de biens ruraux.

¹ Décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale, ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ; décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

La procédure applicable devant cette juridiction a également évolué. Désormais, les articles 1 à 749 du Code de procédure civile comme les articles 827 et suivants sont applicables au tribunal paritaire des baux ruraux, suivant renvoi opéré par l'article 882 du Code de procédure civile : « *La procédure applicable devant le tribunal paritaire est la procédure orale ordinaire applicable devant le tribunal judiciaire sous réserve des dispositions ci-dessous.* ». Les articles 880 et suivants du même code énoncent, quant à eux, diverses règles propres à la procédure devant le tribunal paritaire des baux ruraux.

Le conseil de prud'hommes (CPH) trouve son origine dans les institutions judiciaires de l'Ancien Régime. En 1296, le Parlement de Paris avait institué vingt-quatre prud'hommes en les chargeant d'assister le prévôt des marchands et les échevins afin de juger, en dernier ressort, les contestations qui pourraient s'élever entre les marchands et les fabricants qui fréquentaient foires et marchés. Par la suite, l'institution se développa, comme à Marseille avec des prud'hommes pêcheurs, ou à Lyon dans l'industrie de la soie. Le 18 mars 1806 une loi créait un conseil de prud'hommes à Lyon. La loi du 27 mai 1848 conféra à l'institution un élément fort de sa forme actuelle avec l'apparition du paritarisme entre employeurs et salariés. En 1907, une nouvelle loi en fit une véritable juridiction sociale, reconnue compétente en matière de contentieux individuels du travail. Une réforme, mise en œuvre en 1979, généralisa l'institution sur le plan géographique et dans la couverture des branches d'activités.

Le CPH est une juridiction spécialisée dont la compétence est rigoureusement circonscrite. Conformément à l'article L. 1411-4 alinéa 2 du Code du travail, le conseil de prud'hommes n'est pas compétent pour connaître des litiges attribués à une autre juridiction par la loi, et notamment par le Code de la sécurité sociale, en matière d'accidents du travail. Il dispose en revanche d'une compétence exclusive pour connaître de l'application des règles relatives à la rupture du contrat de travail et pour se prononcer en conséquence sur la demande de résiliation judiciaire de ce contrat formée par le salarié². Cette compétence d'attribution du conseil de prud'hommes est fixée par l'article L. 1411-1, alinéa 1er du Code du travail : « *Le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient.* » Cette compétence s'exerce quel que soit le montant de la demande (art. L. 1411-4, al. 1er C. trav.).

La juridiction prud'homale est soumise aux dispositions du livre 1er du Code de procédure civile (art. R. 1451-1 C. trav.). Son organisation et son fonctionnement sont toutefois régis par des dispositions dérogatoires figurant aux articles L. 1411-1 et suivants, pour la partie législative, et R. 1412-1 et suivants du Code du travail.

Le législateur impose désormais pour ces deux juridictions spécialisées, qui ont pour point commun d'appliquer le principe de l'oralité, une procédure de tentative de conciliation obligatoire (I) dont l'objectif est de favoriser la recherche d'un accord amiable – total ou partiel – entre les parties (II).

I. La généralisation de la tentative de conciliation obligatoire

- **Un même préalable, mais adapté à chaque juridiction**

Tant devant le CPH que devant le TPBR, la tentative de conciliation est donc désormais obligatoire, elle constitue la première partie de l'instance.

² Soc., 3 mai 2018, n° 16-18.116, JCP S 2018.

La conciliation et le conseil de prud'hommes

L'existence de cette procédure permet aux parties de saisir directement le conseil des prud'hommes de leur différend, nonobstant la clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat³. Son omission est sanctionnée par une nullité d'ordre public qui peut être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation.

L'audience de conciliation devant les conseillers n'est pas publique. C'est la première phase de l'instance juridictionnelle (cf. infra). Un jugement n'intervient que si la conciliation n'a pas abouti (art. L. 1411-1 C. trav.). La Cour de cassation a affirmé à de nombreuses reprises son caractère substantiel⁴, essentiel⁵ et d'ordre public⁶. C'est ainsi que la soumission du litige à une commission paritaire prévue par une convention collective ne dispense pas de la tentative de conciliation prud'homale⁷. Il en est de même lorsque les parties ont eu préalablement recours à un mode de résolution amiable des différends (art. 2066 C. civ., pour la procédure participative).

Des assouplissements et des dispenses

La Cour de cassation a toutefois apporté des assouplissements au caractère préalable de la conciliation. Elle a ainsi reçu favorablement la pratique de la régularisation par le bureau de jugement lorsque le préliminaire de conciliation n'a pas été respecté⁸. La Cour de cassation a également admis la régularisation d'une conciliation par la cour d'appel⁹.

Par ailleurs, certains litiges sont dispensés du préalable de conciliation, le législateur ayant souhaité qu'ils soient traités avec davantage de célérité. Cette faculté ne s'impose pas au salarié, lequel peut toujours soumettre son litige à la procédure prud'homale classique¹⁰. Cette même faculté concerne les litiges relatifs aux créances salariales au cours d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire¹¹, les demandes en requalification de contrat de travail à durée déterminée¹² (art. L. 1245-2 C. trav.) ou d'une mission d'intérim (art. L. 1251-41 C. trav.), les contestations de refus par l'employeur de l'octroi des congés d'articulation entre vie professionnelle et vie personnelle (art. L. 3142-1 C. trav.), de congés de formation économique et sociale et de formation syndicale (art. R. 3142-1 C. trav.), de congés de reprise d'entreprise ou sabbatique (art. D. 3142-52 C. trav.) et depuis la loi n° 2014-743 du 1er juillet 2014, la demande de requalification de la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié en licenciement sans cause réelle et sérieuse (art. L. 1451 C. trav.). Dans ces hypothèses et sauf application de la procédure de référé en la forme, l'affaire est nécessairement orientée vers la formation classique du bureau de jugement, composée de quatre conseillers prud'hommes, puisque seul le bureau de conciliation et d'orientation a le pouvoir d'orienter une affaire vers les formations restreinte et plénière. Certains demandeurs peuvent prendre parfois prétextes de ces exceptions pour court-circuiter le préliminaire de la conciliation et gagner ainsi un peu de temps au détriment des autres justiciables.

³ Soc. 5 déc. 2012, n° 11-20.004.

⁴ Soc. 17 mars 1950, Bull. civ. IV, n° 267. – Soc. 21 janv. 1955, *ibid.* IV, n° 62.

⁵ Soc. 6 juill. 1978, *ibid.* V, n° 577.

⁶ Soc. 5 avr. 1957, *ibid.* IV, n° 445 et 446.

⁷ Soc. 23 janv. 1959, Bull. civ. IV, n° 105.

⁸ Soc. 18 nov. 1998, n° 96-41.005, Bull. civ. V, n° 507.

⁹ Soc. 12 nov. 2000, n° 98-46.100, Bull. civ. V, n° 422.

¹⁰ Soc. 4 févr. 2003, n° 00-43.558, Bull. civ. V, n° 36.

¹¹ Loi n° 85-98 du 25 janv. 1985, D. 1985. 147. – art. 625-5 C. comm.

¹² Soc. 28 avr. 2011, n° 09-43.226, Bull. civ. V, n° 95.

Par application de l'article 47 du Code de procédure civile, lorsqu'une affaire prud'homale est renvoyée devant une juridiction limitrophe, le préliminaire de conciliation qui avait été déjà effectué n'a pas à être réitéré¹³. Il en est de même lorsque la reprise de l'instance intervient après radiation¹⁴, ou lorsqu'une demande est renouvelée après que le bureau de jugement a déclaré caduque la citation. Enfin, sous réserve de se rattacher aux prétentions originelles par un lien suffisant, les demandes nouvelles sont recevables sans que puisse être opposée l'absence de tentative de conciliation (art. R. 1452-7 C. trav.).

La comparution personnelle des parties

En cas de saisine du conseil des prud'hommes, afin que les parties puissent éventuellement se concilier, elles sont, en principe, tenues de comparaître en personne devant le bureau de conciliation. Avant le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail, les textes disposaient que « *les parties comparaissent en personne, sauf à se faire représenter en cas de motif légitime* » (anc. art. R. 1453-1 C. trav.). On pouvait ainsi parler « *d'oralité renforcée* »¹⁵ pour signifier que la seule parole utile est celle du justiciable personnellement, et non celle de son représentant. Comme avait pu le souligner la Cour de cassation, cette obligation de comparution personnelle se justifiait par la mission de conciliation du Conseil de prud'hommes¹⁶. Cette obligation a été toutefois vidée de sa substance au moment où la Cour de cassation a retenu que la représentation par avocat vaut implicitement, mais nécessairement, existence d'un motif légitime¹⁷. En permettant ensuite par décret du 18 juillet 2008 puis par décret du 20 mai 2016 aux parties de se faire représenter et assister devant le bureau de conciliation du Conseil des prud'hommes, le législateur est venu drastiquement assouplir le caractère obligatoire de la phase de conciliation.

La conciliation et le tribunal paritaire des baux ruraux

La phase de conciliation est également obligatoire devant le tribunal paritaire des baux ruraux. La Cour de cassation analyse l'absence de tentative de conciliation comme une fin de non-recevoir¹⁸. Si cette phase connaît des assouplissements devant le Conseil des prud'hommes, ainsi qu'il l'a été mentionné dans les développements précédents, les cas d'exonération sont bien plus rares devant le tribunal paritaire des baux ruraux. Les deux seules exceptions sont relatives, d'une part, à la demande incidente qui n'a pas à être soumise à un préliminaire de conciliation¹⁹ et, d'autre part, à la procédure d'appel qui n'exige pas le recours à une nouvelle tentative de conciliation²⁰.

Si les textes limitent la possibilité aux parties de se faire représenter en cas de motif légitime, la pratique révèle que cette tentative de conciliation reste vaine lorsque les parties sont représentées (art. 883 al. 2 C. pr. civ.). C'est un régime plus restrictif qu'en matière prud'homale où la nécessité de justifier d'un motif légitime pour échapper à la comparution personnelle n'est plus exigée.

Il peut également arriver que les parties ne comparaissent pas. Dans cette hypothèse, l'article 887 alinéa 3 du Code de procédure civile²¹ prévoit que leur absence est constatée dans un procès-verbal. L'article 888²² du même code ajoute que « *l'affaire est renvoyée pour être jugée à une audience dont le président indique la date aux parties présentes* ». Les autres parties sont convoquées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, quinze jours au moins avant la date fixée par le

¹³ Soc. 7 nov. 1995, n° 93-43.806 et 93-44.194, Bull. civ. V, n° 291.

¹⁴ Soc. 27 févr. 2002, n° 00-40.496, inédit.

¹⁵ Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND et Cécile CHAINAIS, *Procédure civile*, Dalloz, n° 1925.

¹⁶ Soc. 6 juillet 1978, n° 76-40.728, Bull. civ., n° 577.

¹⁷ Soc. 14 janvier 1998, n° 95-43.957.

¹⁸ Civ. 3^e, 15 févr. 1978, n° 76-12.659.

¹⁹ Civ. 3^e, 22 janv. 2014, n° 12-28.246.

²⁰ Civ. 3^e, 21 oct. 1992, n° 90-16.275, P III, n° 278.

²¹ Mod. par le Décret n° 2015-282, 11 mars 2015, relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends – art. 26

²² Mod. par le Décr. 11 mars 2015, art. 26, *op. cit.*

président. La convocation indique que faute pour elle de comparaître, elles s'exposent à ce qu'un jugement soit rendu contre elles sur les seuls éléments fournis par leur adversaire. En cas d'absence d'une partie, il n'y a donc pas de tentative de conciliation et le tribunal renvoie directement l'affaire à l'audience de jugement.

- **Des modalités différentes selon la juridiction**

La conciliation devant le TPBR

Le tribunal paritaire des baux ruraux peut, avec l'accord des parties, déléguer la mission de conciliation à un conciliateur de justice qu'il désigne à cette fin (art. 887 C. pr. civ.).

Lorsque le juge délègue sa mission de conciliation, il fixe la durée de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée. La durée initiale de la mission ne peut excéder trois mois. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du conciliateur. La teneur de l'accord, même partiel, est consigné dans un procès-verbal signé par les parties et le juge ou dans un constat signé par les parties et le conciliateur de justice (art.130 C. pr. civ.).

À tout moment, les parties, ou la plus diligente d'entre elles, peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le conciliateur de justice. Le juge statue sur la requête qui lui est présentée. L'homologation relève de la matière gracieuse.

Le droit applicable devant le CPH

On a vu plus haut que la conciliation se fait exclusivement devant les conseillers prud'homaux. En effet, le recours aux conciliateurs n'a pas été étendu à la matière prud'homale. Seule l'utilisation de la médiation conventionnelle et de la convention de procédure participative a été instaurée par la loi sur la croissance et l'activité du 6 août 2015²³, dite « *Loi Macron* ».

La procédure participative assistée par avocat est une convention par laquelle les parties qui s'opposent, s'engagent, avant de saisir la justice, à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend. Si la procédure amiable n'aboutit pas à un accord, les parties sont libres de porter leur différend devant la justice. Chaque partie est accompagnée tout au long de la procédure par son avocat. Il est le seul professionnel à conjuguer confidentialité, secret professionnel et connaissance juridique et à apporter toutes les garanties liées à sa déontologie. Il est aussi le seul professionnel habilité à assister les parties dans le cadre de cette procédure. Si un accord est trouvé, une convention précisant les modalités de cet accord est signée par les parties mettant fin au différend. Cet accord peut faire l'objet d'une homologation par un juge. En cas d'échec des négociations, le jugement de l'affaire sera accéléré grâce à la prise en compte des échanges déjà intervenus.

La médiation conventionnelle également, appelée médiation extrajudiciaire, se distingue du mode alternatif de résolution des litiges précédent en ce que les parties tentent de régler un litige avec l'aide d'un médiateur sans saisir la justice.

II. L'objectif de la conciliation et la gestion de l'échec

- **La recherche d'un accord entre les parties**

Dans le cadre de la procédure prud'homale, le bureau de conciliation et d'orientation (BCO), nouvellement créé par la Loi Macron, doit entendre les explications des parties et s'efforcer de les concilier. Il peut entendre chacune des parties séparément et dans la confidentialité (art. L. 1454-1, al. 2 C. trav.). La tentative peut donner lieu à une conciliation partielle ou totale. Un procès-verbal est

²³ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

alors dressé. Il précise, s'il y a lieu, que l'accord a fait l'objet en tout ou partie d'une exécution immédiate devant le BCO.

La loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a retouché la conciliation prud'homale et modifié l'article L. 1235-1 du Code du travail pour renforcer la conciliation en matière prud'homale qui connaissait un taux d'échec particulièrement élevé²⁴.

Ce dispositif, qui concerne les litiges relatifs à la rupture du contrat de travail et porte sur la procédure de licenciement et la cause réelle et sérieuse de celui-ci, prévoit ainsi la possibilité pour le BCO de proposer de mettre un terme par accord au litige né d'une irrégularité du licenciement par le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié et codifié à l'article D. 1235-21 du Code du travail²⁵. Le procès-verbal constatant l'accord vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la régularité de la rupture du contrat de travail.

À défaut de conciliation totale, les prétentions qui restent contestées et les déclarations faites par les parties sur ces prétentions sont notées au dossier ou au procès-verbal par le greffier sous le contrôle du président (art. R. 1454-10 C. trav.²⁶). Des extraits du procès-verbal peuvent être délivrés aux parties. Ils valent titre exécutoire (art. R. 1454-11 C. trav.). Mais les parties peuvent toujours saisir la juridiction prud'homale d'une action en contestation d'une transaction, quand bien même elle aurait été constatée dans un procès-verbal dressé par le bureau de conciliation²⁷.

S'agissant de la procédure devant le tribunal paritaire des baux ruraux, le tribunal établit un procès-verbal en cas d'accord des parties. À défaut d'accord total, un procès-verbal doit également être dressé. Il constate s'il y a lieu, l'accord partiel. En effet, l'accord partiel modifie l'étendue du litige soumis au tribunal²⁸. L'accord partiel ou total ainsi obtenu est une transaction régie par les articles 2044 et suivants du Code civil. Cette transaction aura entre les parties l'autorité de chose jugée en dernier ressort. Il s'ensuit que l'accord, même partiel, s'impose non seulement aux parties mais aussi au juge qui connaîtra d'un litige connexe ultérieur ou de l'objet du litige qui n'aura pas été réglé par la transaction²⁹. L'article 131, alinéa premier, du Code de procédure civile prévoit en outre que des extraits du procès-verbal constatant la conciliation peuvent être délivrés et qu'ils valent titre exécutoire.

Jusqu'en 2010, reprenant une règle ancienne, l'article 887 alinéa 2 du Code de procédure civile précisait que le procès-verbal de non-conciliation devait mentionner « *les modalités du règlement du litige proposé à la majorité des voix* ». Les parties étaient ainsi informées de la solution du litige qui aurait été retenue si une décision avait été rendue par les juges lors de la tentative de conciliation. Les parties pouvaient discuter cette proposition de solution. Ce texte a été abrogé par le décret du 1er octobre 2010³⁰.

Le défaut de procès-verbal de non-conciliation ne signifie pas nécessairement que la tentative de conciliation n'a pas eu lieu. Les juges devront rechercher si la tentative de conciliation a eu lieu, en dépit de l'absence de procès-verbal. C'est ainsi ce qu'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt ancien relevant en effet que la simple absence d'un procès-verbal n'est pas suffisante à elle seule pour considérer qu'aucune tentative de conciliation n'a été tentée entre les parties³¹.

²⁴ Aux alentours de 95 % en 2013.

²⁵ Mod. par le Décret n° 2016-1582, 23 nov. 2016 portant sur le barème de l'indemnité forfaitaire de conciliation fixé à l'article D. 1235-21 du Code du travail, art. 1^{er}, JO 25 nov.

²⁶ Mod. par le décret n° 2016-660, 20 mai 2016, relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail - art. 43.

²⁷ Soc. 29 sept. 2010, n° 09-42.084.

²⁸ Soc. 19 nov. 1953, P V, n° 726.

²⁹ Soc. 19 nov. 1953, Bull. civ. V, n° 726.

³⁰ Décret 1^{er} oct. 2010, *op. cit.*

³¹ Civ. 3e, 8 mai 1973, Bull. civ. III, n° 325.

- **La poursuite de l'instance en cas d'échec**

L'obtention d'un accord n'est pas chose évidente quels que soient l'investissement et la bonne foi des parties.

Aussi, en cas d'échec de la conciliation en matière prud'homale, c'est désormais le BCO, et non plus le bureau de jugement, qui assure la mise en état des affaires (art. L. 1454-1-2 C. trav.). Par simple mesure d'administration judiciaire, il exerce sa mission d'orientation et renvoie l'affaire : soit devant le bureau de jugement en formation restreinte lorsqu'elle porte sur une demande de résiliation ou de licenciement, soit devant le bureau de jugement en formation plénière, soit encore, lorsque l'affaire est sensible, devant la formation de jugement échevinée, anticipant une procédure de départage. Lorsque l'affaire est en état d'être immédiatement jugée et si l'organisation des audiences le permet, l'audience du bureau de jugement peut avoir lieu sur le champ (art. R. 1454-18, al. 3 C. trav.).

On l'a vu, l'échec de la tentative de conciliation devant le tribunal paritaire des baux ruraux peut être consécutif à l'absence de comparution d'une des parties. Cette défaillance fait, par nature, obstacle à la tentative de conciliation. L'article 887, alinéa 3, du Code de procédure civile prévoit qu'un procès-verbal pour défaut de comparution doit la constater. La non-comparution personnelle de l'une des parties, défendeur ou demandeur, régulièrement représentée par son conseil à l'audience de tentative de conciliation du tribunal paritaire des baux ruraux, en ce qu'elle empêche toute conciliation, justifie également le renvoi de l'affaire pour y être jugée à une audience du tribunal³². L'échec de la tentative peut résulter tout simplement de l'absence totale ou partielle d'accord. La conséquence immédiate de l'échec de la conciliation est alors la poursuite du contentieux : l'article 888 du Code de procédure civile prévoyant qu'en cas de défaut de conciliation ou de non-comparution d'une partie, l'affaire est renvoyée à une audience ultérieure. Si les parties sont présentes, le président leur en indique la date d'audience. Les parties absentes seront convoquées par le greffier conformément à l'article 886 du Code de procédure civile. Le contenu de cette seconde convocation fait l'objet d'une précision qui n'apparaissait pas pour la première : elle indiquera en effet aux parties que faute pour elles de comparaître, elles s'exposent à ce qu'un jugement soit rendu contre elles sur les seuls éléments fournis par leur adversaire³³.

* * *

La tentative de conciliation est ainsi une étape cruciale dans le règlement des litiges et trouve toute sa place dans le cadre des contentieux prud'homaux et des baux ruraux. En encourageant les parties à résoudre leur différend avant tout jugement, elle participe à une meilleure acceptation par les parties de la décision à laquelle elles aboutissent, car elles y participent, et par là même à sa meilleure exécution. En fait et en droit, la tentative de conciliation fait du justiciable un acteur responsable du processus.

La réussite de cette procédure de conciliation repose pour l'essentiel sur la bonne volonté des parties et la capacité du juge ou du conciliateur à développer un esprit de consensus pour parvenir à trouver des points d'accord. Si cette capacité est un requis nécessaire pour le conciliateur pour pouvoir exercer sa mission, les magistrats, pour la majorité d'entre eux, ne sont pas formés spécifiquement à cet exercice. Le recours accru à cette procédure devrait ainsi encourager l'ensemble des magistrats à développer cette compétence. Elle apparaît désormais comme une nécessité pour favoriser, le plus en amont possible du processus, la résolution des conflits. À ce titre, en matière prud'homale et de baux ruraux, la conciliation se place au cœur de l'office de juge.

³² Civ. 3e, 19 sept. 2007, n° 06-17.

³³ C. pr. civ., art. 888, al. 2.

LES POUVOIRS DE SANCTION DU PARQUET DANS LE CADRE DE LA JUSTICE NÉGOCIÉE : (VERS) UN PROCUREUR QUASI-JUGE ?

Par

Valérie BOUCHARD,

*Professeure de Droit privé et de sciences criminelles,
Université de Toulon*

D'après l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable* ». En vertu de l'article préliminaire du Code de procédure pénale (CPP) : « *toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'est pas établie* ». Au nom du droit à la présomption d'innocence ainsi consacré, l'article 66 de la Constitution impose l'autorité judiciaire comme gardienne des libertés individuelles. À ce titre, ce même article préliminaire prévoit que la procédure pénale « (...) *doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement* ». Introduit dans notre droit par la célèbre loi Constans en 1897¹, le principe de la séparation des fonctions n'est consacré qu'un siècle plus tard par la loi Guigou du 15 juin 2000². Il suppose que le procès pénal ne puisse garantir une procédure juste et équitable au nom de l'équilibre des droits des parties que dans la mesure où les autorités chargées de l'action publique se distinguent des autorités de jugement, lesquelles concourent à la sauvegarde des libertés individuelles³.

Au risque de verser dans le lieu commun, ce principe fondamental qu'est la séparation des fonctions établit un ordre chronologique d'intervention des acteurs en charge du dossier pénal : d'abord les organes investis dans l'élaboration du dossier, ensuite les organes assumant l'appréciation du dossier⁴. Le législateur précise d'ailleurs dès les premières dispositions du CPP que l'action publique est l'action pour l'application des peines exercée par les magistrats et fonctionnaires auxquels elle est confiée⁵, à savoir les magistrats du ministère public chargés de requérir l'application de la loi pénale⁶. Une fois le dossier pénal constitué, les magistrats du siège procéderont à l'instruction du dossier et, en fonction des éléments déterminants de celui-ci, prendront la décision de culpabilité et de pénalité qui s'impose⁷.

Ainsi rappelé, le principe de la séparation des fonctions appelle plusieurs remarques.

Sur un plan organique, la structure même du processus pénal est calquée sur la séparation des fonctions, autrement dit, sur une forme de répartition des tâches. C'est pourquoi la phase préparatoire du procès est régie par le modèle inquisitoire aux caractères écrit, secret et non contradictoire privilégiant l'efficacité dans la recherche probatoire⁸. La phase décisive du procès, quant à elle, applique le modèle accusatoire aux caractères oral, public et contradictoire préservant l'équilibre des parties, notamment au regard des droits de la défense. Il y a une logique derrière tout cela : à chacun ses fonctions, à chacun ses moyens.

