AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE - METZ
N° inv. 2004 007 D
Cote D/Mz 04/03
Loc

UNIVERSITE DE METZ
UFR Droit, Economie et Administration

THESE

Pour obtenir le grade de
Docteur de l'Université de Metz
Droit privé

Présentée et soutenue publiquement
Le 08 octobre 2004
par

Stéphanie MELIS-MAAS

POUR UN RENOUVELLEMENT DE LA NOTION D'ACTION EN JUSTICE

Directeur de thèse : M. Arnaud RAYNOUARD
Professeur à l'Université des Sciences sociales Toulouse I

Membres du jury :

Mme Mélina DOUCHY, Professeur à l'Université de Bourgogne
M. Alain FOURNIER, Professeur à l'Université de Metz
M. Emmanuel JEULAND, Professeur à l'Université de Sceaux, Paris XI
M. Arnaud RAYNOUARD, Professeur à l'Université des Sciences sociales, Toulouse I
M. Frédéric STASIAK, Professeur à l'Université de Nancy II

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE DE METZ
031 536037 6

UNIVERSITE DE METZ

UFR Droit, Economie et Administration

THESE

Pour obtenir le grade de
Docteur de l'Université de Metz
Droit privé

Présentée et soutenue publiquement
Le 08 octobre 2004
par

Stéphanie MELIS-MAAS

POUR UN RENOUVELLEMENT DE LA NOTION D'ACTION EN JUSTICE

Directeur de thèse : M. Arnaud RAYNOUARD

Professeur à l'Université des Sciences sociales Toulouse I

Membres du jury :

Mme Mélina DOUCHY, Professeur à l'Université de Bourgogne

M. Alain FOURNIER, Professeur à l'Université de Metz

M. Emmanuel JEULAND, Professeur à l'Université de Sceaux, Paris XI

M. Arnaud RAYNOUARD, Professeur à l'Université des Sciences sociales, Toulouse I

M. Frédéric STASIAK, Professeur à l'Université de Nancy II

REMERCIEMENTS

Qu'il me soit permis de remercier Monsieur le Professeur Arnaud RAYNOUARD pour avoir accepté de diriger ma thèse et pour l'intérêt qu'il a porté à mes travaux.

J'exprime aussi ma plus vive reconnaissance à Madame Sophie HOCQUET-BERG pour son soutien, sa patience et sa disponibilité.

Que soient enfin remerciés tous ceux et celles qui n'ont cessé de m'encourager tout au long de ce travail de recherche.

NB : Etat de la législation et de la jurisprudence arrêté au 1er septembre 2004.

A mes proches,

pour la constance de leur soutien.

La faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans la thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AMF	Autorité des marchés financiers
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Ass. plén.	Cour de cassation, Assemblée plénière
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires, Francis Lefebvre
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. Joly	Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
Bull. Joly Bourse	Bulletin Joly (Bourse et produits financiers)
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso.	Code de la consommation
C. pénal	Code pénal
C. proc. pénale	Code de procédure pénale
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass. Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Civ. 1ère	Cour de cassation, première chambre civile
Civ. 2ème	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Civ. 3ème	Cour de cassation, troisième chambre civile
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cf.	Confer
CGI	Code général des impôts
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CMF	Conseil des marchés financiers
CNIL	Commission nationale informatique et libertés
COB	Commission des opérations de bourse
Comm.	Commentaire
Comm. Gouv.	Commissaire du gouvernement
Concl.	Conclusion
Contrats, conc. consom.	Contrats, concurrence, consommation
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CPP	Code de procédure pénale
CSP	Code de santé publique
D.	Dalloz (Recueil)
D. aff.	Dalloz affaires
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Doctr.	Doctrine
Dr. et patrimoine	Droit et patrimoine
Droits	Droits. Revue française de théorie juridique
Ed.	Edition

EDCE	Etudes et documents du Conseil d'Etat
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	*Ibidem*
IR	Informations rapides
J.-Cl. (Civil, Pénal, etc....)	Juris-Classeur
JCP E	Juris-classeur périodique, édition Entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique, édition Générale
JDI	Journal du droit international (Clunet)
Juris-Data	Juris-Data (Banque de données juridiques)
Jurisp.	Jurisprudence
Justices	Revue Justices
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loc. cit.	*Loco citato*
LPA	Les petites affiches
LPF	Livre des procédures fiscales
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
N°	Numéro
Obs.	Observation
Op. cit.	*Opere citato*
P.	Page
PUAM	Presses universitaires Aix-en Provence/Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RD bancaire et bourse	Revue de droit bancaire et de la bourse
RDIP	Revue de droit international privé
RDpubl.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rép. civ. Dalloz	Dalloz encyclopédie Civil
Rép. pén. Dalloz	Dalloz encyclopédie Pénal
Rép. proc. civ. Dalloz	Dalloz encyclopédie Procédure civile
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurances
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. conc. consom.	Revue de la concurrence et de la consommation
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RFadm. publ.	Revue française de l'administration publique
RGP	Revue générale des procédures
RIDcomp.	Revue internationale de droit comparé
RJcom.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RDTciv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDeuro.	Revue trimestrielle de droit européen
Rproc.	Revue Procédures
Somm.	Sommaire
Somm. Comm.	Sommaires commentés
Sté	Société
T.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
V°	*Verbo*
§	Paragraphe

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I : REGARD SUR LES INSUFFISANCES DE LA NOTION ACTUELLE D'ACTION EN JUSTICE

Titre I : Insuffisances des éléments subjectifs attachés à l'action en justice

Chapitre I : La prétention
Chapitre II : L'intérêt pour agir
Chapitre III : La qualité pour agir

Titre II : Insuffisances de l'élément objectif attaché à l'action en justice

Chapitre I : Contours de la notion de juridiction
Chapitre II : Fragilité de la fonction juridictionnelle

PARTIE II : VISION RENOUVELEE DE LA NOTION D'ACTION EN JUSTICE

Titre I : Délimitation des nouveaux contours de l'action en justice

Chapitre I : Elargissement bienvenu aux autorités administratives indépendantes et à l'arbitrage
Chapitre II : Elargissement incertain aux modes alternatifs de règlement des conflits

Titre II : Incidences pratiques de la vision renouvelée de l'action en justice

Chapitre I : Emergence d'un processus loyal
Chapitre II : Optimisation des choix offerts aux justiciables

CONCLUSION

INTRODUCTION

1. – Le constat – « Il en est peut-être des concepts comme des enfants dans les familles. Certains sont les biens venus, aimés, recherchés et même gâtés dans le sens où l'on gâche. D'autres déplaisent. Tel est semble-t-il le lot malheureux de l'action en justice[1] ».

Ce constat à peine nuancé, engendre deux attitudes opposées. Pour certains, il agira tel un repoussoir, excluant toute recherche approfondie. Pour d'autres, en revanche, l'affirmation aiguisera la curiosité, et poussera à explorer les raisons d'une si mauvaise réputation. L'action en justice cultive les paradoxes, tout comme la Justice elle-même. Les deux notions connaissent d'ailleurs des évolutions parallèles. Ainsi, la Justice entretient avec les individus des relations ambiguës. Son hermétisme, sa lenteur, sa complexité, et son coût sont sans cesse décriés. Pourtant, elle est toujours plus sollicitée par les justiciables qui exigent des juges qu'ils soient des spécialistes, des sociologues, des pédagogues, et même des assistantes sociales. La Justice est alors encensée par ceux qui la critiquent.

L'action en justice doit se développer dans cet environnement aussi accueillant qu'hostile. Parce qu'elle met un terme à un différend, clarifie les relations entre les individus et rétablit une paix troublée, elle est indispensable à notre société. Elle permet également la mise en œuvre effective des droits, en assure leur respect et implique l'idée de sanction latente. S'il est évident que les conflits nourrissent les relations entre individus, ils ne doivent cependant pas perdurer. Une fois encore, le paradoxe méritait d'être relevé.

---

[1] S. GUINCHARD, M. BANDRAC, M. DOUCHY, X. LAGARDE, *et alii, Droit processuel Droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Précis Dalloz, Droit privé, 2ème édition, 2003, p.1011, n°639.

Si l'action en justice apparaît importante, aucune théorie générale ne semble pourtant se dégager. En effet, si de nombreux magistrats avaient insisté lors de la rédaction du Code de procédure civile de 1806 pour voir figurer des articles relatifs aux principes généraux de l'action, « il leur fut répondu par la section du Tribunat qu'il s'agissait là de questions purement doctrinales qui n'avaient pas leur place dans un code[2] ». Cette réputation de mal aimée du droit se ressent ici encore, et peut expliquer les difficultés rencontrées par la doctrine à construire une théorie d'ensemble.

2. – Analyse des termes du sujet – L'action en justice ne saurait en effet se satisfaire d'une simple définition, si savante soit-elle, incorporée dans un article au sein d'un code. Seule une théorie générale doit permettre d'en dessiner les contours exacts. Pour débuter l'analyse, il est possible d'envisager séparément les différents éléments qui composent la notion d'action en justice. Chaque terme pris isolement paraît simple et accessible à tous : *notion*, *action* et *justice* ont chacun un sens commun qui devrait faciliter une compréhension globale.

3. – La notion de notion – A première vue, il peut sembler insensé (dans le sens où la définition proposée n'aurait aucun sens et serait dénuée de toute utilité) de définir le terme *notion*[3]. Vague et fuyante, sa définition apparaît incolore et même transparente. Elle n'ajouterait ni ne retirerait rien aux expressions qu'elle accompagne. Souvent employée comme synonyme de concept ou d'idée, elle fait partie de ces mots employés fréquemment, mais dont la signification précise échappe à tous.

Pourtant, une étude très détaillée de la « notion de notion » a été effectuée en doctrine permettant d'affirmer qu'elle constitue un « outil intellectuel, un moyen d'aboutir à la maîtrise du droit[4] ». Elle ne saurait alors se présenter comme une fin, mais comme un moyen. Ainsi doit-elle être définie non pour elle-même, mais pour ce qu'elle apporte aux termes qu'elle accompagne. Toute la question est alors de savoir « ce qu'elle apporte ».

---

[2] H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé,* Tome I, Paris, Sirey, 1961, p.94, n°91.

[3] Un auteur préfère le terme de « concept », cf. N. CAYROL, *Les actes ayant pour objet l'action en justice,* thèse, Tours 1999, Paris, Economica, Collection Droit civil, 2001, préface Fr. GRUA, p.65, n°102 et suiv.

[4] Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, thèse, Paris II 1985, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 198, 1987, Préface de B. OPPETIT, p.216, n°451 et suiv.

Elle semble impliquer une grandeur, une intensité, un relief supplémentaire et signifie que les termes qui la suivent doivent êtres analysés de façon générale et abstraite. La *notion* doit donc être envisagée par rapport aux termes d'*action* et de *justice*.

4. – La notion d'action – Sous une apparente simplicité, le terme *action* renvoie à une réalité difficile à cerner. Le Littré en propose une définition multiforme et volontairement large. Il s'agit de « toute opération, toute œuvre, toute chose faite par l'homme ou bien toute activité ». Sur un plan juridique, « il s'agit alors de toute demande, poursuite en justice, droit que l'homme a de former une demande en justice ».

Une constante peut être relevée : l'action constitue toujours un état de mouvement, une dynamique, une manifestation humaine toujours volontaire. Elle implique nécessairement une activité, un acte positif et non une abstention.

5. – La notion de justice – Si les termes *notion* et *action* pris isolément, ont une signification précise, l'ajout du terme *justice* ne saurait clarifier l'expression globale. Dans une acception commune, la justice renvoie à l'équité, l'équilibre. Il est intéressant de s'attacher aux symboles, car ils facilitent souvent la compréhension de concepts obscurs. Ils permettent en effet d'appréhender pratiquement, et presque de visualiser, les notions les plus abstraites. En rendant visible l'imperceptible, ils contribuent à une meilleure compréhension de ce qui apparaît indicible. La justice a beaucoup emprunté à la mythologie, à la Bible, et à l'histoire pour symboliser sa présence, contribuant ainsi à sa clarification.

Dans une première représentation, la justice était rendue sous un arbre pour le charisme divin qu'il transmettait aux magistrats assis sous son ombre[5]. Plus mystérieuse est la représentation de la justice sous la forme d'un puits. M. Garapon[6] explique cette symbolique par le fait que le puits est un trou dans la terre qui, dans la croyance populaire, a été causé par la foudre. Or, la foudre constitue un des signes les plus certains de l'action des pouvoirs surnaturels.

---

[5] Le mythe de Saint Louis rendant la justice sous un chêne au bois de Vincennes en est une illustration.

[6] A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judicaire*, Paris, Editions Odile Jacob, Coll. Opus n° 45, 1997, p.25.

Le symbolisme religieux fut également très présent, non pas que la justice soit divine, mais plutôt que « les juges sont des hommes auxquels incombe une tâche surhumaine pour laquelle ils doivent se rendre dignes[7] ».

Puis, la justice prit les traits d'une femme aux yeux bandés, Thémis, portant dans une main un glaive, reçu de Zeus, et dans l'autre une balance. Elle tirait alors sa légitimité d'elle-même n'ayant plus besoin de regarder vers Dieu ou le surnaturel. La balance permet alors d'établir l'équivalence de deux objets entre eux, ou la supériorité de l'un par rapport à l'autre. Elle a également servi, pendant longtemps, à réaliser la pesée des objets rares et précieux, supposant un effort intellectuel pour évaluer leur valeur. Elle permet de peser le bien et le mal, et donne à chacun ce qui lui est dû[8].

Aujourd'hui, la justice tente de s'affranchir de tous ces symboles pour apparaître plus neutre et plus impartiale. « Bien malin celui qui réussira à y trouver une représentation figurative de la justice ![9] ». Elle fait partie de ces notions polymorphes et son appréhension aurait pu être facilitée par une symbolique. Selon une acception large, il s'agit d'une vertu. La justice renvoie idéalement à ce qui est juste et conforme aux exigences d'équité. Justice et équité seraient donc intimement liées (alors que l'on voudrait souvent les opposer[10]). Dans un sens plus technique, elle est assimilable à un pouvoir, celui de juger. Elle peut enfin désigner l'ensemble des institutions qui composent le service public de la justice, et renferme tous les moyens par lesquels le pouvoir de juger est exercé.

6. – L'action en justice, une notion difficile à appréhender – En définitive, si les termes *notion, action, justice* pris isolément renferment un sens commun, connu de tous, les difficultés se multiplient lorsque l'on envisage une approche juridique globale. La notion d'action en justice ne saurait d'ailleurs se contenter d'une juxtaposition des différentes définitions des éléments qui la composent. Une théorie générale doit donc être

---

[7] A. GARAPON, *op. cit.*, p.27.

[8] *Suum cuique tribuere.*

[9] A. GARAPON, *op. cit.*, p.30.

[10] Cf. *infra* n°154 et suiv.

proposée en se fondant sur l'importance de la notion dans toutes les branches du droit (§1). Des difficultés apparaissent puisque, tant la notion elle-même (§2), que ses conditions d'existence (§3) ont beaucoup évolué. L'action en justice doit alors se nourrir de toute cette diversité pour rester l'un des piliers de notre droit processuel et de notre société.

§1. Importance de la notion d'action en justice dans toutes les branches du droit

7. – La notion d'action en justice et la matière pénale – En matière pénale d'abord, le terme *action* figure d'emblée dans le premier article du Code de procédure pénale. Pourtant, aucune définition d'ensemble n'est proposée au fil des articles. Seuls les concepts d'action civile et d'action publique se côtoient. Les références à ces deux types d'action se multiplient, sans que soit mentionné le terme générique d'action en justice. Cette dernière regrouperait alors l'action civile, qui permet d'obtenir réparation du préjudice subi par une partie par le biais de l'allocation de dommages et intérêts, et l'action publique exercée par le ministère public, qui a pour but la répression de l'atteinte à l'ordre public. Cette définition, très précise mais également trop restrictive, ne saurait servir de fondement à une théorie générale. Et si la notion d'action en justice en procédure pénale existe, elle ne peut jouer qu'un rôle limité en la matière.

8. – La notion d'action en justice et la matière administrative – Le droit administratif ne semble pas à l'aise avec la notion d'action en justice lui préférant souvent le terme *recours*. M. Chapus le définit comme « tout acte de procédure par lequel une personne saisit au principal une juridiction de premier (ou de premier et dernier) ressort, de prétentions (autrement dit de conclusions) dont elle veut faire reconnaître le bien fondé[11] ». Si le vocable recours est utilisé par préférence à celui d'action en justice, il est possible de s'interroger sur les spécificités qu'il renferme. Il est acquis que « depuis l'ancien régime, le terme recours est réservé aux actions portées devant les autorités

---

[11] R.CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Domat droit public, Montchrestien, 9ème édition, 2001, p.333, n°450.

judiciaires et administratives puis devant les juridictions spécialisées. En revanche, le terme action est réservé aux actes introductifs devant les tribunaux judiciaires[12] ». L'expression *action en justice* est « un terme générique couramment utilisé devant les juridictions de l'ordre judiciaire. En revanche, devant les juridictions administratives, l'action en justice s'appelle plus spécifiquement un recours[13] ».

Si la différence se comprenait aisément quand le recours concernait tout acte porté devant les autorités politiques et administratives, la nuance ne se perçoit plus quand il s'agit de comparer les actes introduits devant une juridiction administrative à ceux qui le sont devant une juridiction judiciaire[14].

La particularité terminologique se retrouve aujourd'hui encore en matière administrative, mais il apparaît en définitive que la nuance est difficile à saisir. Il reste néanmoins que les références à la matière administrative sont toujours intéressantes, car elles constituent souvent une source d'inspiration pour la procédure civile.

9. – La notion d'action en justice et la matière civile – C'est en matière civile que la notion d'action en justice va connaître ses plus fameux développements, l'article 30 du nouveau Code de procédure civile ne constituant que l'aboutissement d'une longue évolution. Les positions divergentes des auteurs méritent d'être étudiées en détail, car chacune d'elles nourrit et enrichit la notion actuelle d'action en justice. Parfois, elles servent d'exact contre-pied à la définition actuelle. Parfois, elles constituent le point de départ de la théorie moderne de l'action en justice. C'est l'évolution de l'action en justice en droit judiciaire privé qui doit être retracée afin de mieux appréhender la notion actuelle.

§2. Evolution de la notion d'action en justice en droit judiciaire privé

10. – Confusion classique entre action et droit substantiel – Une première théorie, dite classique, est fondée sur l'effacement du lien entre action et droit. Le droit

---

[12] J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, p.3, n°1.

[13] R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Paris, Domat Droit privé, Montchrestien, 10ème édition, 2002, p.413, n°528.

[14] Seule l'habitude ou la tradition peut expliquer l'emploi de deux vocables différents.

substantiel dont un plaideur cherche à obtenir la reconnaissance, la protection ou la contestation, est assimilé purement et simplement à l'action en justice. Il s'agit là d'une résurgence de la procédure formulaire en droit romain, dans laquelle le consul puis le prêteur donnait l'action par une formule à celui qui lui demandait le droit d'agir en justice. En donnant une action, il créait un droit.

Ainsi, Garsonnet et Cézar-Bru voient-ils dans l'action en justice « le droit lui-même qui reste, pour ainsi dire, passif tant qu'il n'est pas contesté, mais qui se met en mouvement dès qu'il est méconnu ou violé[15] ».