¹ Loi du 8 décembre 1897 ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et délits.

² Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence et aux droits des victimes.

³ Jean PRADEL, « [D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale](#) », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 171.

⁴ Serge GUINCHARD, Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, 15^{ème} éd., Paris, 2022, LexisNexis, n° 115.

⁵ C. pr. pén. art. 1^{er}.

⁶ C. pr. pén. art. 31.

⁷ Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, 21^{ème} éd., Paris, 2008, Dalloz, Précis, n° 43.

⁸ V. notamment. Maximo LANGER, « [La portée des catégories accusatoire et inquisitoire](#) », *RSC*, 2014, p. 707.

Sur un plan fonctionnel, cette distribution des rôles revient à garantir au justiciable un véritable droit d'accès au juge pénal, et ce, tout au long de la chaîne pénale⁹. Lors de la phase préparatoire, il se concrétise par un droit au juge de l'enquête, relayé, le cas échéant, par un droit au juge de l'instruction, qui ne sera pas abordé dans le cadre de cette étude. Lors de la phase décisive, il se présente sous une forme plus familière, à savoir le droit à un tribunal impartial et indépendant. Inéluctablement, la question du statut se pose au stade préparatoire du procès¹⁰. Le magistrat du Parquet a beau présenter des caractéristiques d'irrécusabilité, d'irresponsabilité et d'indivisibilité bien connues, son organisation hiérarchique comme sa subordination au garde des Sceaux sont toujours sujettes à caution¹¹. Tel n'est pas le cas du magistrat du siège dont l'indépendance comme l'impartialité sont préservées par son inamovibilité.

De cette répartition des tâches confiant un rôle bien précis à chaque intervenant de la chaîne pénale, découlent les attributions du procureur de la République codifiées aux articles 39 et suivants du CPP. La mise en œuvre de la politique pénale ministériellement définie compte au nombre de celles-ci¹². Il en va de même de la prévention des infractions à la loi pénale¹³ et de la répression des atteintes à l'ordre public pour lesquelles le Parquet dispose d'un pouvoir de direction de la police judiciaire, en veillant à ce que les investigations soient effectuées à charge et à décharge dans un souci de recherche de la vérité¹⁴. Pour ce faire, le Parquet bénéficie d'une marge de manœuvre, et non des moindres, puisqu'il apprécie les suites à donner en vertu du principe de l'opportunité des poursuites.

Poursuivre ou ne pas poursuivre telle est la question. En fonction de la réponse apportée, le choix de la réponse pénale prend tout son sens. Pour autant, dans le contexte délinquantiel actuel, la réponse pénale ne suppose plus inéluctablement l'engagement d'une procédure contentieuse à l'issue répressive. Depuis plusieurs années, force est de constater que la réponse pénale évolue au point de revêtir la forme d'une procédure gracieuse à finalité consensuelle. Si cette tendance se fonde initialement sur le principe de l'opportunité des poursuites, elle est en train de redessiner substantiellement le rôle du ministère public dans la mise en œuvre de l'action publique. Que ce soit au niveau des dispositifs alternatifs proposés ou des mesures qu'ils impliquent, le procureur se voit confier un rôle déterminant lui permettant de négocier avec la peine. Il n'est plus seulement le magistrat chargé de l'action pénale, il devient également le magistrat en charge de la réponse pénale, voire de la sanction pénale, concurremment à son homologue du siège.

Les pouvoirs ainsi conférés au Parquet dans le cadre de la justice dite « négociée » nous amènent à nous demander si l'on ne tendrait pas vers un procureur quasi-juge ? Afin de rechercher des éléments de réponse, nous commencerons par examiner les pouvoirs de sanction *ante sententiam* du Parquet **(I)**, qui dépassent largement le cadre de l'alternative aux poursuites qu'est la composition pénale, avant d'approfondir les pouvoirs de sanction *sententia* du Parquet **(II)** qui ne sauraient se limiter à l'alternative au jugement qu'est la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC).

I – Les pouvoirs de sanction *ante sententiam* du Parquet

En vertu du principe de l'opportunité des poursuites, le Parquet tire de l'article 40-1 du CPP une triple alternative présentée dans l'ordre suivant : soit il engage des poursuites pénales, soit il opte

⁹ Valérie BOUCHARD, *Le droit au juge pénal aujourd'hui. Mélanges en l'honneur du Professeur JF. Renucci*, Dalloz, à paraître.

¹⁰ Akila TALEB-KARLSSON, Valérie BOUCHARD (dir.), *Le Parquet du XXI^{ème} siècle*, sous le parrainage de François MOLINS, Colloque, Toulon, Décembre 2021, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2022.

¹¹ Jérôme PAUZAT, Marie BOUGNOUX, Laurent SEBAG, *Manifeste pour une justice humaine et indépendante : Programme de refonte de la justice*, Enrick B. éditions, 2022, 134 p.

¹² C. pr. pén. art. 39-1.

¹³ C. pr. pén. art. 39-2.

¹⁴ C. pr. pén. art. 39-3

pour une procédure alternative aux poursuites, soit il classe sans suite la procédure. L'ordre de présentation n'est pas anodin, le déclenchement des poursuites étant davantage dans la « culture » du Parquet que l'abandon des poursuites, sous réserve des éléments de caractérisation de l'infraction et d'identification de son auteur présumé. Les prérogatives sous-jacentes à cette disposition sont telles qu'elles permettent d'envisager le Parquet comme un « pré-juge » de l'orientation du dossier en amont des poursuites **(A)**, au point de lui confier un pouvoir de sanction au stade de l'alternative aux poursuites **(B)**.

A) Le Parquet, un « pré-juge » de l'orientation du dossier en amont des poursuites

À la différence des pays légalistes entravés par le principe de la légalité des poursuites les contraignant à initier une procédure dès lors que l'infraction est constituée, la France appartient aux pays « opportunistes »¹⁵. Instauré par la loi Perben II du 9 mars 2004¹⁶, l'article 40-1 du CPP et le principe d'opportunité des poursuites qu'il renferme confient ainsi aux magistrats du ministère public une marge d'appréciation considérable quant à l'orientation du dossier pénal en amont des poursuites. Avant 1999¹⁷, à l'antipode des poursuites engagées, c'est une décision de classement sans suite qui s'imposait. Depuis 1999, ce n'est plus le cas puisque le législateur met des outils alternatifs à la disposition du procureur. En d'autres termes, un évitement des poursuites peut désormais se matérialiser soit par le recours à un mode alternatif de règlement des conflits (MARC), soit par un classement sans suite (CSS) lesquels méritent quelque attention dans un ordre *crescendo* de « réponse » pénale.

Le CSS, pour ainsi dire, n'est plus ce qu'il était. Longtemps considéré comme une simple mesure d'administration judiciaire dépendant du pouvoir discrétionnaire du Parquet, le libellé de l'article 40-1 du CPP est formel depuis la loi Perben II de 2004 : le CSS doit être justifié « (...) *dès lors que des circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient* ». Le législateur va même plus loin en exigeant que le Parquet avise les plaignants ou les victimes (si elles sont identifiées) des raisons factuelles, juridiques ou d'opportunité fondant une telle décision¹⁸. Cette obligation de motivation du CSS, relayée par l'obligation d'information de la victime afin qu'elle puisse exercer un recours hiérarchique, le cas échéant¹⁹, peut surprendre. Concrètement, elle illustre la décision du procureur estimant les poursuites inopportunes. Si le CSS n'est plus une décision discrétionnaire, il n'en demeure pas moins une décision unilatérale. Nombre de services fonctionnent avec un formulaire-type dont les motifs de classement, non précisés par la loi d'ailleurs²⁰, laissent augurer les prémises d'une forme de justice négociée dans un contexte conjoncturel particulier. Tel est le cas des motifs de classement sous condition, par exemple. Le CSS n'en demeure pas moins un « bon » outil de politique pénale sachant que les États généraux de la justice se sont employés à dénoncer l'état de saturation des services du Parquet et les problèmes de déstockage des dossiers sous-jacents²¹.

Les alternatives aux poursuites, au titre desquelles l'article 41-1 du CPP figure en bonne place, sont envisageables sous réserve de poursuivre un triple but ambitieux, à savoir la réparation du dommage causé à la victime, la cessation du trouble social et le reclassement du délinquant. Dans cette

¹⁵ Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^{ème} éd., Paris, 2008, Dalloz, n° 332.

¹⁶ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dite loi Perben II.

¹⁷ Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 destinée à renforcer l'efficacité de la procédure pénale.

¹⁸ C. pr. pén. art. 40-2 al. 2.

¹⁹ C. pr. pén. art. 40-3.

²⁰ Serge GUINCHARD, Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit. n° 1519.

²¹ La France compte en moyenne 3 parquetiers pour 100 000 habitants. La pénurie impacte tous les maillons de la chaîne pénale sachant que le phénomène ne s'est pas arrangé en 2020 avec la grève des avocats et les différents épisodes de confinement pour cause de crise sanitaire V. [Rapport du comité des États généraux de la justice](#) (Octobre 2021- avril 2022), avril 2022, p. 55-56 notamment.

perspective, le législateur énonce une dizaine de mesures susceptibles d'être proposées directement par le procureur ou indirectement par un officier de police judiciaire (OPJ), un délégué ou un médiateur. Sans verser dans l'énumération, on ne peut qu'être frappé par le panel de mesures inhérentes à ce dispositif dont la diversité s'est substantiellement accrue au cours des dernières années :

- Initialement, les traditionnelles obligations de faire envisagées supposent l'orientation vers une structure sanitaire et sociale, voire le suivi d'un stage adapté à la nature infractionnelle des faits²², à moins qu'il ne s'agisse d'une mesure d'éloignement du domicile imposée pour cause de violences conjugales²³.

- Force est de constater que la loi du 8 avril 2021 améliorant l'efficacité de la justice de proximité et la réponse pénale²⁴ change de ton. En effet, des mesures à finalité réparatrice plus fermes sont instaurées comme la convocation du maire en vue de la conclusion d'une transaction²⁵, la réparation du dommage causé sous forme de restitution ou de remise de la chose, voire de versement pécuniaire²⁶. De même, après l'interdiction de paraître introduite par la loi de programmation pour la justice (LPJ) du 23 mars 2019²⁷, de nouvelles mesures réparatrices n'allant pas sans rappeler quelques mesures de sûreté sont initiées comme l'interdiction de contact avec la victime²⁸, voire les co-auteurs ou complices de l'infraction²⁹. Enfin, des mesures à vocation réparatrice semblent se muer en mesures sanctionnatrices, à l'instar du dessaisissement³⁰ faisant penser à la confiscation et de la contribution citoyenne³¹ se rapprochant de l'amende pénale.

- Plus récemment, la suppression du rappel à la loi au bénéfice de l'avertissement probatoire par la loi confiance du 22 décembre 2021³² rappelle que la création de cet outil est issue de la pratique des Parquets afin de solutionner le flux des affaires à traiter. Initialement inscrit dans une logique gestionnaire, il devient un véritable outil de politique pénale avec la loi de 1999. Mais le rapport à l'autorité ayant changé avec les années, le législateur aspire à ce que l'avertissement probatoire soit perçu comme une mise en garde de ne pas recommencer sous peine de s'exposer à une réponse pénale moins clémentaire la prochaine fois.

Au fil des procédés énoncés, on décèle qu'en fonction du dispositif alternatif retenu, le procureur se présente comme un véritable « pré-juge » de l'orientation du dossier pénal, voire comme un « quasi juge », si l'on en croit la dimension sanctionnatrice renfermée par les dispositifs initiés.

²² C. pr. pén. art. 41-1 2°, comprenant le stage de citoyenneté, le stage de responsabilité parentale, le stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels, le stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et sexistes, le stage de lutte contre le sexisme et de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes, le stage de sensibilisation aux dangers des stupéfiants et le stage de sensibilisation à la sécurité routière.

²³ C. pr. pén. art. 41-1 6°.

²⁴ Loi n° 2021-401 du 8 avril 2021 améliorant l'efficacité de la justice de proximité et de la réponse pénale.

²⁵ C. pr. pén. art. 41-1 11°, prévoyant de demander à l'auteur des faits de répondre à une convocation du Maire en vue de la conclusion d'une transaction. Ce dernier devra tenir le Procureur de la République informé de la présentation ou non de la personne et de la conclusion ou non d'un accord.

²⁶ C. pr. pén. art. 41-1 4°, modifié afin de prévoir, au bénéfice de la victime ou de toute personne physique ou morale, la réparation des lieux ou choses dégradées lesquelles peuvent consister en une restitution ou une remise en état aux frais de l'intéressé.

²⁷ C. pr. pén. art. 41-1 7°.

²⁸ C. pr. pén. art. 41-1 8° : il peut être demandé à l'auteur des faits de ne pas rencontrer ou recevoir, de ne pas entrer en relation, pour une durée limitée, avec la ou les victimes de l'infraction désignée(s) par le Parquet que ce soit directement ou indirectement.

²⁹ C. pr. pén. art. 41-1 9° : il peut être demandé à l'auteur des faits de ne pas rencontrer ou recevoir, de ne pas entrer en relation, pour une durée limitée, avec le ou les coauteurs ou complices désignés par le Parquet que ce soit directement ou indirectement.

³⁰ C. pr. pén. art. 41-1 3°, modifié afin de prévoir la régularisation de la situation de la personne au regard des lois et règlements. Cette régularisation peut prendre la forme d'un dessaisissement de la chose objet ou produit de l'infraction au profit de l'État ou d'une personne morale à but non lucratif.

³¹ C. pr. pén. art. 41-1 10° : il peut être demandé à l'auteur de faits de s'acquitter d'une contribution citoyenne dont le montant ne peut excéder 3000€ auprès d'une association d'aide aux victimes.

³² Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

Parmi ces dispositions, il convient de réserver une place particulière à la médiation pénale qui est l'essence même de la justice négociée. Aspirant à mettre le délinquant et la victime face à face au risque de privatiser le processus pénal, l'idée est de placer les parties en mesure de rechercher une solution à leur différend. Si la justice est ici négociée par les parties elles-mêmes sous couvert d'un médiateur scellant l'accord intervenu après reconnaissance des faits, le Parquet a quand même son rôle à jouer. C'est lui qui prend l'initiative d'orienter le dossier vers cette voie médiane au risque de déjudiciariser la solution retenue. Le laconisme du législateur lui laisse d'ailleurs une importante marge d'appréciation en la matière, tant sur le plan de la compétence *rationae materiae* que de la compétence *rationae personae*³³. Dans l'absolu, la médiation pénale aurait pu être évincée du cadre de cette étude en ce qu'elle poursuit une finalité réparatrice. Mais force est de constater que, depuis la loi réformatrice du 8 avril 2021, les mesures proposées au titre de la médiation recouvrent désormais les dispositions de l'article 41-1 dont le caractère contraignant, voire punitif, repris ci-dessus, ne fait guère de doute³⁴. Si l'intérêt de la médiation pénale est subordonné au respect de l'accord survenu, il est à signaler que le choix de cette voie alternative est sans incidence sur l'exercice des poursuites pénales. Que la mesure soit un succès ou un échec, le procureur conserve le pouvoir d'opportunité des poursuites qui est le sien³⁵.

Au nom de l'opportunité des poursuites, le ministère public n'est plus tiraillé entre la décision de poursuivre ou de ne pas poursuivre. Il bénéficie d'une troisième voie confirmant son rôle prépondérant en matière d'orientation du dossier pénal. Initiés par certains motifs de CSS, confirmés par le durcissement des mesures prononcées au titre de l'article 41-1 du CPP dont la médiation pénale, ces procédés présagent des pouvoirs de sanction du Parquet au point de faire du procureur l'homme clé de la phase *ante sententiam* du processus pénal. La transition est alors toute trouvée pour annoncer un autre mode alternatif aux poursuites affichant une finalité répressive cette fois : la composition pénale.

B) Le pouvoir de sanction du Parquet au stade de l'alternative aux poursuites

Maître de l'orientation du dossier pénal en amont des poursuites, le Parquet peut opter pour une composition pénale, autre mode alternatif instauré par la loi du 23 juin 1999 aux côtés de la médiation pénale³⁶. *A priori*, la médiation pénale et la composition pénale ne répondent pas aux mêmes finalités. L'une repose sur une logique réparatrice, l'autre renferme une dimension sanctionnatrice. *A posteriori*, les dernières évolutions intéressant la médiation pénale comportent des mesures empreintes de fermeté. La composition pénale n'échappe pas à cette tendance³⁷ au point de faire muer le Parquet en « presque juge » en amont des poursuites pénales.

Ce dispositif alternatif, revenant à mettre le procureur et le suspect en présence, peut être présenté comme un moyen de soulager les formations de jugement du contentieux de masse, même si, en réalité, il tend à pallier le recours aux classements sans suite³⁸. Limitée originellement à une liste précise d'infractions, la composition pénale couvre désormais toutes les contraventions ainsi que les

³³ Jean-Baptiste PERRIER, *Médiation pénale*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, janvier 2013, § 40.

³⁴ Jean-Baptiste PERRIER, « [L'efficacité de la justice et la simplification de la réponse pénale](#) », *JCP G*, 14 juin 2021, n° 662.

³⁵ Cass. crim., 21 juin 2011, n° [11-80.003](#), Bull. Crim., n° 141.

³⁶ C. pr. pén., art. 41-2 et 41-3.

³⁷ Si la composition pénale ne remporte pas de vif succès lors de son introduction, elle ne tarde pas à faire ses preuves. V. Jean DANET, Sylvie GRUNVALD, « [Brèves remarques tirées d'une première évaluation de la composition pénale](#) », *AJ Pénal*, 2004, p. 196.

³⁸ Jean VOLFF, « [La composition pénale : Un essai manqué !](#) », *Gazette du palais*, 2000, I, doctrine. p. 559.

délits passibles d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à 5 ans depuis la loi Perben II du 9 mars 2004³⁹.

Comme son nom l'indique, cet outil de politique pénale permet au Parquet de « composer » au nom du principe de l'opportunité des poursuites qui lui est attribué⁴⁰. Pour ce faire, le suspect doit préalablement reconnaître les faits qui lui sont reprochés, avant que le procureur ne lui soumette une proposition de sanction, qu'il a tout intérêt à accepter s'il veut s'épargner un procès pénal. Cette fois, l'accord intervenu sera scellé par le juge du siège en raison de la validation juridictionnelle initialement prévue par le législateur. Nonobstant le fait qu'en avouant et en acquiesçant à la mesure suggérée, le prévenu se prive de tout débat oral, public et contradictoire, il renonce également au droit d'être jugé par un juge du siège⁴¹. Pourtant, une mesure sanctionnatrice sera tout de même négociée par les parties, à ceci près que la punition proposée émane d'un magistrat du Parquet. Contrairement à la phase d'audience opposant partie poursuivante et partie poursuivie au nom du principe d'équilibre⁴², en amont des poursuites, le Parquet se voit confier le droit de sanctionner son potentiel adversaire. En se positionnant ainsi, il est à la fois juge et partie⁴³.

Pour se convaincre du pouvoir de sanction du Parquet au stade de l'alternative aux poursuites, il suffit de se reporter aux mesures susceptibles d'être proposées lesquelles se sont substantiellement densifiées depuis ces dernières années⁴⁴. À côté de la traditionnelle amende de composition⁴⁵, des mesures aux vertus pédagogiques font leur apparition telles que les stages de sensibilisation avant que des dispositifs se rapprochant de quelques mesures de sûreté⁴⁶, voire de certaines sanctions pénales⁴⁷, ne soient instaurés⁴⁸.

Paradoxalement, ce durcissement des mesures proposées au titre de la composition pénale par le Parquet ne s'est pas accompagné d'un renforcement du contrôle juridictionnel confié au juge du siège. Relégué au second plan⁴⁹, chargé de valider ou non l'accord intervenu entre les parties⁵⁰, le magistrat du siège voit son champ d'intervention se restreindre de manière significative depuis la LPJ du 23 mars 2019 complétée par la dernière réforme du 8 avril 2021. Désormais, certaines sanctions bénignes échappent à toute validation du juge du siège. Tel est le cas en matière délictuelle lorsque le montant de l'amende proposé n'excède pas 3000€, voire lorsque le délit est passible de moins de 3 ans d'emprisonnement⁵¹. Tel est le cas en matière contraventionnelle tout simplement⁵². La suppression du contrôle juridictionnel ne fait que renforcer le pouvoir de sanction du ministère public au détriment du principe de la séparation des fonctions⁵³.

³⁹ Jean-Paul CÉRÉ, *Composition pénale*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, octobre 2018, § 5.

⁴⁰ Initialement qualifiée de « compensation judiciaire », la mesure est rebaptisée « composition pénale » par le Sénat. V. Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, « De la transaction pénale à la composition pénale : Loi n°99-915 du 23 juin 1999 », *JCP G*, n°3, 19 janvier 2000, p. 198.

⁴¹ Claire SAAS, « [De la composition pénale au plaider-coupable : Le pouvoir de sanction du procureur](#) », *RSC*, 2004, p. 827.

⁴² C. pr. pén. art. préliminaire.

⁴³ Pierrette PONCELA, « [Quand le Procureur compose avec la peine](#) », *RSC*, 2002, p. 638.

⁴⁴ Frank LUDWICZAK, « [Les apports de la loi n°2021-401 du 8 avril 2021 en matière d'alternative aux poursuites](#) », *AJ Pénal*, mai 2021, p. 234.

⁴⁵ Soumise au principe de proportionnalité tant à l'égard de la gravité des faits que des ressources du mis en cause.

⁴⁶ Comme des obligations de résidence ou des interdictions de paraître.

⁴⁷ Comme l'accomplissement d'un travail non rémunéré.

⁴⁸ Valérie BOUCHARD, « La pluralité des missions du Parquet face à la nécessité d'une réponse pénale adaptée (dans l'exercice du pouvoir de sanction) », in *Le Parquet du XXI^{ème} siècle*, op. cit., p. 121.

⁴⁹ Philippe BONFILS, « [Le juge pénal est-il menacé ?](#) », *Droit pénal*, mai 2023, p. 51.

⁵⁰ Jean PRADEL, « [Une consécration du "plea bargaining" à la française : La composition pénale instituée par la loi n°99-515 du 23 juin 1999](#) », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 379.

⁵¹ Maxime BRENAUT, « [Les fonctions sans le statut : De quelques hypothèses où le parquetier se fait juge pénal](#) », *Droit pénal*, mai 2023, p. 19.

⁵² Jean-Baptiste PERRIER, « [L'efficacité de la justice et la simplification de la réponse pénale](#) », op. cit.

⁵³ Cons. const., 21 mars 2019, DC, n° [2019-778](#), § 267(s).

Dans la même veine, bien que sévissant en amont des poursuites, la mesure convenue au titre de la composition pénale n'en est pas moins inscrite au B1 du casier judiciaire, ce qui ne fait que conforter son indéniable caractère sanctionnateur. Le Parquet n'en perd pas moins la maîtrise de la procédure puisque, principe de l'opportunité des poursuites oblige, il pourra décider d'engager ultérieurement l'action publique en cas d'échec du dispositif⁵⁴.

Plébiscitée au nom de la justice négociée, défendue au titre de la justice de proximité⁵⁵, la composition pénale marque le premier pas vers un procureur « quasi juge » au stade *ante sententiam*, revenant à priver le magistrat du siège de ses attributions fonctionnelles d'appréciation du dossier pénal. Elle laisse augurer un phénomène de déjudiciarisation transférant le pouvoir de sanction du siège au Parquet⁵⁶. Mais la tendance initiée se retrouve également en aval des poursuites pénales où les pouvoirs de sanction *sententia* du ministère public sont prégnants.

II – Les pouvoirs de sanction *sententia* du Parquet

Évoquer le pouvoir de sanction *sententia* du Parquet renvoie inéluctablement à la comparution sur reconnaissance de culpabilité (CRPC) initiée par la loi Perben II du 9 mars 2004. Envisagé sous cet angle, le plaider-coupable est en aval des poursuites alors que la composition pénale est en amont des poursuites. Et pourtant, ici aussi, on pourrait se demander dans quelle mesure la maîtrise de l'orientation du dossier pénal ne présumerait pas d'une forme de « pré-jugement » quant à la manière de traiter judiciairement l'affaire. C'est pourquoi le Parquet sera préliminairement envisagé comme un « pré-juge » de l'orientation du dossier pénal **(A)** afin de se concentrer principalement sur le pouvoir de sanction du Parquet au stade de l'alternative au jugement **(B)**.

A) Le Parquet, un « pré-juge » de l'orientation du dossier en aval des poursuites

En aval des poursuites, la faible marge de manœuvre laissée au Parquet en matière contraventionnelle ou criminelle ne pose guère de difficulté. Dans le premier cas, la forfaitisation joue son rôle, dans le second, l'ouverture d'une information s'impose. En matière correctionnelle en revanche, il échet de remarquer que les modes d'engagement des poursuites se sont considérablement diversifiés au fil des années, au point d'adapter la forme de réponse pénale judiciaire apportée à la typologie de l'infraction traitée. Une rapide présentation du panel des dispositifs existants privilégiant un traitement rapide du dossier permet de mieux cerner la place réservée à la justice négociée via la CRPC.

Au titre des alternatives au jugement, le traitement de l'affaire par le biais de l'ordonnance pénale⁵⁷ en est une illustration, d'autant que la longue liste limitative des infractions concernées ressemble à s'y méprendre à la compétence du juge unique depuis la LPJ du 23 mars 2019⁵⁸. Moyen efficace de contourner les difficultés d'audience du Tribunal correctionnel en garantissant une décision rendue dans un délai raisonnable, l'ordonnance pénale n'en est pas moins une procédure

⁵⁴ François MOLINS, [Action publique](#), Répertoire pénal Dalloz, septembre 2021, § 87.

⁵⁵ Jacques LEROY, « [Premier aperçu sur le renforcement de la justice de proximité et de la réponse pénale : à propos de la loi n° 2021-401 du 8 avril 2021](#) », *JCP G*, 19 avril 2021, p. 423.

⁵⁶ V. également : Sylvie CIMAMONTI, Jean-Baptiste PERRIER, *Les enjeux de la déjudiciarisation*, Lextenso, 2019.

⁵⁷ Instaurée par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice dite Perben I, JO du 10 septembre 2002. V. c. pr. pén., art. 495 s.

⁵⁸ V. notamment loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dite Perben II pour les infractions en matière de transports terrestres à condition qu'il n'y ait pas d'atteinte à l'intégrité physique ou à la vie de la victime ; loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 sur la prévention de la délinquance pour l'usage de produits stupéfiants ; loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 sur la répartition des contentieux pour les petites dégradations, certaines infractions contre les biens comme la filouterie mais aussi la contrefaçon, la vente à la sauvette etc. (...).

unilatérale conduisant le juge du siège à statuer sur dossier, sur la base des seules réquisitions du ministère public. On pourrait penser que le pouvoir de sanction du Parquet prédomine en l'absence de contradictoire. Le durcissement des sanctions encourues milite en ce sens mais la simplification procédurale est à ce prix⁵⁹.

L'exercice des poursuites immédiates devrait nous conduire à exclure la comparution immédiate du champ de cette étude dans la mesure où le procureur tient sa place traditionnelle de demandeur à l'action publique⁶⁰. Mais l'extension notable du champ d'application de ce procédé est telle qu'il ne s'agit plus d'une procédure réservée aux flagrants-délits⁶¹, mais d'une procédure consacrée aux affaires en état d'être jugées. Même si le prévenu est renvoyé devant une formation collégiale devant laquelle il pourra faire valoir, le cas échéant, le droit de préparer sa défense⁶², la rapidité de traitement de l'affaire semble, une fois encore, privilégier la place du Parquet dans la maîtrise de la procédure.

L'entorse à la collégialité⁶³ et le recours au juge unique⁶⁴ pour pallier l'engorgement de la formation de jugement collégalement compétente est aussi un signe avant-coureur d'une justice qui a besoin d'aller vite pour déstocker les dossiers⁶⁵. La liste limitative⁶⁶ des infractions initialement visées n'a rien de comparable avec le seuil retenu, depuis la LPJ du 23 mars 2019, permettant de confier à un seul magistrat le soin de trancher des délits passibles de 5 ans d'emprisonnement au plus. Bien sûr, le procureur conserve sa place de partie principale au procès chargée de requérir au nom de l'intérêt général qu'il défend, mais le principe de la collégialité est en train d'être rattrapé par l'exception.

Quel que soit le mode d'enclenchement des poursuites pénales évoqué, on mesure combien le choix d'orientation du dossier pénal par le Parquet peut avoir une incidence sur le type de réponse pénale apportée. Parce que l'on ne juge pas de la même manière sur dossier, en comparution immédiate ou à juge unique, le ministère public se voit ainsi conforté dans son rôle « d'aiguilleur » du mode de jugement réservé au dossier. Vu sous cet angle et compte tenu de la marge d'appréciation conférée par l'extension de chacun de ces dispositifs, force est de constater que le procureur tend à devenir d'une certaine manière un « pré-juge » en fonction de l'orientation affectée au dossier en aval des poursuites. Cette appréhension du rôle du ministère public est confortée par le pouvoir de sanction qui lui revient au stade de l'alternative au jugement qu'est la CRPC.

B) Le pouvoir de sanction du Parquet au stade de l'alternative au jugement

Maître de l'orientation du dossier en aval des poursuites, le Parquet se voit confier cette fois un pouvoir de sanction par le biais d'une mesure alternative au jugement ayant fait couler beaucoup d'encre au moment de son introduction par la loi Perben II du 9 mars 2004⁶⁷ : la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC). Comme son nom l'indique, ce « plaider-coupable » à

⁵⁹ V. c. pr. pén. art. 495-1 : si les peines attentatoires à la liberté sont exclues, le législateur privilégie l'amende dont le montant ne saurait excéder la moitié de la peine encourue dans la limite de 5000€ maximum. Mais depuis la LPJ du 23 mars 2019, le panel des sanctions prononcées englobe des peines de substitution comme le Travail d'Intérêt Général (TIG) et les jours-amendes.

⁶⁰ C. pr. pén. art. 395 s.

⁶¹ Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, op. cit., § 638.

⁶² Serge GUINCHARD, Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., § 1627.

⁶³ C. pr. pén. art. 398.

⁶⁴ Loi n°9 5-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JO du 9 février 1995.

⁶⁵ Yves STRICKLER, « [Le juge unique en procédure pénale](#) », *Petites affiches*, 18 février 2002, p. 9.

⁶⁶ Michel REDON, *Tribunal correctionnel*, Répertoire Dalloz, juin 2017, § 74.

⁶⁷ C. pr. pén. art. 495-7 s.

la française s'inspire du *plea bargaining* à l'américaine⁶⁸ mais présente nombre de similitudes avec la composition pénale. Comme la plupart des dispositifs alternatifs, la CRPC affiche aujourd'hui un champ d'application bien éloigné de son domaine originel⁶⁹. Sévissant exclusivement en matière correctionnelle⁷⁰, cette procédure conçue et pensée pour demeurer exceptionnelle⁷¹ a désormais vocation à s'appliquer à tous les délits ou presque⁷².

Ici aussi, le législateur permet au Parquet de « composer » ou plutôt de négocier avec la peine. A l'instar de l'alternative aux poursuites examinée précédemment, cette alternative au jugement⁷³ n'a de raison d'être que si, et seulement si, le prévenu reconnaît les faits qui lui sont reprochés. Ainsi mises en présence, partie poursuivante et partie poursuivie vont se mettre à la recherche d'un accord⁷⁴, sur la seule initiative du Parquet⁷⁵. Certes, la procédure concède plus de place aux droits de la défense notamment par le biais de l'assistance impérative de l'avocat⁷⁶, mais ce dispositif est tellement plébiscité par le législateur que le ministère public dispose d'une importante flexibilité afin de favoriser l'orientation du dossier en CRPC⁷⁷.

Le pouvoir de sanction ainsi confié au procureur par le biais de la CRPC ressort inéluctablement au niveau des mesures susceptibles d'être prononcées dans le cadre de ce plaider-coupable. En dépit des seuils plafonds initialement prévus par le législateur⁷⁸, en sus de la peine d'amende ne pouvant dépasser le maximum légal autorisé, la peine d'emprisonnement encourue peut désormais aller jusqu'à 3 ans de prison ferme⁷⁹ sans compter les autres mesures complémentaires prévues⁸⁰. Un tel relèvement du quantum de la peine « proposée » confirme l'accroissement des prérogatives punitives du Parquet, d'autant plus qu'il s'agit d'une procédure simplifiée. Le ministère public ne se contente plus d'engager les poursuites et d'orienter le dossier en CRPC, il « pré-juge » du dossier sous couvert de l'homologation du magistrat du siège.

Les garanties juridictionnelles encadrant la procédure de CRPC ne sauraient ternir le pouvoir de sanction revenant désormais au Parquet dans le cadre de cette alternative au jugement. Parce que l'audience d'homologation n'est pas une véritable audience de fond, parce que la présence du ministère public n'est pas requise⁸¹, le débat oral, public et contradictoire qui se tient conformément

⁶⁸ Jean PRADEL, « [Une consécration du "plea bargaining" à la française : La composition pénale instituée par la loi n°99-515 du 23 juin 1999](#) », *op. cit.*

⁶⁹ Christian GUÉRY, « [Le renvoi aux fins de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité](#) », *AJ Pénal*, 2013, p. 86.

⁷⁰ Michel HUYETTE, « [Quelles réformes pour la Cour d'assises ?](#) », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2437.

⁷¹ François MOLINS, « [Plaidoyer pour le "plaider-coupable" : des vertus d'une peine négociée](#) », *AJ Pénal*, 2013, p. 61.

⁷² Les délits d'atteintes volontaires ou involontaires à l'intégrité physique, les agressions sexuelles, lorsqu'ils sont passibles de plus de 5 ans de prison et les délits commis sur mineurs, les délits de presse, les homicides involontaires, les délits politiques et les délits incriminés par un texte spécial. V. c. pr. pén., art. 495-7 et 495-16.

⁷³ François MOLINS, « [Plaidoyer pour le "plaider-coupable" : des vertus d'une peine négociée](#) », *op. cit.*

⁷⁴ « [La balle est dans le camp](#) » du mis en cause. V. Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, « [La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : Présentation et interrogations juridiques](#) », *Gazette du palais*, 31 décembre 2011, p. 5.

⁷⁵ C. pr. pén. art. 495-8, 1.

⁷⁶ C. pr. pén. art. 495-9.

⁷⁷ Le Parquet peut même doubler le mode de convocation de sorte que la CRPC n'est pas une voie exclusive des autres. V. Fabrice DEFFERRARD, « [Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité – La dénaturation du "plaider coupable" \(Après la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures\)](#) », *Droit pénal*, juillet 2009, étude 13.

⁷⁸ La peine de prison ne peut dépasser 1 an et si la peine encourue est inférieure à 2 ans, la moitié de celle-ci. V. Jean DANET, « [La CRPC : Du modèle législatif aux pratiques... et des pratiques vers quel\(s\) modèle\(s\) ?](#) », *AJ Pénal*, 2005, p. 433.

⁷⁹ Depuis la LPJ du 23 mars 2019, c. pr. pén., art. 495-8, 2. Cette extension a été validée par le Conseil constitutionnel. V. Cons. const. 21 mars 2019, DC, n° [2019-778](#), § 274 s.

⁸⁰ Le Procureur peut proposer une révocation du ou des sursis précédemment accordés, un relèvement d'une interdiction ou d'une déchéance ou d'une incapacité résultant de plein droit de la condamnation ainsi qu'une non-inscription au B2 ou au B3 du casier judiciaire. V. C. pr. pén. art. 495-8, 4.

⁸¹ Loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005, JO du 26 juillet 2005.

au modèle accusatoire applicable ne permet pas l’instruction approfondie du dossier. Il a simplement pour objet de vérifier la réalité et l’exacte qualification des faits, la proportionnalité de la peine proposée ainsi que l’engagement libre et éclairé du prévenu consentant contradictoirement à l’exécuter. En dépit du renforcement du contrôle juridictionnel lors de la phase d’homologation depuis la LPJ du 23 mars 2019⁸², la décision d’homologation de CRPC équivaut à un jugement de condamnation inscrit au B1 du casier judiciaire. Exclusivement réservé à des faits reconnus, le plaider coupable permet en fait d’éviter la tenue d’une audience de fond classique⁸³ et de réserver le temps d’audience aux seuls faits véritablement contestés⁸⁴.

En aval des poursuites, le Parquet n’est pas seulement un « pré-juge » de l’orientation du dossier pénal présumant du mode de jugement réservé à l’affaire, il confirme son rôle d’homme clé des procédures alternatives. Dans le cadre d’une alternative au jugement telle que la CRPC, le pouvoir de sanction *sententia* exercé par le ministère public conduit à penser qu’il tend véritablement à devenir un « *juge avant le juge* »⁸⁵. Tel est l’enjeu de la simplification procédurale pour gérer le flux incessant des dossiers et apporter une réponse pénale sans surcharger les formations de jugement.

Si le droit à la présomption d’innocence requiert que toute personne suspectée ou poursuivie ne soit pas condamnée tant que sa culpabilité n’a pas été établie, le principe de la séparation des fonctions commande que l’organe en charge de la constitution du dossier pénal se distingue de l’organe en charge de l’instruction de l’affaire ; que l’organe en charge de l’orientation du dossier pénal se dissocie de l’organe assumant le prononcé de la sanction. Et pourtant, le principe de l’opportunité des poursuites guidé par la politique pénale du moment conduit le Parquet à rechercher une réponse pénale adaptée au phénomène délinquantiel traité. Pour ce faire, le législateur conçoit d’importantes prérogatives dépassant parfois le simple cadre de la justice négociée, et scellant le rôle déterminant joué par le Parquet dans le cadre de l’orientation du dossier. En amont comme en aval des poursuites, le procureur tend alors à devenir un véritable « juge avant le juge » en fonction de l’aiguillage réservé au traitement de l’affaire. Ces prérogatives sont révélatrices du pouvoir de sanction conféré au ministère public, en matière d’alternatives aux poursuites comme en matière d’alternatives au jugement. Elles repensent le rôle fonctionnel du Procureur au sein de la chaîne pénale en l’éloignant de sa mission originelle de demandeur à l’action pénale, en lui permettant d’exercer des attributions nouvelles en qualité d’acteur de la réponse pénale. Indéniablement, le rôle du Parquet est en pleine évolution au même titre que les missions exercées par le Parquet sont en pleine mutation. Vers un procureur « quasi-juge », tel est le procureur de demain. Mais « *alors que le rôle des parquets ne cesse de s’étendre et que le champ des réponses pénales réserve une part de plus en plus importante au procureur, il est impératif de consolider le statut du Parquet par une réforme constitutionnelle si souvent promise et tant attendue* »⁸⁶.

⁸² C. pr. pén. art. 495-11-1.

⁸³ François MOLINS, [Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité](#), Répertoire de Droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, mai 2018, § 3.

⁸⁴ Christian GUÉRY, « [Le renvoi aux fins de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité](#) », *op. cit.*

⁸⁵ Denis SALAS, « [La singularité du Garde des Sceaux dans un gouvernement](#) », *AOC média*, 12 octobre 2010.

⁸⁶ Rémy HEITZ, [Allocution de présentation](#), Cour de cassation, 8 septembre 2023.

COMPOSITION PÉNALE ET CRPC¹, ANALYSE CROISÉE

Par

Thomas LEBRETON

Magistrat, Parquet du Tribunal judiciaire de Nanterre

Respectivement créées par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 et par celle n° 2004-204 du 9 mars 2004, dite *Perben II*, les procédures de composition pénale² et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)³ ont considérablement évolué⁴ et se sont imposées, en vingt ans, comme des réponses pénales incontournables du paysage procédural répressif (I). Bien qu'il s'agisse, pour l'une, d'une mesure alternative aux poursuites (MAP) et, pour l'autre, d'une modalité de mise en mouvement de l'action publique⁵, ces deux procédures présentent aujourd'hui de très nombreuses similitudes⁶. La présentation croisée de leur régime⁷ sera ainsi l'occasion de questionner la pertinence du maintien de certaines différences⁸ (II).

I. Analyse statistique

Étude quantitative - Établies par le ministère de la Justice⁹, les données statistiques ci-après reportées sont pour partie le fruit d'une exploitation des motifs renseignés par les parquets dans la nomenclature des classements et alternatives établie par la Direction des affaires criminelles et des grâces (DACG). Le soin apporté en juridiction à compléter cette dernière permet de relativiser la fiabilité de ces données, lesquelles renseignent toutefois sur certaines tendances.

	Ordonnances d'homologation de CRPC		Compositions pénales réussies	
	Nombre	Taux de CRPC dans les décisions correctionnelles	Nombre	Taux de composition pénale dans les affaires poursuivables ¹⁰
2012	66.231	12,9%	80.758	5,5%

¹ Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

² Procédure encadrée par la loi (CPP, art. 41-2 et s.) mais surtout par les règlements (CPP, art. R. 15-33-38 et s.)

³ Procédure encadrée par la loi (CPP, art. 495-7 et s.) et, très à la marge, par les règlements (CPP, art. D. 45-2-11 et s. et D. 45-28).

⁴ Ces 6 dernières années, la procédure de CRPC a été modifiée par les lois n° 2018-898 du 23 oct. 2018, n° 2019-222 du 23 mars 2019 et n° 2021-1729 du 22 déc. 2021. Sur cette même période, celle de composition pénale l'a été par les lois n° 2018-703 du 3 août 2018, n° 2019-222 du 23 mars 2019, n° 2021-401 du 8 avr. 2021, n° 2021-1729 du 22 déc. 2021 et n° 2023-140 du 28 févr. 2023.

⁵ Jugée fondamentale par certains ([Action publique et action civile](#), Cédric RIBEYRE, *Jci procédure pénale*, art 1^{er}, fasc. 20, § 27), cette distinction emporte davantage de conséquences théoriques que concrètes.

⁶ La création de la seconde étant justifiée par la prise en compte de faits plus graves que ceux appréhendés par la composition pénale (introduction de la circ. JUSD0430176C du 2 sept. 2004).

⁷ Partielle par soucis de concision, cette présentation n'évoquera pas, par exemple, la place pourtant croissante de la victime dans ces procédures.

⁸ Questionnement qui préexistait à l'adoption de la loi Perben II (Jean-Paul CÉRÉ et Pascal REMILLIEUX, « [De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « plaider coupable » à la française](#) », *AJ pénal*, 2003, p. 45).

⁹ Statistiques analysées par le service de l'expertise et de la modernisation (SDSE) du secrétariat général du ministère.

¹⁰ Les affaires poursuivables représentent 31% des 4,046 millions d'affaires pénales traitées en 2021 par les parquets. Les affaires non poursuivables sont celles qui n'ont pas été enregistrées (31%), celles dont l'auteur n'a pas été identifié (23%) et celles qui ne sont pas poursuivables pour un motif juridique, du fait de l'absence d'infraction ou de charges insuffisantes (15%).

PARTIE III. JUSTICE PÉNALE NÉGOCIÉE

2013	67.223	13,4%	78.850	5,6%
2014	65.410	13,3%	75.636	5,3%
2015	71.086	14,4%	71.845	5,2%
2016	75.531	14,9%	72.774	5%
2017	81.517	12,7%	67.287	4,9%
2018	81.688	12,8%	68.361	4,9%
2019	88.124	13,4%	65.377	4,9%
2020	61.422	11,3%	52.372	4,3%
2021	90.604	13,7%	67.041	5,3%

Si l'on excepte l'année 2020, peu propice à la négociation du fait du Covid-19, les principaux enseignements tirés de ces données révèlent un léger déclin du recours à la composition pénale et un recours globalement stable à la CRPC, et ce, malgré les politiques pénales volontaristes en matière de justice négociée.

Domaines - Représentant 14% des ordonnances et jugements de culpabilité en 2021¹¹, les ordonnances de CRPC concernent, de façon homogène, toutes les catégories de contentieux étudiées (entre 11 et 17%).

Atteinte à la personne humaine	13%
Ordres administratif et judiciaire	16%
Atteinte aux biens	11%
Ordres financier, économique et social	17%
Ordre public et environnement	14%
Infraction à la santé publique	16%
Circulation routière et transports	16%

Il en va différemment de la composition pénale, laquelle représente 5,3% des réponses apportées aux auteurs poursuivables en 2021¹². En effet, si les atteintes aux biens ne font que rarement l'objet d'une composition pénale, le droit pénal de la circulation routière et des transports et le droit pénal de l'environnement sont bien davantage concernés.

Atteinte à la personne humaine	5%
Atteinte aux biens	2%
Circulation et transports	9%
Atteinte à l'autorité de l'État	3%
Infraction à la santé publique	6%
Atteinte économique, financière et sociale	5%
Atteinte à l'environnement	9%

¹¹ Catégorie complétée par 53% de jugements et 33% d'ordonnances pénales.

¹² Catégorie complétée par 15,4% de classements en opportunité, 32,5% d'autres alternatives réussies et 46,8% de mises en mouvement de l'action publique.

II. Analyse croisée

Auteurs - CRPC et composition pénale ne s'adressent qu'aux auteurs reconnaissant avoir commis les faits qui leur sont reprochés et acceptant les qualifications pénales retenues par le ministère public. C'est l'essence même de la première, plaider coupable à la française, et c'est ce qui distingue la seconde des classements sous condition de l'art 41-1 du CPP¹³.

Applicables aux personnes physiques, composition pénale et CRPC peuvent être proposées aux personnes morales. Si tel a toujours été le cas de la première¹⁴, c'est la loi du 23 mars 2019 qui l'a permis s'agissant de la seconde¹⁵.

En revanche, seule la composition pénale est applicable aux mineurs¹⁶. Plusieurs garanties sont alors prévues : elle ne peut être proposée qu'aux seuls auteurs âgés d'au moins 13 ans, le mineur et ses représentants légaux doivent y consentir, et ce, en présence d'un avocat¹⁷ et les mesures susceptibles d'être proposées et validées sont adaptées. Outre les sanctions applicables aux majeurs¹⁸, sont adjointes les mesures spécifiques suivantes : accomplissement d'un stage de formation civique, obligation de suivre une scolarité ou une formation professionnelle, respect d'une décision de placement antérieurement prise par le juge des enfants, consultation d'un psychiatre ou d'un psychologue et, pour les mineurs âgés d'au moins 16 ans, accomplissement d'un contrat de volontariat pour l'insertion. L'exclusion de la procédure de CRPC du champ de la procédure pénale applicable aux mineurs peut aujourd'hui interroger¹⁹. Le volet hautement éducatif d'une justice négociée trouverait probablement à prospérer utilement pour cette catégorie de délinquants, sous réserve, bien sûr, d'être adaptée et encadrée comme c'est le cas pour la composition pénale.

Infractions concernées - Composition pénale et CRPC peuvent être mobilisées pour les mêmes catégories d'infractions, à savoir les délits et les contraventions connexes²⁰. Elles sont exclues pour les mêmes types d'infractions que sont les délits de presse, les homicides involontaires et les délits politiques²¹. Néanmoins, à la différence de la CRPC, la composition pénale peut être mobilisée pour les contraventions poursuivies à titre principal²². Enfin, et c'est une différence essentielle, la composition pénale ne peut être mise en œuvre qu'à l'égard des délits ayant pour peine principale une seule

¹³ À l'exception de l'avertissement pénal probatoire (créé par la loi n° 2021-1729 du 22 déc. 2021), la mise en œuvre des sanctions de cette MAP ne suppose pas une reconnaissance des faits par l'auteur mais seulement des faits "non sérieusement contestable[s] par" l'auteur (circ. JUSD0430045C du 16 mars 2004, § 1.1.2).

¹⁴ Circ. du 2 sept. 2004, § 1.1.2.

¹⁵ CPP, art. 41-3-1 A.

¹⁶ Introduction de l'art. 7-2 dans l'ancienne ord. n° 45-174 du 2 février 1945 par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007; art. 7-2 dont les dispositions ont été reprises par les art L. 422-3 et L. 422-4 du CJPM.