Demolombe retranscrit cette même idée de façon plus imagée au travers de « l'une des plus belles trouvailles de la phraséologie juridique[16] ». Pour lui, « l'action ne forme pas un bien distinct du droit...l'action enfin, c'est le droit lui-même mis en mouvement ; c'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre, au lieu d'être à l'état de paix[17] ».

Cuche, enfin, estime qu'il y a « une équivalence absolue entre action et droit substantiel et qu'il serait oiseux de rechercher une distinction de nature entre le droit et l'action[18] ».

Cette théorie est aujourd'hui abandonnée, car il n'est pas concevable d'imposer la preuve de l'existence d'un droit subjectif pour intenter une action en justice, alors que c'est précisément celui-là que l'on cherche à reconnaître, protéger ou garantir. Déjà, cette théorie ne permet pas de constater qu'une action peut être à la fois recevable, mais mal fondée. Considérer que l'action en justice doit être assimilée au droit subjectif substantiel revient à affirmer que dès qu'une action est recevable, elle est nécessairement fondée.

Par ailleurs, il existe des droits qui ne peuvent être rattachés à aucune action. Ainsi en est-il par exemple du droit de créance résultant d'une obligation alimentaire.

---

[15] E. GARSONNET et Ch. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, Organisation judiciaire et compétence,* Tome I, Paris, Sirey, 1912, p.521-522, n°351.

[16] H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Bordeaux, Edition Bière, 1956, p.30

[17] DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats*, Paris, Edition A. Durand et L. Hachette, 1855-1866, Tome I, IX[e] volume, p.201, n°338.

[18] P. CUCHE, *Précis de procédure civile et commerciale*, Paris, Dalloz, 1934, p.150, n°127. (Dans son précis avant la refonte avec J. VINCENT).

A l'inverse, il existe des actions qui ne visent à protéger aucun droit. Les exemples les plus probants sont sûrement l'action publique dont dispose le ministère public, ou encore en matière civile lorsqu'il forme un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Dans ces deux hypothèses, il n'y a pas de défense d'un quelconque droit subjectif, mais la défense plus générale de l'ordre public. L'action en justice doit enfin évacuer ce caractère exclusivement subjectif pour devenir une notion objective et générale.

11. – L'action envisagée comme un droit subjectif autonome – Les auteurs modernes se sont orientés vers un détachement de l'action par rapport au droit subjectif substantiel qu'elle est amenée à protéger.

Vizioz est le premier à développer cette idée, énonçant que l'action en justice constitue un pouvoir général, impersonnel et permanent de saisir les tribunaux[19]. L'action en justice s'apparente alors à l'accès aux tribunaux, à la faculté de saisir une juridiction.

M. Morel affirme par ailleurs que l'action est « la voie de droit par laquelle une personne s'adresse aux tribunaux pour obtenir la reconnaissance et, s'il y a lieu, la protection de son droit[20] ». « L'action, si elle est intimement liée au droit, est cependant quelque chose d'indépendant. Elle constitue un droit particulier qui obéit à des conditions et entraîne des conséquences qui lui sont propres[21] ». La rupture entre action et droit subjectif substantiel est clairement consommée.

MM. Solus et Perrot voient dans l'action en justice « le pouvoir légal grâce auquel une personne peut saisir une autorité juridictionnelle à l'effet d'obtenir la sanction du droit dont elle se prétend titulaire[22] ».

Ces différents auteurs ne limitent plus l'action en justice au droit subjectif substantiel qu'elle vise à protéger. Il semble en revanche qu'ils assimilent cette notion à l'accès à la justice.

C'est en définitive Motulsky qui a fait évoluer la notion d'action en justice avec le plus de vigueur, lui insufflant toute sa modernité. Selon cet auteur, « l'action est le droit

---

[19] H VIZIOZ, *Etudes de procédure, op. cit.*, p.142.

[20] Ch. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile (Organisation judiciaire, compétence, procédure)*, Paris, Sirey, 1964, p.24.

[21] Ch. MOREL, *op. cit.*, p.26.

[22] H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Tome I, Paris, Sirey, 1961, n°94, p.95.

d'obtenir du juge une décision sur le fond d'une prétention[23] ». Elle est « le pouvoir de mettre en œuvre une règle de droit qui ordonne au juge au profit d'un plaideur, quand certaines conditions sont réunies, de statuer sur le fond de sa prétention[24] ». Si cette personne peut exiger du juge qu'il statue sur le fond, l'auteur en conclut que l'action en justice a la nature d'un droit subjectif, dont le sujet passif est le juge[25]. Il indique par ailleurs que l'action en justice « appartient à chacun des plaideurs, indépendamment de sa position[26] [...] du résultat, du sens (favorable ou défavorable) de la décision à venir : son existence ne signifie rien quant à l'issue du procès au fond. L'action, dit Calamandrei, c'est aussi le droit d'avoir tort[27] ».

Au contact des évolutions doctrinales, l'action en justice s'émancipe complètement du droit subjectif substantiel dont elle vise à obtenir la reconnaissance ou la sanction. Elle acquiert une dimension objective et prend peu à peu sa forme actuelle.

12. – L'action en justice et l'article 30 du nouveau Code de procédure civile – Le législateur va puiser en grande partie dans cette dernière position doctrinale pour proposer la définition actuelle de la notion d'action en justice. Ainsi, l'article 30 du nouveau Code de procédure civile énonce que « l'action est le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ».

La bilatéralisation de l'action, chère à Motulsky, est ainsi consacrée. Pour le demandeur, l'action consiste en la faculté de contraindre un juge à statuer sur sa prétention, qui résidera généralement, mais non exclusivement dans la protection, la

---

[23] H. MOTULSKY, *Droit processuel,* Paris, Montchrestien, 1973, p.55.

[24] H. MOTULSKY *op. cit.,* p.56.

[25] Voir la critique de cette analyse, in J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, Précis Dalloz, Droit privé, 27ème édition, 2003, p.112, n°69.

[26] Ch. MOREL envisageait pareillement cette nécessaire prise en compte de la position du défendeur ; ainsi, écrit-il : « quand on parle d'action, on envisage le plus généralement la situation du demandeur. C'est un point de vue trop étroit qui est une conséquence de la confusion entre l'action et la demande en justice. Le défendeur, lorsqu'il résiste à la demande formée contre lui, agit, lui aussi, dans le but de faire valoir son droit » ; *op. cit.,* p.24, note 3.

[27] *Ibid.*

constatation, la contestation d'un droit subjectif. Pour le défendeur, l'action se résume au droit de discuter les moyens avancés par le demandeur devant le juge, et de lui soumettre ses propres prétentions[28].

13. – Les limites de la définition proposée par l'article 30 du nouveau Code de procédure civile – La définition de l'action en justice posée à l'article 30 du nouveau Code de procédure civile constitue le point de départ de notre réflexion. Et si l'objectif du nouveau Code de procédure civile est de clarifier les notions qui servent quotidiennement à rendre la justice[29], il n'y parvient pas toujours de façon heureuse. « La définition donnée à l'action en justice par l'article 30 est à cet égard un exemple assez généralement décrié[30] ». Ainsi peut-on lire sous la plume d'un auteur que « la rédaction de l'article 30 tendrait à confirmer l'idée reçue que si les définitions allemandes sont lourdes, abstraites, précises et rigoureuses, les françaises sont élégantes, apparemment claires mais sans rigueur[31] ». Les auteurs modernes se sont alors employés à préciser les contours de la notion d'action en justice.

14. – Précisions doctrinales autour de la notion d'action en justice – Prenant appui sur l'article 30 du nouveau Code de procédure civile, MM. Vincent et Guinchard envisagent l'action en justice comme le pouvoir légal permettant aux agents publics et aux particuliers de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de la loi[32].

MM. Cornu et Foyer suivent cette position en proposant une définition similaire de l'action en justice, considérée comme le droit d'être entendu du juge dans sa prétention,

---

[28] G. WIEDERKEHR, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du Nouveau Code de procédure civile », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud,* Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p.949-958.

[29] Ainsi en est-il par exemple des défenses au fond (art. 71 NCPC), fin de non recevoir (art.122 NCPC) ou exceptions de procédure (art.73 NCPC).

[30] L. CADIET, « L'avènement du Nouveau Code de procédure civile – Le code – », in *Le Nouveau Code de procédure civile : 20 ans après, actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997,* Paris, La Documentation française, 1998, p.57.

[31] G. ROUHETTE cité par L. CADIET, *op. cit.,* p.58, n°64.

[32] J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile,* Précis Dalloz, 27ème édition, 2003, p.112-113, n°70.

et d'obtenir de lui une décision sur le fond de cette prétention[33]. Ainsi définie, l'action doit être envisagée, selon eux, comme un droit comme les autres ; le titulaire de ce droit d'agir est libre de l'exercer, ou pas. En ce sens, l'action n'est qu'une simple faculté.

L'action en justice apparaît comme un pouvoir ou comme une possibilité, autant d'expressions « volontairement incolores[34] » qui témoignent d'une certaine hésitation de la doctrine. Mais, cette faculté de s'adresser à un tribunal s'apparente plus à l'accès aux tribunaux qu'à l'action en justice. Il paraît alors nécessaire d'affiner la définition proposée. « L'action…n'est ni la simple latitude de saisir les autorités juridictionnelles, ni l'acte qui entraîne leur fonctionnement, ni la garantie d'obtenir un jugement favorable ; ce n'est, en d'autres termes, ni l'accès aux tribunaux, ni la demande en justice, ni la consécration d'une situation juridique. La solution s'impose ainsi par élimination : il ne peut s'agir que de la faculté d'obtenir d'un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise [35]». L'action en justice renvoie donc à l'idée qu'un individu qui souhaite voir affirmer ou protéger un droit subjectif substantiel, peut choisir de saisir un juge pour qu'il statue sur sa prétention. Cette définition témoigne de la nécessaire distinction entre l'action en justice et les droits subjectifs substantiels. Mais, elle doit être complétée par un certain nombre de conditions, car une prétention portée devant un tiers ne saurait suffire à elle seule à caractériser l'existence d'une action en justice. Et, si les définitions de l'action en justice se sont succédées au fil du temps, ses conditions d'existence ont suivi une évolution comparable.

§3. Evolution des conditions d'existence de l'action en justice

15. – Conditions classiques – Selon la doctrine classique, l'action en justice doit réunir quatre conditions : un droit, une qualité, un intérêt et une capacité. Très rapidement, la dernière condition a été rangée parmi les conditions d'exercice de l'action, c'est-à-dire

---

[33] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, Thémis droit privé, PUF, 1996, p.318, n°73.

[34] H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Le droit subjectif en question,* Archives de philosophie du droit, Tome IX, Paris, Sirey, 1964, p.225.

[35] H. MOTULSKY, *op. cit.*, p.223.

une condition de validité de la demande. En revanche, la condition liée à l'existence d'un droit a perduré plus longtemps, ainsi qu'en témoigne ce brocard célèbre « pas de droit, pas d'action ». Cette exigence parait logique, car à cette époque, l'action en justice et le droit subjectif substantiel sont indéfectiblement liés[36]. La doctrine ancienne envisage alors le droit comme une condition d'existence de l'action, considérant parfois que « le droit mérite d'être placé au premier rang parmi les quatre conditions de l'action car il est le principe de l'action. L'action n'est même que l'accessoire du droit[37] ».

Les définitions de l'action en justice proposées à cette époque renvoient nécessairement à cette condition, l'action étant alors « le pouvoir qu'a une personne investie d'un droit d'obtenir du juge contre une autre personne la protection de ce droit, au moyen de l'application de la loi[38] ».

16. – Influence du droit public – Un changement au début du XX ème siècle est amorcé en droit public[39], notamment avec le recours pour excès de pouvoir. L'objet de ce recours n'est pas de trancher un litige entre deux parties sur la constatation ou la contestation d'un droit, mais d'apprécier la légalité d'un acte. Cette dernière n'est protégée que pour elle-même, et il n'existe aucun droit subjectif à la légalité[40]. L'action en justice, ou plutôt le recours en droit administratif si l'on s'en tient à une terminologie exacte, existe alors indépendamment de tout droit substantiel.

Le Doyen Hauriou fut l'un des plus fervents défenseurs du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir. Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, le droit ne saurait constituer selon lui, une condition de recevabilité de l'action en justice. Cette règle,

---

[36] Cf. *supra* n°10.

[37] R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Paris, Librairie Rousseau, 3ème édition, 1935, p.52, n°61.

[38] E. GLASSON et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure* civile, Tome I, Paris, Sirey, 3ème édition, 1925, p.423.

[39] Le droit public constitue une source importante de changements et d'évolution de la procédure civile, alors même que ces deux branches du droit sont traditionnellement présentées comme opposées. L'interaction entre le droit public et le droit privé existe nécessairement, et s'accroît au fil du temps.

[40] Certains auteurs, tels que J. BARTHELEMY, R. BONNARD ou KORNPROBST ont pourtant défendu la thèse selon laquelle les administrés jouissent d'un droit subjectif à la légalité, dont la violation ouvre droit à un recours. La doctrine majoritaire n'a jamais rallié leur position.

applicable dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, devait être généralisée à l'ensemble des actions en justice.

Duguit a défendu une position similaire lorsqu'il énonçait que « l'action a une vie propre, distincte du prétendu droit qu'elle semble sanctionner[41] ».

17. – Autonomie actuelle de l'action en justice et du droit – Après des hésitations, la doctrine privatiste a rallié cette position, considérant que le droit ne pouvait être envisagé comme une condition d'existence de l'action. Le changement fut alors progressif. En effet, s'il était acquis qu'action en justice et droit subjectif substantiel devaient être nécessairement distingués[42], l'idée d'exclure le droit des conditions d'existence de l'action restait difficile à admettre. Le contentieux purement objectif, qui exclut tout lien avec un droit subjectif, a fait une timide apparition en droit privé. Ainsi en est-il par exemple de l'action en nullité absolue du mariage, prévue par l'article 184 du Code civil qui permet seulement de sanctionner une atteinte à la légalité. Ce type d'action reste considéré comme ayant « un caractère tout à fait exceptionnel[43] ». En effet, l'action en justice ne saurait être détournée de sa vocation normale qui « réside dans la protection d'intérêts concrets, et non de la légalité abstraite[44] ».

Aujourd'hui, les auteurs s'accordent pour rejeter la théorie ancienne qui confondait action en justice et droit substantiel. Ils trouvent alors de multiples arguments pour souligner le caractère illogique de ce raisonnement. « La réalité quotidienne démontre l'absurdité d'un tel adage [pas de droit, pas d'action] s'il doit être pris au pied de la lettre : un bon nombre de demandes sont rejetées chaque jour par nos tribunaux, révélant ainsi que l'action a été exercée par des personnes qui se croyaient titulaires d'un droit, alors qu'elles en étaient dépourvues. Et pourtant une action a bien été exercée puisque le tribunal a statué au fond ! En réalité, c'est le tribunal qui dira si le droit existe

---

[41] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel,* Tome II, *La théorie générale de l'Etat*, 1ère partie (Eléments, fonctions et organes de l'Etat), Paris, Ancienne librairie Fontemoing et Cie, 3ème édition, 1928, p.434.

[42] Cf. *supra* n°10.

[43] H. MOTULSKY, *Le droit subjectif en question, op. cit.*, p.220.

[44] P. HEBRAUD et P. RAYNAUD, RTDciv. 1954, p.344.

ou non[45] ». Cette analyse ainsi développée par la doctrine privatiste est très convaincante : quand l'action en justice tend à faire reconnaître à son titulaire un droit subjectif, ce droit litigieux n'est qu'hypothétique jusqu'au jugement. D'ailleurs, si un tribunal est saisi, c'est justement parce qu'il y a une contestation quant à l'existence de ce droit. *A contrario*, si l'existence de ce droit ne pose aucune difficulté pour les parties, la saisine d'un juge n'a plus aucun sens. Il faut ainsi distinguer les conditions requises pour porter le fond du litige à la connaissance du juge, c'est-à-dire les conditions de recevabilité de l'action en justice, et celles qui gouvernent sa solution finale au regard du droit litigieux, c'est-à-dire le bien-fondé de la demande.

18. – Lien subsistant entre action en justice et droit subjectif – Aujourd'hui, le droit n'est donc plus considéré comme une condition d'existence de l'action en justice. Il convient cependant de ne pas tomber dans l'excès inverse, et exclure tout lien entre droit subjectif et action en justice. Déjà, les différents types d'action sont classés en fonction de la nature du droit invoqué. L'action sera qualifiée de réelle lorsqu'elle porte sur une chose, mobilière si elle est attachée à un meuble, personnelle lorsque le droit litigieux est un droit personnel.... De plus, les actions en justice tendent fréquemment à la protection, la constatation, la consécration ou la contestation d'un droit subjectif. Le contentieux véritablement objectif ne se développe pratiquement que dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, de l'action publique du ministère public ou encore par le biais d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Le droit judiciaire privé n'est donc pas très familier de ce type de contentieux. Le droit subjectif substantiel apparaît alors comme le fondement le plus fréquent de l'action en justice[46].

19. – Conditions actuelles de l'action en justice – Les conditions d'existence de l'action en justice se retrouvent expressément aux articles 30 et 31 du nouveau Code de procédure civile. Au terme de l'article 30, « l'action est le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal

---

[45] R. PERROT, *Institutions judiciaires, op. cit.*, p.416, n°533.

[46] D'ailleurs, la subordination de l'action par l'article 30 du nouveau Code de procédure civile à l'existence d'un intérêt pour agir exprime parfaitement ce lien entre action en justice et droit subjectif ; cf. *infra* n°37 et suiv., spéc. n°65.

fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ». Selon l'article 31, « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ».

L'action en justice est alors caractérisée, lorsque plusieurs conditions sont réunies : une prétention, un intérêt et une qualité. Il convient néanmoins d'ajouter un autre élément déterminant qui découle implicitement de la rédaction de l'article 30. Ainsi, pour qu'un acte soit qualifié d'action en justice, encore faut-il qu'il soit présenté devant un juge. Il s'agit en quelque sorte d'un « récepteur » de la prétention du justiciable qui, par ailleurs, a intérêt et qualité pour agir. Il ne doit pas être assimilé à un sujet passif, car son activité est loin de se résumer à une simple abstention. Le juge permet de faire le lien entre toutes les conditions[47], puisqu'il en constate leur existence. La présentation d'une prétention, l'examen d'un intérêt et d'une qualité pour agir n'ont de sens que si un juge intervient. A ce titre, il s'agit bien de l'élément fondamental, du pilier central de la notion d'action en justice. Cependant, si un consensus peut être dégagé quant à l'importance du juge dans la définition de l'action en justice, aucun auteur ne semble pourtant l'intégrer au nombre des conditions d'existence de l'action en justice. Sa présence ne fait cependant aucun doute et son étude ne pourra pas être éludée, d'autant qu'elle suscite de nombreuses controverses.

20. – Importance de la notion d'action en justice – En définitive, quatre conditions doivent être réunies[48]. L'action en justice peut alors s'entendre actuellement comme le droit[49] appartenant à toute personne, qui a intérêt et qualité pour agir, lui permettant de saisir un juge pour qu'il dise sa prétention bien ou mal fondée. Cette définition doit être dépourvue de toute équivoque, car l'action en justice constitue l'un des

---

[47] R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, op. cit.*, p.47, n°58 bis.

[48] *Contra* X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve,* Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1994, Tome 239, spéc. p.93 et suiv., n°57 et suiv.