¹⁷ Évoquant la question du consentement du mineur, la commission des lois de l'Assemblée nationale précise dans son rapport n° 3436 du 15 nov. 2006 : « la question de la maturité des mineurs les plus jeunes, notamment les 13-16 ans, a été soulevée par certaines des personnes entendues par le rapporteur. La composition pénale suppose le consentement de l'auteur des faits et on peut s'interroger sur le niveau de discernement de très jeunes mineurs, que le droit civil ne considère pas aptes à contracter, pas plus d'ailleurs que les mineurs de 16 à 18 ans non émancipés. Dans la mesure où le consentement des jeunes mineurs est déjà requis pour les procédures de réparation, cet argument ne semble pas devoir être retenu au regard de l'intérêt que présentera cette mesure, notamment pour l'usage de stupéfiants ».

¹⁸ Le travail non rémunéré étant toutefois réservé aux mineurs âgés d'au moins 16 ans.

¹⁹ La composition pénale leur étant applicable, on peine à comprendre les arguments suivants : « il aurait été difficile de recueillir l'accord nécessaire à la mise en œuvre de l'article 495-16 du Code de procédure pénale de la part de mineurs ne disposant pas de la capacité juridique » (« De la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », Édouard VERNY et Claudia GHICA-LEMARCHAND, « [De la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité](#) », *Jcl procédure pénale*, art. 495-7 à 495-16, fasc. 20, §4).

²⁰ Pour la CRPC, v. circ. du 2 sept. 2004, § 1.2.1.1.

²¹ Avant la loi n° 2018-898 du 23 oct. 2018, la CRPC était également exclue pour les « délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale ».

²² CPP, art. 41-3.

amende ou une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à 5 ans. Pour la CRPC, ce plafonnement ne joue, depuis 2011²³, qu'à l'égard des infractions de violences, de menaces, d'agressions sexuelles²⁴ et de blessures involontaires.

Initiative - Exception faite de la CRPC instruction, la décision de recourir à la composition pénale et à la CRPC relève de la seule compétence du parquet. L'auteur ou son conseil peuvent théoriquement solliciter le parquet aux fins de mise en œuvre d'une CRPC mais cette hypothèse, rare en pratique, n'engage en rien le procureur.

Convocation - Les convocations en CRPC et en composition pénale ne sont soumises à aucun formalisme. Le parquet n'étant pas lié par la convocation, il peut, au stade de la proposition, abandonner certaines infractions et circonstances aggravantes, en retenir de nouvelles et requalifier les faits²⁵. Les convocations sont le plus souvent remises par les forces de l'ordre mais les auteurs peuvent aussi bien être convoqués par courrier et, s'agissant de la CRPC, certains parquets font même citer par huissier²⁶. Aux termes de l'art 180-1 du CPP²⁷, la procédure de CRPC peut également être mise en œuvre à l'issue d'une information²⁸ (on parle de *CRPC-I* ou de *CRPC instruction*). Malheureusement, les stricts délais imposés dans cette hypothèse²⁹ apparaissent souvent rédhibitoires dans la mesure où, en pratique, ils rendent impossible l'éventualité d'un renvoi et supposent une très grande réactivité des greffes.

La principale limite pratique de la composition pénale, comparée à la CRPC, tient à l'impossibilité, pour le parquet, de faire délivrer à l'auteur une double convocation, à la fois en composition pénale et en audience correctionnelle. Prenant le contre-pied d'une jurisprudence qui s'y opposait³⁰, le législateur a consacré cette faculté en 2009³¹ s'agissant de la CRPC³².

Défèrement - La CRPC³³ a toujours pu être proposée à l'auteur dans le cadre d'un défèrement (on parle de *CRPC-D* ou de *CRPC défèrement*)³⁴ et c'est d'ailleurs dans cette seule hypothèse désormais que l'enquête sociale rapide reste obligatoire³⁵. Depuis peu³⁶, la composition pénale peut, elle aussi, être proposée au terme d'un défèrement.

Réorientation³⁷ - En plus de la faculté, ouverte dès 2004, de réorienter en CRPC des procédures dont font l'objet des prévenus attraités devant le tribunal correctionnel par voie de citation directe ou de

²³ Antérieurement à sa modification par la loi n° 2011-1862 du 13 déc. 2011, l'art. 495-7 du CPP excluait le recours à la CRPC pour tous les délits punis de plus de 5 ans d'emprisonnement.

²⁴ Depuis peu, l'auteur d'une infraction sexuelle doit faire l'objet d'un examen psychiatrique lorsqu'il bénéficie d'une procédure de CRPC (décret n° 2023-89 du 13 févr. 2023). Cet examen visant à déterminer si l'auteur doit faire l'objet d'une injonction de soin dans le cadre de sa peine, modalité ne pouvant être prononcée dans le cadre d'une MAP, elle n'est que facultative pour la composition pénale (CPP, art. D. 47-22).

²⁵ Par comparaison, le périmètre d'intervention du tribunal correctionnel est fixé par l'art 388 du CPP.

²⁶ En CRPC comme en composition pénale, lorsque l'auteur bénéficie d'une mesure de protection, doit être réalisé un avis au tuteur ou au curateur, lequel peut assister à la proposition de sanction et à l'homologation/validation (CPP, art. D. 47-17).

²⁷ Créé par la loi n° 2011-1862 du 13 déc. 2011 (cf. circ. JUSD1208391C du 20 mars 2012, § 2.1.2).

²⁸ La loi du 22 déc. 2021 a supprimé l'exigence d'un accord de la partie civile (un tel accord est toutefois maintenu lorsque l'information fait suite à une plainte avec constitution de partie civile).

²⁹ L'homologation devant intervenir sous 3 mois (1 mois si le prévenu est détenu) à compter de l'ordonnance de règlement.

³⁰ Crim., 4 oct. 2006, n° 05-87435, B.

³¹ Faculté validée par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 10 déc. 2010, n° 2010-77 QPC).

³² CPP, art. 495-15-1.

³³ CPP, art. 495-7 et 495-12, al. 2.

³⁴ Certains barreaux, tels que celui de Nanterre, y sont toutefois hostiles et refusent de prendre part à la CRPC défèrement, positionnement qui ne manque pas d'interroger.

³⁵ CPP, art. 41, al. 9 (une telle enquête était obligatoire pour toutes les CRPC avant la loi du 22 déc. 2021).

³⁶ CPP, art. D. 15-6-2 introduit par le décr. n° 2020-1640 du 21 déc. 2020.

³⁷ CPP, art. 495-15, D. 45-2-11 et s., D. 45-28 et s. et circ. JUSD2230750 du 26 oct. 2022, § 1.

convocation, la loi du 22 décembre 2021 a introduit trois nouvelles hypothèses de réorientation. La décision de recourir à la CRPC peut désormais être prise après une convocation par procès-verbal, après une ordonnance de renvoi ainsi que dans le cadre d'une procédure d'appel contre une condamnation du tribunal correctionnel, lorsque le prévenu a limité son appel aux peines³⁸. La réorientation reste possible même après une audience de renvoi.

Sanctions encourues - La principale distinction entre composition pénale et CRPC ne tient plus vraiment au statut de la punition proposée, sanction dans un cas, peine dans l'autre. En effet, les sanctions de la composition pénale n'ont eu de cesse, et c'est un euphémisme, de s'inspirer des peines. Elles sont d'ailleurs nommées sous des appellations qui ne cherchent à duper personne : amende de composition pour l'amende, travail non rémunéré (TNR) pour le travail d'intérêt général (TIG)³⁹, dessaisissement au profit de l'État pour la confiscation, remise du permis de conduire pour la suspension du permis, etc.

Cette distinction ne tient pas non plus à la diversité des mesures pouvant être proposées. Dans le cadre de la CRPC, le parquet est libre de proposer toutes les peines encourues pour la ou les infractions poursuivies (peines principales, alternatives, complémentaires et obligatoires), en ce compris la révocation d'une peine assortie du sursis. Il peut également proposer une exclusion des bulletins n° 2 ou 3 du casier. S'agissant de la composition pénale, la loi a considérablement étoffé l'offre répressive, passée de 5 sanctions en 1999⁴⁰ à 24 aujourd'hui. Les lois les plus récentes sont à la fois venues augmenter le nombre de ces dernières⁴¹ et étendre leur régime⁴².

Non, la seule distinction notable tient à la privation de liberté qui ne peut être proposée qu'en matière de CRPC. L'emprisonnement est toutefois soumis à un double plafond puisque son *quantum* ne peut jamais excéder 3 ans ni dépasser la moitié de la peine encourue⁴³. L'incarcération immédiate est possible⁴⁴. La décision étant immédiatement exécutoire, elle ne nécessite pas la délivrance d'un mandat de dépôt.

Négociation préalable - Le parquet peut s'entendre sur la peine avec la défense en amont de la phase de proposition⁴⁵. Tel est fréquemment le cas dans les dossiers d'ampleur mais également lorsque la CRPC intervient au terme d'une information judiciaire. Le procureur peut également, mais ça reste toujours une faculté, se contenter de faire connaître sa proposition de peine en amont⁴⁶, et ce, même dès l'enquête⁴⁷.

³⁸ Le parquet général ne peut proposer une peine à un prévenu ayant interjeté appel d'une ordonnance d'homologation de CRPC considérant que la décision contestée n'est pas un jugement du tribunal correctionnel (crim., 6 juin 2023, n° 22-86165, B).

³⁹ Les dispositions encadrant le TNR (CPP, art. R. 15-3-42, R. 15-33-54 et R. 15-33-55) renvoient d'ailleurs à celles du TIG.

⁴⁰ Amende de composition, dessaisissement de l'instrument ou du produit de l'infraction, suspension des permis de conduire ou de chasser, travail non rémunéré et obligation de réparation.

⁴¹ Ajout du stage de lutte contre le sexisme et de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes par la loi du 3 août 2018, du stage de responsabilité parentale par celle du 8 avr. 2021 et de la sanction visant à rembourser l'aide universelle d'urgence pour les victimes de violences conjugales (CASF, art. L. 214-9) par celle du 28 févr. 2023.

⁴² Extension de l'interdiction de paraître par la loi du 23 mars 2019 et augmentation de la durée maximale de travail non rémunéré de 60 à 100 heures par celle du 8 avr. 2021.

⁴³ Lorsque le prévenu se trouve être en récidive, la peine à prendre en compte pour apprécier le *maximum* prononçable est celle aggravée par la récidive (circ. du 2 sept. 2004 précitée, §2.2.2.2).

⁴⁴ Certains barreaux, comme celui de Seine-Saint-Denis, refusent en CRPC les propositions de peine suivies d'une incarcération immédiate.

⁴⁵ Circ. du 20 mars 2012, § 2.2.

⁴⁶ CPP, art. 495-8, dernier al.

⁴⁷ S'il peut faire connaître sa proposition dès l'enquête (circ. JUSD1910286C du 8 avr. 2019, § 1.4.4), il ne peut, à ce stade, vérifier « la disposition de l'intéressé à reconnaître sa responsabilité pénale et à accepter une proposition de peine » (censure partielle de la circ. du 2 sept. 2004 par le CE, 26 avr. 2006, n° 273757).

Phase de proposition - Si la proposition de sanction est obligatoirement réalisée par le procureur en CRPC, cette tâche est largement confiée aux délégués du procureur (DPR)⁴⁸ s'agissant des compositions pénales⁴⁹. Obligatoire en CRPC, la présence de l'avocat⁵⁰ n'est que facultative dans le cadre de la composition pénale.

Alors que toute négociation sur la peine entre le parquet et la défense était initialement exclue lors de la phase de proposition en CRPC⁵¹, certaines juridictions la mettent désormais en œuvre. En pratique, cette négociation prend le plus souvent la forme suivante : le parquet propose une peine, entend les arguments de la défense et adapte, ou non, sa proposition. Une fois la ou les peines proposées, l'auteur peut accepter la proposition, la refuser ou solliciter un délai de réflexion d'au *minimum* 10 jours. Dans ce dernier cas, le parquet peut saisir le JLD aux fins de placement de l'auteur, pendant ce délai, sous contrôle judiciaire, sous assignation à résidence avec surveillance électronique (ARSE) ou, sous condition, en détention provisoire.

Comme en CRPC, l'auteur à qui il est proposé une sanction dans le cadre d'une composition pénale peut accepter, refuser ou demander un délai de réflexion de 10 jours⁵². En cas d'accord, le parquet est tenu de saisir par requête le président du tribunal aux fins de validation de la composition⁵³.

Mythe d'une sanction minorée - La justice pénale négociée repose sur le postulat suivant : un auteur se voit proposer une sanction moindre dans le cadre d'une procédure rapide et faiblement médiatisée ce qui permet, en contrepartie, à l'autorité judiciaire d'alléger ses audiences, de diminuer les délais de jugement et de faciliter l'exécution de sanctions qui auront au préalable été acceptées⁵⁴. L'écueil de ce postulat tient à la très grande imprévisibilité de la justice judiciaire, tant sur les décisions de culpabilité que sur la répression. Si le parquet définit une politique pénale⁵⁵ et peut, *de facto*, adapter à la baisse les sanctions qu'il propose dans le cadre de la justice négociée, il n'en est évidemment rien du siège si bien que l'auteur ne peut être assuré que les sanctions auxquelles il s'exposerait réellement devant le tribunal correctionnel seraient ou non plus élevées⁵⁶. Aussi, le mécanisme incitatif d'une sanction réduite apparaît quelque peu mensonger.

Homologation/validation - Dans le cadre de la CRPC, l'audience d'homologation est publique. La présence du parquet est facultative⁵⁷ mais celui-ci peut y participer pour apporter des explications au siège. Cette faculté n'est mise en œuvre que dans des « *hypothèses exceptionnelles* »⁵⁸. Elle l'est, par exemple, régulièrement par le parquet national financier.

⁴⁸ Exerçant leurs missions au tribunal ou en maison de justice et du droit (CPP, art. D. 15-3-1).

⁴⁹ En matière de composition pénale, le principe est que le délégué du procureur se contente de proposer la sanction préalablement arrêtée par un magistrat du parquet. Pour autant, dans certaines juridictions, les délégués du procureur apprécient la sanction à prononcer sur la base d'un blanc-seing établi par les parquetiers. Aussi, une négociation intervient à l'image de ce qui est pratiqué en CRPC.

⁵⁰ Certains barreaux assurent une permanence au cours des audiences de CRPC.

⁵¹ Circ. du 2 sept. 2004, § 2.2.3.

⁵² CPP, art. R. 15-33-39.

⁵³ Il ne s'agit pas d'une faculté (crim., 20 nov. 2007, n° 07-82808, B).

⁵⁴ Paragraphes introductifs de la circ. du 2 sept. 2004 visant à la fois la CRPC et la composition pénale.

⁵⁵ Politique pénale qui n'a d'ailleurs de sens que dans les contentieux de masse.

⁵⁶ L'énoncé suivant est dès lors vain : « *la ou les peines proposées, si elles doivent évidemment tenir compte des peines que le tribunal correctionnel serait en pratique susceptible de prononcer s'il était saisi selon les procédures ordinaires, doivent être inférieures à ces peines, afin d'inciter la personne à accepter la proposition du procureur* » (circ. du 2 sept. 2004, § 2.2.2.1).

⁵⁷ La question de la présence du parquet a fait l'objet de nombreux débats courant 2004 et 2005 jusqu'à ce que la loi n° 2005-847 du 26 juill. 2005 vienne clore le débat en affirmant son caractère facultatif.

⁵⁸ Circ. JUSD0530114C du 29 juil. 2005, § 3.

La composition pénale fait, elle aussi, l'objet d'une décision d'un juge⁵⁹. Cette décision, dite « validation »⁶⁰, n'est pas rendue en audience publique. Le juge peut toutefois, ce qui est exceptionnel en pratique, procéder à l'audition de l'auteur et de la victime, assistés le cas échéant par leur conseil. Par ailleurs, depuis la loi du 23 mars 2019, la validation n'est plus exigée sous les 2 conditions cumulatives suivantes⁶¹ :

- l'infraction concernée est un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à 3 ans ou, depuis la loi du 8 avril 2021, une contravention ;
- la sanction est une amende de composition n'excédant pas 3.000 € ou un dessaisissement d'une chose dont la valeur n'excède pas 3.000 €.

À la différence du juge de l'ordonnance pénale, les juges de l'homologation et de la validation ne peuvent pas substituer une sanction à celle qui leur est soumise par le parquet.

Échec - CRPC et composition pénale peuvent échouer au stade de la proposition de peine ou de l'intervention du juge dès lors que le mis en cause ne reconnaît pas/plus les faits ou n'accepte pas/plus les sanctions proposées. Par ailleurs, le juge reste tenu d'apprécier la culpabilité de l'intéressé ainsi que la qualification retenue par le parquet⁶². S'agissant des autres motifs de refus, la loi du 23 mars 2019 est venue réécrire l'art 41-2 du CPP, en « *s'inspirant notamment de ce qui est prévu pour l'homologation d'une CRPC* », et créer l'art 495-11-1 du même code⁶³. Sont désormais visés la nature des faits, la personnalité de l'auteur, la situation de la victime, les intérêts de la société mais également l'éclairage nouveau donné par l'audition de la victime⁶⁴. La Cour de cassation juge que les motifs de refus d'homologation visés par la loi ne sont pas limitatifs⁶⁵.

Lorsque la CRPC échoue, le parquet saisit, sauf élément nouveau, le tribunal correctionnel ou ouvre une information judiciaire⁶⁶. Dès lors que le juge rend une ordonnance de refus d'homologation, le parquet ne peut pas proposer de nouvelles peines ; cette seconde requête en homologation serait irrecevable⁶⁷. Un amendement gouvernemental adopté en commission par le Sénat et confirmé dans la version du projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la Justice 2023-2027 votée par l'Assemblée nationale le 18 juillet 2023 prévoit d'ajouter un troisième alinéa à l'art. 495-12 du CPP ; nouvel alinéa sur le fondement duquel le parquet pourrait, en cas de refus d'homologation, saisir le juge d'une nouvelle requête, et ce, à une reprise et sous réserve de l'accord du mis en cause.

Lorsque la CRPC ayant échoué est intervenue dans le cadre d'un défèrement, le parquet peut retenir l'auteur au dépôt et le présenter en comparution immédiate ou ouvrir une information judiciaire. Cette faculté est très mal comprise par les avocats qui y voient une forme de pression morale exercée sur leurs clients alors que la CRPC ne constitue qu'une simple option procédurale supplémentaire offerte à l'auteur qui, à défaut, aurait directement été jugé en comparution immédiate.

⁵⁹ La validation peut être déléguée à un magistrat exerçant à titre temporaire ou à un magistrat honoraire pour exercer des fonctions juridictionnelles).

⁶⁰ En prévoyant l'intervention d'un juge, le législateur tire les conséquences de la censure de l'injonction pénale (Cons. const., 2 févr. 1995, n° 95-360 DC).

⁶¹ Cf. circ. du 8 avr. 2019, § 1.1.1.

⁶² Le juge ne pouvant pas requalifier les faits.

⁶³ Circ du 8 avr. 2019, §§ 1.1.3 et 1.4.3.

⁶⁴ Ces critères sont ceux dégagés par le Conseil (Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, cons. 107 et Cons. const., 8 déc. 2011, n° 2011-641, cons. 16).

⁶⁵ Crim., 30 mars 2021, n° 20-86358, B (en l'espèce, le refus d'homologation était fondé sur la nécessité de faire juger ensemble les 3 mis en examen, sachant que les deux autres avaient refusé la CRPC).

⁶⁶ CPP, art. 495-12.

⁶⁷ Crim., 17 mai 2022, n° 21-86131, B.

Si la composition pénale peut échouer pour les mêmes motifs que la CRPC, elle échoue également lorsque l'auteur n'exécute pas intégralement les mesures validées⁶⁸. Le parquet, sauf élément nouveau⁶⁹, met alors en mouvement l'action publique. Le travail de réorientation postérieure à un échec de composition constitue vraisemblablement la principale limite de cette voie procédurale. L'importance considérable des flux de procédures gérés par chaque parquetier intervenant dans les permanences pénales des parquets de taille importante rend cette tâche chronophage de réorientation assez surabondante. Si le parquetier prend une décision unique en décidant d'une CRPC (CRPC et, en cas d'échec, audience correctionnelle du fait de la double convocation), il est ainsi obligé d'en prendre deux (orientation vers l'alternative puis nouvelle orientation après l'échec), souvent à plusieurs mois d'intervalle, en matière de composition pénale.

Il est expressément prévu que le procès-verbal constatant l'échec de la CRPC ne soit pas transmis au tribunal et que ni le parquet ni les parties ne puissent faire état devant le tribunal correctionnel des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure⁷⁰. Une solution inverse est prévue pour la composition pénale⁷¹ puisque le tribunal doit, le cas échéant, tenir compte des sanctions partiellement exécutées.

Effets - L'ordonnance d'homologation de CRPC et l'exécution d'une mesure de composition pénale éteignent toutes deux l'action publique⁷². Ces deux mesures sont inscrites au casier judiciaire⁷³.

L'ordonnance d'homologation produit les mêmes effets qu'un jugement, néanmoins, les peines prononcées sont automatiquement assorties de l'exécution provisoire. N'emportant pas les effets d'une condamnation, l'ordonnance de validation ne peut pas servir de premier terme de récidive⁷⁴ et ses sanctions ne sont exécutoires qu'à compter de la notification de la décision de validation⁷⁵.

Recours - Aucun recours n'est ouvert contre l'ordonnance de validation ou de non validation de composition pénale. Assez curieusement, puisqu'il s'agit de justice négociée, le prévenu peut interjeter appel de l'ordonnance de CRPC (le parquet ne pouvant interjeter qu'appel incident). Aucun recours ne peut être exercé par quiconque contre une ordonnance de refus d'homologation⁷⁶.

* *
*

Conclusion - Très proches dès leur création, les mécanismes de CRPC et de composition pénale tendent à se rapprocher⁷⁷. Si certaines différences, et non des moindres⁷⁸, persistent entre ces deux procédures, nombreuses sont celles semblant pouvoir être facilement dépassées⁷⁹. La simplification étant l'un des objectifs affichés de la réécriture du Code de procédure pénale, l'opposition entre les

⁶⁸ L'inexécution des peines homologuées relève classiquement du contentieux de l'exécution des peines et caractérise soit un manquement sanctionnable par le JAP, soit une infraction.

⁶⁹ Le parquet reste malgré tout assez libre d'orienter comme il le souhaite (*cf* circ. JUSD0430092C du 14 mai 2004, § I.2.2, 3).

⁷⁰ CPP, art. 495-14, al 2 (ces prévisions sont régulièrement violées par certains avocats qui font état des peines proposées par le parquet pour contester la teneur des réquisitions à l'audience).

⁷¹ CPP, art. 15-33-30.

⁷² CP, art. 6, al. 1 (chose jugée pour la CRPC) et 3.

⁷³ Sauf condamnation ou composition pénale ultérieure, les compositions pénales ne figurent que 3 ans au casier judiciaire (CPP, art. R. 70).

⁷⁴ Cass., avis, 18 janv. 2010, n° 09-00005 ; Crim., 30 nov. 2010, n° 10-80460, B.

⁷⁵ CPP, art. R. 15-33-40.

⁷⁶ Crim., 30 mars 2021, n° 20-86358, B et Cons. const., 18 juin 2021, n° 2021-918 QPC.

⁷⁷ Application aux personnes morales, type d'infractions concernées, mise en œuvre dans le cadre d'un défèrement, création de nombreuses sanctions de composition similaires aux peines et motifs de refus d'homologation/validation.

⁷⁸ Emprisonnement réservé à la CRPC et prise en compte comme 1er terme de récidive.

⁷⁹ Application de la CRPC aux mineurs, double convocation en composition pénale et présence de l'avocat au cours de la procédure de composition pénale.

PARTIE III. JUSTICE PÉNALE NÉGOCIÉE

réponses répressives négociées faisant intervenir un juge et celles s'en dispensant pourrait vraisemblablement se substituer à celle entre réponses alternatives et mises en mouvement de l'action publique.

LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTÉRÊT PUBLIC EN MATIÈRE ENVIRONNEMENTALE

Par

Olivier LEURENT

Magistrat, Président du tribunal judiciaire de Marseille

Combien de fois a-t-on entendu dans la bouche de nos concitoyens le fameux adage qui symbolise tant le manque de confiance du peuple français dans sa justice : « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès » ?

La convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) en matière environnementale parfois qualifiée de « contractualisation » de l'action publique, pourrait-elle faire mentir ce dicton et constituer tout à la fois « un bon arrangement » et une nouvelle forme de réponse pénale de qualité, adaptée aux enjeux environnementaux du 21^{ème} siècle ?