[49] Cf. X. LAGARDE, pour qui l'action en justice n'est pas un droit, mais un ensemble de règles relatives aux prétentions tant du défendeur que de demandeur, *op. cit.* p.99, n°61.

piliers de notre droit processuel et de notre société. De plus, elle offre aux justiciables un ensemble de garanties procédurales, regroupées communément sous l'expression « garanties du procès équitable ». Ainsi, l'impartialité, l'indépendance, la contradiction, la publicité, la célérité et la motivation des décisions du juge, constituent autant d'éléments qui assurent le respect des droits des justiciables. Ceux-ci n'auront pas alors à affronter les péripéties subies par Joseph K[50], qui fut arrêté au petit matin, sans se savoir coupable d'aucun crime. Plus le moment de son procès approchait, et moins il comprenait les raisons de son arrestation. L'opacité du système lui faisait craindre le pire. Aucun moyen de défense n'était envisageable, car il ne connaissait pas les motifs de son arrestation. Il n'est pas pensable aujourd'hui de faire endurer un tel système aux justiciables et l'action en justice, au travers des garanties d'un procès équitable, contribue à éviter ces situations. Elle apporte également la confiance nécessaire pour abandonner l'envie de se faire justice à soi-même. Elle apparaît pour ces raisons comme un pilier de notre société.

21. – Problématique – La notion d'action en justice constitue donc un élément fondamental pour les justiciables. Pourtant, chacun des éléments de sa définition renferme des imprécisions et suscite des interrogations. Autant ses éléments subjectifs constitués par la prétention, l'intérêt et la qualité, que son élément objectif représenté par la juridiction, témoignent des insuffisances de la notion actuelle.

Ainsi, la prétention qui est le point de départ de toute action en justice, implique-t-elle presque toujours l'existence d'un conflit, d'un désaccord entre les justiciables. Elle confère alors à l'action en justice une image nécessairement contentieuse. Par ailleurs, l'intérêt pour agir et sa condition de légitimité, impliquent sinon une confusion, au moins un rapprochement entre deux notions qu'il faudrait dissocier : l'action en justice et la demande. Quant à la qualité, elle est trop souvent éludée au profit de cet intérêt, ne jouant alors qu'un rôle secondaire. Enfin, l'intervention nécessaire d'un juge obscurcit encore la notion d'action en justice. Déjà, parce que aucune définition uniforme ne peut être trouvée en doctrine. Ensuite, parce qu'elle s'entend actuellement comme la juridiction étatique. La diversification des modes de règlement des conflits qui s'accélère de plus en plus, est ici complètement occultée. Les autorités administratives

[50]Franz KAFKA, *Le Procès*, Folio classique, 375 pages.

indépendantes, l'arbitrage, les médiations et conciliations sont totalement exclus de la notion actuelle d'action en justice. Par conséquent, un justiciable qui opte pour l'une de ces trois voies, ne pourra bénéficier des garanties procédurales traditionnellement attachées à l'action en justice.

Une vision renouvelée de l'action en justice, volontairement élargie à d'autres modes de règlement des conflits, permettrait de suivre les évolutions sociétales. Car depuis quelques années, le poids de l'arbitrage et des médiations ne cesse de s'amplifier, et la création plus récente des autorités administratives indépendantes a modifié le paysage juridique français. La notion d'action en justice pourrait alors jouer un rôle fédérateur et permettre une homogénéisation, une harmonisation, mais non pas uniformisation des choix offerts aux justiciables.

Un problème de délimitation des nouveaux contours de l'action en justice risque alors de se poser. Et, si la diversification des modes de traitement des différends ne saurait plus aujourd'hui être occultée, il faudra se demander si tous doivent être intégrés dans la nouvelle définition de l'action en justice sans distinction.

Le point de départ de notre raisonnement sera la définition actuelle de l'action en justice : il s'agit du droit, en vertu duquel une personne, qui a intérêt et qualité pour agir, saisit un juge pour qu'il dise sa prétention bien ou mal fondée. Après avoir relevé les insuffisances de la notion actuelle d'action en justice (Partie I), il faudra proposer une vision renouvelée (Partie II).

PARTIE I : REGARD SUR LES INSUFFISANCES DE LA NOTION ACTUELLE D'ACTION EN JUSTICE

PARTIE II : VISION RENOUVELÉE DE LA NOTION D'ACTION EN JUSTICE

Partie I : Regard sur les insuffisances de la notion actuelle d'action en justice

22. – Absence de théorie générale – Envisagée comme l'un des piliers de notre droit processuel, l'action en justice devrait occuper une place de choix au sein du nouveau Code de procédure civile. Pourtant, ce code ne lui consacre que des développements plutôt laconiques. Ainsi, le titre deuxième intitulé « l'action[51] » ne comporte que quatre articles succincts[52]. Les trois premiers, les articles 30, 31, et 32 du nouveau Code de procédure civile sont issus des articles 2 à 4 du décret n°72-684 du 20 juillet 1972. Ils ne posent aucune théorie générale, mais seulement des dispositions synthétiques et abstraites. L'action en justice est alors présentée comme l'acte par lequel l'auteur d'une prétention qui a intérêt et qualité pour agir, saisit un juge afin qu'il la dise bien ou mal fondée. Quant au dernier article relatif à l'action en justice, il s'agit de l'article 32-1, issu du décret n°78-62 du 20 janvier 1978, qui traite de la sanction de celui qui agit de manière dilatoire ou abusive. La brièveté de ces articles est quelque peu déroutante, car il est raisonnable de penser que l'un des piliers de notre droit processuel puisse bénéficier d'une théorie précise et claire.

23. – Plan – Il faut prendre appui sur ces quatre articles pour envisager les éléments constitutifs de la notion d'action en justice, et pour en vérifier leur pertinence ou leurs insuffisances. L'analyse débutera par l'étude des éléments subjectifs de l'action en justice (Titre I). Il s'agit de la prétention, de l'intérêt et de la qualité à agir, qualifiés de subjectifs parce qu'ils varient en fonction des parties et des affaires. Puis, l'élément objectif dans la définition de l'action en justice sera étudié (Titre II). Il s'agit du juge qui se trouve au cœur de la notion d'action en justice, et constitue un élément fondamental pour deux raisons. Déjà, parce que les différents éléments subjectifs n'ont de raison d'être

---

[51] Il est à noter que le code ampute la notion d'une partie de son qualificatif. Ce n'est pas de *l'action en justice* dont il s'agit, mais seulement de l'*action*. La chose semble tellement évidente que le législateur a probablement considéré que le terme *action* se suffisait à lui-même.

[52] Art. 30, 31, 32 et 32-1 NCPC.

que lorsqu'ils sont vérifiés par un juge. Ensuite, parce que la juridiction secrète des conséquences fondamentales qui se répercutent sur la notion d'action en justice.

Titre I : Insuffisances des éléments subjectifs attachés à l'action en justice

Titre II : Insuffisances de l'élément objectif attaché à l'action en justice

Titre I : Insuffisances des éléments subjectifs attachés à l'action en justice

24. – Plan – La notion d'action en justice se caractérise en premier lieu par la réunion d'éléments subjectifs, c'est-à-dire d'une prétention, d'un intérêt et d'une qualité à agir. La prétention constitue le point de départ de toute action en justice (Chapitre I). C'est elle qui motive le justiciable à saisir un tiers pour qu'il statue sur son bien fondé. Mais, ce justiciable doit en outre avoir un intérêt pour agir pour que son action soit qualifiée d'action en justice (Chapitre II). Enfin, une troisième condition subjective est nécessaire. Le justiciable qui émet une prétention et qui a intérêt, doit en outre, avoir la qualité pour agir. Il s'agit du troisième élément subjectif attaché à l'action en justice (Chapitre III). Ces trois conditions suscitent de nombreuses interrogations, en raison d'une définition souvent ambiguë et d'un contenu flou. Elles devront être analysées en détail afin de mieux appréhender la notion actuelle d'action en justice.

Chapitre I : La prétention

Chapitre II : L'intérêt pour agir

Chapitre III : La qualité pour agir

Chapitre I : La prétention

25. – La raison d'être de toute action en justice – La prétention constitue le point de départ, l'élément déclencheur de toute action en justice. Condition subjective par excellence, elle est propre à chaque partie, différente dans chaque affaire. Elle apparaît expressément à l'article 30 du nouveau Code de procédure civile qui dispose que « l'action est le droit pour l'auteur d'une *prétention* d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée ». Une mise au point autour de la notion de prétention s'avère nécessaire, afin de poser une définition générale englobant les différentes branches du droit (Section I), et de mettre en lumière les confusions fréquentes avec des notions voisines (Section II). Ces développements doivent permettre de poser les bases de notre réflexion future sur la notion d'action en justice.

Section I : Notion de prétention

26. – Plan – La prétention constitue l'élément déterminant de toute action en justice. Elle existe aussi bien en droit judiciaire privé (§1), qu'en dehors de ce domaine (§2).

§1. La prétention en droit judiciaire privé

27. – Caractéristiques générales de la prétention – La prétention se définit traditionnellement comme « l'affirmation en justice tendant à réclamer quelque chose, soit de la part du demandeur, soit de la part du défendeur et dont l'ensemble détermine l'objet du litige [53] ». La terminologie employée pour qualifier la personne qui saisit un tribunal est d'ailleurs très évocatrice : il s'agit d'un *demandeur*, c'est-à-dire une personne en

---

[53] G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 8ème édition, 2000, p.668, *v° Prétention.*

attente d'une solution. Ce terme renvoie nécessairement à des actes positifs, à une manifestation de volonté de la part de l'auteur de la prétention. Ainsi, aucun plaideur ne saisit un juge par plaisir ou par esprit de chicane, mais souhaite que celui-ci statue sur le bien-fondé de sa demande.

Pourtant, l'expression d'une volonté ne saurait, à elle seule, entraîner la saisine d'une juridiction. Il faut en effet, une prétention et une résistance, plus ou moins forte, à cette même prétention. Ce *muutus dissensus* sera toujours présent devant les tribunaux si l'on excepte les actes de juridiction gracieuse[54]. En effet, les tribunaux ne sont pas institués pour « donner des consultations purement théoriques ou pour délibérer sur des questions académiques[55] », ni pour rassurer des justiciables inquiets. Un plaideur ne peut donc demander au juge de statuer sur une situation juridique sans qu'il y ait un conflit, au moins en germe. Le caractère contentieux ou gracieux de la fonction du juge n'y change rien. Il ne fait aucun doute que le litige existe en matière contentieuse. C'est d'ailleurs la raison d'être de la saisine de la juridiction. En matière gracieuse, en revanche, les choses sont différentes puisque l'absence de litige constitue la principale caractéristique. Mais c'est précisément pour éviter un conflit à venir, qu'un demandeur prudent et avisé saisit un juge pour qu'il statue sur sa prétention.

Pour qu'une prétention soit portée devant une juridiction, elle doit également avoir un caractère nécessairement juridique.

28. – Nécessité d'une prétention à caractère juridique – Une querelle d'amoureux ou une dispute d'enfants n'intéresse pas les tribunaux. La prétention doit présenter un caractère juridique. Le droit joue alors un rôle de filtre, et imprime aux prétentions « une allure juridique[56] ». Ainsi, les litiges « naissent de l'application du droit pour être résolus par l'application du droit[57] ».

---

[54] Pour des développements sur la matière gracieuse, cf. *infra* n°141 et suiv.

[55] R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Paris, Domat Droit privé, Montchrestien, 10ème édition, 2002, p.474, n°532.

[56] H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, p.7.

[57] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, Thémis Droit privé, PUF, 1996, p.37, n°7.

Cette affirmation abrupte peut choquer de prime abord et prêter le flanc à la critique : le droit génèrerait ses propres litiges ! Le droit agirait tel un pompier pyromane qui allume des feux pour le plaisir de les éteindre. Si le raisonnement est poussé à l'extrême, la conclusion est cinglante : pour supprimer les litiges, il faudrait faire disparaître le droit.

Cette position extrémiste n'est évidemment pas concevable. Une explication peut cependant être avancée. Une fois promulguée, une règle de droit est susceptible d'être violée[58], presque inéluctablement. La sanction de cette violation se trouvera dans l'application d'une nouvelle règle de droit.

La prétention, au sens juridique, apparaît alors comme un désaccord de volontés relativement à un objet susceptible d'être accordé par le juge en vertu du droit. Elle tend toujours à la mise en œuvre d'une règle de droit constituant ainsi « une manière belliqueuse, disons, de réaliser le droit[59] ». Elle peut être présentée comme la « matière première fournie par les plaideurs au juge pour qu'il y applique son activité[60] ». Cependant, cette forme de litige paraît trop abstraite, la pratique donnant des exemples beaucoup plus complexes. Ainsi, une contestation principale est suivie très fréquemment de contestations incidentes tout au long du procès. Au final, l'action en justice a pour fondement un litige principal, autour duquel graviteront souvent un ou plusieurs autres litiges incidents. Elle se traduira dans les faits par des demandes principales et des demandes additionnelles, reconventionnelles, ou en intervention.

Il apparaît en définitive que la définition de la prétention n'est pas aisée. Un détour au-delà des frontières du droit judiciaire privé, où la prétention recouvre des réalités parfois différentes, permettra peut-être d'apporter de nouvelles précisions.

---

[58] La nature humaine est ainsi faite : il faudrait se trouver dans le meilleur des mondes d'Aldous Huxley pour voir des hommes obéissants et respectueux des règles qui seraient édictées, pensent-ils, dans leur intérêt.

[59] H. MOTULSKY, *Droit processuel, op. cit.*, p.7.

[60] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile, op. cit.*, p.122, n°20.

§2. La prétention au-delà des frontières du droit judiciaire privé

29. – Particularité de la prétention en matière pénale – Dans le cadre du procès pénal, et lorsque l'action publique côtoie l'action civile, la prétention se décompose en deux. Ainsi, dans le cadre de l'action publique, le ministère public intervient pour défendre et protéger l'intérêt général. Il représente la société en vue d'obtenir la condamnation de l'auteur d'une infraction. La prétention émise par le ministère public est générale alors que dans le cadre de l'action civile, elle recouvre un caractère purement privé. Ainsi, lorsqu'une infraction cause en plus du trouble à l'ordre social, un préjudice à la victime, cette dernière est en droit d'en demander réparation soit devant un tribunal civil, soit devant le tribunal répressif appelé à statuer sur l'action publique.

Le procès pénal a donc un objet principal, l'action publique, et un objet accessoire, l'action en réparation du dommage. Les prétentions qui en découlent sont donc différentes, non pas opposées, mais complémentaires. La proximité des deux est intéressante, mais la définition de la prétention n'en est pas fondamentalement bouleversée, et ne diffère pas de celle proposée en droit judiciaire privé.

30. – Originalité de la matière administrative – En revanche, la définition de la prétention précédemment proposée ne prend pas en compte les spécificités de la procédure administrative. En cette matière, si le terme d'action en justice est remplacé par celui de recours[61], le grief est souvent préféré à la prétention. Ainsi, selon la formule consacrée, seules les décisions faisant grief peuvent faire l'objet d'un recours. Prétention et grief semblent avoir la même signification. Cependant, la procédure administrative se décompose en différents contentieux, certains seulement permettant une assimilation entre prétention et grief. La définition même de prétention se trouve ainsi enrichie.

31. – Le contentieux de pleine juridiction – Dans ce contentieux particulier, le litige existe comme en matière judiciaire, mais sous une forme particulière. Il n'y a plus opposition d'intérêts entre deux personnes privées, mais un conflit entre l'Administration et un particulier. Dans la majorité des cas, le particulier cherche à constater l'existence d'un droit à son profit ou à contester l'application d'une règle de droit que lui impose

---

[61] Cf. *supra* n°8.

l'Administration. Le grief fait à l'Administration se rapproche alors de la prétention en droit judiciaire privé, car les situations portées à la connaissance du juge sont pratiquement identiques, et seule la qualité des parties diffère.

32. – Le recours pour excès de pouvoir – Le contentieux de l'annulation, qui relève du domaine du recours pour excès de pouvoir, peut véritablement apporter une vision nouvelle de la prétention. Le recours pour excès de pouvoir est défini comme le procès fait à un acte. Il n'existe plus alors deux parties, comme dans le contentieux de pleine juridiction, qui émettent des prétentions opposées. Il n'y a plus de confrontation, puisque le requérant se trouve seul face à un acte. Il en conteste la légalité et proteste contre l'application, la mauvaise application ou l'absence d'application à son égard. Le point de départ ne réside donc pas dans l'affirmation d'une prétention contrecarrée par une prétention opposée, mais dans un acte préalable de l'Administration. C'est le recours contre cet acte qui déclenche la contestation, celle-ci n'existant pas avant la saisine du juge. La différence apparaît ici nettement puisqu'en droit judiciaire privé, en procédure pénale ou dans le contentieux de pleine juridiction, c'est l'existence d'une contestation qui pousse à la saisine du juge. Le litige préexiste donc à la prétention. En revanche, dans le recours pour excès de pouvoir, c'est la prétention qui génère le litige.

La définition de la prétention qui est proposée en droit judiciaire privé ne correspond pas exactement à celle qui est applicable en matière administrative dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Ainsi, pour proposer une définition aussi complète possible, est-il nécessaire de cumuler les deux conceptions. Quel que soit le contentieux envisagé, la prétention suppose toujours le sentiment qu'éprouve un plaideur que ses droits ne sont pas respectés, reconnus ou sont menacés. C'est par le biais d'une action en justice qu'il souhaite les rétablir, les affirmer ou les renforcer.

Si une définition volontairement large doit être proposée pour englober un maximum de situations, il ne faut pas pour autant confondre la prétention avec des notions voisines, certes complémentaires, mais différentes.

Section II : Proximité de la prétention avec des notions voisines

33. – Une notion aux contours polymorphes – La prétention suppose toujours une manifestation positive de volonté émanant d'une personne, dénommée demandeur. Dans un grand nombre d'hypothèses, cette prétention se heurte à une résistance de la part d'une autre personne, le défendeur. La référence à cette bilatéralisation se retrouve d'ailleurs clairement à l'article 30 du nouveau Code de procédure civile qui envisage la situation de « l'auteur d'une prétention » et d'un « adversaire ». Ces deux parties ne parviennent pas à s'accorder. Il y a entre elles un différend, qui s'apparente alors au contraire d'un contrat. En effet, alors que le contrat constitue la rencontre de volontés, le différend se caractérise par une opposition de volontés[62].

En ce sens, la prétention se rapproche du différend, mais également du conflit, du litige et de la confrontation. L'intuition excluant de ce fait toute analyse, commande de ne voir entre ces éléments qu'une différence de degré et non de nature. Le terme litige pourrait s'employer « pour désigner un différend non encore porté devant le juge…tandis qu'on utilise, de préférence le terme contestation dans un sens plus restreint, signifiant l'existence d'un contentieux lié devant le juge par la formalisation judiciaire de deux prétentions antagonistes [63]». Il faut cependant nuancer cette proposition, car il est tout à fait possible d'envisager le conflit comme un différend non juridique et le litige comme un différend juridique. Ainsi, l'office du juge serait de trancher les litiges et non de résoudre les conflits[64]. Ces différentes positions de la doctrine ne semblent donc pas uniformes, ce qui entretient une certaine confusion et nourrit une parenté avec la notion de prétention.

---

[62] Cette comparaison avec le contrat est empruntée à MM. CORNU et FOYER dans leur ouvrage précité, p.41, n°7. Il est à noter que les relations qu'entretiennent le litige et le contrat sont ambiguës. Ainsi, si l'on adhère parfaitement à la démonstration de MM. CORNU et FOYER, elle ne saurait se vérifier en toutes hypothèses. Ainsi, un litige peut trouver une résolution grâce à un type particulier de contrat, le contrat judicaire. Le contrat est alors la continuation du litige.