La multiplication de nouvelles juridictions pénales spécialisées en matière environnementale renforçant la répression des délits commis dans ce domaine (JIRS, juridictions du littoral spécialisées, pôle santé publique et atteintes à l'environnement, pôle environnemental régional, tribunal aux affaires maritimes) pourrait laisser penser que ce contentieux prend une ampleur considérable.

En réalité, les atteintes à l'environnement sont encore peu judiciairisées puisqu'elles représentent à peine 1% des condamnations prononcées chaque année, à tel point que l'on a même parfois parlé de contentieux « invisible »¹.

Quant à l'objectif dissuasif des sanctions prononcées, il ne paraît guère atteint au regard de la poursuite des activités polluantes un peu partout en France.

Alors faut-il se priver d'un nouvel outil judiciaire dans la réponse pénale en matière de défense de l'environnement ?

Consacrées par la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée et codifiées à l'article 41-1-3 du Code de procédure pénale qui renvoie pour partie aux dispositions de l'article 41-1-2 du même code, les premières CJIP environnementales commencent à apparaître en France à l'initiative des parquets.

L'objectif poursuivi et assumé repose sur l'efficacité d'une voie qui évite des mois, parfois des années de procès à l'issue souvent aléatoire.

Le dispositif mis en place s'inspire directement des CJIP en matière d'atteintes à la probité.

Il s'applique, avant la mise en mouvement de l'action publique, aux personnes morales ayant commis un délit prévu par le Code de l'environnement et une éventuelle infraction connexe à l'exception des crimes et délits contre les personnes et comporte une ou plusieurs obligations suivantes :

¹ Inspection générale de la Justice, Conseil général de l'Environnement et du Développement durable, [Une justice pour l'environnement. Mission d'évaluation des relations entre justice et environnement](#), octobre 2019, p. 406.

- Le versement d'une amende d'intérêt public, dont le montant est fixé de manière proportionnée au regard des avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30% du chiffre d'affaires moyen annuel sur les trois derniers exercices comptables ;
- La régularisation de la situation dans le cadre d'un programme de mise en conformité d'une durée maximale de 3 ans, sous contrôle et aux frais de la personne morale par les services compétents du ministère chargé de l'Environnement ;
- La réparation du préjudice écologique dans le même délai de 3 années et sous le contrôle tarifé des mêmes services de l'État ;
- L'indemnisation de la victime dans un délai d'un an maximum, le recours à la procédure d'injonction de payer contre la personne morale étant alors possible.

Une fois validée par le président du tribunal ou un juge délégué à cette fin à l'issue d'une audience publique, la convention qui n'emporte pas déclaration de culpabilité et qui n'a ni les effets, ni la nature d'un jugement de condamnation, doit faire l'objet d'un communiqué de presse du procureur de la République.

L'ordonnance de validation n'est pas susceptible de recours et sera ensuite publiée sur les sites Internet du ministère de la Justice, du ministère chargé de l'Environnement et sur celui de la commune concernée.

Le délai de prescription de l'action publique est suspendu pendant toute la durée d'exécution de la convention.

Les personnes physiques dont la responsabilité pénale dans la commission des infractions visées par la CJIP est établie peuvent parfaitement faire l'objet de poursuites distinctes.

La personne morale conserve un droit de rétractation pendant 10 jours à compter du jour de la validation. Si elle exerce son droit de rétractation, elle sera poursuivie selon les modalités classiques.

En cas de non validation de la convention par le président, de rétractation ou d'inexécution de cette convention (non-paiement de l'amende, non-respect du programme de mise en conformité), les pièces versées et les déclarations faites dans le cadre de la négociation de la convention ne pourront pas être utilisées par la suite devant le tribunal correctionnel.

En revanche, l'exécution par la personne morale des obligations prévues par la CJIP éteint l'action publique, mais laisse ouverte la voie civile de la réparation pour les personnes non indemnisées par la convention, ayant subi un préjudice du fait des manquements constatés.

Quels sont les principaux griefs opposés à ce « plaider-coupable » des personnes morales responsables d'infractions à l'environnement que certains qualifieront de « greenwashing » judiciaire permettant de se donner bonne conscience à peu de frais ?

- **Le caractère secret des négociations en amont de la saisine du juge :**

Cette confidentialité des pourparlers nuit à la nécessaire transparence du processus judiciaire. Mais, dès lors que ce processus est étranger à la mise en place d'une stratégie de défense consistant à contester les faits et qu'il peut être interrompu à tout moment, il paraît indispensable d'assurer cette confidentialité pour garantir non seulement un climat de confiance qui doit entourer toute

négociation, mais également la présomption d'innocence si la procédure évolue par la suite vers une audience correctionnelle.

- **Le manque d'information des victimes sur l'existence d'une CJIP en cours de négociation :**

Il est vrai qu'il n'est nullement fait obligation au Parquet d'informer les associations de défense de l'environnement concernées de l'existence d'une procédure de CJIP en cours, si bien que certaines ne peuvent se joindre à la convention pour réclamer une indemnisation de leur préjudice s'il est recevable.

Mais elles pourront le faire ensuite, on l'a vu, devant les juridictions civiles et une grande publicité est donnée tant à la convention par le communiqué du Procureur qu'à l'ordonnance de validation sur divers sites Internet.

- **Une audience de validation manquant de publicité et réduisant l'office du magistrat du Siège :**

Pas plus que pour les audiences correctionnelles, la presse judiciaire n'est « alertée » par anticipation de la tenue de telle ou telle audience de validation de CJIP.

Mais ces audiences demeurent totalement ouvertes au public et les journalistes peuvent bien entendu y assister.

En outre, au cours de l'audience, le président a l'obligation d'entendre le représentant de la personne morale en cause et la ou les victimes qui peuvent être assistées d'un avocat.

Il doit, avant toute validation, vérifier le bien-fondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende aux dispositions légales et la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements.

Son office n'est donc nullement réduit à ce que certains qualifient de « juge tampon » et l'audience peut parfaitement être le lieu d'un vrai débat contradictoire entre les parties.

Ainsi, le tribunal judiciaire de Marseille a statué à deux reprises sur des propositions de CJIP en matière environnementale à l'égard, d'une part, d'un croisiériste immatriculé à Hambourg et, d'autre part, d'un transporteur maritime de marchandises immatriculé aux Bahamas, pour des utilisations illégales de combustibles dont la teneur en soufre était supérieure à la norme réglementaire.

Les personnes morales concernées, respectivement tenues de verser des amendes d'intérêt public de 60.000 et 140.000 euros, avaient même anticipé les mesures de mise en conformité, justificatifs à l'appui, si bien que le Parquet n'a pas eu besoin de les inclure dans la convention.

L'objectif de non-réitération des infractions par la mise en place de ces mesures correctives a donc été atteint avant même l'audience de validation ce qui démontre l'effet dissuasif et l'efficacité de cette réponse judiciaire en matière de protection de l'environnement, notamment à l'égard de personnes morales relevant de pays étrangers avec lesquels la coopération judiciaire n'est pas toujours simple, souvent très lente et parfois tout simplement impossible.

- **L'absence de casier judiciaire pour la personne morale :**

La CJIP n'étant pas une condamnation pénale, elle n'emporte aucune mention au casier judiciaire de la personne morale, ce que dénoncent les opposants à ce dispositif.

Il faut toutefois être lucide. L'absence de condamnation au casier judiciaire est un levier essentiel pour obtenir l'adhésion des personnes morales, notamment lorsqu'elles sont susceptibles de se porter candidates à des marchés publics.

En outre, la consultation des ordonnances de validation des conventions sur des sites ministériels accessibles par Internet permettront aux magistrats du Parquet chargés de ce contentieux spécialisé

de tenir compte des précédents pour adapter les modalités de poursuites et les montants des amendes en cas de renouvellement des infractions.

Sans doute peut-on craindre que les services compétents de l'État auront parfois du mal à contrôler la réalité des plans de mise en conformité en fonction de la taille des entreprises en cause ou de la complexité de leur fonctionnement.

De même, au titre des réserves, la CJIP environnementale est vraisemblablement adaptée aux faits ne dépassant pas un certain seuil de gravité qu'il appartiendra aux Parquets de déterminer.

Mais, alors que les périls environnementaux ne sont plus virtuels et que chaque citoyen peut les mesurer dans sa vie quotidienne (épisodes caniculaires, méga-incendies, sécheresse agricole, assèchement des nappes phréatiques, pollution de l'eau et de l'air, érosion des côtes marines, maisons fissurées...), ce nouveau dispositif constitue une réponse innovante et adaptée à ces enjeux vitaux pour l'Humanité, même si, bien entendu, il ne modifiera pas, à lui seul, des décennies de comportements nocifs pour la planète et ne peut donc être « l'alpha et l'omega » de la réponse judiciaire en la matière.

Toutefois, rapide, efficace, publique, permettant la mise en place de dispositifs de mise en conformité, compatible avec des poursuites pénales à l'égard des personnes physiques fautives, la CJIP apparaît comme l'un des outils utiles pour favoriser le développement d'une économie responsable et solidaire.

JUSTICE PÉNALE NÉGOCIÉE : DE BEAUX JOURS DEVANT ELLE, SI L'ON SE FAIT CONFIANCE

Par

Guillaume DAIEFF

Magistrat, Premier vice-président, Tribunal judiciaire de Paris

En entrant dans la salle de réunion avec l'avocat et la société mise en examen du chef de corruption privée active représentée par son dirigeant, nous savions que le délai de trois mois prévu par l'article 180-2 du Code de procédure pénale (CPP) expirant ce soir-là, ou nous trouvions un accord avant minuit, ou nous nous reverrions devant le tribunal correctionnel pour plusieurs journées d'audience. Le parquet estimait que la sanction pécuniaire juste était d'un montant X, mais le conseil nous avait assuré que son client ne monterait pas au-dessus de 40 % de X. Nous avons, après une heure et des échanges téléphoniques confidentiels entre le dirigeant, son avocat et ses actionnaires, convenu d'une sanction de 80 % de X...

Cette histoire de palais, où le représentant du procureur de la République avait « transigé » à moins que ce que nous estimions juste, appelle cinq séries d'observations et conduit à une proposition.

1. Est-ce seulement les peines qu'un procureur peut négocier ?

Dans l'exemple précité, seule la peine était à négocier.

En effet, l'instruction était terminée, car l'avis de fin d'information avait été délivré en application de l'article 175 du CPP. Elle avait mis en œuvre tous les moyens intrusifs et coercitifs que la loi met à la disposition du juge d'instruction, des perquisitions aux écoutes téléphoniques en passant par la garde à vue, et même jusqu'à la sonorisation d'un restaurant d'affaires et une infiltration par un faux-facturier luxembourgeois et fournisseur d'espèces. Ce solide dossier qui mettait en cause sept entreprises corruptrices et leurs dirigeants, c'était avec satisfaction que le parquet le réglait et c'était confiant qu'il irait à l'audience.

Mais, depuis les faits, l'actionnariat de trois de ces entreprises avait changé, ainsi que leurs dirigeants, si bien qu'elles avaient décidé de « tourner la page du passé » en proposant au procureur une Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP). Dans ce cas, il n'y avait que la peine – plus exactement, comme on le verra, les peines – à négocier.

Mais il peut arriver que l'idée d'une transaction pénale – CJIP, mais aussi CRPC et pourquoi pas composition pénale – naisse avant la fin de l'enquête, donc pendant celle-ci, avant que l'autorité judiciaire n'ait en main des « charges suffisantes », et dès le moment où elle dispose seulement d'« indices graves ou concordants ». Autrement dit, à un moment où le dossier, s'il passait devant le tribunal correctionnel, ne serait sans doute pas assez solide et risquerait fort la relaxe. Si l'on adopte un instant un point de vue de procureur pragmatique, l'idée lui viendrait de parler transaction pénale, parce qu'il économiserait ainsi du temps d'enquête. Et la société, elle aussi, y aurait intérêt : elle éviterait les désagréments de l'enquête et le coût, financier et médiatique, d'endurer la poursuite. Ainsi, on comprend que c'est aussi l'enquête qui peut être « négociée », par exemple, la fin de l'enquête.

Au parquet, il nous est même arrivé à deux reprises de proposer une CJIP encore plus tôt, dès l'ouverture de l'enquête, pour ainsi dire *ab initio*. Dans un de ces cas, j'ai adressé au dirigeant de

l'entreprise en cause un courrier l'informant de l'ouverture contre sa société d'une enquête du chef d'organisation illégale d'un système de mise en relation de clients avec des personnes qui se livrent au transport routier de personnes¹ et de pratiques commerciales trompeuses². Au visa de l'article 77-2 du CPP, nous leur donnions accès au dossier pénal³ et leur demandions, dans un délai contraint, de communiquer au parquet divers documents sur leur gouvernance et diverses informations sur leurs activités, par l'intermédiaire d'un avocat « *ayant de préférence une ou plusieurs références en matière d'enquête interne et, en toute hypothèse, qui ne soit pas votre conseil habituel* ».

Ces documents ont été fournis et ont permis de conclure l'affaire par une alternative aux poursuites sous la forme d'une régularisation : l'entreprise établissait qu'elle avait modifié le paramétrage de son algorithme de mise en relation des conducteurs et des passagers de manière à le rendre conforme à l'esprit de la loi⁴.

2. S'agissant de la peine, ce n'est pas seulement l'amende qui est négociée mais aussi la mise en conformité de la société

Les CJIP, aussi bien celle de l'article 41-1-2 du CPP relative à la matière financière, que celle de l'article 41-1-3 du CPP relative à la matière environnementale, prévoient que la convention impose non seulement une « amende d'intérêt public », mais aussi l'obligation de se soumettre à un programme de mise en conformité anticorruption (« *destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein des mesures et procédures énumérées au II de l'article 131-39-2 du code pénal* ») ou environnementale (« *régulariser sa situation au regard de la loi ou des règlements* »).

Cela paraît nouveau, mais c'est en réalité classique : la peine n'a-t-elle pas pour finalité, selon l'article 130-1 du CP, de « *favoriser l'amendement* » du condamné ? Et le vieux classement sous condition de régularisation prévu à l'article 41-1 du CPP ne répond-il pas au même objectif ?

Tel est exactement celui de ces programmes de mise en conformité. Ainsi, celui prévu à l'article 131-39-2 précité a pour objet de doter l'entreprise de procédures de prévention et de détection des faits de corruption. Il est très complet : dispositif d'alerte interne, code de conduite et régime disciplinaire en cas de violation, évaluation de la situation des clients et des intermédiaires au regard de la cartographie des risques, dispositif de formation des salariés et procédures de contrôle comptable sur le sujet de la corruption.

Cela ne me paraît pas être du vent, de la poudre aux yeux ou du « *window dressing* ». D'abord, cela a un coût, et ce coût est négocié dans le cadre de la CJIP, car il est mis à la charge de l'entreprise. Ainsi, dans les trois CJIP que nous avons négociées, le montant total des amendes s'élevait à 3 750 000 euros, auxquelles s'ajoutaient les « frais de monitoring » de l'Agence française anticorruption (AFA), d'un montant total de 670 000 euros : ces frais AFA représentaient ainsi plus de 15 % du total, et les entreprises les ont payés.

Ensuite, cela est soumis au contrôle de l'État *lato sensu*, l'Agence française anticorruption pour la CJIP financière et le ministère de l'Environnement ou l'Office français de la biodiversité pour la CJIP environnementale. Et la loi donne un levier très fort à ces acteurs publics : s'ils estiment que l'entreprise n'a pas correctement mis en œuvre le programme, le procureur, sur leur rapport, retrouve

¹ Natif 30648.

² Natif 23254.

³ Dossier constitué uniquement des 30 pages de documents communiqués par un concurrent qui avait dénoncé ces faits qui lui causaient une concurrence qu'il jugeait déloyale.

⁴ Le précédent était « attrape-tout » et faisait que les « conducteurs », qui sont censés ne pas trop dévier de leur chemin, étaient en réalité des « chauffeurs », qui vont partout.

le droit de la poursuivre devant le tribunal correctionnel (et ce, sans que les frais de monitoring ne lui soient remboursés).

3. Quel sort pour les personnes physiques, en particulier pour les dirigeants impliqués ?

Comme on le sait, la CJIP n'est pas applicable aux personnes physiques, à la différence de la CRPC et de la composition pénale qui sont applicables aux personnes morales comme physiques.

Deux questions se posent *de lege ferenda* et *de lege lata*.

De *lege ferenda*, certains demandent l'extension de la CJIP aux personnes physiques. Il est vrai que cela favoriserait grandement la conclusion d'accords avec les entreprises, lorsque le dirigeant au moment des poursuites – le dirigeant actuel donc – était déjà le dirigeant au moment des faits. Dans la première affaire évoquée plus haut, les sept entreprises et leurs dirigeants avaient été mis en examen pour corruption active. Seules celles dont les dirigeants avaient changé depuis les faits sont venues proposer une CJIP – qui a été conclue. Mais parmi celles dont les dirigeants étaient restés les mêmes, aucune ne l'a proposée : c'est que la reconnaissance des faits, que suppose la CJIP, ne pouvait qu'affaiblir la défense du dirigeant mis en examen dans ces entreprises de taille moyenne où il est *a priori* difficile de convaincre le tribunal que le dirigeant « ne savait pas ».

Mais je ne pense pas que ce soit une raison suffisante pour sauter le pas de la CJIP au bénéfice des personnes physiques, car ce saut permettrait désormais aux plus riches « d'acheter » non seulement l'absence de procès mais aussi l'absence de prison. Tant que seules des entreprises peuvent, en payant, éviter un procès, je ne parviens pas à être choqué, surtout si elles doivent aussi se mettre en conformité ou réparer l'environnement ; mais si une personne physique pouvait éviter la prison parce qu'elle en aurait les moyens, le caractère discriminatoire de cette procédure deviendrait insupportable.

En outre, cette aporie, souvent critiquée, que constitue la CJIP, qui consiste à accepter une peine sans reconnaître une culpabilité (et sans même formellement reconnaître des faits⁵), me paraît finalement soutenable quand elle s'applique à cette fiction juridique qu'est une personne morale. Mais elle me semble incompatible avec une personne physique, qui est un être doué d'une conscience du bien et du mal et, lâchons le mot, d'une âme.

De *lege lata*, il y a lieu de rappeler ce principe fondamental posé par l'article 121-2 du CP que la responsabilité d'une personne morale n'exclut pas celle des personnes physiques. Ainsi, le « bouclier » protégeant les dirigeants, que certains redoutaient à l'institution, en 1992, de la responsabilité pénale des personnes morales, n'existe que si le procureur ou le juge d'instruction le veulent bien.

Deux cas de figure peuvent se présenter.

Soit la société « lâche » ses dirigeants et elle négocie « dans leur dos » une CJIP, en se désintéressant de leur sort : ce cas⁶ peut être très rude pour ces derniers, étant donné qu'ils ont versé un pot de vin,

⁵ On sait qu'aucune reconnaissance de culpabilité n'est demandée à la société. Ce qu'on sait moins, c'est que, même si la requête, à laquelle est jointe la proposition de CJIP, contient un « *exposé précis des faits et de leur qualification juridique* », la convention elle-même n'a pas à contenir formellement une reconnaissance desdits faits par la société : c'est bien ce qui ressort de l'article 41-1-2 du CPP, et c'est ce qui ressort également de l'article 180-2 du CPP, que la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 a modifié en supprimant les mots « [lorsque] la personne morale mise en examen reconnaît les faits et qu'elle accepte la qualification juridique retenue ». Ainsi, en théorie, la personne morale pourrait ne reconnaître ni la faute ni les faits, mais accepter de payer et de se mettre en conformité.

⁶ Cette « trahison » peut aussi exister dans le cadre de la négociation d'une CRPC, dans le cadre d'une poursuite pour entente ou pour fichage illégal de salariés.

ou transféré illicitement des profits à l'étranger ou ont pollué une rivière pour le compte de l'entreprise (au sens de l'article 121-2 du CP), au profit immédiat des actionnaires, avec l'accord des autres dirigeants et qu'ils se trouvent finalement sacrifiés. Dans la première affaire évoquée plus haut, il a été dit à l'audience que cela avait pu conduire au suicide d'un des dirigeants.

Soit la société ne les « lâche » pas et elle demande à les inclure dans une négociation qui soit globale. Dans ce dernier cas, les autres modes de justice pénale négociée, que sont la CRPC et la composition pénale, existent. L'« affaire Bolloré » est un exemple de négociation globale, où ont été négociées simultanément une CJIP pour la société et une CRPC pour des dirigeants. On sait que la première a été homologuée, tandis que le juge a refusé d'homologuer les secondes. Mais cette issue, quelque irritante qu'elle fût pour les négociateurs, ne remet pas en cause la possibilité d'une négociation globale. Prétendre le contraire reviendrait à conclure que parce qu'un juge refuse d'homologuer une CJIP, plus aucune CJIP n'est possible. Elle rappelle seulement que l'accord qui est conclu doit encore être homologué, et qu'il peut ne pas l'être par le juge, si celui-ci estime qu'il y a une erreur manifeste d'appréciation dans le choix de la peine. Outre-Atlantique, c'est la même chose. En outre, sauf erreur, l'entreprise a su que la CRPC de ses dirigeants n'était pas homologuée alors qu'elle pouvait encore se rétracter (3^{ème} alinéa du II du 41-1-2 du CPP).

4. En matière économique, financière et environnementale, de multiples raisons devraient conduire les autorités judiciaires à recourir à la justice pénale négociée

La première raison est évidente, mais mérite d'être rappelée : la conclusion d'une CJIP permet d'économiser du temps d'audience, ce temps d'audience si rare que le renvoi d'une affaire de deux jours, par exemple, trouve rarement une date avant six mois, quand ce n'est pas douze.

En outre, comme évoqué plus haut, lorsque la négociation de la CJIP a commencé avant la fin de l'enquête, ou même dès son ouverture, son intérêt est d'économiser du temps d'enquête, et du temps d'enquêteur⁷.

La deuxième raison tient à la prévisibilité du résultat. Le parquet négocie et conclut la CJIP. Il sait ce qu'il obtient. Tel n'est pas le cas devant une juridiction, où des nullités peuvent être prononcées, des relaxes ordonnées et des recours exercés. Le résultat final n'est jamais garanti et peut même se révéler frustrant ou décevant.

La troisième raison est qu'elle permet d'obtenir le paiement d'une amende d'un montant en général supérieur à celui des amendes prononcées devant les tribunaux correctionnels. Les choses changent petit à petit mais force est de constater que les tribunaux correctionnels restent en général timides dans les peines prononcées à l'égard des personnes morales à l'origine de comportements frauduleux, timides en tous cas dans l'usage qui peut être fait de la peine complémentaire de confiscation du produit de l'infraction⁸.

La quatrième raison, voisine mais distincte, est qu'elle permet d'obtenir un effet immédiat sur l'acteur économique : paiement de l'amende (paiement volontaire, sans effort de recouvrement pour les services de l'État), mais également mise en conformité ou remise en état. En termes économiques de régulation de marché, l'effet est immédiat. À défaut, il faudrait attendre la date du jugement, puis de

⁷ C'est le sujet de « l'enquête interne », qui est développé dans un autre article.

⁸ Prévue de manière transversale par l'article 131-21 du Code pénal, cette peine porte sur le « produit direct ou indirect » de l'infraction. Si la loi ne définit pas précisément ce qu'est le produit d'une infraction telle que la corruption, l'entente illicite, la pratique commerciale trompeuse, etc., diverses décisions ont retenu, pour l'évaluer, la marge brute ou l'excédent brut d'exploitation (juste milieu entre le chiffre d'affaires et le profit net après impôt : cette définition rejoint celle « d'avantages tirés des manquements » de la CJIP). C'est dire qu'avec cette peine complémentaire, les tribunaux peuvent monter bien au-delà des plafonds d'amende que fixe la loi, lorsque ce produit est très élevé.

l'arrêt de cour d'appel, puis de celui de la Cour de cassation, pour espérer un effet de la sanction et, en fait, pour en désespérer, car il serait anachronique.

Ainsi, la CJIP permet de frapper « vite et fort » au portefeuille, tandis que les tribunaux correctionnels apportent encore une réponse pénale trop « lente et faible » à la délinquance économique et financière.

On pourrait objecter que la première raison ne vaut que lorsqu'aucune personne physique n'est poursuivie. Si tel est le cas, il faudra bien une audience et une enquête. C'est vrai lorsque l'infraction fait partie de ce que j'appellerai les infractions inavouables, telles que la corruption (en CJIP) ou l'entente anticoncurrentielle (en CRPC). Mais attardons-nous un instant sur les infractions assumées, parce qu'elles correspondent à des pratiques professionnelles que l'entreprise affirme être légales. Par exemple, Canal Plus, en mars 2018, a fait payer à ses abonnés historiques 3 ou 5 euros de plus par mois pour bénéficier d'un bouquet élargi, sauf s'ils s'y étaient explicitement opposés⁹. C'était une politique non seulement visible mais assumée. Pourtant, Canal Plus, finalement, a reconnu que c'était un délit et a reconnu sa culpabilité dans le cadre d'une CPRC conclue et homologuée à Nanterre en 2020, avec paiement d'une amende de 4,4 millions d'euros (et diffusion d'un communiqué de presse). Dans cette situation, il est possible sinon probable que, si les responsabilités individuelles des dirigeants avaient été recherchées, par exemple, dans le cadre d'une information judiciaire, non seulement le président, mais aussi le directeur général délégué, le secrétaire général, le directeur commercial et peut être même le directeur juridique auraient pu être mis en examen. En sorte que la poursuite de la seule personne morale apparaissait opportune, à l'exclusion des personnes physiques. Ici, temps d'enquête (pas de perquisition, une seule audition du dirigeant hors garde à vue) et temps d'audience ont bel et bien été « économisés ».

5. Freins et écueils à la justice pénale négociée

Le principal frein à la justice pénale négociée, c'est la culture de ses acteurs.

Les parquetiers d'abord : certains d'entre eux ne peuvent envisager de « transiger avec l'action publique ». Rien que le dire, c'est se maudire. Mais d'autres préfèrent « un peu tout de suite » que « peut-être rien dans 10 ans ».

L'autre frein, c'est que la négociation oblige le procureur à décider ce qui lui apparaît non négociable, à se fixer des lignes rouges et, ainsi, d'une certaine manière, à devenir juge de la peine juste. C'est une position nouvelle, critiquée par certains, inacceptable pour d'autres, mais très intéressante pour d'autres encore.

Par ailleurs, la négociation expose le procureur et elle l'expose plus que des réquisitions à l'audience, puisqu'il devra signer la convention ou donner son accord à la CRPC, alors que, faut-il le rappeler, il ne signe pas le jugement et dépose rarement, sinon jamais, des réquisitions écrites. Exposé, il doit donc se protéger, en ne négociant jamais seul, et en validant auprès de sa hiérarchie les variables et les lignes rouges de sa négociation.

En outre, la négociation demande du temps tout de suite, alors que la poursuite classique devant le tribunal demande du temps plus tard – le temps d'audience. Certains parquets devraient s'organiser pour se donner le temps de cette négociation.

⁹ Au lieu de ne leur faire payer que s'ils le demandaient expressément, commettant ainsi le délit de vente sans commande préalable, prévu au Code de la consommation.

Enfin, elle suppose une autre relation avec l'avocat, fondée sur le respect et la confiance ou foi du palais, qui fait parfois défaut.

Ce qui me conduit à évoquer l'autre acteur de la négociation, qu'est l'avocat, et une certaine culture de la défense pénale, comme celle de la rupture notamment. La justice pénale négociée exclut cette attitude.

La négociation inclut évidemment le rapport de force et une certaine dose de *bluff*, mais elle exclut de mentir. Je donnerai un exemple. Dans l'affaire Canal Plus citée plus haut, la négociation de l'amende supposait de connaître le nombre d'abonnés historiques ayant effectivement payé le supplément de 3 ou 5 euros, et donc le nombre de ceux ayant refusé ce surcoût *ab initio*, ou l'ayant refusé ultérieurement. Le parquet de Nanterre a demandé ces statistiques à l'avocat de Canal Plus, qui les a communiquées, et nous nous sommes abstenus de tout acte intrusif d'enquête tel qu'une perquisition. Je n'imagine pas que les chiffres ainsi communiqués aient été faux – les conséquences d'un tel mensonge auraient été désastreuses sur les relations de cet avocat avec le parquet.

Peut-être cet avocat, issu du droit des affaires, avait-il en tête l'article 21.4.4 du Règlement intérieur national (RIN), aux termes duquel : « À aucun moment, l'avocat ne doit sciemment donner au juge une information fausse ou de nature à l'induire en erreur ».

*

Je ne méconnais pas que cette règle est d'une application si délicate et soulève tant de questions qu'elle mériterait des développements distincts et abondants. Mais je suis convaincu que son application – et s'il y a lieu, la sanction de son inobservation – sont indispensables à l'essor de la justice pénale négociée.

Je relève qu'elle interdit de mentir au « juge » mais pas au « procureur », car si cette interdiction bénéficiait à ce dernier, l'article 21.4.4 du RIN parlerait de « magistrat ». Ainsi, l'interdiction du mensonge et de l'entourloupe de toute transmission volontaire d'information fausse bénéficie au seul « juge » et pas au procureur, y compris, donc, dans le cadre de négociations en vue d'une CJIP, d'une CRPC ou d'une composition pénale.

Plutôt que d'étendre la CJIP aux personnes physiques, un geste fort en faveur de la justice pénale négociée consisterait à inclure dans le champ de la protection le procureur, au moins dans le cadre de négociations pénales.

La balle est dans le camp du Conseil national des barreaux...

LA PLACE DE L'AVOCAT DANS LA JUSTICE PÉNALE NÉGOCIÉE

Par

Astrid MIGNON COLOMBET

Avocate au barreau de Paris, docteure en droit, chargée d'enseignement à Sciences Po Paris

La justice négociée est en train de trouver sa place au sein de la justice pénale. Et chacun des acteurs de la procédure pénale – magistrats, avocats, mis en cause, victimes – doit relever le défi immense d'occuper une nouvelle place au sein de cette justice pénale négociée en construction. Celle-ci invite les personnes morales et leurs avocats dans les domaines d'atteintes à la probité, de fraude fiscale et d'atteintes à l'environnement à rechercher une voie alternative dialoguée avec le procureur pouvant aboutir à la signature d'une forme de transaction pénale soumise à la validation du juge du siège qui vérifie si cet accord est régulier et conforme à l'intérêt public¹. Les avocats de la défense n'échappent pas à cette révolution culturelle en marche depuis la loi de 9 décembre 2016 dite Sapin 2 en France, inspirée des législations américaine et britannique et qui tend à se diffuser dans différents pays de l'Union Européenne.

Dans la justice pénale traditionnelle, la défense est résistance ou n'est pas. Habitué à combattre de manière systématique par tous les moyens procéduraux et substantiels une accusation portée par un procureur ou un juge d'instruction pour tenter de faire annuler, disqualifier ou abandonner une poursuite contestable, nous devons développer dans la justice négociée de nouvelles stratégies de défense axées en priorité sur l'anticipation et la proactivité. Au cœur de ces stratégies, il faut ainsi analyser dès les premiers temps du signalement, de la plainte ou de l'enquête interne ou externe les risques juridiques, économiques, financiers et de réputation qui sont associés à un éventuel procès et retenir une stratégie de défense adaptée. Deux types de stratégies judiciaires peuvent être choisies, la « défense-résistance » ou la « défense-coopération » en fonction de plusieurs critères tenant à la nature, aux circonstances de temps et de lieu des faits potentiels, aux personnes éventuellement impliquées et à l'incidence sur l'activité économique dans les pays concernés. Si ces stratégies sont loin d'être toujours compatibles entre elles, la défense doit être prête à opter pour l'une ou l'autre en cours de procédure mais selon un temps compatible avec les principes généraux gouvernant la « justice de coopération », qui ne sont pas tout à fait les mêmes selon qu'il s'agit d'une personne morale ou physique qui est mise en cause.

Appliquée aux personnes morales, cette justice de coopération s'illustre par la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) qui est une procédure transactionnelle sans reconnaissance de culpabilité conclue avec un procureur visant à éteindre *in fine* les poursuites en contrepartie du paiement d'une amende d'intérêt public très importante, d'un exposé des faits et de l'adoption selon les circonstances d'un programme de mise en conformité et d'indemnisation des victimes. La condition essentielle pour en bénéficier est que la personne morale coopère de bonne foi, au besoin par la révélation spontanée des faits suspects². Cette coopération active et sincère suppose ainsi que la personne morale remette au procureur des éléments de preuve d'une infraction potentielle, voire le contenu de l'enquête interne effectuée afin d'espérer bénéficier d'une issue négociée, alternative aux poursuites.

Si l'option de la voie négociée est retenue, la défense doit donc informer son client qu'il renonce en connaissance de cause à certains droits fondamentaux tels que le droit de contester systématiquement

¹ C. pr. pén. art. 41-1-2 et 41-1-3.

² [Lignes directrices](#) du parquet national financier du 16 janvier 2023, p. 9.

les faits ou de ne pas contribuer à sa propre accusation. Les nouvelles lignes directrices du parquet national financier (PNF) du 16 janvier 2023 précisent clairement qu'une contestation systématique des faits n'est pas compatible en principe avec une convention judiciaire (« *une contestation systématique des faits par la personne morale qui témoignerait d'un défaut d'adhésion à la convention est susceptible de conduire le PNF à renoncer au recours à la CJIP* »³). La Cour européenne des droits de l'homme admet ainsi la conformité du principe de la transaction pénale avec les exigences de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, en indiquant que la possibilité pour un accusé d'obtenir une atténuation des charges ou une réduction de peine, à condition qu'il renonce avant le procès à contester les faits ou encore qu'il coopère pleinement avec les autorités d'enquête, est chose courante dans les systèmes de justice pénale des États européens⁴. Selon la Cour européenne, ces accords peuvent aboutir à une renonciation éclairée à des droits procéduraux dans la mesure où « *ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 n'empêchent une personne de renoncer à ces garanties par sa propre volonté* »⁵. De la même manière, la défense doit avertir son client que, si le processus n'aboutit pas, par exemple à défaut d'accord sur le montant de l'amende d'intérêt public ou de coopération, certains éléments de preuve peuvent être versés au dossier notamment lorsqu'ils sont obtenus par voie de réquisition ou de saisie⁶. En revanche, les échanges oraux avec la défense se font sous le sceau de la confidentialité et de la foi du palais comme le rappellent les nouvelles lignes directrices du PNF.

Quant aux personnes physiques, la convention judiciaire d'intérêt public ne leur est pas ouverte et aucune immunité n'est souhaitée, le législateur ayant pris bien soin de préciser que « *les représentants légaux de la personne morale mise en cause demeurent responsables en tant que personnes physiques* »⁷. Les dirigeants d'une entreprise peuvent donc être poursuivis pour les mêmes faits ayant fait l'objet de la CJIP sans toutefois bénéficier d'une procédure identique. Lorsque ces faits sont suffisamment caractérisés, ils s'exposent ainsi, selon les cas, à des poursuites devant le tribunal correctionnel ou à une procédure simplifiée de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC). Or, à la différence de la CJIP, la CRPC suppose un aveu de culpabilité qui aboutit à une condamnation inscrite sur le casier judiciaire. Si cette dernière est de plus en plus utilisée pour des faits complexes de fraude fiscale et d'atteintes à la probité, ces deux instruments obéissent à des régimes distincts tenant à l'intensité du contrôle du juge du siège et à la procédure elle-même, la CRPC étant souvent proposée à la personne physique après la CJIP signée par la personne morale⁸. Ainsi, le règlement simultané d'un même dossier au moyen d'instruments différents peut créer des difficultés d'articulation au détriment en particulier des personnes physiques dont les droits de la défense et la présomption d'innocence peuvent être sérieusement atteints⁹.

À telle enseigne que l'on peut se demander si coopérer ne revient pas, au fond, à abandonner purement et simplement toute défense, qu'il s'agisse des personnes morales ou des personnes physiques. En réalité, ce qui pourrait sembler être un oxymore ne l'est pas. La « défense-coopération » exercée dans une procédure transactionnelle est bien l'exercice d'une défense pénale au service des intérêts de son client. Toutefois, cette défense n'est plus conçue exclusivement comme un combat pour faire dérailler l'accusation mais plutôt comme un dialogue avec le procureur enserré dans un cadre pénal dont le but est d'aboutir de manière constructive et rapide à un règlement négocié mettant fin définitivement et globalement aux poursuites envisagées. Dans la justice pénale négociée, c'est ainsi tout le spectre de la défense qui s'étend à d'autres territoires. La conduite d'une enquête

³ *Ibid.*, p. 12.

⁴ [CEDH, Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie](#), 2014, § 90.

⁵ *Ibid.*, § 91.

⁶ Lignes directrices précitées, p. 11.

⁷ C. pr. pén., art. 41-1-2, al. 7.

⁸ TGI de Paris, ordonnance d'homologation de CRPC d'un ancien dirigeant, 29 janvier 2019 (affaire HSBC).

⁹ Valérie MUNOZ-PONS et Alexandre MENNUCCI, « [Justice pénale négociée : la délicate question de la situation des personnes physiques](#) », *Dalloz Actualité*, 9 juin 2022.

interne pour le compte de nos clients est explicitement reconnue depuis mars 2016 par le Conseil de l'Ordre des Avocats de Paris comme entrant « *dans le champ professionnel de l'avocat* »¹⁰. En outre, se développe le champ de la négociation en matière pénale portant, non plus comme avant sur le seul montant de la peine, mais aussi sur le périmètre des faits et l'existence d'éventuelles mesures de conformité¹¹.

Tout l'enjeu est donc désormais de disposer d'un cadre pénal suffisamment protecteur des droits fondamentaux pour que la négociation d'accords transactionnels réponde pleinement aux exigences du procès équitable. Précisément, en 2016, les conditions concrètes pour mener une enquête interne ou une négociation pénale n'étaient écrites nulle part. La procédure pénale ne prévoit d'ailleurs pas de rencontre avec les magistrats en dehors des cabinets ou salles prévus pour les actes de procédure ou les audiences. La loi dite Sapin 2 et les textes d'application sont muets sur ces notions inconnues du champ pénal telles que « négociation », « coopération » ou « enquête interne ». Il a fallu attendre quelques années pour que, sous l'effet de la pratique naissante et des lignes directrices américaines ou britanniques, des recommandations juridiquement non contraignantes mais pratiquement suivies par tous soient publiées, à l'instar des nouvelles lignes directrices du PNF et du guide conjoint du PNF et de l'AFA sur les enquêtes internes de mars 2023¹².

Dans ce nouveau dispositif de droit souple, la place de la défense pénale est à repenser. En effet, ses nouvelles missions ne sont plus seulement régies par le Code de procédure pénale français, mais par des codes ou lignes directrices françaises, américaines ou encore britanniques lorsque la discussion est transnationale. À suivre ces lignes, toute stratégie contraire axée sur une défense de résistance est vouée à l'échec comme ont pu le montrer par le passé les affaires « BNP Paribas » et « Alstom »¹³. Ces deux procédures de plaider-coupable (*guilty plea*) montrent que toute résistance perçue dans la coopération avec les autorités de poursuite peut alourdir les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises poursuivies. À l'inverse, plus l'entreprise se dénonce tôt, plus elle coopère vite, plus elle augmente ses chances de minimiser la sanction voire d'éviter les poursuites, du moins aux États-Unis qui accordent une forme d'abandon des poursuites (*declination*) lorsque des conditions exceptionnelles sont réunies telles qu'une auto-dénonciation précoce et une remédiation efficace¹⁴. Surtout, l'exercice de la défense négociée suppose d'envisager et d'évoquer tous les moyens de défense qui auraient été soulevés dans une procédure pénale traditionnelle mais, cette fois, dans un cadre dialogué, la discussion portant sur le périmètre des faits et le calcul du montant de l'amende d'intérêt public. Celui-ci comporte en effet deux parties, la partie restitutive comprenant le profit illicite et la partie punitive composée d'un calcul combinant des facteurs majorants, tels que le caractère répété des faits ou l'historique judiciaire, ou minorants tels que la révélation spontanée ou la coopération active¹⁵. Ces derniers facteurs supposent de bien connaître les faits envisagés et les précédentes conventions judiciaires pour mettre en avant tous les facteurs minorants pertinents.

Ce n'est donc pas seulement la nature de la défense qui change mais les différentes facettes de la défense à mobiliser, qui diffèrent selon les dossiers et les moments de la discussion transactionnelle. Si par exemple, les négociations échouent et que les poursuites reprennent devant le tribunal correctionnel, il existe un risque très sérieux d'atteintes aux droits de la défense ou à la présomption

¹⁰ Délibération du 8 mars 2016 suivie de la création en septembre 2016 d'une annexe XXIV intitulée *Vademecum de l'avocat chargé d'une enquête interne* (modifiée le 10 décembre 2019).

¹¹ Lignes directrices précitées, p.10.

¹² Guide pratique AFA/PNF relatif aux enquêtes internes anticorruption, mars 2023.

¹³ BNP Paris S.A., *Guilty Plea*, Department of Justice US, 30 juin 2014 ; Alstom S.A., *Guilty Plea*, Department of Justice US, 22 décembre 2014.

¹⁴ Criminal Division, Département de la Justice américain, *Corporate Enforcement and Voluntary Self-Disclosure Policy*, 17 janvier 2023.

¹⁵ Lignes directrices précitées, p. 16.

d'innocence si des éléments de preuve ou les déclarations de la personne mise en cause recueillies pendant les négociations sont connus du juge, même si certains éléments de la procédure ne lui sont pas transmis¹⁶. À l'heure actuelle, en France, la banque suisse UBS est le seul exemple connu d'une personne morale n'ayant pas accepté en 2017 une proposition de CJIP d'un montant de 1,1 milliard d'euros et par la suite condamnée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 décembre 2021 à une amende de 3,75 millions d'euros et à une peine de confiscation d'un montant de 1 milliard d'euros¹⁷.

Il peut également arriver que la procédure de justice négociée n'aille pas à son terme pour d'autres raisons. Le juge de la CRPC peut ainsi refuser l'homologation de celle-ci s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire¹⁸. Dans l'affaire « Bolloré », en février 2021, le juge du siège a refusé d'homologuer les CRPC des dirigeants à la suite de la validation de la CJIP de la personne morale, le magistrat ayant estimé que les peines étaient « inadaptées au regard de la gravité des faits reprochés » et considéré qu'il était « nécessaire qu'ils soient jugés » par un tribunal correctionnel¹⁹. Or un procureur ne peut pas proposer une nouvelle CRPC au prévenu lorsque la précédente n'a pas été homologuée²⁰. La défense disjointe de la personne physique suppose donc pour la défense de mobiliser à l'audience toutes les ressources du procès équitable. Afin de corriger les incidences négatives attachées à un refus d'homologation, une « seconde chance » pour le prévenu de se voir proposer une nouvelle CRPC après un refus d'homologation pourrait voir le jour prochainement²¹. Souhaitons que la justice négociée qui se développe s'exerce dans un cadre pénal plus protecteur de la présomption d'innocence et des droits de la défense des personnes morales et physiques.

¹⁶ C. pr. pén., art. 495-14 ; c. pr. pén., art. 41-1-2 III.

¹⁷ Cour d'appel de Paris (pôle 2 chambre 12), 13 décembre 2021 ; sur pourvoi de la banque UBS, le délibéré de la Cour de cassation est attendu le 15 novembre 2023.

¹⁸ C. pr. pén., art. 495-11 ; Cons. const., déc. 2 mars 2004, n° [2004-492](#) DC.

¹⁹ V. : Tribunal judiciaire Paris, 9 février 2021.

²⁰ Crim., 17 mai 2022, n° [21-86.131](#).

²¹ Amendement n° 265 présenté par le Gouvernement le 5 juin 2023 dans le cadre de projet de loi Justice 2023-2027 ; v. en ce sens : Astrid MIGNON COLOMBET, Agathe DE MARCILLAC, « [Seconde chance pour la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ?](#) », *JCP G*, 10 juillet 2023, p. 825.

L'ENQUÊTE INTERNE : UNE POSSIBILITÉ NOUVELLE DE NÉGOCIER LA PHASE D'INVESTIGATION AVEC LES AUTORITÉS DE POURSUITE ?

Par

Guillaume DAIEFF

Magistrat, Premier vice-président, Tribunal judiciaire de Paris

Stéphane DE NAVACELLE

Avocat aux barreaux de Paris et New-York, ancien membre du Conseil de l'Ordre

Julie ZORRILLA

Avocate au barreau de Paris

La loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 a créé la possibilité pour les personnes mises en cause de négocier avec les autorités de poursuite dans le cadre des enquêtes pénales en insérant un nouveau mécanisme d'alternative aux poursuites à l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale : la convention judiciaire d'intérêt public (« CJIP »)¹.

Le procureur de la République, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, peut, depuis lors, proposer à une personne morale mise en cause pour certains délits d'atteinte à la probité², le délit de blanchiment de fraude fiscale, ainsi que pour des infractions connexes à ces délits (à l'exception de l'infraction de fraude fiscale), mais également pour les délits prévus par le Code de l'environnement³, la conclusion d'une telle convention.

Au stade de l'information judiciaire également, le juge d'instruction saisi des faits peut, sur demande ou avec l'accord du procureur, transmettre la procédure au procureur de la République en vue de la mise en œuvre d'une CJIP⁴.

Cette « troisième voie », où la poursuite et l'accusation laissent place à la négociation, a souvent été comparée à un *Deferred Prosecution Agreement* (« DPA »), mode de transaction pénale étasunien puis britannique⁵ qui « consiste, pour les autorités de poursuite (notamment le Department of Justice, DOJ) à mettre en mouvement l'action publique et à requérir du tribunal qu'il la suspende immédiatement en considération des engagements pris par l'entreprise mise en cause aux termes de la transaction »⁶. Et il est vrai que, de manière semblable au DPA, le mécanisme de la CJIP entraîne généralement, non seulement la démonstration d'une amélioration ou d'une volonté d'amélioration de son programme de conformité, la reconnaissance des faits à l'origine des poursuites, le paiement d'une amende

¹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 22.

² Il s'agit notamment des délits prévus aux articles 433-1, 433-2, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 445-1, 445-1-1, 445-2 et 445-2-1, à l'avant-dernier alinéa de l'article 434-9 et au deuxième alinéa de l'article 434-9-1 du code pénal.

³ C. pr. pén., art. 41-1-3.

⁴ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 22.

⁵ Les DPA ont été introduits en Grande-Bretagne le 24 février 2014, en vertu des dispositions de la section 45 et Annexe 17 de la loi sur la criminalité et les tribunaux (*Crime and Courts Act*) de 2013. Ils peuvent être mis en œuvre par le *Crown Prosecution Service* et le *Serious Fraud Office*. Un code de pratique pour les procureurs a été publié conjointement par ces services le 14 février 2014 après une consultation publique, v. : Serious Fraud Office, [Deferred Prosecuting Agreements](#).

⁶ Laurent COHEN-TANUGI, Emmanuel BREEN, « [Le Deferred prosecution agreement américain, Un instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale](#) », *JCP G*, n° 38, 16 septembre 2013.

d'intérêt public souvent conséquente et, le cas échéant, la mise en œuvre d'un monitorat par l'Agence Française Anticorruption (« AFA »), mais aussi la coopération de la personne morale aux investigations menées par le parquet. Cette similitude est d'autant plus soulignée, qu'outre la ressemblance du mécanisme, les pratiques mises en œuvre par les conseils des personnes morales dans le cadre de leur mission d'assistance et de défense pénale outre-Atlantique se sont également propagées en France. De la défense pénale de résistance ou même de rupture à la pleine coopération, et de l'investigation pleinement menée sous l'autorité du parquet par les enquêteurs judiciaires à l'enquête interne, les approches des avocats pénalistes et des procureurs ont évolué pour certains dossiers.