[63] M. BANDRAC, « Indications sommaires sur les principales modifications introduites dans les règles antérieures par le Décret n°75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un Nouveau code de procédure civile », JCP G 1976, *Doc.* 2799, n°47.

[64] B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », RTDciv. 2003, juill-août, n°3, p. 409-425.

En définitive, si la prétention doit revêtir un sens plus large que le conflit, le différend ou le litige, ces trois dernières expressions peuvent s'employer indistinctement.

34. – La spécificité de la prétention au service de l'action en justice – L'essentiel est, à notre sens, de ne pas assimiler les différentes notions de conflit, différend ou litige à la prétention, qui doit conserver un aspect général et fédérateur. La prétention ne doit pas se limiter à un désaccord de volonté entre deux parties. Que ce désaccord soit qualifié de litige, conflit ou différend n'y change rien. La prétention n'implique pas obligatoirement une contradiction, et peut se contenter d'une constatation. Car n'envisager la prétention que sous l'angle du conflit aboutit à définir l'action en justice comme l'acte visant à trancher un différend. Or, il faut englober une plus grande diversité de situations, afin de ne pas limiter cette action en justice au droit de faire trancher un conflit entre deux prétentions opposées. A ce caractère purement contentieux doit répondre une fonction gracieuse. Et, quand bien même deux prétentions s'opposeraient, l'action en justice ne doit pas seulement aboutir à choisir l'une d'entre elles. Elle peut tenter rapprocher ces positions antagonistes sans pour autant désigner un vainqueur. Ainsi, l'action en justice doit-elle pouvoir se développer en l'absence de litige.

35. – Proposition de définition – Prenant en compte ces différentes situations, la prétention peut s'analyser en un acte de volonté tendant à réclamer quelque chose en justice. Il faut se garder de tout glissement de la prétention vers le litige. Cet amalgame est erroné à un double point de vue. Déjà, tout litige n'impliquera pas nécessairement une prétention. En effet, il est possible que les personnes alimentent leur désaccord sans pour autant vouloir trouver une solution. Cette situation n'est certes pas la plus courante, mais elle existe. Par ailleurs, toute prétention n'impliquera pas nécessairement un litige, car une personne peut formuler une demande sans avoir de contradicteur. Le rôle du juge se limite alors à la constatation, l'homologation, ou la consolidation d'une situation actuelle.

36. – Conclusion du chapitre I – Ces développements ont permis de cerner davantage le premier élément subjectif attaché à l'action en justice. La prétention s'analyse donc en un acte de volonté tendant à réclamer quelque chose en justice.

Cette acception volontairement large doit être préférée à toute autre, car elle permet de mettre en exergue la généralité de l'action en justice qui ne saurait se limiter à l'acte visant à trancher un différend. Il faut à présent s'attacher aux autres éléments subjectifs qui posent plus de difficultés, l'intérêt et la qualité pour agir.

Chapitre II : L'intérêt pour agir

37. – Notion réfractaire à l'analyse – L'intérêt « fait partie de ces notions fondamentales du droit qui sont d'un usage quotidien et généralisé et qui n'en demeurent pas moins réfractaires à l'analyse[65] ». Cette idée, selon laquelle la notion d'intérêt est mouvante et se dérobe à mesure que l'on s'aventure à la définir, est répandue en doctrine. Certains se demandent même s'il est possible d'en préciser les contours avec netteté[66].

L'article 31 du nouveau Code de procédure civile précise en effet que « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention... ». Cette exigence empreinte de bon sens emporte l'unanimité ainsi qu'en témoignent des formules bien connues telles « pas d'intérêt, pas d'action » ou « l'intérêt est la mesure de l'action ». La condition d'intérêt à agir semble évidente. Ainsi, « seul un dément intente un procès sans y avoir intérêt. La règle a-t-elle donc pour unique effet d'écarter les demandes formées par les maniaques et les fous[67] » ou pour exclure « la satisfaction purement intellectuelle que pourrait éprouver un plaideur, amant du droit, en faisant trancher une question juridique dont la solution ne présente pour lui aucun autre intérêt[68] ».

Selon une acception courante, l'intérêt est présenté comme un profit, un avantage, une utilité procurée au plaideur. Il trace « un lien entre le passé et l'avenir[69] ». En effet, l'intérêt existe lorsqu'une situation cause à une personne un trouble et qu'un jugement pourrait le faire cesser. Il se vérifie également lorsqu'un justiciable souhaite pérenniser sa situation actuelle et se prémunir ainsi contre un désordre éventuel.

---

[65] M. LALIGNANT, « La notion d'intérêt à agir devant le juge administratif », RDpubl. 1971, p.43.

[66] MM. CORNU et FOYER précisent que « le danger de définir la notion est de la compliquer ou de remplacer une notion courante que tout le monde comprend, ne serait-ce que par intuition, par une notion savante et inutile », *Procédure civile,* Paris, Thémis Droit privé, PUF,1996, p.344, n°80.

[67] H. MAZEAUD, « La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile », D.1954, *Chron.* VIII, p.39-44, spéc. p 41, col. 2.

[68] *Ibid.*

[69] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile, op. cit.,* p. 338, n°78.

Cette définition semble trop vague et fuyante. Le droit positif et notamment la jurisprudence, ont apporté des précisions en ajoutant certains qualificatifs. Ainsi, l'intérêt doit-il être *légitime, né et actuel, personnel et direct*. Il faudra dans un premier temps étudier les éléments constants de la notion d'intérêt à agir (Section I), avant d'envisager ses difficultés d'interprétation et les confusions qu'elle engendre (Section II). Ces développements doivent mettre en lumière les limites de l'intérêt et donc la fragilité de la notion actuelle d'action en justice. Ils constituent alors un élément déterminant de notre réflexion en vue d'adopter une vision renouvelée de l'action en justice.

Section I : Eléments constants de la notion d'intérêt

38. – Intérêt né et actuel, direct et personnel – Les éléments constants de l'intérêt à agir sont la nécessité d'un intérêt né et actuel, direct et personnel. Il peut paraître surprenant de considérer comme constants des caractères qui ne figurent aucunement dans la lettre de l'article 31 du nouveau Code de procédure civile. Il n'est en effet, nullement fait mention du caractère *né et actuel* ou *direct et personnel* de l'intérêt, seule la légitimité étant évoquée. Pourtant, la jurisprudence tant privatiste que publiciste a toujours insisté sur ces éléments de certitude (§1) et d'individualisation (§2) de l'intérêt.

§1. Élément de certitude de l'intérêt

39. – Reconnaissance des actions préventives – L'intérêt doit être né et actuel par opposition à un intérêt passé[70] ou futur, voire seulement éventuel[71]. Cette condition suscite des interrogations quant à la validité des actions dites préventives, dans lesquelles

---

[70] La chose demandée ne peut plus être jugée en raison d'une forclusion ou de l'autorité de la chose jugée.

[71] A noter la validité des actions tendant à l'indemnisation de la perte d'une chance. Ces actions visent à se projeter dans le futur pour constater qu'un acte ou qu'une omission a fait perdre une chance au demandeur. On pourrait y déceler un intérêt simplement éventuel. Mais le dommage peut être considéré comme suffisamment actuel si la perte de chance est avérée.

le juge doit se prononcer sur la validité ou le contenu d'une situation juridique indépendamment de la réalisation de tout dommage actuel.

Sous cette dénomination commode d'action préventive, il convient de distinguer les actions interrogatoires, provocatoires, déclaratoires et conservatoires. Alors que le principe reste l'irrecevabilité de telles actions (A), certaines d'entre elles seront néanmoins recevables (B).

A. Irrecevabilité de principe des actions préventives

40. – Le cas des actions interrogatoires – Les actions interrogatoires ont pour objet de contraindre la partie adverse qui dispose d'une faculté d'option, à choisir immédiatement la position qu'elle se propose d'adopter. Le temps de réflexion qui lui est normalement octroyé est ici réduit à néant. De telles actions sont déclarées irrecevables en l'absence d'intérêt né et actuel. La seule issue pour le demandeur est de justifier de l'existence d'un tel intérêt en rapportant la preuve que l'exercice de l'action est de nature à lui procurer un avantage d'ores et déjà avéré.

41. – Le cas des actions provocatoires – Il en va de même pour les actions provocatoires qui tendent à obliger celui qui se vante de pouvoir contester une situation juridique déterminée à agir immédiatement ou à se taire à jamais. Cette issue, qui semble sortie d'un conte pour enfant, n'est pas admissible, car elle contrevient directement au principe de la liberté de mise en œuvre de l'action en justice[72]. Les actions provocatoires ne seront que très exceptionnellement admises, comme en droit des sociétés[73]ou en

---

[72] De telles actions provocatoires étaient très développées dans l'Ancien Droit.

[73] Art. 1844-12 C.Civ. : En cas de nullité d'une société ou d'actes ou délibérations postérieures à sa constitution, fondée sur un vice de consentement ou l'incapacité d'un associé et lorsque la régularisation peut intervenir, toute personne y ayant intérêt peut mettre en demeure celui qui est susceptible de l'opérer, soit de régulariser soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion.

matière de brevet d'invention[74], afin d'éviter qu'un litige ultérieur ne vienne troubler la situation juridique. Cette entorse à la règle de l'intérêt né et actuel dans le cadre des actions provocatoires est toutefois limitée à ces deux possibilités. Il en va autrement pour les actions conservatoires et déclaratoires.

B. Recevabilité de certaines actions préventives

42. – Recevabilité des actions conservatoires – Très largement admises, les actions conservatoires permettent d'agir en référé afin d'obtenir des mesures conservatoires, pour prévenir un dommage imminent[75] ou toute mesure d'instruction, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige[76]. Dans ces cas, même si le dommage n'est pas certain, la probabilité d'un trouble est suffisamment grande pour que l'intérêt à agir soit considéré comme né et actuel.

43. – Recevabilité des actions déclaratoires – Parmi les actions préventives recevables, les actions déclaratoires sont également citées. Ces actions permettent de déclarer judiciairement l'existence ou l'inexistence d'une situation juridique ou d'un droit, mais dont le jugement ne comportera pas de mesures coercitives susceptibles d'exécution forcée[77]. Dans ces hypothèses pourtant, il semble bien que la condition de certitude de l'intérêt soit remplie. En effet, tout individu a un intérêt né et actuel à faire reconnaître en justice un élément incertain.

---

[74] L'article L. 615-9 CPI permet à toute personne justifiant d'une exploitation industrielle sur le territoire français de demander au titulaire d'un brevet d'invention de prendre parti sur l'opposabilité de son titre à l'égard de cette exploitation. A défaut de réponse dans les trois mois, le tribunal compétent peut être saisi pour statuer sur l'opposabilité de ce brevet.

[75] Art. 809 al.1 NCPC.

[76] Art. 145 NCPC.

[77] Ainsi en est-il du désaveu de paternité prévu à l'article 326 et 327 du Code civil ou de la reconnaissance d'une nationalité de l'article 29-3 et 29-4 du même code.

44. – Particularités du droit local – Dans les départements du Bas-Rhin et de la Moselle, les actions préventives communément dénommées procédure en constatation, sont expressément autorisées par la loi à l'article 256 du Code de procédure civile local permettant de faire constater l'existence d'un rapport de droit[78]. L'article 257 valide même les actions préventives en condamnation, et prévoit la possibilité de former une demande en paiement ou en évacuation futurs[79]. Cette seconde action va beaucoup plus loin que la première puisqu'elle peut aboutir à la condamnation d'un débiteur à l'exécution d'une obligation future. Ces différentes actions dérogent clairement à la nécessité d'un intérêt né et actuel, et doivent donc être interprétées restrictivement.

Excepté dans le cadre du droit local, il semble donc que ces types d'actions préventives ne constituent pas exactement une exception à la nécessité d'un intérêt né et actuel. Elles s'exercent pour prévenir un trouble (actions conservatoires) ou un litige (actions déclaratoires), ce qui constitue déjà un intérêt né et actuel. Cette condition de l'intérêt ne pose pas de difficulté majeure, et permet de construire l'édifice constitué par cette condition subjective de l'action en justice. Il en va de même pour la condition d'individualisation de l'intérêt.

§2. Élément d'individualisation de l'intérêt

45. – Plan – Si la condition d'un intérêt direct et personnel fait partie des éléments constants de l'intérêt, elle engendre néanmoins des difficultés en raison d'une appréciation délicate (A). C'est le droit public qui va alors apporter certaines précisions

---

[78] Art. 256 du Code de procédure civile local : « Peut être introduite une demande en constatation de l'existence ou de la non-existence d'un rapport de droit, ou en reconnaissance ou en constatation de la fausseté d'un document, lorsque le demandeur a un intérêt juridique à faire constater immédiatement en justice l'existence du rapport de droit ou la sincérité ou la fausseté du document ».

[79] Art. 257 du Code de procédure civile local : « Lorsqu'une créance de somme d'argent n'est pas liée à une contre-prestation, ou lorsqu'une demande en évacuation d'un immeuble, d'une habitation ou d'un autre local ne peuvent être réclamées qu'à échéance d'une certaine date du calendrier, une demande en paiement ou en évacuation futurs peut être introduite ».

importantes. Mais les particularités du droit judiciaire privé devront également être prises en compte (B).

A. Difficultés d'appréciation de l'intérêt direct et personnel

46. – Des contours difficiles à cerner – Ce second élément constant de l'intérêt à agir paraît clair, simple et dépourvu de toute équivoque, presque suspect dans une matière où règne la confusion. Mais ici encore, l'apparence n'est qu'illusion. En effet, un intérêt direct n'est il pas nécessairement personnel et inversement ? Les deux termes ne sont-ils pas en définitive synonymes ? Une nuance existe pourtant. L'intérêt sera direct lorsque le demandeur est concerné par l'issue du litige. Il sera personnel lorsque le demandeur défend son propre intérêt, car il n'existe pas « de gestion d'action », comme on retrouve des gestions d'affaires. Est-ce à dire que l'action en justice n'est ouverte qu'au plaideur qui invoque lui-même une situation juridique qui le concerne et qu'il veut défendre ou contester, sauf disposition légale spécifique ? Le droit public permettra peut-être de cerner plus précisément le caractère d'individualisation de l'intérêt.

47. – Les apports du droit public – L'exigence d'un intérêt direct et personnel est apparue dès le XIX ème siècle en droit administratif, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Mais, alors que le Conseil d'Etat développait peu à peu une jurisprudence libérale, la Cour de cassation utilisait cette condition comme instrument de sélection sévère. Ainsi, les caractéristiques de l'intérêt ont-ils beaucoup évolué dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir. Aux origines du recours pour excès de pouvoir, le requérant n'était recevable à agir que si un acte administratif, qui le nommait personnellement, était pris à son encontre. Puis, le Conseil d'Etat admit le recours pour excès de pouvoir contre les actes qui ne visaient plus nommément les administrés.

Aujourd'hui, le Conseil d'Etat déclare recevable le recours pour excès de pouvoir d'un particulier de manière très large. Ainsi, dès l'instant où celui-ci justifie appartenir à

un groupe suffisamment identifiable, l'intérêt requis est présent[80]. Cette appartenance est alors envisagée largement. Il suffit, par exemple, d'être contribuable d'une commune, usager d'un service public[81], et d'attaquer l'acte en rapport avec sa situation pour que la condition d'intérêt direct et personnel soit remplie. Ainsi, la qualité de contribuable local donne-t-elle intérêt pour contester toute décision ayant pour effet de peser sur les finances de la collectivité considérée[82]. L'action populaire n'existe pas encore, mais le droit public pourrait bien inspirer le droit privé et par là même toute la notion d'action en justice[83]. En effet, dans le contentieux privé, la notion d'intérêt personnel et direct n'est pas envisagée de manière aussi libérale, et engendre des difficultés d'application en certains domaines.

B. Applications particulières en droit judiciaire privé

48. – Difficultés d'application aux personnes morales – La condition d'individualisation de l'intérêt suscite des interrogations dans le cadre des actions en justice intentées par un groupement. Il est évident, qu'un groupement doté de la personnalité juridique aura le droit d'ester en justice, lorsque ses droits ont été lésés. La difficulté survient lorsque le groupement, sans invoquer la lésion d'un de ses droits propres, intente une action pour obtenir la condamnation d'agissements qui risquent indirectement de lui nuire. Peut-il alors défendre cet intérêt collectif considéré comme intérêt de la collectivité, entité générale et abstraite ? L'exemple des syndicats et des associations permet de répondre à cette interrogation.

---

[80] Pour des développements relatifs à l'appartenance à un groupe déterminé, cf. *infra* n°84 et suiv.

[81] Il suffit même d'être campeur, ainsi qu'en témoigne un arrêt du Conseil d'Etat en date du 14 février 1958, *Abisset,* Rec. p.98, où il fût décidé qu'un campeur avait intérêt à agir contre l'arrêté municipal interdisant le camping dans une commune où il n'était jamais allé et où rien n'assure qu'il irait un jour. Il était recevable à agir contre cet arrêté de police sans qu'il ait reçu personnellement application de ses dispositions : la simple éventualité d'une lésion suffit.

[82] En revanche, il est à noter que la seule qualité de contribuable national est beaucoup trop large pour être retenue par le Conseil d'Etat

[83] Cf. *infra* n°83 et n°335 et suiv.

49. – Actions intentées par les syndicats – En principe, ce type d'action est irrecevable, car le syndicat ne dispose pas d'intérêt direct et personnel. Un certain nombre de dérogations législatives sont cependant intervenues, afin de permettre aux syndicats de défendre les intérêts collectifs de la profession qu'ils représentent[84]. Leurs statuts doivent alors préciser clairement les intérêts qu'ils défendent, intérêts qui délimitent le champ d'application de leurs actions. Ainsi, seul un acte portant atteinte à ces intérêts leur fera grief, et sera susceptible d'être attaqué. L'objectif qu'ils fixent ne doit être ni trop restreint ni trop large. Par ailleurs, plusieurs conditions doivent alors être réunies. L'intérêt doit être né et actuel, et correspondre à un intérêt collectif de la profession que le syndicat représente. En effet, il ne doit s'agir ni de l'intérêt personnel du groupement, ni de la somme des intérêts individuels. C'est la profession elle-même qui doit être lésée.

50. – Actions intentées par les associations – Les associations disposent d'un droit d'agir plus restreint, aucune disposition législative n'étant venue leur accorder de manière générale un tel droit[85]. Cependant, certaines d'entre elles ont obtenu les faveurs du législateur qui a estimé utile de leur octroyer un droit d'action semblable à celui des syndicats. Ainsi en est-il des associations de protection des consommateurs[86] ou certaines associations de défense des intérêts moraux. L'intérêt à agir de telles associations se rapproche ici de l'intérêt général. En effet, ce n'est plus l'intérêt direct et personnel d'une personne qui est ici recherché, mais celui d'une large catégorie d'individus. Il faut préciser tout de même qu'hors habilitation législative, une association ne pourra agir en justice au nom d'intérêts collectifs qu'autant que ceux-ci entrent dans son objet social[87].

---

[84] Cette action, validée dans un premier temps par la jurisprudence (Ch. réunies 5 avril 1913, DP.1914, 1, 65), a été consacrée par la loi du 12 mars 1920 et reprise à l'article L 411-11 du Code du travail.

[85] Ch. réunies 15 juin 1923, S. 1924, 1, 49.

[86] Art. L.421-1 et suiv. du Code de la consommation.

[87] La Cour de cassation a récemment réaffirmé cette règle à propos d'une association dont l'objet social était de « conserver et protéger l'église du vieux Castels et le château de Fages, en même temps que le site qui lui sert d'écrin ». Celle-ci avait assigné des particuliers pour les voir condamnés à démolir une maison qu'ils avaient construite dans les environs du château. Mais, la maison était éloignée du site à protéger et n'était visible ni du château ni de l'église. La Cour de cassation a approuvé alors les juges du fond d'avoir jugé l'action irrecevable faute d'intérêt à agir. Cf. Civ. 2ème 27 mai 2004, *n°02-15.700*, Dictionnaire permanent Droit des affaires, Actualisation, Bull. 6221, p.6666, n°11.

Contrairement à la position du Conseil d'Etat, la notion d'intérêt direct et personnel est alors envisagée restrictivement par le juge judiciaire qui n'admet que quelques dérogations.

Il ressort de ces développements que les éléments de certitude et d'individualisation bénéficient d'une certaine stabilité. Pourtant, ils ne sauraient suffire à eux seuls, à caractériser l'intérêt à agir qui doit en outre être légitime. Cette dernière caractéristique suscite le plus de controverses, et obscurcit par là même la notion d'action en justice.

Section II : Controverses autour de la légitimité de l'intérêt

51. – Plan – Comme le prévoit expressément l'article 31 du nouveau Code de procédure civile, l'intérêt doit être légitime. Cette seule condition prévue par le législateur a fait l'objet de nombreuses interprétations (§1), aboutissant à la confusion entre action en justice et demande en justice (§2).

§1. Interprétations diverses de la légitimité

52. – Plan – Pendant longtemps, la jurisprudence exigeait un intérêt légitime juridiquement protégé. Revenant ensuite à une lecture plus fidèle de la lettre de l'article 31 du nouveau Code de procédure civile, elle se contente aujourd'hui d'un intérêt légitime[88] (A). L'interprétation de cette notion suscite encore de nombreuses difficultés (B).

---

[88] MM. CORNU et FOYER se demandent s'il s'agit là d'un « lambeau de la notion prétorienne d'intérêt légitime juridiquement protégé », *Procédure civile, op. cit.*, p.346, n°80.

A. De l'intérêt légitime juridiquement protégé à l'intérêt légitime

53. – Application constante de la condition d'un intérêt légitime juridiquement protégé – La condition d'un intérêt légitime apparaissait dans le Code de procédure civile de 1807 et, par la magie de l'interprétation, la jurisprudence a transfiguré la lettre du texte pour y ajouter la formule « juridiquement protégé ». Cette condition *d'intérêt légitime juridiquement protégé*, couramment utilisée en jurisprudence, était même devenue une formule de style dans les arrêts. Ainsi, « aucune action en justice ne peut être exercée si elle n'a pour cause la violation d'un intérêt légitime juridiquement protégé. L'ampleur de la règle doit obliger la Cour de cassation à en définir exactement le sens et la portée. En la ramenant à sa véritable signification, elle en fera un instrument plus solide, qui lui permettra d'exercer utilement et dans de sages limites la police des actions en justice[89] ». Surtout rencontrée en matière de responsabilité civile délictuelle, cette condition constituait alors un filtre pratique, efficace et malléable à souhait. L'enjeu de cette adjonction était donc de limiter le cercle des personnes pouvant demander réparation de leur préjudice par ricochet. La situation se rencontrait fréquemment en cas de décès accidentel du concubin, la demande de la concubine survivante étant rejetée pour défaut d'intérêt légitime juridiquement protégé.

54. – Abandon de la nécessité d'un intérêt « juridiquement protégé » – Par un arrêt très remarqué du 27 février 1970[90], la Cour de cassation a abandonné cette interprétation qui faisait preuve d'une interprétation libre pour n'admettre que le caractère légitime de l'intérêt[91]. Ce problème de légitimité de l'intérêt se pose avec force lorsque la victime d'un dommage se trouve en situation illicite. En effet, une personne peut subir un préjudice au cours d'une activité délictueuse. La question se pose alors de savoir si elle

---

[89] H. MAZEAUD, « La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile », D.1954, *Chron.* VIII, p.44, col.2

[90] Cass. ch. mixte 27 février 1970, D.70, p.201, note COMBALDIEU ; JCP 1970, II, 16305, concl. LINDON et note PARLANGE.

[91] L'actuel article 31 NCPC, entré en vigueur le 1er janvier 1976, n'a donc pas connu les interprétations libres de la jurisprudence.

peut obtenir indemnisation de son préjudice malgré sa situation. Durant des années, la jurisprudence déclarait irrecevable son action en justice. Elle justifiait sa position par l'application de la règle *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans.*

Puis, par un arrêt en date du 17 novembre 1993[92], la Cour de cassation a clairement précisé que la règle *nemo auditur* ne trouvait plus à s'appliquer en matière de responsabilité civile. Ainsi, le passager d'un véhicule volé a-t-il pu obtenir réparation des dommages consécutifs à un accident de la circulation. Pareillement, la Cour de cassation a accordé réparation du préjudice subi par une personne qui, démunie de titre de transport, s'était blessée en prenant le train[93]. La cause semblait donc entendue et la légitimité de l'intérêt se résumait, semble-t-il, à son caractère sérieux.

Pourtant, un arrêt du 27 mai 1999[94] est venu troubler cette jurisprudence apparemment stabilisée. La Cour de cassation a décidé que l'employeur qui invoque l'absence de la victime provoquant une désorganisation du service n'avait pas d'intérêt légitime à agir, car la victime ne figurait pas sur la liste du personnel, n'avait pas bénéficié de fiche de paie, et n'avait pas été déclarée à l'URSSAF. La situation illégale de la victime est ici prise en compte pour déclarer irrecevable l'action en justice de l'employeur. Confirmant sa position, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 24 janvier 2002[95], que la victime d'un accident de la circulation ayant entraîné une interruption temporaire de travail, ne pouvait obtenir réparation du préjudice résultant du manque à gagner dû à la cessation de ses activités professionnelles, correspondant à des rémunération illicites. Une fois encore, la Cour de cassation prend en compte la situation illicite dans laquelle se trouve la victime, pour statuer sur la demande de réparation du préjudice[96].

Toutes ces solutions posées par la Cour de cassation sont peu claires, et témoignent des difficultés d'interprétation de la condition de légitimité de l'intérêt.

---

[92] Civ. 1ère 17 novembre 1993, BC I, n°326 ; RTDciv. 1994, p.115-118, obs. P. JOURDAIN.

[93] Civ. 2ème 19 février 1992, BC II, n°54 ; JCP G 1993, II, 22170, note G. CASILE-HUGUES.

[94] Civ. 2ème 27 mai 1999, BC II, n°105 ; RTDciv. 1999, p.637-638, obs. P. JOURDAIN.

[95] Civ. 2ème 24 janvier 2002, Defr. 2002 p.786-790, note R. LIBCHABER ; D. 2002 *Jurisp. commentée*, p.2559-2562, obs. D. MAZEAUD ; Resp. civ. et assur. 2002, p.8-9, n°11, note S. HOCQUET-BERG.

[96] Il est à noter que la Cour de cassation ne déclare pas l'action de la victime irrecevable, mais seulement parce que seule la question de la responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil lui été posée. En effet, l'article 31 du nouveau Code de procédure civile n'était pas visé.

55. – Tentative de conciliation des positions divergentes de la Cour de cassation – Si ces dernières solutions semblent en contradiction avec la jurisprudence antérieure, une conciliation a été tout de même être tentée par la doctrine. Il semble qu'il faille distinguer selon la nature des préjudices subis. Ainsi, seuls les préjudices corporels seront indemnisés sans tenir compte de l'éventuelle situation délictueuse de la victime. En revanche, un préjudice économique devra être licite pour être indemnisé[97].

Cette classification en fonction de la nature du préjudice subi permet, certes, de trouver une explication à une jurisprudence obscure, mais suscite quelques interrogations.

Tout d'abord, les faits qui ont donné lieu aux arrêts des 27 mai 1999 et 24 janvier 2002, ne renferment-ils pas des préjudices corporels ? En effet, dans les deux espèces, c'est un accident qui est à l'origine de la cessation d'activité et de la perte corrélative de revenu. Un préjudice corporel était bien le facteur déclenchant, même s'il n'a pas motivé l'action en justice. C'est en effet la désorganisation du service ou la perte de rémunération non déclarée qui était visée. Ainsi, la demande d'indemnisation n'aurait peut-être pas dû être rejetée, car un intérêt légitime découlait du préjudice corporel.

En second lieu, cette distinction entre préjudice corporel et préjudice économique semble aboutir au rétablissement d'une condition que l'on croyait disparue : la nécessité d'un droit pour exercer une action en justice. En effet, il a été avancé que le préjudice corporel méritait d'être indemnisé en raison d'un droit subjectif à la sécurité et à la protection de son corps[98]. Le préjudice économique ne pouvant être rattaché à aucun droit subjectif, il nécessite donc la violation d'un droit protégé par la loi. Pour avoir un intérêt légitime à agir, il faut se prévaloir d'un droit juridiquement protégé ou se croire « légitimement » titulaire d'un tel droit. Il est donc nécessaire de se trouver dans une situation licite pour pouvoir espérer obtenir réparation de son préjudice économique. Sans doute cette affirmation ne suppose pas l'existence certaine d'un droit. Il suffit d'une croyance légitime, en toute bonne foi, de l'existence d'un tel droit. Dès lors, l'examen de la recevabilité de la demande ne renvoie pas à l'examen de son bien-fondé.

---

[97] M. LIBCHABER reprend cette démonstration dans sa note précitée.

[98] Cette idée est développée notamment par Mme G. CASILE-HUGUES, JCP G 1993, II, 22170, précitée.

56. – Difficulté d'appréciation de la légitimité de l'intérêt – Une difficulté apparaît lorsqu'il s'agit de définir précisément la notion ainsi retenue par la jurisprudence. S'agit-il d'un intérêt sérieux qui commanderait de ne pas agir pas esprit de chicane ? Peut-être aurait-il fallu utiliser ce qualificatif qui parait plus approprié.

M. Cadiet précise que le caractère légitime de l'intérêt peut s'entendre comme celui qui présente tous les attributs requis par la loi, c'est-à-dire un intérêt né et actuel, personnel et direct[99]. Pour simplifier l'exigence de cette condition erratique, certains ont pareillement avancé que « le maintien du terme légitime à l'article 31 traduit sans doute un surcroît de prudence[100] » et n'est envisagé que lorsque le filtre constitué des caractères, né et actuel, direct et personnel n'aura pas permis de déceler la demande dépourvue de réel intérêt[101].

Cette justification, quoique séduisante, ne saurait emporter une totale approbation, car elle occulte une réalité quelque peu nuancée. Chacun des qualificatifs que la jurisprudence tend à attacher à l'intérêt ne doit pas être regardé comme interchangeable. En effet, si le juge a pris soin de détailler les caractères que doit présenter l'intérêt, c'est précisément parce qu'il estime que chaque qualificatif joue un rôle important et apporte une précision supplémentaire. S'il propose de rechercher si l'intérêt est *légitime, né et actuel, personnel et direct*, cela ne peut signifier que le premier adjectif peut remplacer tous les autres. Il ne peut donc s'agir d'une simple redondance, et si les épithètes sont inséparables, chacune d'elles doit être examinée de manière autonome, et ne saurait être interchangeable. En effet, elles constituent toutes un aspect de la notion d'intérêt et concourent à sa définition globale.

Concernant le caractère légitime qu'il s'agit d'étudier ici, celui-ci apporte un gage de sérieux. Son appréciation, nécessairement empreinte de subjectivisme, varie selon les juridictions, mais toujours avec un dessein commun : exclure des prétoires toute demande fantaisiste guidée par un esprit inutilement procédurier.

---

[99] L. CADIET, *Droit judiciaire privé,* Paris, Litec, 3ème édition, 2000, p.364, n°851. Cette proposition faite par M. CADIET n'est plus reprise à l'identique dans la 4ème édition de son ouvrage, en collaboration avec M. JEULAND, cf. *infra.*

[100] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile, op. cit.,* p.347, n°80.

[101] Voir cependant E. JEULAND qui montre l'importance de conserver la condition de légitimité de l'intérêt à agir, in *Droit Processuel*, Paris, LGDJ, Systèmes Droit, 2003, p.69-70.

La légitimité renvoie en second lieu à l'idée de légalité. En effet, le demandeur ne saurait invoquer un trouble que la loi réfute, et saisir les tribunaux pour qu'ils y mettent fin. Le profit ou l'avantage qu'il espère retirer de son action en justice doit être conforme à la loi.

La légitimité imprime enfin à l'intérêt un caractère moral, c'est-à-dire conforme aux bonnes mœurs. En effet, même si son intérêt n'est pas illégal, le demandeur ne saurait se prévaloir d'un intérêt immoral[102].

En définitive, un intérêt légitime implique une situation qui sera digne d'être prise en considération, mais en outre, digne d'être protégée.

Cette condition de légitimité de l'intérêt, qui suscite de nombreuses interrogations, aboutit par ailleurs à entretenir une confusion entre action en justice et demande.

§2. Confusion entre action en justice et demande[103]

57. – Plan – Le problème de la confusion entre les notions d'action en justice et de demande doit être appréhendé tant au niveau de la théorie que de la pratique. Alors que la doctrine majoritaire s'évertue aujourd'hui à distinguer action en justice et demande (A), la condition de légitimité de l'intérêt précédemment étudiée aboutit à les confondre en pratique (B).

A. Positions doctrinales diversifiées

58. – Deux notions complémentaires – En théorie, action en justice et demande

---

[102] Cette explication est notamment fournie par MM. CADIET et JEULAND, *Droit judiciaire privé,* Paris, Litec, 4ème édition, 2004, p.259-260, n°565 ; E. JEULAND, *Droit processuel, op. cit.,* p.70.

[103] Pour des développements sur la difficulté à dissocier l'intérêt de la discussion du fond du droit, Cf. Y. DESDEVISES, *Le contrôle de l'intérêt légitime (Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action),* thèse dactyl., Nantes, 1973, 377 pages.

correspondent à deux réalités distinctes quoique complémentaires. L'action en justice est présentée traditionnellement comme la voie de droit permettant la protection judiciaire d'un droit. La demande représente, quant à elle, la mise en œuvre effective de cette voie de droit. La position de la doctrine majoritaire a oscillé entre la reconnaissance d'une confusion entre action en justice et demande, et l'affirmation d'une distinction entre les deux notions (1). Ces fluctuations n'apportent pas la clarté nécessaire pour qualifier précisément ces notions fondamentales en droit judiciaire privé. Par ailleurs, il est utile de relater la position minoritaire d'une partie de la doctrine, qui prône une unification de l'action en justice et des demandes (2). Le contenu exact de la notion d'action en justice semble alors difficile à dégager.

1. Position fluctuante de la doctrine majoritaire

59. – Confusion des genres – La doctrine classique ne fait pas de distinction entre demande et action en justice. Ainsi, Glasson et Tissier définissent-ils l'action comme « la demande en justice, la poursuite devant un tribunal par une personne, pour y obtenir la reconnaissance ou la protection judiciaire d'un droit qu'elle a ou qu'elle prétend avoir [104]». Ils appuient leur définition en relevant que dans le langage de la pratique, on dit couramment qu'une personne forme une action en paiement, en divorce, en nullité, etc[105].

Pareillement, Cuche ne fait aucune distinction entre action en justice et demande. Selon lui, il s'agit essentiellement d'un conflit entre deux prétentions rivales, une prétention initiale qui est la demande, l'attaque, l'action, et une autre qui se révèle après coup, comme la réaction après l'action, c'est-à-dire la défense[106].

Parce que limitée aux seules demandes, l'action en justice ne peut être envisagée comme une notion générale, abstraite et fédératrice.

---

[104] E. GLASSON et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile,* Tome I, Paris, Recueil Sirey, 3ème édition, 1925, p.464-465, n°189.

[105] *Op. cit.* p.465 n°189.

[106] P. CUCHE, *Précis de procédure civile et commerciale*, Paris, Petit précis Dalloz, 6ème édition, 1934, p.149, n°126.

60. – Spécificité de l'action en justice et de la demande – La doctrine moderne adopte majoritairement une position opposée, puisqu'elle prône une distinction nette entre action en justice et demande. Elle permet ainsi à la notion d'action en justice de jouer un rôle plus général, sans être limitée aux demandes.

Ainsi, Japiot précise clairement que « de l'action, il faut distinguer la demande en justice : la demande en justice est l'exercice de l'action elle-même. L'action est la faculté de saisir la justice, la demande est le fait de saisir la justice. Néanmoins, lorsqu'on traite de l'action en procédure, on réunit volontiers les deux choses pour plus de simplicité, et l'on traite à la fois de l'action et de la demande en justice[107] ».

Pareillement, MM. Solus et Perrot envisagent l'action en justice comme une voie de droit, c'est-à-dire un pouvoir légal, la demande en justice est l'acte par lequel une personne use de ce pouvoir[108]. La demande constitue la mise en œuvre effective de l'action en justice.

MM. Cornu et Foyer effectuent cette même distinction, et approfondissent leur raisonnement. Ainsi, affirment-ils « qu'il est des demandes formées par des personnes dépourvues du droit d'agir, des demandes sans action[109] ». Les auteurs donnent l'exemple d'un héritier non réservataire qui demande l'annulation d'un testament : il formule bien une demande, mais il est dépourvu de tout droit d'agir. « L'acte est valable, mais le droit manque[110] ». Par ailleurs, le droit d'agir en justice existe indépendamment de la demande. En effet, en certaines circonstances, « le droit précède l'acte, l'action préexiste à la demande par laquelle elle s'exerce[111] ». Dans d'autres situations, le droit survit à l'acte, lorsque la demande est annulée pour vice de forme ou lorsque le demandeur se désiste seulement de l'instance (sans se désister de son action).

MM. Cadiet et Jeuland partagent cette opinion puisqu'ils énoncent que « l'action est le droit de saisir le juge et la demande en justice est la manière dont s'exerce ce droit ; elle est l'acte de procédure par lequel une personne exerce ce droit, se fait entendre sur le

---

[107] R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 3ème édition, 1935, p.49, n°59.

[108] H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé,* Tome I, Paris, Sirey, 1961, p.109, n°109.

[109] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, Thémis Droit privé, PUF, 1996, p.312, n°72.

[110] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile, op. cit.* p.313, n°72.

[111] *Ibid.*

fond de la prétention dont elle saisit le juge pour qu'il la dise bien ou mal fondée[112] ». Il y a indépendance entre l'action en justice et la demande, l'une pouvant exister sans l'autre. Selon MM. Cadiet et Jeuland, l'action peut exister indépendamment des demandes, puisque le pouvoir de saisir les tribunaux peut ne pas se concrétiser si son titulaire renonce à saisir un juge. Inversement, une personne peut se présenter devant un magistrat, alors qu'elle est dépourvue du droit d'agir : elle forme une demande sans avoir d'action.

Selon la doctrine majoritaire, il ne fait aucun doute que l'action en justice et la demande forment donc deux notions distinctes. La première est une virtualité alors que la seconde en est sa concrétisation. Tous les auteurs affirment qu'aucune confusion ne doit être faite entre action et demande. La cause semble donc entendue. Il était pourtant indispensable de présenter cette position doctrinale, car l'étude du Code civil et du nouveau Code de procédure civile montre que la confusion entre les deux notions est encore parfois perceptible.