1. L'enquête interne, gage de la volonté de coopération et de la bonne foi de la personne morale mise en cause

Ce positionnement nouveau pour les avocats français de coopération avec les autorités s'est d'abord imposé à eux dans les dossiers transfrontaliers où leurs homologues américains avaient initié, dès l'ouverture des procédures par les procureurs étasuniens, voire avant, une enquête interne. Ces enquêtes internes ont pu être saluées par les procureurs français dans certaines des premières CJIP signées en France dans le cadre d'accords multi juridictionnels où des DPA étaient conclus en parallèle avec les autorités étasuniennes et britanniques. C'est ainsi, par exemple, que la CJIP signée par Airbus et validée par le président du tribunal de Paris le 31 janvier 2020 s'inscrivait dans un schéma d'actions concertées entre autorités puisque deux DPA étaient signés également avec le DOJ et le *Serious Fraud Office* britannique à cette même période ; or « *la conduite d'une enquête interne approfondie et coordonnée avec le déroulement de l'enquête judiciaire* » avait été retenue au titre des facteurs minorants dans le calcul de l'amende d'intérêt public prononcée.

Mais, pour autant, l'enquête interne n'était ni mentionnée dans la loi Sapin 2 ni dans la circulaire du 31 janvier 2018 relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par cette loi⁷. Il était, dans ce dernier texte, seulement fait référence deux fois à la coopération de l'entreprise, une première fois, comme facteur important de la décision de recourir à la CJIP, et une seconde fois, comme partie du coefficient minorant appliqué dans le cadre de la détermination du montant de l'amende d'intérêt public⁸.

Les « *investigations internes* » sont mentionnées pour la première fois dans les lignes directrices conjointes à l'AFA et au Parquet National Financier (« PNF ») sur la mise en œuvre de la CJIP dans le cadre de dossiers portant sur des faits de corruption et de trafic d'influence, publiées le 26 juin 2019. La participation active à la manifestation de la vérité de la personne morale au travers d'une enquête interne devient une attente explicite du parquet⁹.

Cette pratique, qui ne bénéficie pas à ce jour d'une définition ni unique ni légale, mais qui peut se résumer en une démarche visant à obtenir une compréhension détaillée d'une pratique ou d'un événement particulier, a dès lors connu en France un essor considérable ces dernières années, et dans de nombreux domaines qui ne se résument pas aux seules atteintes à la probité ou à l'environnement. Les dernières lignes directrices sur la mise en œuvre de la CJIP publiées par le PNF en janvier 2023 font de l'enquête interne une indication de la volonté de coopérer de la personne morale, condition expressément requise pour accéder à la convention, qui demeure une option à la discrétion du parquet. Elles précisent d'ailleurs que ce sont la communication des résultats de l'enquête interne « *dans un*

⁷ Circulaire CRIL/2018-01/G3-31.01.2018 relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

⁸ Ophélie CLAUDE, « [L'enquête interne et la convention judiciaire d'intérêt public](#) », *AJ Pénal*, 2020, p. 564.

⁹ Ministère de la Justice, [Lignes directrices sur la mise en œuvre de la CJIP](#), PNF-AFA, 26 juin 2019, p. 9.

temps compatible avec les impératifs de l'enquête judiciaire » et la qualité de la conservation des preuves qui permettent d'apprécier la volonté de coopération et la bonne foi de la personne morale¹⁰.

L'enquête interne est donc indéniablement érigée, par le PNF lui-même, en une étape cruciale, voire indispensable, de la négociation d'une CJIP.

2. L'absence de consensus entre avocats et magistrats sur le secret professionnel et le choix de l'avocat dans le cadre de l'enquête interne, obstacles théoriques à la négociation de l'enquête ?

À ce jour, l'enquête interne reste une pratique non réglementée par la loi en tant que telle. Son inscription dans le Code de procédure pénale avait pourtant été envisagée par une proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption présentée par le député Raphaël GAUVAIN et enregistrée le 19 octobre 2021¹¹, mais cette dernière est restée lettre morte.

L'enquête interne reste encadrée par des règles issues du droit social et de la réglementation sur la protection des données¹² ainsi que par les jurisprudences qui émergent sur le sujet depuis plusieurs années. Telles, à titre d'exemple, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation sur les données personnelles du salarié¹³ ou celles des différentes chambres sociales de cours d'appel qui réaffirment que l'enquête doit être menée loyalement, de façon impartiale, à charge et à décharge¹⁴. Lorsqu'elle est menée par un avocat, les règles déontologiques de la profession s'appliquent. L'avocat enquêteur est ainsi tenu « *d'observer, en toutes circonstances, nos principes essentiels (article 1.3 RIN). Il veillera notamment à observer les principes essentiels de conscience, d'indépendance, d'humanité, de loyauté, de délicatesse, de modération, de compétence et de prudence. Il s'abstiendra de toute pression sur les personnes qu'il entendra* »¹⁵.

Soucieuses d'appréhender cette nouvelle pratique du champ de l'activité professionnelle de l'avocat, les instances de cette profession, que ce soit l'Ordre du barreau de Paris ou le Conseil National des Barreaux¹⁶, ont élaboré un certain nombre de règles en la matière. Parmi ces règles, sont rappelés le libre choix de l'avocat dans la limite du conflit d'intérêts¹⁷, notamment si l'avocat enquêteur avait « *à porter une appréciation sur un travail qu'il a précédemment effectué* »¹⁸, l'application du secret professionnel à la relation avec le client et au rapport d'enquête interne ou tout autre document établi par l'avocat lors de sa mission¹⁹, la nécessité pour l'avocat de préciser à tous tiers, avec qui il doit entrer en relation pour l'accomplissement de l'enquête interne, « *sa mission et le caractère non coercitif de celle-ci* »²⁰, de préciser aux salariés qu'il entend dans le cadre de sa mission qu'il ne les représente pas, mais qu'il est mandaté par l'entreprise elle-même²¹ et que les propos qu'ils tiendront devant lui pourront être, en tout ou partie, retranscrits dans son rapport²². L'avocat est également tenu de leur

¹⁰ Ministère de la Justice, [Lignes directrices sur la mise en œuvre de la CJIP](#), PNF, 16 janvier 2023, p. 9.

¹¹ Assemblée nationale, [Proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption](#), n° 4586, 19 octobre 2019.

¹² Règl. PE Cons. UE n° [2016/679](#), 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

¹³ Cass. soc., 2 octobre 2001, n° [99-42.942](#), Bull. civ. V, n° 291.

¹⁴ Par exemple : Cour d'appel, Colmar, 12 septembre 2023, n° 21/04313.

¹⁵ Annexe XXIV du Règlement intérieur du Barreau de Paris - Vademecum de l'avocat chargé d'une enquête interne, art. 1^{er}.

¹⁶ Guide L'avocat français et les enquêtes internes, Assemblée générale du 12 juin 2020, Conseil National des Barreaux.

¹⁷ Règlement Intérieur National, art. 4.1 et 4.2.

¹⁸ Annexe XXIV du Règlement intérieur du Barreau de Paris - Vademecum de l'avocat chargé d'une enquête interne, art. 1^{er}.

¹⁹ *Ibid*, Article 2.

²⁰ *Ibid*, Article 4.

²¹ *Ibid*, Article 6.

²² *Ibid*, Article 7.

préciser que le secret professionnel auquel il est tenu envers son client ne s'impose pas à eux, de telle sorte que leurs déclarations et toute autre information recueillie pendant l'enquête pourront être utilisées par son client, ainsi que le rapport qu'il lui remettra le cas échéant²³. À cela s'ajoute l'obligation pour l'avocat d'indiquer aux personnes auditionnées qu'elles ont le droit d'être assistées ou conseillées par un avocat dans le cas où il apparaît qu'il pourrait leur être reproché un agissement²⁴. Sur deux aspects au moins, les magistrats ne partagent pas l'approche du barreau relative à l'enquête interne menée par les avocats. En effet, dans le guide pratique sur les enquêtes internes anticorruption co-rédigé entre l'AFA et le PNF, il est indiqué que dans l'hypothèse où l'enquête est menée par un avocat, la personne morale doit veiller « à ce que ce dernier soit différent de celui assurant la défense pénale de l'entreprise ou des salariés visés par l'enquête. En tout état de cause, en l'état du droit et de la jurisprudence, quelle que soit la qualité des membres de l'équipe d'enquête, le document rédigé à l'issue de l'enquête interne n'est protégé par aucun secret professionnel »²⁵. Si le secret professionnel de l'avocat est désormais inscrit dans le Code de procédure pénale et qu'il est garanti au cours de la procédure pénale²⁶, le Barreau de Paris a, en réaction à cette publication, tout de même rappelé le principe du libre choix de l'avocat et le caractère absolu du secret professionnel attaché aux travaux effectués par l'avocat²⁷.

Malgré ces oppositions, cruciales sur les principes, tous s'accordent sur le fait que l'enquête interne doit répondre à une méthodologie rigoureuse afin d'asseoir sa crédibilité et sa fiabilité, lesquelles permettent à la personne morale mise en cause de bénéficier de crédits de bonne foi et de fournir des gages de coopération auprès des autorités. Du point de vue du parquet, elle permet de s'assurer de mesures d'investigations adéquatement menées, externalisées tant en matière de coûts que de moyens mobilisés.

3. L'enquête interne peut-elle permettre une négociation sur les actes d'enquête ?

La CJIP a pour objectif de renforcer l'efficacité du traitement des affaires pénales, tant dans la célérité qu'elle permet de ce traitement que dans l'assurance qu'elle apporte dans l'exécution de la sanction à laquelle la personne morale a adhéré²⁸.

En sus de cette célérité du processus et de l'adhésion de la personne morale, le parquet, bien que libre de la mise en œuvre de ce processus au nom du principe de l'opportunité de poursuites²⁹, serait logiquement désireux d'avoir, à la fin de sa procédure, un certain nombre d'éléments à charge rendant fondée l'action menée contre la personne morale³⁰.

Pour autant, cette recherche de « célérité » pourrait-elle avoir pour conséquence que l'enquête interne viendrait se substituer à l'enquête judiciaire, ou au moins à une partie de cette enquête ? Il s'agirait alors pour l'enquête interne de dispenser le procureur ou le juge d'instruction de diligenter

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, art. 8.

²⁵ Guide pratique, [Enquêtes internes anticorruption](#), AFA-PNF, mars 2023, p. 18.

²⁶ C. pr. pén., art. préliminaire.

²⁷ [Résolution](#) du Conseil de l'Ordre relative au « guide pratique sur les Enquêtes internes anticorruption », avril 2023. V. également : Valérie MUNOZ PONS, Agathe DE MARCILLAC et Basile ADER, « [Un avocat qui participe à une enquête interne reste un avocat !](#) », *Dalloz Actualité*, 4 avril 2023 et Miren LARTIGUE, « [Rapport d'enquête interne anticorruption et secret professionnel de l'avocat : incertitude et divergences d'appréciation](#) », *Dalloz Actualité*, 10 mai 2023.

²⁸ Ministère de la Justice, [Lignes directrices sur la mise en œuvre de la CJIP](#), PNF, 16 janvier 2023, p. 4.

²⁹ C. pr. pén., art. 40-1.

³⁰ Julie GALLOIS, « [Approche comparative des caractéristiques principales de la convention judiciaire d'intérêt public, À propos des dernières CJIP rendues en application de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale en 2022](#) », *AJ Pénal*, 2023, p. 127.

tel ou tel acte d'enquête intrusif ou coercitif, tel qu'une perquisition, une interception téléphonique, des gardes à vue ou même des demandes d'entraide pénales internationales.

Allant plus loin, peut-on envisager que l'entreprise demande au procureur de lui « épargner » tels actes d'enquête judiciaire, en contrepartie de l'enquête interne. En ce sens, la négociation pourrait alors également porter sur les modalités de l'enquête.

Une telle discussion est évidemment risquée pour le procureur : accepter de différer des actes d'investigation peut mettre en danger son enquête, par une déperdition de preuves ou par la démotivation ou la démobilisation de ses enquêteurs. Un tel accord suppose une pleine confiance dans la loyauté, la qualité et l'efficacité de l'enquête interne, et donc dans l'avocat qui la propose – et dans le client qu'il représente.

En pratique, l'enquête interne peut être appréhendée comme un outil permettant de créer un climat de confiance entre l'entreprise mise en cause, son avocat et les magistrats du parquet, dans l'objectif de rendre la communication et la négociation efficaces et surtout facilitées. En effet, c'est par hypothèse sur instruction de son client que le secret professionnel de l'avocat trouve parfois à s'effacer lors du partage avec les autorités d'éléments factuels mis en lumière par l'enquête interne.

L'enquête interne peut être mise en œuvre en amont de toute révélation des faits aux autorités, à la suite d'un audit, d'un signalement ou d'une alerte. Elle devra permettre à la personne morale de remédier aux faits problématiques et, le cas échéant, la mettre en mesure de se dénoncer aux autorités. Dans ce dernier cas, doit être envisagée une information circonstanciée du parquet afin que ce dernier puisse appréhender avec un degré suffisant de précision les faits en cause qu'il découvre.

L'enquête interne peut également être mise en place dans un temps concomitant à la tenue d'une enquête judiciaire. Il conviendra alors de coordonner les mesures d'investigation interne avec le parquet, afin de s'assurer que ces dernières ne viennent pas empiéter sur d'éventuelles investigations judiciaires³¹ et d'une forme d'adhésion du parquet aux mesures envisagées. Les collectes et revues de documents et données, ainsi que les entretiens avec les personnes susceptibles de détenir des informations pertinentes, doivent dès lors être annoncés et discutés avec le parquet.

Que l'enquête interne ait débuté avant l'ouverture d'une enquête judiciaire ou qu'elle lui soit concomitante, les échanges réguliers entre la personne morale, ses conseils et le parquet sur l'organisation, les étapes ou encore le résultat des investigations menées forment le socle de la négociation et sont les premières étapes des discussions sur les conditions auxquelles une CJIP pourra être signée. Ces discussions ne déposent pas le parquet de ses attributions et répondent à l'efficacité voulue dans la réponse pénale apportée dans le contexte de cette alternative aux poursuites qu'est la CJIP. Ces discussions ne déposent pas non plus la personne morale de la possibilité de faire la lumière sur l'étendue des faits allégués et les risques qu'ils peuvent engendrer, et la réévaluation à chaque étape de son positionnement face au parquet.

Dans le cadre de telles discussions, il est tout à fait possible d'envisager que le procureur accepte de différer certains actes d'investigation, estimant pouvoir obtenir les informations voulues au travers de la coopération. À titre d'exemple, certains éléments pourraient être transmis sans besoin de réquisition.

Il est toutefois certain que ces échanges réguliers avec le parquet sur la mise en œuvre de l'enquête interne supposent pour la personne morale une volonté déjà établie d'aboutir à une transaction. En effet, la prise de risques assumée par une personne morale mise en cause qui n'aurait aucune vision

³¹ Ministère de la Justice, [Lignes directrices sur la mise en œuvre de la CJIP](#), PNF, 16 janvier 2023, p. 9.

sur les faits et s'engagerait malgré tout dans un échange sur les modalités de mise en œuvre d'une enquête interne, sans avoir au préalable de visibilité sur les contours de ces faits, et *a fortiori* sur les risques juridiques qu'ils lui font courir, serait considérable et correspond pour cette raison peu à la pratique.

4. Quelles limites à la négociation de l'enquête ?

Si la proposition de CJIP n'est pas validée par le président du tribunal, « *le procureur de la République met en mouvement l'action publique, sauf éléments nouveau* »³².

Et pour que la proposition de CJIP soit validée par le président du tribunal, la requête du procureur de la République aux fins de validation doit contenir un exposé précis des faits ainsi que la qualification juridique susceptible de leur être appliquée que le juge de la validation appréciera pour décider du bien-fondé du recours à cette procédure et de la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements³³.

Ainsi en théorie le procureur, dans l'éventualité de poursuites ultérieures en cas d'échec de la CJIP, devrait disposer d'un dossier solide ou crédible.

Pour certains, « *cette crédibilité passe par un temps d'investigation nécessaire à l'établissement des faits* » et à l'identification de l'implication de la personne morale³⁴. Autrement dit, l'investigation doit être faite et disponible au dossier pénal.

Pour d'autres, le procureur pourrait conclure une CJIP avant d'avoir des « *charges suffisantes* » au sens du Code de procédure pénale, autrement dit à un moment où le dossier, s'il passait devant le tribunal correctionnel, ne serait sans doute pas assez solide et risquerait fort la relaxe.

En effet, les éléments issus de l'enquête interne et versés dans le cadre d'une tentative de négociation de CJIP ne pourront pas être mentionnés par le procureur devant la juridiction d'instruction ou de jugement, en cas de refus de validation de la CJIP par le président du tribunal ou de rétractation par la personne morale³⁵. Si le texte ne prévoit pas cette restriction dans l'hypothèse où la personne morale refuserait la proposition d'amende du parquet, et donc avant même sa possible rétractation, les échanges ayant lieu sous la foi du palais, il est en pratique appliqué, à l'image de ce qui est prévu dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance de culpabilité (« CRPC »)³⁶.

Partant, si l'enquête interne peut être une nouvelle zone de négociation, se pose la question de savoir si son champ pourrait s'étendre à tous les actes d'investigation, jusqu'à remplacer l'enquête judiciaire.

³² C. pr. pén., art. 41-1-2 III.

³³ C. pr. pén., art. 41-1-2 II.

³⁴ Julie GALLOIS, « [Approche comparative des caractéristiques principales de la convention judiciaire d'intérêt public, À propos des dernières CJIP rendues en application de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale en 2022](#) », *op. cit.*

³⁵ C. pr. pén., art. 41-1-2 III.

³⁶ C. pr. pén., art. 495-14.

NOUS AVONS LU POUR VOUS...
**LA FABRIQUE DES JUGEMENTS. COMMENT SONT DÉTERMINÉES LES
SANCTIONS PÉNALES, DE ARNAUD PHILIPPE**

Par

Amandine MAGNE

Assistante de justice au Département Recherche et Documentation de l'École nationale de la magistrature
Doctorante à l'université de Poitiers, ISCrime, associée au CIRAP de l'École nationale d'administration pénitentiaire

« En présence de tout délit, le juge doit former un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale ; la mineure l'action conforme ou non à la loi ; la conclusion étant l'acquittement ou la condamnation »¹.

Ainsi se prononçait Cesare BECCARIA à propos de l'office du juge. Cette position peut paraître simple et logique en théorie, puisqu'elle ne laisse aucune place à l'incertitude, mais elle reste bien éloignée de la réalité concrète du terrain. Si, en effet, cette doctrine était appliquée à la lettre, alors on n'observerait que peu de fluctuations des sanctions pénales. Or, le droit pénal français permet une réelle variabilité des peines prononcées, et c'est cet aspect qu'Arnaud PHILIPPE traite dans son récent ouvrage intitulé *La Fabrique des jugements*.

L'auteur part d'un raisonnement simple : les peines prononcées sont légalement encadrées par le Code pénal, qui autorise une certaine marge de manœuvre et entraîne donc une fluctuation des peines. Pour autant, Arnaud PHILIPPE s'interroge sur le point de savoir si cette variabilité dépend de facteurs précis qui permettraient de prédire les peines prononcées, en adéquation avec une prévisibilité absolue des peines².

La question à laquelle tente de répondre l'ouvrage est simple : quels sont les différents paramètres qui permettent d'expliquer la variabilité des sanctions pénales prononcées ?

Pour répondre à cette problématique, Arnaud PHILIPPE, enseignant-chercheur en économie à l'Université de Bristol, s'appuie essentiellement sur les bases statistiques officielles du casier judiciaire national³. Ce fichier recense divers paramètres qui constituent, déjà, une explication à une certaine part de variabilité des sanctions pénales, que l'économiste estime proche de 50 % : les faits commis, les antécédents de la personne condamnée et la procédure par le biais de laquelle elle est jugée. Ces éléments influencent nécessairement la sanction finalement prononcée et sont des facteurs logiques et quantifiables de fluctuation des peines. C'est plutôt à la recherche d'éléments non chiffrables, moins accessibles, qui pourraient expliquer la part de variabilité restante, qu'est consacré l'ensemble du récit.

Dans cette démarche, l'auteur se fonde sur une méthode d'expériences dite naturelles, c'est-à-dire l'étude d'« une situation réelle, non contrôlée par le chercheur, dont les caractéristiques seraient pourtant proches d'une expérience de laboratoire et qui peut par conséquent être utilisée pour

¹ Cesara BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, GF Flammarion, 2006, chapitre 3, p. 67.

² Sur le principe de prévisibilité de la répression, v. notamment : Anne SIMON, « [La dystopie d'un monde sans peine](#) », *RSC*, 2021, p. 275 ; Pascal BEAUVAIS, « [Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes](#) », *Archives de politique criminelle*, 2007, n° 29, p. 3-18.

³ C. pr. pén., art. 768 à 781 et art. R. 62 à R. 90.

identifier une relation causale »⁴. Plus concrètement, il s'agit de l'étude d'un ou plusieurs groupes, confrontés ou non à des événements naturels et donc indépendants du chercheur – ce dernier ne pouvant qu'être observateur. Ainsi, pour comparer le comportement de deux groupes distincts, le rôle du chercheur est de déterminer un facteur suffisamment important qui impacte un groupe et pas l'autre et d'analyser les différences de comportement. En l'occurrence, Arnaud PHILIPPE compare différents groupes dont l'un seulement est soumis à un choc précis (une réforme, par exemple) et tire ensuite des conclusions de l'observation des divers groupes après l'intervention de cette circonstance.

Deux axes de réponse, facteurs déterminants de la sanction pénale non enregistrés, ressortent de ces expériences et sont présentés dans l'étude : les facteurs institutionnels d'abord et les facteurs individuels propres à chaque magistrat ensuite.

Les facteurs institutionnels mis en avant sont nombreux et assez aisément saisissables. Sont notamment étudiés la modification, la création ou la suppression d'infractions, la sévérité des peines encourues et leur écart avec les peines prononcées, la modification des peines encourues, la création puis la suppression des peines planchers, les conditions de détention, la disponibilité des établissements pénitentiaires, les évolutions des aménagements de peine, etc. Autant d'éléments qui permettent d'expliquer, déjà, une large part de la variabilité observée.

Les facteurs individuels, quant à eux, sont propres aux magistrats et directement liés à l'acte de juger.

Leur humanité implique en effet différentes sensibilités ou intuitions, si bien qu'ils sont nécessairement – mais dans une proportion que l'on espère mesurée – confrontés à des « *biais de jugement* ». Ceux-ci sont à la fois cognitifs et liés aux caractéristiques des individus. Ces facteurs endogènes sont personnels, souvent sociodémographiques, et renvoient à des paramètres tels que le genre, l'âge, l'origine ethnique ou sociale, l'expérience de chaque magistrat.

Par ailleurs, des facteurs exogènes sont mis en avant et tiennent à l'ensemble du contexte dans lequel s'inscrit le prononcé d'une sanction : médiatisation de l'affaire jugée et effet sur la sanction prononcée⁵, pratiques locales⁶, normes sociales⁷, etc. Biais cognitifs, erreurs, expériences, ... exercent potentiellement une influence, généralement inconsciente, sur les décisions des magistrats.

En France, puisque les peines prévues par les textes ne sont pas fixes, la variabilité des peines est logique, et même recherchée dans une perspective d'individualisation des peines. Pour autant, on comprend la nécessité d'y proposer des éléments d'explication, bien que ceux-ci ne soient pas absolus. Entre légalisme – contraignant – et contextualisme – qui octroie une certaine marge de manœuvre –, la justice ne peut être absolument uniforme.

Cette approche économique du droit pénal se veut novatrice et particulièrement inédite. En France, aucune recherche aussi méthodique et rigoureuse n'avait jusqu'alors été menée. En effet, de nombreuses données ne sont pas collectées pour des raisons essentiellement éthiques (origine sociale ou ethnique des magistrats ou des condamnés, par exemple). Cela induit des manques, si bien que l'auteur convoque inévitablement des données étrangères, en particulier anglo-saxonnes. Se référer au monde anglo-saxon était indispensable mais une certaine prudence reste nécessaire : les systèmes judiciaires sont bien différents, de même que la désignation et l'affectation des juges, ainsi que les

⁴ Sacha BOURGEOIS-GIRONDE, Éric MONNET, « [Expériences naturelles et causalité en histoire économique. Quels rapports à la théorie et à la temporalité ?](#) », *Annales. Histories, sciences sociales*, 2017/4, p. 1087-1116.

⁵ Arnaud PHILIPPE, *La fabrique des jugements. Comment sont déterminées les sanctions pénales*, La Découverte, 2020, p. 216.

⁶ *Ibid.*, p. 206.