61. – Les ambiguïtés textuelles – La doctrine moderne se fonde l'article 30 du nouveau Code de procédure civile pour affirmer qu'action en justice et demande ne doivent pas être confondues. Cet article présente l'action en justice comme le droit pour le demandeur d'être entendu par un juge et le droit pour le défendeur de discuter les prétentions du demandeur. La demande est un acte positif, une manifestation concrète qui sera éventuellement suivie d'une défense. La bilatéralisation chère à Motulsky est ici clairement affirmée, et aucune assimilation n'est envisageable. L'action en justice apparaît comme une notion générale qui fédère des réalités diverses. Il ne s'agit pas d'une simple agglomération de demandes et défenses.

Cependant, le Code civil effectue parfois une confusion entre les deux concepts. Ainsi, l'article 316-2 du Code civil prévoit que « tout acte extrajudiciaire contenant désaveu de la part du mari ou contestation de légitimité de la part des héritiers, sera comme non avenu, s'il n'est suivi d'une action en justice dans un délai de six mois ». Pareillement, l'article 464 du même code énonce que « le tuteur peut, sans autorisation,

---

[112] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé,* Paris, Litec, 4ème édition, 2004, p.234, n°418.

introduire en justice une action relative aux droits patrimoniaux du mineur ». Dans les deux cas, c'est de la demande dont il s'agit, et non de l'action en justice.

Face à ses ambiguïtés textuelles, il est possible de mettre en avant la position de la doctrine minoritaire qui effectue tout à fait sciemment cette confusion entre l'action en justice et la demande.

2. Position spécifique de la doctrine minoritaire

62. – Position novatrice de Jacques Héron – Dès les premières lignes de ses développements, Jacques Héron dévoile sa position originale. « L'action est assimilable aux actes processuels que sont les demandes et les défenses[113] ». Plus loin, il ajoute que « l'action n'est pas un droit virtuel, distinct des demandes et des défenses. Lorsqu'on parle d'action, il ne s'agit que d'une façon commode de désigner ces deux sortes d'actes processuels, et le contenu que l'on attribue à l'action ne constitue rien d'autre que des conditions de recevabilité de ces actes, c'est-à-dire des éléments du présupposé de la règle déterminant les conditions d'efficacité des demandes et des défenses[114] ». La position originale de Jacques Héron le place en totale contradiction avec la doctrine dominante[115].

63. – Position de M. Martin – Un auteur partage cette analyse qui « a été menée de main de maître par Jacques Héron[116] ». Dans une chronique au titre évocateur, [*l'action en justice : petite histoire d'un concept inutile*], M. Martin présente l'action en justice comme « irrémédiablement attirée et absorbée par la demande[117] ». C'est à une négation du concept d'action en justice qu'il souhaite aboutir. « L'action serait un point de vue sur

---

[113] J. HERON par Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé,* Paris, Domat droit privé, Montchrestien, 2ème édition, 2002, p.31, n°35.

[114] J. HERON, *op. cit.*, p.39, n°45.

[115] Pour une critique de la position de Jacques Héron, Cf. N. CAYROL, *Les actes ayant pour objet l'action en justice,* thèse Tours 1999, Paris, Economica, Collection Droit civil, 2001, préface Fr. GRUA, p.69, n°108.

[116] R. MARTIN, « L'action en justice : petite histoire d'un concept inutile », Droit et procédures, la revue des huissiers, 2002, janvier février, p.16, n°10.

[117] *Loc. cit.*, p.16, n°9.

le procès, l'instance un autre, la réalité globale étant le procès. Par action, on pourrait désigner la matière du procès : contenu de la prétention, fondement de ladite, objet du litige, contradictoire, office du juge, etc...par instance, l'aspect formel du procès : demandes, actes de procédure, délais, défenses[118] ».

64. – Pour le maintien de la distinction de l'action en justice et des demandes – Ces réflexions invitent à réfléchir sur la conception à retenir de l'action en justice face à la demande. La distinction entre ces deux notions est-elle nécessaire, seulement utile ou dépourvue de tout intérêt ? Peut-être faut-il affirmer que la théorie générale de l'action en justice ne serait rien autre que la théorie des demandes et défenses. Il n'y aurait plus de concept général et abstrait, mais plutôt des *réalités* diverses. Cette position semble d'ailleurs se confirmer avec l'étude des conditions subjectives de l'action en justice qui entretiennent la confusion entre action et demande[119].

Si cette théorie parait séduisante, on ne saurait pourtant y adhérer. Parce que nous proposons d'élargir la notion actuelle d'action en justice au-delà des frontières des juridictions étatiques, nous ne pouvons l'assimiler aux demandes et défenses portées exclusivement devant un juge étatique. A notre sens, la généralité de la notion d'action en justice doit être maintenue par rapport aux demandes, et aucune confusion n'est souhaitable. L'action en justice doit être générale et abstraite, et surtout détachée du caractère purement étatique.

B. Rapprochement inévitable de l'action en justice et de la demande en pratique

65. – Prise en compte nécessaire de la situation du demandeur pour envisager l'intérêt à agir – La condition d'intérêt légitime est traditionnellement

---

[118] *Loc. cit.*, p.16, n°12.

[119] Cf. *infra*

présentée comme une condition d'ouverture de l'action en justice[120], ou une condition d'existence[121], voire les deux[122]. Il semble désormais acquis en doctrine que la légitimité de l'intérêt est nécessairement liée à la notion d'action en justice, et qu'en l'absence d'intérêt légitime, c'est l'action qui doit être déclarée irrecevable, c'est à dire écartée sans examen au fond. D'ailleurs, certains auteurs envisagent « la recevabilité de l'action[123] » ou déclarent « irrecevable[124] » l'action dépourvue d'intérêt à agir. Les juges du fond entretiennent parfois une confusion entre action en justice et demande, lorsqu'ils examinent l'intérêt à agir, et c'est à la Cour de cassation de réaffirmer régulièrement la distinction entre les deux notions[125].

Cependant, l'examen de la légitimité de l'intérêt suppose nécessairement une appréciation *in concreto* de la situation des parties. Il ne peut s'effectuer qu'au moment de la concrétisation de l'action en justice, c'est-à-dire au niveau de la demande. Il est en effet très difficile de dissocier pratiquement la discussion de l'intérêt de celle du fond du droit invoqué. C'est toujours la situation personnelle du plaideur qui est en cause. Les résultats du contrôle de l'intérêt augurent nécessairement de la suite du procès. Pour s'en convaincre, il suffit d'envisager le cas, précédemment étudié, du demandeur en situation illicite : la jurisprudence a estimé qu'il ne disposait d'un intérêt légitime que lorsque le

---

[120] J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile,* Paris, Précis Dalloz, 27ème édition, 2003, p.132, n°98 ; S. GUINCHARD, M. BANDRAC, M. DOUCHY *et alii, Droit processuel Droit commun et droit comparé du procès,* Paris, Précis Dalloz, 2ème édition, 2003, p.1033, n°664 ; H. MOTULSKY, *Droit processuel,* Paris, Montchrestien, 1973, p.63.

[121] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* p.253, n°456.

[122] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile, op. cit.,* p.332, n°76.

[123] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op. cit.,* p.235, n°419.

[124] P. JOURDAIN, RTDciv. 1994, p.116, note sous Civ. 1ère 17 novembre 1993.

[125] Cf. notamment Civ. 2ème 1er avril 2004, *Serre et a. c/ Serra, n°02-13.996,* Dictionnaire permanent Droit des affaires, Actualisation, Bull. n°620, p.6690, n°9. En l'espèce, après avoir constaté qu'aucun préjudice n'était caractérisé, une cour d'appel avait déclaré irrecevable une demande indemnitaire faute d'intérêt à agir. La Cour de cassation a censuré cette décision au motif que « l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action, et que l'existence du préjudice invoqué par le demandeur n'est pas une condition de recevabilité de son action mais de son succès ». La chose semblait pourtant acquise, mais la Cour de cassation doit régulièrement répéter cette règle.

préjudice subi était corporel[126]. Pour déclarer l'action en justice recevable, il fallait nécessairement examiner le fond de la demande.

Attacher la condition d'intérêt à l'action en justice aboutit alors à confondre cette notion fondamentale avec les demandes, alors que la doctrine majoritaire s'évertue à les dissocier. L'action en justice n'apparaît plus alors comme une notion fédératrice et générale, alors qu'il faudrait la conforter dans cette position. En effet, nous pensons que l'action en justice doit être « inconditionnée[127] ». Elle existe ou n'existe pas. Tout justiciable serait titulaire d'une action en justice lui permettant de saisir un tiers pour qu'il statue dans un premier temps sur la recevabilité, puis sur le bien-fondé de sa demande. L'action en justice serait alors apurée de cette condition subjective d'intérêt, pour devenir une véritable notion générale et abstraite. Il ne faut pas en effet, cantonner cette notion fondamentale de notre droit processuel aux seules demandes, et la limiter à un simple acte de procédure visant à la saisine d'une juridiction étatique. Un lien, à notre sens maladroit, se tisse alors entre action en justice et juridiction étatique, la première ne se développant que dans le cadre de la seconde. C'est une extension au-delà de ce seul mode de règlement des conflits que nous proposerons d'adopter[128].

66. – Conclusion du Chapitre II – En raison d'une définition imprécise proposée par l'article 31 du nouveau Code de procédure civile, la jurisprudence a cru pouvoir éclaircir la notion d'intérêt à agir en précisant ses caractères, à savoir un intérêt *légitime, né et actuel, direct et personnel.* Pourtant, ces précisions engendrent plus de problèmes qu'elles n'en résolvent, surtout lorsque l'on envisage la légitimité. En effet, elles mettent en lumière la confusion fréquente entre l'action en justice et la demande. La notion même d'action en justice se trouve fragilisée, et la place de l'intérêt à agir dans la vision renouvelée doit être reconsidérée. Il semble alors qu'il faille exclure l'intérêt à agir des conditions d'existence de l'action en justice pour le déplacer vers les demandes.

---

[126] Cf. *supra.*

[127] J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile, op. cit.*, p.137, n°98.

[128] Cf. *infra* n°180 et suiv.

Un autre élément de l'actuelle définition de l'action en justice mérite également d'être envisagé, la condition de qualité pour agir. Il s'agit notamment de savoir si cette condition doit subir le même sort que l'intérêt et être ainsi attachée aux demandes, ou si elle doit être maintenue au rang des conditions de l'action en justice.

Chapitre III : La qualité pour agir

67. – Une définition incertaine – Comme l'intérêt, la qualité constitue « une notion encore bien imprécise que l'on présente cependant comme l'une des conditions nécessaires pour exercer une action[129] ». Sa définition donne lieu à de nombreuses incertitudes alimentées par sa parenté avec l'intérêt et non levées par l'article 31 du nouveau Code de procédure civile. Cet article suscite en effet de nombreuses interrogations. Nous avons déjà envisagé sa première branche relative à l'intérêt. Pris dans son ensemble, l'article 31 précise que « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ». La rédaction de cet article laisse à penser qu'il existerait une hiérarchie entre l'intérêt et la qualité pour agir. L'intérêt serait toujours nécessaire alors que la qualité, facultative, ne serait requise que lorsque la loi l'exige. Une tentative de définition de la qualité pour agir permettra de mettre en avant les difficultés à appréhender cette notion (Section I), avant d'envisager sa place dans la théorie de l'action en justice (Section II).

Section I : Une notion difficile à appréhender

68. – Plan – La notion de qualité doit être définie pour pouvoir la distinguer de la condition d'intérêt (§1). C'est en définitive la doctrine qui a réhabilité cette condition en lui accordant une place de choix dans une catégorie particulière d'action, les actions attitrées (§2).

---

[129] Cl. GIVERDON, « La qualité condition de recevabilité de l'action en justice », D. 1952, *Chron.*, p.85.

§1. Tentative de définition de la qualité pour agir

69. – Plan – Le nouveau Code de procédure civile ne donnant aucune définition précise de la qualité, la doctrine a adopté des positions diverses (A). C'est en définitive la distinction entre action banale et action attitrée qui permettra à la qualité de prendre tout son sens (B).

A. Position diversifiée de la doctrine

70. – Interprétation de l'article 31 du nouveau Code de procédure civile – Partant de l'article 31 qui évoque la notion de qualité au titre des conditions de l'action en justice, les auteurs aboutissent à des définitions diverses et variées.

Ainsi, la qualité a été présentée comme « le titre auquel il [*le plaideur*] peut engager le procès[130] » ou comme « le titre juridique conférant le droit d'agir c'est-à-dire le droit de solliciter du juge qu'il examine le bien-fondé d'une prétention[131] ». La qualité serait donc un titre.

Un point de vue quelque peu différent a été développé faisant de la qualité « le titre qui donne à une personne le pouvoir d'exercer en justice le droit dont elle demande la sanction[132] ». Pourtant, le pouvoir est généralement défini comme étant « l'aptitude d'origine légale, judiciaire ou conventionnelle à exercer les droits d'autrui (personne physique ou morale) et à agir pour le compte de certaines personnes dans les limites de l'investiture[133] ». Le pouvoir constitue alors une facette particulière de la notion plus générale constituée par la qualité. En effet, cette dernière ne se borne pas aux cas de représentation. Il est possible d'envisager la qualité dans le cadre d'action ayant pour objet

---

[130] *Ibid*

[131] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p.261, n°468.

[132] R. PERROT et H. SOLUS, *Droit judiciaire privé*, Tome I, Sirey, 1961, p.243-244, n°262.

[133] G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, Paris, PUF, 8ème édition, 2000, p.655, *v° Pouvoir.*

la défense d'intérêts personnels spéciaux, donc sans représentation.

Un auteur a pour sa part, estimé que « les essais de définition de la qualité n'ont jamais abouti à des résultats satisfaisants. Dire par exemple de cette notion qu'elle doit s'entendre du titre juridique permettant à une personne d'invoquer le droit dont elle demande la sanction manque indiscutablement de précision. Dans ces conditions il n'est pas étonnant que la qualité soit parfois assimilée (et donc confondue) avec d'autres notions comme celle de pouvoir[134] ». Poursuivant son raisonnement, il ajoute « une telle présentation est extrêmement discutable dans la mesure où elle ne tient pas compte du fait que la qualité n'est pas une condition d'exercice de l'action en justice mais une condition d'existence du droit d'agir[135] ». Si cet auteur met en lumière les failles de chacune des définitions proposées, il ne trouve pas en revanche de solution qui ferait l'unanimité.

C'est en définitive la position, adoptée par MM. Cornu et Foyer[136] qui retiendra notre attention, car ces auteurs effectuent une distinction originale entre les actions banales et les actions attitrées pour trouver une place à la qualité par rapport à l'intérêt.

B. Distinction originale entre action attitrée et action banale

71. – Qualité pour agir dans l'action banale – Pour distinguer l'action banale de l'action attitrée, il faut savoir si le droit d'agir est expressément attribué par la loi à une

---

[134] G. COUCHEZ avec la collaboration de J.-P. LANGLADE et D. LEBEAU, *Procédure civile,* Paris, Dalloz, 1998, p.94, n°240.

[135] *Ibid.*

[136] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile,* Paris, Thémis, Droit privé, PUF, 1996, p.335, n°77. « Partant de la qualité, l'idée essentielle est qu'il est d'abord nécessaire de rechercher, pour déterminer le sujet de l'action, si le droit d'agir est expressément attribué par la loi à une personne ou contre une personne, qui en sont les titulaires *de lege*, les sujets attitrés. Lorsque cela est, nous proposons de parler d'action attitrée. [...] En l'absence de toute attribution légale de l'action, c'est-à-dire lorsque celle-ci n'est pas réservée par la loi à certaines personnes, le droit d'agir appartient à tout intéressé, au moins à ceux qui peuvent justifier d'un intérêt direct et personnel. L'action peut, alors, être dite action banale ».

personne déterminée ou contre une personne en particulier.

Si aucun droit d'action n'a été réservé par la loi, tout intéressé peut ester en justice dès qu'il justifie d'un intérêt légitime, direct et personnel, né et actuel. Il faut en déduire, qu'en cette hypothèse, la loi a estimé que le titulaire du droit substantiel est le mieux placé pour assurer la sanction de ce droit. Elle lui confère alors tacitement la qualité pour agir. Il y a en quelque sorte un glissement naturel de l'intérêt vers la qualité. Il s'agit là d'une action banale.

72. – Qualité pour agir dans l'action attitrée – En revanche, si la loi réserve le droit d'action à certaines personnes, nous sommes dans le cadre d'une action dite attitrée, où la qualité occupe une place de choix. Ainsi, « dans l'action attitrée, l'intérêt corrobore, le cas échéant, la qualité, dans l'action banale, la qualité découle de l'intérêt[137] ». Dans le cadre de cette action attitrée, la qualité constitue un titre légal nécessaire pour agir en justice. Ainsi, relativement à certaines prétentions, des personnes ou des catégories de personnes disposent d'un véritable « monopole de la demande[138] ». Dans cette situation, la seule justification du titre suffira parfois à faire déclarer la demande recevable, car l'intérêt sera présumé. Dans certains cas, la qualité, tout en restant une condition primordiale, devra être corroborée par l'intérêt, condition secondaire[139].

§2. Importance de la qualité dans le cadre des actions attitrées

73. – Diversité des actions attitrées – Les actions attitrées, au travers desquelles la qualité s'exprime pleinement, sont principalement attribuées aux personnes morales (B), mais également parfois aux personnes physiques (A).

---

[137] G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, p.340, n°78.

[138] G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, p.336, n°77.

[139] MM. CORNU et FOYER citent l'exemple des héritiers du mari qui ne peuvent contester la légitimité d'un enfant mis en possession des biens du mari ou s'ils ont été troublés par lui dans la possession des biens héréditaires qu'ils ont appréhendés (art. 316-1 C.civ.), *op. cit.*, p.337, n°77.

A. Qualité pour agir des personnes physiques

74. – Défense de son propre intérêt – Le droit d'agir est parfois attribué à une personne physique pour qu'elle défende son propre droit. Cette hypothèse paraît tellement courante, qu'il ne devrait pas être nécessaire de s'y attarder. Et pourtant, la loi doit intervenir en certains cas, car la présomption de qualité traditionnellement attachée à cette situation ne paraît plus aussi évidente. Ces dispositions se retrouvent fréquemment en droit de la famille. Ainsi pour engager une procédure de divorce, faut-il avoir la qualité d'époux[140], pour former un désaveu de paternité, celle de mari[141]. La qualité apparaît alors comme une condition inhérente à la personne qui saisit le juge. Elle vient préciser la légitimité du droit d'action, et rend l'intérêt insuffisant.

75. – Défense d'un intérêt personnel d'autrui – Parfois, la personne physique pourra défendre l'intérêt personnel d'autrui. En principe, cette faculté ne lui est pas ouverte. La gestion d'affaires appliquée au droit processuel n'est pas permise. Mais, la loi peut exceptionnellement attribuer cette qualité. Ainsi en est-il de l'action *ut singuli* par laquelle un associé peut agir en justice pour demander au mandataire social réparation du préjudice qu'il a causé à la société[142].

76. – Défense d'un intérêt collectif – Parfois enfin, une personne physique pourra défendre un intérêt collectif : c'est le cas du représentant des créanciers qui a seul qualité pour agir au nom des créanciers et dans leur intérêt. Aux termes de l'article L. 621-39 du Code de commerce, « ...le représentant des créanciers désigné par le tribunal a seule qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers ». Celui-ci est donc titulaire du droit d'agir dans l'intérêt collectif des créanciers. Il s'agit là d'une véritable dérogation au caractère direct et personnel de l'intérêt, et c'est la raison pour laquelle il est encadré par la loi. Il en est de même dans le cadre de la tutelle légale des mineurs[143].

---

[140] Art. 230 C.civ. et suiv.

[141] Art. 312 C.civ. et suiv.

[142] Art. 1843-5 C.civ.

[143] Art. 464 C.civ.

Il ressort de ces développements que les actions attitrées, au travers desquelles la qualité joue pleinement comme condition de l'action en justice, peuvent être attribuées de manière occasionnelle aux personnes physiques. En revanche les personnes morales en bénéficient plus fréquemment.

B. Qualité pour agir des personnes morales

77. – Interdiction des actions populaires – Certaines personnes morales peuvent agir pour défendre des intérêts collectifs. Il faut évidemment encadrer rigoureusement ce type d'action pour ne pas aboutir aux actions populaires qui engorgeraient nos tribunaux et priveraient le Ministère public de son rôle de protection de l'intérêt général. Ainsi, seuls les groupements habilités par la loi (d'où la qualification d'action attitrée) ont qualité pour défendre les intérêts collectifs. C'est le cas des syndicats et des associations[144].

Par ailleurs, les personnes morales peuvent parfois défendre les intérêts personnels d'autrui ; c'est le cas notamment des syndicats professionnels, habilités à exercer certaines actions des salariés, avec l'accord de ceux-ci.

78. – Difficultés liées à la défense des intérêts collectifs – Concernant le droit d'action des associations, un problème mérite d'être soulevé. En effet, la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association précise certes en son article 6 que « toute association régulièrement déclarée peut, sans aucune autorisation spéciale, ester en justice… ». En revanche, le texte reste muet sur les personnes physiques habilitées en son sein à la représenter devant les tribunaux. Qui alors a qualité pour agir ? Une clause insérée dans les statuts de l'association pourra à cet effet désigner le représentant qui peut être le président comme un organe collégial (un bureau, un conseil ou un comité). En l'absence de toute désignation, il n'est pas possible de déclarer recevable l'appel formé par le président de l'association, « non investi du pouvoir de représentation en justice » et « sans

---

[144] Il est intéressant de noter l'identité des exemples que l'on retrouve aussi bien pour illustrer l'intérêt que la qualité : cela témoigne, s'il en était besoin, de l'imbrication des deux notions.

mandat spécial pour ce faire[145] ». Ainsi, la qualité pour agir des personnes morales engendre des difficultés pratiques même si le législateur intervient pour mentionner les groupements habilités à agir en justice.

79. – Distinction entre syndicats et associations – Comme nous l'avons déjà mentionné[146], une distinction s'impose entre les syndicats et les associations, fussent-elles professionnelles[147]. Les premiers ont la possibilité de défendre l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent, alors que les secondes ne le peuvent pas, sauf cas exceptionnels. Ainsi, l'article L.411-11 du Code du travail précise que « les syndicats ont le droit d'ester en justice. Ils peuvent devant toutes les juridictions exercer les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ». Aucun texte général similaire n'accorde une telle faculté aux associations. Il n'existe que des dispositions éparses[148]. Et, si l'article 6 de la loi de 1901 prévoit que « toute association régulièrement déclarée peut, sans aucune autorisation spéciale, ester en justice », la Cour de cassation a affirmé qu'« à la différence des syndicats professionnels, les associations ne représentent pas de plein droit, la profession de ceux qui en font partie[149] ». Certains ont estimé qu'il existait des raisons conjoncturelles et structurelles justifiant cette distinction. Ainsi, au début du siècle dernier, il n'existait qu'un seul syndicat professionnel de salariés, et un seul syndicat d'employeurs, alors que les associations professionnelles se multipliaient. La représentativité des syndicats ne faisait donc aucun doute, ce qui n'était pas le cas pour les associations. Aujourd'hui, cette justification est dépassée. En revanche, un constat

---

[145] Civ. 1ère 19 novembre 2002, D. 2003, *Jurispr.*, p.21-22, concl. JERRY SAINT ROSE.

[146] Cf. *supra* n°48 et suiv.

[147] Pour exemple, L. BORE, D. 1999, *Jurisp.*, p. 331-334. Dans deux arrêts de la chambre commerciale en date des 1er décembre 1998 et 19 janvier 1999, la Cour de cassation marque la profonde différence qui affecte le régime juridique de l'action en justice des syndicats et des associations professionnelles.

[148] Dans sa note de jurisprudence, M. BORE donne quelques exemples : « article L.115-17 C. conso. relatif aux associations de protection des appellations d'origine ; article 21 bis du Décret du 9 janvier 1852 sur les associations de prud'hommes pêcheurs ; article L.484 CSP Sur les associations de défenses des infirmières ou infirmiers ; article L.233 LPF relatif aux associations professionnelles, etc », in D. 1999, *Jurisp.*, p.334, note 15.

[149] Ch. Réunies 15 juin 1923, DP 1924, 1, 153, concl. MERILLON, note L. ROLLAND.

demeure : « les associations constituent une catégorie ouverte, elles peuvent défendre n'importe quel objet licite, tandis les syndicats constituent une catégorie fermée, ils ne peuvent défendre qu'un intérêt professionnel[150] ».

Un auteur propose alors une modification législative de l'article L.411-11 du Code du travail afin d'y intégrer les associations professionnelles et unifier le régime applicable aux deux groupements professionnels[151]. A l'heure actuelle, la divergence subsiste entre le régime juridique de l'action en justice des syndicats et celui des associations professionnelles. Le développement des *class actions* en droit français[152] pourrait peut-être répondre au problème de l'action en justice des associations.

80. – L'importance de la qualité à agir – Dans toutes hypothèses précédemment étudiées, qu'elle soit envisagée par rapport à une personne physique ou une personne morale, que ces personnes agissent pour la défense d'intérêts individuels ou collectifs, personnels ou d'autrui, la qualité « réalise la jonction entre l'action et le fond du litige[153] ». C'est la qualité pour agir qui permet aux parties de saisir un juge, afin qu'il tranche le différend qui les oppose. C'est la raison pour laquelle l'article 31 du nouveau Code de procédure civile pose la qualité, comme condition d'existence de l'action en justice. Pourtant, un certain glissement de la notion de l'action vers celle de la demande apparaît ici. Il faut en effet s'attacher au fond de la demande pour savoir si les parties ont la qualité requise pour agir en justice.

Section II : Place de la qualité dans la théorie de l'action en justice

81. – Plan – Si la qualité et l'intérêt sont présentés par l'article 31 du nouveau Code de procédure civile comme des conditions de l'action en justice, il ne faut pourtant pas placer ces deux notions sur un pied d'égalité. En effet, la qualité doit occuper une

---

[150] L. BORE, *op. cit.*, p. 333.

[151] L. BORE, *op. cit.*, p. 334.

[152] Cf. *infra* n°84 et suiv.

[153] Cl. GIVERDON, « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », D. 1952, *Chron*, p.86, col.1.

place de choix car elle seule, peut jouer un rôle de liaison entre l'action en justice et les demandes (§1). Le développement des actions de groupe en droit français, qualifiées de *class action,* pourrait contribuer à lui octroyer cette place (§2).

§1. Rôle de liaison joué par la qualité

82. – Ambiguïté autour de la notion de qualité – Il est apparu au cours de nos développements que la prise en compte de la qualité variait selon la nature de l'action en cause. Ainsi, dans le cadre d'une action banale, elle est supplantée par la condition de l'intérêt à agir. En revanche, dans les actions attitrées, c'est-à-dire lorsque la loi réserve le droit d'agir à certaines personnes, la qualité prime l'intérêt, et suffit à déclarer une demande recevable. L'intérêt est seulement présumé. Dans ce type d'action, la qualité joue un rôle de filtre efficace, n'ouvrant la faculté de saisir un juge qu'à certaines personnes déterminées. Elle ne constitue plus vraiment une condition subjective, mais non plus une condition objective : elle ne s'attache pas aux situations particulières, spécifiques à chaque demandeur contrairement à la condition d'intérêt. Elle établit des catégories de personnes susceptibles d'agir en justice. Celles qui entrent dans ces catégories disposent de cette faculté qui ne reste qu'à l'état de virtualité, sans être encore concrétisée. Pour qu'une action en justice existe, il faut donc entrer dans un cercle déterminé qui permet de reconnaître la qualité pour agir. En dehors de ce cercle, l'action n'existe pas quand bien même les autres conditions seraient remplies. La condition de qualité est donc primordiale. Elle se trouve à mi-chemin entre l'action en justice et la demande, servant de passerelle entre les deux. La qualité doit alors être dissociée de l'intérêt. En effet, celle-ci peut servir de lien entre action en justice et demande[154]. Cette liaison entre l'action en justice et la demande mérite d'être mise en exergue, afin d'affiner et de canaliser la notion d'action en justice. La position de la qualité par rapport à l'action en justice et aux demandes n'est pas sans rappeler celle du droit public.

83. – Les apports du droit public – En effet, l'idée d'appartenance à un cercle est née sous la plume de publicistes. Elle permet de tracer des catégories juridiques

[154] Cette idée est développée par M. GIVERDON, in D. 1952, chronique précitée.

d'intéressés et en détermine les limites. Chaque catégorie ne doit alors être ni trop large ni trop étroite. Un individu devra justifier de son appartenance à une catégorie juridique pour pouvoir saisir un juge. La nécessaire qualité se situe donc en amont de toute saisine du juge, donc avant d'effectuer cet acte positif. Et, c'est bien l'action en justice qui se situe avant la demande. La qualité fait ici la jonction entre action en justice et demande. Elle apparaît alors comme « la situation juridique du plaideur qui lui permet de soumettre au juge une question déterminée à l'aide de tous moyens eux-mêmes déterminés. Toute l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat a consisté à passer de l'examen d'un intérêt direct et personnel à un examen direct de la qualité[155] ». Si bien qu'aujourd'hui, on assiste à une véritable catégorisation des requêtes, classées en fonction de la qualité des requérants.

Cette idée de cercles peut paraître séduisante, surtout en matière de recours pour excès de pouvoir. Elle est en revanche plus difficile à mettre en œuvre dans le cadre de la procédure civile. En effet, s'il est aisé de fixer des catégories d'individus contestant un acte faisant grief (contribuable local, campeur, propriétaire, voisin, commerçant, électeur, usager d'un service public), l'entreprise s'avère plus délicate en droit privé. Un rapprochement peut tout de même être effectué au travers des actions de groupe ou *class action* à la française.

§2. Particularité des actions de groupe

84. – Une *class action* à la française – Si l'on adopte cette théorie du cercle d'appartenance pour être titulaire d'une action en justice, une conséquence s'impose. Il est possible d'imaginer la création de véritables actions de groupe. Ce type d'action, tout droit venu des Etats-Unis, également très développé au Canada et au Brésil, connaît un succès très mitigé en France ainsi que dans les autres Etats de l'Union Européenne.

---

[155] Ch. DEBBASCH et J-Cl. RICCI, *Contentieux administratif,* Paris, Précis Dalloz, 8ème édition, 2001, p.333, n°317.

Décrite tour à tour comme « engin de destruction » ou « monstre à la Frankenstein »[156], la *class action* peut être définie comme l'action intentée par une personne physique pour elle-même et pour les autres membres d'un groupe qu'elle définit. Les individus ainsi représentés, qui ont la même qualité, pourront bénéficier des conséquences de la décision de justice ainsi obtenue. « L'action à l'origine individuelle se mue en une sorte d'action collective visant à protéger un intérêt partagé par tous les membres d'une même classe, sans pour autant être publique au sens traditionnel du terme[157] ».

Ce genre d'action se rapproche du recours pour excès de pouvoir en matière administrative. En effet, lorsque le juge accueille le recours et annule le texte incriminé, toute personne concernée par ce texte pourra se prévaloir de cette annulation sans passer à son tour devant un tribunal. L'appartenance à un groupe confère une qualité particulière, et permet de bénéficier des conséquences d'une décision de justice.

Le législateur est notamment intervenu pour mettre en place timidement ce genre d'action dans des domaines spécifiques (A), ce qui nous autorise à effectuer un exercice de prospective (B).

A. Développement timide des actions de groupe

85. – L'action de groupe proposée aux consommateurs – La *class action* à la française a fait une timide apparition dans le paysage juridique avec la loi n°88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs. Ainsi, l'article L.422-1 du Code de la consommation précise que « lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan

---

[156] L. BORE, « L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », D. 1995, *Chron.*, p.267. Voir également L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires,* Thèse Paris I, 1995, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 278, 1997, préface G. Viney.

[157] V. MAGNIER, « L'opportunité d'une class action en droit des sociétés », D. 2004, Cahier droit des affaires, Point de vue, p.554.

national en application du titre 1er peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs. Le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Il doit être donné par écrit par chaque consommateur ». La possibilité d'exercer une action en représentation conjointe est certes offerte, mais ses conditions très strictes rendent son utilisation incertaine.

En raison d'une mise en œuvre trop lourde, « l'action en représentation conjointe, au lieu d'être une *"class action"* à la française, est pour l'instant une action mort-née[158] ».

86. – L'action de groupe proposée aux investisseurs – Les articles L.452-1 et suivant du Code monétaire et financier, issus de la loi n°2003-706 du 1er août 2003, ont pareillement mis en place une action similaire à celle prévue par le Code de la consommation. L'article L.452-2 prévoit que « lorsque plusieurs personnes physiques, identifiées en leur qualité d'investisseur, ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'une même personne et qui ont une origine commune, toute association mentionnée à l'article L.452-1 peut, si elle a été mandatée par au moins deux des investisseurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction, au nom de ces investisseurs… ».

Le parallélisme des formes est presque parfait. Une différence mérite toutefois d'être relevée. Cet article L.452-2 insiste davantage sur la qualité d'investisseurs, car c'est à cette seule condition que les justiciables pourront bénéficier des conséquences d'une action en justice intentée par l'association.

Cette action de groupe s'est développée dans un autre domaine très en vogue également, celui de l'environnement.

87. – L'action de groupe proposée aux protecteurs de l'environnement – Une loi n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement a mis en place l'action en représentation conjointe. Ses dispositions ont

---

[158] L. BORE, *op. cit.*, p.271.

été reprises à l'article L.142-3 du Code de l'environnement. La réglementation relative aux investisseurs a été retranscrite à l'identique, et les mêmes conditions draconiennes sont requises. Il s'ensuit les mêmes conséquences : une utilisation plus que parcimonieuse.

Ces différentes actions de groupe proposées par le législateur sont encore trop peu nombreuses, et restent largement inutilisées. Pourtant, il est possible d'envisager un développement plus important.

B. Prospective autour de l'action de groupe

88. – Vers une modernisation de la notion d'action en justice – L'action de groupe reste pour l'instant cantonnée à des matières certes très en vogue, mais trop limitées, telle la protection des consommateurs ou de l'environnement. Et, si ces diverses lois n'ont pas permis d'intégrer efficacement les actions de groupe dans le paysage juridique français, il est tout de même possible d'envisager une transposition des cercles fixant des catégories juridiques propres au droit administratif[159]. Celle-ci permettrait d'aboutir à une modernisation de l'action en justice, recentrant la notion autour de la qualité. Par une catégorisation des individus, il serait possible d'imaginer qu'une décision rendue au profit d'une personne puisse profiter à tous ceux qui se situent dans le même cercle et qui justifient de la même qualité, sans avoir à passer par les détours d'un nouveau procès.

89. – Obstacles et remèdes – Plusieurs obstacles se dressent sur le chemin d'une généralisation éventuelle des actions de groupe. Déjà, ce type d'action semble contrevenir à la liberté d'ester en justice, en imposant au justiciable une forme d'action en justice alors même qu'il préfère exercer une action individuelle pour défendre ses seuls intérêts.

---

[159] Voir la position de Fr. CABALLERO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », RTDciv. 1985, p.247.

Deux mécanismes développés aux Etats-Unis, le *opt in*[160] et le *opt out*[161], permettent de remédier à ce premier reproche. L'accent est alors mis sur la manifestation de volonté du plaideur d'entrer ou de sortir d'un groupe. Sans jamais y être contraint, un justiciable peut choisir, selon la formule retenue, de se regrouper avec d'autres ou rester seul. Il est à noter tout de même que, si ces mécanismes peuvent restaurer une part de liberté aux justiciables, il ne faut pas pour autant se leurrer. Un individu seul rencontrera plus de difficultés de preuve et de coût, alors qu'il les évitera plus facilement s'il rejoint un groupe. Le poids de l'action ne sera d'ailleurs pas le même. Donc, même s'il dispose d'une faculté de choix, son intérêt ne résidera pas forcément dans l'isolement.

Un second reproche peut également être formulé, car cette technique semble aller à l'encontre de la règle *nul ne plaide par procureur*. Cette maxime imposait dans un premier temps la présence des plaideurs en personne à l'audience. Aujourd'hui, la règle est celle de la représentation judiciaire, mais l'adage reste maintenu. Il signifie que le mandant doit toujours être en nom dans les actes de procédure et dans les jugements. Le représentant doit donc faire connaître sa qualité de mandataire, et ne peut donc agir en son nom personnel. Il s'agit là d'une règle de pure procédure qui peut être mise en œuvre dans le cadre des *class actions*. Il suffira d'indiquer le nom de toutes les personnes concernées, ce qui, il est vrai, pourra s'avérer fastidieux. Avec la mise en place des *class actions*, il sera possible de réunir dans une seule instance plusieurs personnes ayant subi des préjudices individuels dont l'origine est commune. Celles-ci n'auront plus alors à subir seules les difficultés de la charge de la preuve et les coûts parfois exorbitants de la procédure. Peut-être arrivera-t-on par la même occasion, à résorber une partie d'un contentieux de masse, même si ce n'est pas l'objectif principal.

90. – Pour un développement des *class actions* en droit français – Ce mécanisme mérite d'être mis en place en droit français, même s'il semble éloigné de nos mentalités. Dans le cadre des actions attitrées, l'expérience peut aisément être tentée, ce qui n'est pas le cas des actions banales où seul l'intérêt est pris en compte à l'exclusion de la qualité.

---

[160] Le *opt in* peut être traduit comme la faculté de choisir d'entrer dans le groupe.

[161] En revanche, le *opt out* signifie que le justiciable choisit de sortir du groupe.

Il conviendrait peut-être d'élaborer des cercles par rapport aux classifications existantes des actions. Ainsi, pour être titulaire d'une action réelle, faudrait-il d'abord arguer d'une qualité en relation avec une chose : détenteur, possesseur ou propriétaire. L'action personnelle serait ouverte à ceux qui visent la protection, la reconnaissance, la contestation d'un droit. Dans ces cas, l'intérêt prime, mais la qualité existe toujours. Il est d'ailleurs possible d'adopter le raisonnement inverse. C'est parce que le demandeur a la qualité de possesseur, de détenteur ou de propriétaire qu'il a intérêt à agir. A l'heure actuelle, la phase de recherche de la qualité est éludée pour passer directement à celle de l'intérêt. Par la mise en place des *class actions,* la qualité occuperait une place de choix dans la théorie de l'action en justice[162]. Elle ne saurait en aucun cas être occultée par la condition de l'intérêt à agir.