⁷ *Ibid.*, p. 201.

modes de décisions et les orientations pénales⁸. Ce faisant, tout ne peut pas être transposé de manière absolue et le lecteur doit en être conscient au fil de sa lecture. Au mieux donc, les éléments étrangers mis en avant ne peuvent que constituer des tendances et des pistes de réponse.

Par ailleurs, la période étudiée peut sembler ancienne pour un ouvrage pourtant très récent mais Arnaud PHILIPPE s'en explique dès les premières pages. La méthode d'expériences naturelles imposait d'analyser une année sans activité législative abondante et qui soit ainsi susceptible de servir de référence. En ce sens, l'année 2013 retenue est « *une année sans élection majeure* » au cours de laquelle « *on ne dénombre presque aucune réforme pénale* »⁹. Cela implique toutefois l'étude de dispositifs abrogés tels que la contrainte pénale, le sursis avec mise à l'épreuve ou encore les peines planchers. L'intérêt pratique de telles analyses pourrait paraître limité, mais elles permettent de saisir avec précision l'influence de la création et/ou de la suppression de dispositifs juridiques sur les pratiques des magistrats.

On peut enfin relever les limites d'un ouvrage unidisciplinaire, aspect qu'on ne saurait pour autant reprocher à l'auteur. En tant qu'économiste, il admet d'ailleurs volontiers que « *n'importe quelle approche disciplinaire a des limites et [...] même la plus féconde ne peut prétendre à elle seule épuiser son objet d'études* »¹⁰, si bien que « *[...] les connaissances produites par les sciences sociales ne peuvent prétendre ni à l'intemporel ni à l'universel, et celles présentées dans cet ouvrage ne font pas exception* »¹¹.

À cet égard, le pénaliste aurait espéré quelques approfondissements. Arnaud PHILIPPE tente de répondre à la critique souvent avancée selon laquelle une ouverture de prison entraîne une augmentation presque automatique des condamnations à une peine privative de liberté et de leurs *quanta*. Il s'en étonne lui-même mais ne trouve pas d'élément de réponse et conclut à l'absence de hausse brutale des condamnations à une peine d'enfermement à la suite de l'ouverture d'un établissement pénitentiaire et d'augmentation de leur durée. La critique qui peut donc être avancée à la construction de nouveaux établissements ne serait donc que celle de l'augmentation du nombre global de détenus et non du nombre de condamnations.

En effet, on constate à la lecture même de l'ouvrage que le nombre total de détenus augmente conjointement avec le nombre de places disponibles, le premier étant bien plus élevé que le second, sans que le second ne rattrape jamais le premier. Mais pour que l'analyse de l'auteur ne prête pas à confusion, il aurait probablement fallu qu'il recueille des données relatives, non pas au nombre global de détenus (englobant détention provisoire et exécution de peine), mais seulement au nombre de détenus condamnés puisque des éléments distincts des condamnations peuvent permettre d'expliquer la rapidité avec laquelle se remplissent les nouveaux établissements¹² :

- Tout d'abord, de nombreuses peines privatives de liberté sont prononcées sans mandat de dépôt ou avec mandat de dépôt à effet différé et sont exécutées en détention plus

⁸ Sur ce point, v. notamment : Wanda MASTOR, « [Les juges anglo-saxons, spécialistes... du général](#) » in Catherine GINESTET (dir.), *La spécialisation des juges*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2012, p. 213-222 ; Dominique INCHAUSPÉ, « [Le procès pénal anglo-saxon](#) » in Dominique INCHAUSPÉ (dir.), *L'innocence judiciaire. Dans un procès, on n'est pas innocent, on le devient*, Chapitre 11, Presses universitaires de France, 2012, p. 321-359 ; Renaud COLSON, Stewart FIELD, « [La fabrique des procédures pénales. Comparaison franco-anglaise des réformes de la justice répressive](#) », RSC, 2012, n° 2, p. 365-393.

⁹ Arnaud PHILIPPE, *La fabrique des jugements. Comment sont déterminées les sanctions pénales*, op. cit., p. 7.

¹⁰ *Ibid.*, p. 333.

¹¹ *Ibid.*, p. 334.

¹² Sur la question de la disponibilité des données quantitatives, v. notamment : Rachel VANNEUVILLE, « [Les aléas judiciaires. À propos de : Arnaud Philippe, La fabrique des jugements. Comment sont déterminées les sanctions pénales, La Découverte](#) », *La vie des idées*, 1^{er} décembre 2022.

tardivement¹³ ou aménagées. Ainsi, lorsque de nouvelles places sont disponibles, elles constituent un vivier de peines qui peuvent être relativement rapidement mises à exécution, notamment en cas de carence du condamné¹⁴.

- Ensuite, un certain nombre de données échappent à l'analyse d'Arnaud PHILIPPE qui consacre son étude aux seules condamnations pénales. Or, le taux d'occupation excessif des lieux de détention se constate essentiellement en maison d'arrêt, où une majeure partie des détenus ne sont pas condamnés, ou ne le sont pas encore définitivement. Et, précisément, on relève un recours toujours croissant à la détention provisoire¹⁵, si bien que les places nouvellement disponibles en maison d'arrêt peuvent se trouver rapidement occupées.
- Enfin, lorsqu'un nouvel établissement pénitentiaire est livré, il n'est pas rare qu'un ancien établissement, dont la vétusté ne permet pas d'assurer des conditions de détention respectant la dignité des détenus, ferme rapidement¹⁶. Dans le même sens, un nouvel établissement peut voir une part de ses places remplies par des personnes déjà détenues dans un établissement confronté à une forte surpopulation.

Comme l'avance Arnaud PHILIPPE, les juges ne réagissent apparemment pas, dans le choix des peines qu'ils prononcent et leur sévérité, à l'augmentation du nombre de places disponibles en détention. Ce sont en effet d'autres facteurs qui conduisent à leur remplissage rapide, mais il aurait peut-être été utile de rappeler certaines nuances pourtant fondamentales pour apprécier la validité de la conclusion, notamment quant à la différenciation des titres de détention.

En tout état de cause, l'ouvrage commenté est particulièrement novateur, et ce, à divers égards. D'une part, il présente le mérite de recenser de très nombreux facteurs qui orientent les sanctions pénales. D'autre part, il questionne, à sa manière, la dichotomie entre déterminisme et libre-arbitre des magistrats. Ce livre pourrait bien permettre aux juges de prendre conscience des éléments susceptibles d'exercer une influence sur leur prise de décision et partant, d'y rester attentifs.

¹³ Sur ce point, v. : Ministère de la justice, SDSE, [Le taux de mise à exécution des peines d'emprisonnement ferme prononcées par le tribunal correctionnel](#), 2020 ; Florent FAVRE, Béatrice LE RHUN, [Le taux de mise à exécution en 2016 des peines d'emprisonnement ferme prononcées par les tribunaux correctionnels](#), Infostat justice, n° 163, juin 2018 ; Joël CREUSAT, [Les délais de la mise à exécution des peines d'emprisonnement ferme](#), Infostat justice, n° 124, novembre 2013.

¹⁴ Sur ce point, v. : c. pr. pén., art. 723-15 à 723-18.

¹⁵ Sur ce point, v. : Ministère de la justice, SDSE, [Statistiques trimestrielles du milieu fermé](#), années 2021, 2022, 2023.

¹⁶ V., par exemple : CGLPL, [Centre pénitentiaire de Poitiers-Vivonne, Vienne](#), Rapport de visite, 2^{ème} visite du 2 au 6 février 2015, p. 18 ; CGLPL, [Centre pénitentiaire des Baumettes à Marseille, Bouches-du-Rhône](#), Rapport de visite, 2^{ème} visite du 2 au 13 mars 2022, p. 22.

ZOOM SUR LA RECHERCHE

« 4 QUESTIONS à... »

Yoann DEMOLI et Laurent WILLEMEZ, sociologues
 auteurs de « *Sociologie de la magistrature* », Armand Colin, 2023, 228 p.

Par

Fathia ZEGHOUDI

Magistrate, chargée de mission

Département Recherche et documentation de l'École nationale de la magistrature

Plus de 30 ans après les derniers travaux sur le sujet¹, les sociologues Yoann DEMOLI et Laurent WILLEMEZ se sont donné pour ambition de dresser le portrait de la magistrature française contemporaine. En s'appuyant sur une analyse statistique du fichier des magistrats en poste au 1^{er} janvier 2018 et sur l'exploitation de 1200 questionnaires et d'une quarantaine d'entretiens réalisés auprès des magistrats, ils ont cherché à dévoiler le plus fidèlement possible le profil sociologique du magistrat d'aujourd'hui. Issu d'un premier rapport remis à la mission Droit et Justice fin 2019², leur ouvrage « *Sociologie de la magistrature. Genèse, morphologie sociale et conditions de travail d'un corps* » est paru en mars 2023 chez Armand Colin.

1/ Pour décrire notre profession de manière synthétique, vous parlez d'une « élite féminisée », « relativement jeune » avec des conditions de travail difficiles. Une élite « à la fois typique et atypique ». En quoi la magistrature se rapproche-t-elle des autres élites administratives, et par quels traits s'en distingue-t-elle ?

Dans « *La Noblesse d'État*⁴ », Pierre BOURDIEU choisit de ne pas inclure les magistrats de l'ordre judiciaire parmi l'élite ; 30 ans plus tard, notre réponse est plus nuancée : les magistrats ressemblent, de par leur recrutement et leurs alliances, aux autres grands corps de l'État (voir *infra*). Toutefois, plusieurs traits (féminisation, capital symbolique, conditions de travail) les en distinguent.

66 % des magistrats sont des femmes : voici un constat qui, immédiatement, rend le corps judiciaire très éloigné des grands corps masculins de l'État. L'ancienneté et le caractère majoritaire de la féminisation de la magistrature restent exceptionnels parmi les postes de catégories A+ de la fonction publique d'État. La féminisation de la profession correspond d'abord à la féminisation massive des études de droit. Elle peut aussi révéler une préférence des jeunes hommes diplômés en droit pour les professions libérales (avocat, juriste d'entreprise, notaire...). La féminisation de la profession, déjà ancienne, a été particulièrement soutenue pour les cohortes âgées de 55 à 64 ans, nées durant deux décennies décisives, les années 1960 et 1970.

Autre spécificité, la position que le corps judiciaire occupe dans l'espace social apparaît dominante mais pas dirigeante. Dotés d'un capital culturel important mais d'un capital économique moindre, les membres du corps occupent un rôle central dans le champ juridique mais n'ont pas un rôle politique

¹ Jean-Luc BODIGUEL, « *Les Magistrats, un corps sans âme ?* », Presses universitaires de France, Paris, 1991 ; Anne BOIGEOL, « *Comment devient-on magistrat ? Enquête auprès de trois promotions d'auditeurs* », Vauresson, CRIV 1991.

² Yoann DEMOLI et Laurent WILLEMEZ, rapport de recherche pour la Mission de Recherche Droit et Justice, « [L'âme du corps. La magistrature française dans les années 2010 : morphologie, mobilité et conditions de travail](#) », 2019.

³ Yoann DEMOLI et Laurent WILLEMEZ, « *Sociologie de la magistrature. Genèse, morphologie sociale et conditions de travail d'un corps* », Armand COLIN, mars 2023

⁴ Pierre BOURDIEU, « *La noblesse d'État : grandes écoles et esprit de corps* », Éditions de Minuit, Paris 1989.

d'ampleur. Peu ancrée localement, par le jeu des mobilités géographiques, la profession jouit d'un capital symbolique qui reste relativement ténu. Symboliquement, si ce n'est matériellement, le corps de la magistrature, hormis peut-être pour ses membres les plus dominants, semble ne pas jouir d'une position d'élite dirigeante, mais appartient à une frange de cadres supérieurs de la fonction publique, extrêmement qualifiés, confrontés aux difficultés contemporaines du service public : une bourgeoisie plutôt qu'une noblesse d'État.

Cette position entretient une homologie avec les conditions de travail particulièrement difficiles que peuvent éprouver les magistrats : dans notre ouvrage, nous montrons que près de trois quarts des magistrats sont concernés par un débordement (temporel et spatial) du travail. C'est par ailleurs, et enfin, l'un des rares groupes professionnels de type A+, qui soit au contact direct des usagers.

2/ A l'aube d'une loi prochaine relative à l'ouverture et à la modernisation du corps judiciaire⁵, quel bilan faites-vous, à ce jour, de l'évolution du recrutement « social » des magistrats au cours des dernières décennies ? Dans quelle mesure l'accès à la magistrature s'est-il démocratisé ?

Le recrutement social des magistrats diffère assez peu de celui des élites administratives, économiques ou scientifiques, qui comprennent peu ou prou deux tiers de leurs membres issus de la catégorie des cadres supérieurs, quand bien même la magistrature recrute, via les deuxième et troisième concours ainsi que les modes d'intégration directe, parmi un vivier non restreint au public des classes préparatoires aux grandes écoles, dont le recrutement est fortement polarisé par les classes supérieures. Le recrutement social du corps montre ainsi de fortes proximités avec la reproduction typique des grandes écoles.

Cependant, un mouvement (tenu) de démocratisation est visible parmi les lauréats du deuxième concours (anciens fonctionnaires), qui recrute pour un tiers parmi les classes populaires salariées et indépendantes, et pour un quart parmi les classes moyennes. Malgré tout, le deuxième concours demeure une voie d'accès numériquement assez faible à la magistrature et l'arbitrage est souvent en sa défaveur, au profit des autres voies d'accès. En 2022, en effet, selon l'arrêté du garde des Sceaux daté du 4 mars de la même année, le nombre de places offertes aux trois concours d'accès à l'École nationale de la magistrature est fixé à 218 pour le premier concours, 52 pour le deuxième concours et 15 pour le troisième concours. S'y ajoutent 80 postes pour le concours complémentaire, ouvert aux personnes en reconversion professionnelle justifiant d'au moins 7 années d'expérience dans les domaines juridique, économique, administratif ou social. Le deuxième concours ne représente ainsi que 14 % des postes ouverts.

La reproduction sociale typique des grandes écoles s'étend aux logiques de mise en couple, dans un monde où, désormais, le statut social s'observe à la fois dans l'activité des hommes et des femmes. À cet égard, la magistrature ne fait pas exception et s'y observe un repli des élites, qui se voit pour l'ensemble des autres diplômés des grandes écoles.

3/ Le principe de la « double mobilité », géographique et fonctionnelle, est une autre des spécificités de la profession souvent mise en avant. Mais qu'en est-il dans les faits ?

Si la double mobilité des magistrats apparaît comme une spécificité de la profession, elle connaît d'une part une ampleur moins forte que celle que les représentations lui associent ; d'autre part, elle est inégalement distribuée, selon le sexe des magistrats.

Tout d'abord, si la mobilité géographique des magistrats apparaît importante, elle est en réalité assez polarisée. Selon nos calculs, tous sexes confondus, les magistrats en activité en octobre 2019 ont occupé, au cours de leur carrière, des postes cumulant une distance de 2 531 kilomètres. Envisagée sous cet indicateur, la mobilité résidentielle des magistrats apparaît sans commune mesure avec la mobilité des Français dans leur ensemble (un peu plus de la moitié des Français résideraient dans leur

⁵ [Projet de loi organique relatif à l'ouverture, la modernisation et la responsabilité du corps judiciaire.](#)

département de naissance et les mobilités résidentielles sont souvent réalisées à l'intérieur d'un même département).

Cette statistique doit toutefois être nuancée : pour 80% des magistrats, cette distance est inférieure à 1 733 kilomètres et, pour la moitié, inférieure à 844 kilomètres. En effet, la moyenne est fortement tirée vers le haut par les distances parcourues par les 11% des magistrats ayant au moins une mutation dans les départements et territoires d'outre-mer (DOM-COM). Ainsi, en écartant ces valeurs, les distances moyenne et médiane s'établissent respectivement à 996 et 771 kilomètres, ce qui laisse supposer une forme de polarisation entre de (rares) magistrats ayant réalisé une mutation dans les DOM-COM et des magistrats, beaucoup plus nombreux, à la mobilité géographique plus restreinte.

Comment comprendre le paradoxe entre des représentations d'une mobilité géographique importante et la réalité de cette dernière ? Pour y répondre, nous avons regroupé les mouvements des 9100 magistrats observés tout au long de leur carrière selon la typologie suivante, par destinations : a) Cour d'appel identique ; b) Cour d'appel adjacente ; c) Autre cour d'appel (hors Paris et DOM-COM) ; d) Cour d'appel de Paris ; e) Cour d'appel des DOM-COM. Tous sexes confondus, les mouvements des magistrats s'effectuent aux deux tiers au sein d'une même cour d'appel ou de deux cours d'appel contiguës. La mobilité géographique des femmes et des hommes est par ailleurs bien inégale : si 57 % des femmes réalisent une mutation dans la même cour d'appel, ce n'est le cas que de 47 % des hommes. À l'inverse, les mouvements amples (DOM-COM et cours d'appel non adjacentes, hors Île-de-France) sont plus fréquents chez les hommes. Autrement dit, les magistrats se saisissent bien différemment du maillage très fin du territoire judiciaire, permettant pour les uns des mobilités géographiques potentiellement très élevées et, pour d'autres, des mobilités en « sauts de puce ».

Qu'en est-il de la mobilité fonctionnelle ? De la même façon que la mobilité géographique, consiste-t-elle en de petits plutôt qu'en de grands changements ? Est-elle toujours plus forte chez les hommes que chez les femmes ?

Regardons tout d'abord les carrières des magistrats en fonction de leur affectation au siège ou au parquet. Les carrières peuvent être exclusives (au parquet ou au siège seul) ou bien mixtes. Notons tout d'abord que les magistrats ayant occupé des postes à la fois au siège et au parquet sont minoritaires par rapport aux magistrats qui n'ont connu que l'un ou l'autre : près de 32,5% des magistrats ont exercé des fonctions au siège et au parquet, contre 62,6% pour des magistrats n'ayant connu qu'une seule de ces fonctions. Souvent discuté d'un point de vue essentiellement théorique, le principe de l'unité du corps judiciaire, qui permet à chaque magistrat, au cours de sa carrière, de passer d'un groupe à l'autre sans difficulté, trouve une limite empirique assez évidente : après 24 ans de carrière, seuls 42 % des magistrats ont une carrière mixte, laquelle prend souvent la forme, par ailleurs, d'un premier poste au parquet suivi de postes au siège. Cette première analyse montre donc qu'à l'échelle du corps et des carrières, les changements de fonction entre siège et parquet ne sont pas la règle.

Lorsque l'on construit différemment la mobilité fonctionnelle, sous la forme d'un indice décrivant le nombre de fonctions différentes occupées, on en observe une forte variation genrée. D'une part, les magistrates connaissent une plus grande variété de fonctions que les hommes ; d'autre part, il existe une forme de polarisation de la mobilité fonctionnelle chez les magistrates plus que chez les magistrats. Une partie des magistrates assumerait des fonctions extrêmement variées au fil de leur carrière, tandis qu'une autre se rapprocherait des stratégies masculines modales. Est-ce une façon pour les magistrates de remplir l'obligation de mobilité, en privilégiant la mobilité fonctionnelle sur la mobilité géographique ?

4/ Votre étude repère des « freins et accélérateurs » pour la réussite dans la carrière. Quels sont les principaux ?

Nous l'avons vu : les mobilités géographique et fonctionnelle des magistrats, sous quelque forme qu'on les observe, sont doublement inégales ; les mobilités géographiques et fonctionnelles sont polarisées,

opposant des grandes mobilités à de petits déplacements d'une part ; elles sont aussi inégales dans la mesure où les femmes apparaissent plus mobiles fonctionnellement et les hommes plus mobiles géographiquement d'autre part. Dans quelle mesure ces deux formes de mobilité ont-elles la même rentabilité dans l'ascension professionnelle ? Y-a-t-il d'autres phénomènes permettant d'accélérer la carrière ?

On le sait, le grade le plus élevé d'une carrière de magistrat est celui de la hors hiérarchie. Tous les magistrats n'y accèdent pas. Contrairement au premier grade ou aux différents échelons de ce premier grade, dont l'accès dépend de l'écoulement du temps et donc de l'ancienneté, l'accès à la hors hiérarchie dépend à la fois de l'ancienneté dans le corps, mais également de l'occupation de certains postes, contingentés. Les mobilités, fonctionnelles comme géographiques, sont donc susceptibles d'influencer l'accès à ce grade.

Afin d'évaluer l'impact net des différentes formes de mobilité sur le passage au grade de la hors hiérarchie, parmi les magistrats étant au moins au premier grade, il est nécessaire de neutraliser l'effet d'autres caractéristiques, sociodémographiques ou de carrière (passage par le détachement, l'administration centrale ou les juridictions d'outre-mer essentiellement, qui peuvent avoir des effets sur l'accès à la hors hiérarchie). La modélisation toutes choses égales par ailleurs que nous proposons ailleurs (Demoli, Willemez, 2023) confirme plusieurs effets importants : être un homme plutôt qu'une femme accroît la probabilité d'accéder à la hors hiérarchie ; de même l'ancienneté joue un rôle dans l'accès aux positions les plus valorisées.

Mais au-delà de ces facteurs déjà bien documentés, des freins et accélérateurs liés à la mobilité existent aussi. Le passage par un poste à la Chancellerie multiplie par 3,6 la probabilité d'accéder au grade sommital. L'expérience d'un détachement hors du ministère de la justice joue un rôle d'ampleur semblable. Cet effet peut se comprendre de deux façons différentes : d'une part, les postes les plus élevés de la Chancellerie (sous-directeur et directeur d'administration centrale) sont, en fait, pourvus sous la forme du détachement ; or de tels postes mènent à occuper par la suite des positions en hors hiérarchie ; d'autre part, le détachement peut aussi être lié à des positions particulièrement stratégiques, au sein de cabinets ministériels, par exemple, ou dans des postes de direction d'administration centrale hors de la Chancellerie. Enfin, la mobilité affecte différemment les chances d'accéder à la hors hiérarchie selon qu'elle est plutôt géographique ou fonctionnelle : toutes choses égales par ailleurs, la mobilité géographique en favorise l'accès, tandis que la mobilité fonctionnelle la bride, au contraire de la spécialisation fonctionnelle. On comprend donc mieux l'avantage masculin dans l'accès aux postes les plus prestigieux : davantage spécialisés plutôt que polyvalents, les magistrats parcourent une mobilité géographique plus ample, deux facteurs qui accroissent fortement la probabilité d'obtenir un poste à la hors hiérarchie. Est-ce à dire que la spécialisation et la mobilité permettraient aux femmes de connaître des formes d'ascension ? Lorsque l'on compare les deux formes de mobilité des magistrats au 1er grade et hors hiérarchie pour les deux sexes, on voit que femmes et hommes à la hors hiérarchie se ressemblent, sous ces deux indicateurs, de façon spectaculaire, à l'inverse des magistrats des deux sexes du 1er grade, où potentiellement, les écarts tendent à profiter aux hommes. Les magistrates à la hors hiérarchie, sont, à cet égard, des magistrats comme les autres !

Justice civile amiable, justice pénale négociée... vers une justice consensuelle ?

Comment comprendre et nommer ce mouvement de fond si complexe, à l'œuvre depuis plusieurs décennies, bien au-delà du seul cadre français, transformant l'office du juge pénal et civil, reconfigurant les rôles de tous les acteurs-clés du système judiciaire et connaissant ces dernières années une amplification incontestable ? Par quels signes et instruments saisir cette ou ces "vague[s] consensualiste[s]" au sein de la justice contemporaine, suscitant intérêt et débats croissants chez les chercheurs et praticiens ?

Ce dossier thématique invite à penser ces mutations en cours. En deux temps, il propose d'abord un cadrage historique et sociologique pour comprendre les origines, les spécificités et les limites de ce mouvement, avant d'inviter le lecteur à le confronter, par la suite, à un tour d'horizon détaillé de ces dernières évolutions en matière civile et pénale. Pour ce faire, comme à son habitude, la RJA offre les regards de chercheurs - sociologue, historien, civiliste et pénaliste - mais également de praticiens - magistrats, avocats et médiateurs - spécialistes des derniers outils amiables et instruments de justice négociée.

À ce dossier thématique, s'ajoutent nos rubriques "Nous avons lu pour vous" consacrée à l'ouvrage "La fabrique des jugements" d'Arnaud PHILIPPE et "Zoom sur la recherche" dédiée à l'enquête de Yoann DEMOLI et Laurent WILLEMEZ, auteurs de "Sociologie de la magistrature".