91. – Conclusion du Chapitre III – La qualité pour agir ne bénéficie pas, semble-t-il, des faveurs du législateur qui paraît la reléguer au rang de condition secondaire de l'action en justice, et qui l'envisage après l'intérêt. La doctrine a tenté de restaurer sa place dans la théorie de l'action en justice, en développant le concept d'action attitrée. Il est cependant envisageable de lui octroyer une place beaucoup plus importante dans la définition renouvelée de l'action en justice, car elle seule peut constituer un lien entre l'action en justice et la demande. Par le développement d'un mécanisme de *class action*, il est possible de multiplier les cercles d'appartenance. Ainsi, comme dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, la qualité jouerait un rôle prépondérant. Elle pourrait alors être considérée, avec la prétention, comme condition subjective de l'action en justice.

---

[162] Pour des développements complémentaires sur la primauté de la qualité dans la théorie de l'action en justice, cf. *infra* n°335 et suiv.

92. – Conclusion du Titre I – Malgré une exceptionnelle stabilité, la notion actuelle d'action en justice bénéficie d'une définition équivoque. Ses éléments constitutifs subjectifs, c'est-à-dire la prétention, l'intérêt et la qualité à agir suscitent de nombreuses interrogations, sans qu'il y soit apporté de réponses convaincantes. Ainsi, s'il semble acquis que la prétention ne doit pas être réduite à un litige ou à un conflit, des difficultés subsistent lorsque l'on envisage l'intérêt à agir. En effet, l'assimilation trop fréquente entre l'action en justice et la demande doit être évitée, car il s'agit de deux notions certes complémentaires, mais différentes. Par ailleurs, la qualité, souvent envisagée comme une condition secondaire, doit être mise en avant dans la définition renouvelée de l'action en justice. Son rôle ne doit plus être limité aux seules actions attitrées, pour se développer même dans les actions banales.

Si l'on poursuit l'étude des éléments constitutifs de l'action en justice, d'autres insuffisances méritent d'être relevées. Ainsi, la présence d'un juge, envisagée comme condition objective, affaiblit un peu plus encore la notion actuelle d'action en justice.

Titre II : Insuffisances de l'élément objectif attaché à l'action en justice

93. – La fonction de juger – Si les éléments subjectifs attachés à la notion d'action en justice engendrent des difficultés, l'élément objectif, constitué par la juridiction, n'est pas plus stable. Placée au centre de la notion actuelle de l'action en justice, la juridiction en constitue l'élément fondamental, sans pour autant bénéficier d'une définition uniforme. L'article 30 du nouveau Code de procédure civile précise seulement que « l'action est le droit pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le *juge* la dise bien ou mal fondée ».

Ainsi, pour analyser la notion d'action en justice, faut-il se demander « qu'est-ce qu'un juge ?[163] ». A cette question, un auteur répond simplement : « Est juge, celui qui juge[164] ». Ce pléonasme renvoie à la fonction de juger. Par réflexe, celle-ci est souvent rapprochée de la faculté de trancher un litige. Ainsi, deux prétentions s'opposent et un juge intervient pour dire qui a raison et qui a tort. Juger peut alors s'analyser en un acte d'option, puisqu'il s'agit de choisir parmi deux prétentions, celle qui est conforme au droit. Toute personne pourrait alors se déclarer juge, à partir du moment où elle émet un avis sur une personne ou un acte.

Depuis toujours pourtant, cette fonction spécifique n'est réservée qu'à certains. Déjà dans les sociétés anciennes, cette tâche revenait naturellement aux hommes de grande expérience dont l'âge appelait le respect. Elle s'exerce toujours dans un espace réservé et sacralisé. Juger s'apparente donc à un acte d'autorité, qui sera effectué nécessairement par un tiers aux parties qui s'affrontent dans le cadre d'un procès.

94. – De la fonction de juger à la notion de juridiction – Aujourd'hui encore, la fonction de juger ne saurait être confiée à quiconque : elle nécessite des capacités et des

---

[163] G. WIEDERKEHR, « Qu'est ce qu'un juge ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1995, p.575.

[164] *Ibid.*

qualités particulières. Elle doit également obéir à des impératifs, et entraîne d'importantes conséquences.

Cette fonction qui apparaît essentielle dans nos sociétés, est dévolue à certaines personnes, selon des critères particuliers. Leur charge est ardue s'approchant de celle « du bourreau ou de l'ensevelisseur de cadavre [165]». Surtout, elle se développe dans un cadre particulier : la juridiction.

Ses contours devront être posés afin de mettre en lumière sa définition et les conséquences qu'elle engendre (Chapitre I). Mais, une définition fluctuante laissera apparaître la fragilité de la fonction juridictionnelle (Chapitre II). C'est parce que le juge, élément central de la notion d'action en justice, ressort fragilisé de ces développements, qu'une réflexion d'ensemble est souhaitable. Prenant en compte les limites de la notion de juridiction, nous pourrons proposer une définition renouvelée de la notion d'action en justice.

Chapitre I : Contours de la notion de juridiction

Chapitre II : Fragilité de la fonction juridictionnelle

---

[165] M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in *Jean FOYER, auteur et législateur, Leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean FOYER,* Paris, PUF, 1997, p.465, n°5.

Chapitre I : Contours de la notion de juridiction

95. – Une qualification incertaine entraînant des conséquences précises – La définition de la juridiction a connu de multiples évolutions tant en doctrine qu'en jurisprudence. Aujourd'hui encore, des interrogations subsistent, car la notion n'est pleinement cernée, ni dans son sens, ni dans son contenu (Section I). Pourtant, une définition stable et uniforme mériterait d'être proposée, car la qualification de juridiction entraîne des conséquences importantes qui se retrouvent nécessairement dans le cadre de l'action en justice (Section II).

Section I : Définition fluctuante de la notion de juridiction

96. – Les différents critères de qualification proposés – Le problème de la définition de la notion de juridiction résulte de la multitude des critères de qualification employés. Ainsi, le critère matériel côtoie, ou exclut le critère formel ou organique. Par critère matériel, il faut entendre critère reposant sur la cause, l'objet, le but de l'acte du juge, c'est-à-dire trancher des différends. Le critère formel se fonde sur la forme de l'acte et les conditions de fonctionnement de l'organisme à qualifier. Quant au critère organique, il repose sur l'origine de l'acte, le statut de l'organisme en cause. Ces trois critères s'associent ou s'excluent selon les théories développées en doctrine (§1) ou en jurisprudence (§2).

§1. Approche doctrinale hétérogène de la notion de juridiction

97. – Diversité des positions – Les positions doctrinales constituent le point de départ de notre réflexion, car elles permettent de poser les bases de la définition de la notion de juridiction. Pourtant, en faisant prévaloir soit le critère matériel (A), soit le critère formel (B) ou combinant parfois les deux critères (C), elles obscurcissent la notion plus qu'elles ne l'éclairent.

A. Prédominance du critère matériel

98. – Critère tiré de la mission de l'organe à qualifier – Certains auteurs qualifient l'organe de juridiction en se fondant uniquement sur le critère matériel, c'est-à-dire en analysant la cause, l'objet, le but de l'acte du juge. Selon eux, il y a juridiction lorsque l'organe en cause a reçu pour mission de trancher les litiges.

Parmi tous les auteurs qui se sont intéressés au critère de l'acte juridictionnel, M. Chapus a le plus influencé la matière dans une étude faisant suite à l'arrêt *de Bayo*[166]. Il propose une étude minutieuse et très détaillée de la notion de juridiction. Il effectue alors une distinction générale, selon que le Conseil d'Etat dispose ou non d'un pouvoir d'appréciation.

Lorsque le Conseil d'Etat ne dispose pas de pouvoir d'appréciation, la qualification de l'organe est dictée par des données extérieures. Le caractère peut alors être imposé par certaines particularités du statut. Ainsi, lorsque l'organe à qualifier ne dispose pas de pouvoir de décision, et n'a pas d'obligation d'exercer son pouvoir de décision, il ne pourra être qualifié de juridiction. En revanche, des termes significatifs (appel, jugement, contentieux) impliquent, selon M. Chapus, l'existence évidente d'une juridiction. Dans ces circonstances, le Conseil d'Etat ne dispose d'aucune marge d'appréciation pour qualifier l'organe en cause, et doit se conformer à ces diverses prescriptions. Aucune recherche de qualification n'est à effectuer ici, et cette situation ne permet pas de dégager des critères fiables de la juridiction.

En revanche, il est des situations dans lesquelles le Conseil d'Etat n'est lié par aucune contrainte extérieure. Il existe alors, selon M. Chapus, une « *liaison absolue*[167] »

---

[166] R. CHAPUS, « Qu'est ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Paris, Cujas, 1977, p.265-297.

[167] Cette formule, empruntée à M. CHAPUS dans son étude précitée p.284, a été nuancée par son auteur au regard de la jurisprudence postérieure. La locution « *liaison absolue* » est aujourd'hui remplacée par la « *liaison de principe* » ce qui permet de relativiser la position initiale ; cf. *Droit du contentieux administratif*, Paris, Domat Droit public, Montchrestien, 9ème édition, 2001, p.103, n°118.

entre la qualité de l'organe exerçant une mission de répression disciplinaire[168] et celle de juridiction. L'auteur fait prévaloir le critère matériel tiré de l'exercice de la répression disciplinaire. Les critères tirés de l'organisation, du fonctionnement et de la procédure de l'organisme en cause, sont alors purement et simplement exclus. M. Chapus n'envisage qu'une seule entorse à cette règle qu'il érige en principe : des « considérations d'opportunité particulières[169] » peuvent tenir en échec l'équation qui existe entre juridiction et exercice de la répression disciplinaire.

M. L'Huillier a pareillement estimé qu'il fallait faire appel à des considérations tirées de l'objet de la mission que la loi a confiée à l'organe en cause. Il considère en effet que si le critère formel « est généralement déterminant en ce sens qu'une décision ne peut être considérée comme juridictionnelle lorsque la structure de l'organe dont elle émane et la procédure à laquelle elle a donné lieu ne sont pas de nature à assurer aux intéressés les garanties qu'ils doivent attendre d'un tribunal, il n'en demeure pas moins qu'il ne peut y avoir juridiction que quand l'organe compétent est amené à résoudre, sur la base du droit, un conflit entre des prétentions juridiques opposées [170]». L'absence de règlement des différends empêche toute qualification juridictionnelle.

Mme d'Ambra considère également que la juridiction trouve sa qualification à partir du critère matériel. Ainsi, dans sa thèse au titre évocateur [*L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*], elle énonce que « l'objet propre de la fonction juridictionnelle parait résider dans la fonction qui est de trancher les litiges[171] ». Il y a donc, selon elle, un lien indéfectible entre juridiction et règlement des conflits.

---

[168] Un organe exerçant une mission de répression disciplinaire est chargé de sanctionner les fautes commises par ses membres dans l'exercice de leurs fonctions.

[169] Cette atténuation au principe posé par M. CHAPUS est rendue nécessaire par la reddition de deux arrêts par le Conseil d'Etat en date des 19 décembre 1980, *Hechter,* Rec. p.488 et 16 novembre 1984, *Woetglin,* Rec. p.373.

[170] J. L'HUILLIER, note sous CE Ass. 27 mai 1955, *Conseil supérieur de l'électricité et du gaz*, D. 1956, *Jurisp.*, p.303-312.

[171] D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, thèse Strasbourg 1991, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1994, Tome 236, p.XXI.

Ce critère unique paraît séduisant, mais aboutit à éliminer beaucoup d'organes de la qualification de juridiction, ce qui est de nature à priver les justiciables de garanties procédurales importantes[172]. D'autres auteurs ont alors pris le contre-pied de cette théorie faisant prévaloir le critère formel.

B. Prédominance du critère formel

99. – Critère tiré des conditions de fonctionnement de l'organe à qualifier – Certains auteurs ont choisi d'opter pour une qualification fondée sur les critères formels, c'est-à-dire prenant en compte la forme de l'acte et les conditions de fonctionnement de l'organe à qualifier.

M. Donnedieu de Vabres développe ainsi ce point de vue original. Selon lui, « s'il est, parmi les critères différents de la juridiction, un seul qui se détache parmi les autres et qui pourrait être, à notre avis, retenu comme décisif, c'est bien celui de la procédure contradictoire [173]». Ainsi, selon cet auteur, les conditions de fonctionnement de l'organe à qualifier et les règles procédurales à respecter sont primordiales. Si la procédure n'est pas contradictoire, l'organisme ne pourra recevoir la qualification de juridiction. Il est en quelque sorte entaché d'un vice rédhibitoire qui ne saurait être mis entre parenthèses.

Quant à M. Chevallier, il adopte un raisonnement fondé sur un faisceau de critères formels. L'auteur débute sa démonstration en affirmant que, « ce n'est pas parce qu'un organe tranche des problèmes contentieux, et exerce une fonction contentieuse, qu'on peut lui accorder *ipso facto* le statut juridictionnel [174]». Plus loin, il poursuit : « ce qui fait le caractère propre d'une Juridiction, ce n'est pas la mission qu'elle remplit, mais

---

[172] Pour un examen des garanties fondamentales, cf. *infra* n°109 et suiv.

[173] J. DONNEDIEU DE VABRES, concl. sous CE 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac,* Gaz. Pal. 1953, *Jurisp.*, p.301.

[174] J. CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélange en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p.288.

ses règles spéciales d'organisation et de procédure[175] ». L'auteur exclut très clairement le recours au critère matériel, lorsqu'il refuse de prendre en compte la mission que l'organe remplit. En revanche, il prône la combinaison de plusieurs critères formels. Seule l'association des différentes règles procédurales, telles l'indépendance, la contradiction, la publicité des débats, ou la motivation des décisions, peut permettre la qualification d'un organisme.

Toutes ces conceptions doctrinales bien que contradictoires, sont néanmoins convaincantes. Certains auteurs ont alors choisi de combiner critères matériels et formels.

C. Combinaison des critères matériels et formels

100. – Développement d'une position médiane – Plutôt que d'envisager les différents critères de façon concurrente, certains auteurs ont préféré tenter d'organiser une complémentarité entre eux.

M. de Soto adopte ce raisonnement. Son analyse débute par une définition de l'acte juridictionnel qui est « l'acte émanant d'une autorité spéciale ou d'une autorité juridictionnelle, destiné à mettre définitivement fin à un trouble juridique et à la suite d'une procédure garantissant tous les intérêts en présence [176]». A partir de cette définition, plusieurs critères peuvent alors être dégagés afin de permettre la qualification d'acte juridictionnel. L'acte suppose l'existence d'un litige (critère causal), auquel il s'agit de mettre fin définitivement (critère matériel) par l'intervention d'un juge (critère tiré de l'origine de l'acte) dans le respect des intérêts en cause (critère formel).

L'analyse est attirante, mais souffre d'un inconvénient majeur : l'acte juridictionnel est défini par rapport au juge, qu'il faut à son tour définir. Le raisonnement de M. de Soto s'apparente à une poupée gigogne dans laquelle la définition se dérobe à mesure où l'on s'en approche. Il n'est pas envisageable de définir l'acte juridictionnel par

---

[175] *Ibid.*

[176] J. DE SOTO, « La notion de juridiction (A propos du Conseil Supérieur de l'électricité et du gaz) », D. 1956, *Chron.*, p.46.

l'acte effectué par un juge sans apporter d'autres précisions. Et, si l'on veut définir l'acte juridictionnel, c'est précisément pour apporter un éclairage nouveau à la notion de juge et de juridiction.

Par ailleurs, la formule utilisée par M. de Soto « la procédure garantissant tous les intérêts en cause », est une notion trop imprécise, pour constituer un critère fiable de qualification. Les caractères de ladite procédure ne sont pas explicités et les termes *d'intérêts en cause* sont vagues.

Marcel Waline combine pareillement les différents critères. Ainsi met-il l'accent sur le critère formel tout en laissant une place pour le critère matériel : « la juridiction se caractérise essentiellement par deux éléments et par eux seuls : l'autorité de la chose jugée suffit à caractériser l'activité juridictionnelle avec la seule autre condition du jugement sur la base du droit[177] ».

Pour MM. Vincent et Guinchard, une position médiane s'impose. Selon eux, « si les critères formels sont à eux seuls insuffisants, ils complètent et confirment le résultat de l'analyse menée au plan matériel. La combinaison de critères distincts semble bien s'imposer[178] ».

Un élément nouveau mérite d'être relevé avec la position de M. Klaoussen[179]. Celui-ci combine critères matériel, formel et organique pour aboutir à un ensemble de faisceau d'indices. A cette occasion, il découvre d'ailleurs un nouveau critère formel qu'il juge fondamental. Selon lui, un agent de l'Etat constitue un gage de sérieux et d'impartialité. Pour l'auteur, la présence de ce tiers parait indispensable. Ainsi, un organe sera-t-il qualifié de juridiction s'il satisfait « à un critère matériel (l'exercice d'une mission de répression disciplinaire) et à quatre critères formels (l'existence d'un pouvoir de

---

[177] M. WALINE, Préface de la 1ère édition, 1975, p.XI–XIX, in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, L. FAVOREU et L. PHILIP, Paris, Dalloz, 10ème édition, 1999.

[178] J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, Précis Dalloz, Droit privé, 27ème édition, 2003, p.209, n°161.

[179] P. KLAOUSSEN, « Réflexion sur la définition de la notion de juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », LPA 1993, 30 juillet, n°91, p.22-29.

décision, l'obligation d'exercer ce pouvoir, la collégialité de son exercice et enfin, la participation d'au moins un agent de l'Etat au collège exerçant ce pouvoir de décision)[180] ».

101. – Constat : absence de définition unique de la notion de juridiction – Ces différentes positions doctrinales sont loin de constituer une liste exhaustive. Il existe autant de définitions de la notion de la juridiction que d'auteurs qui se sont penchés sur la question[181]. Les critères utilisés se combinent parfois, ou s'excluent selon les théories développées. Il n'en ressort aucune définition générale, ce qui plonge la notion dans un certain flou. Cette incertitude transparaît alors inévitablement sur la notion d'action en justice qui se trouve au centre de nos développements. Il est alors difficile de qualifier un acte d'action en justice, si l'un de ses éléments constitutifs manque de précision.

La combinaison des critères formel et matériel constitue, selon nous, un moyen efficace de qualification des organismes. Non seulement, elle permet d'élargir la notion de juridiction en ne cantonnant pas cette qualification à des hypothèses très précises et trop rares. En outre, cette analyse a l'avantage de la simplicité et de l'efficacité, à partir du moment où les différents éléments caractéristiques sont posés avec précision.

La diversité des positions doctrinales, qui rend l'appréhension de la notion de juridiction peu aisée, a nécessairement des incidences pratiques sur la jurisprudence, car les juges ont été amenés à se prononcer sur la qualification d'organes.

§2. Approche jurisprudentielle diversifiée de la notion de juridiction

102. – L'apport des jurisprudences administratives et européennes – En l'absence de critère unique de qualification, la jurisprudence administrative a dû se prononcer au cas par cas pour distinguer un organe administratif d'un organe

---

[180] P. KLAOUSSEN, *op. cit.*, p.29.

[181] Les circonstances dans lesquelles tous ces auteurs ont proposé une définition de la juridiction ont sans doute beaucoup influencé leur position, et peuvent expliquer en partie cette grande diversité.

juridictionnel. Le Conseil d'Etat a statué, à plusieurs reprises, sur la question de la qualification d'organe, ce qui lui a permis d'affiner sa position (A). Par ailleurs, la jurisprudence européenne apporte un regard nouveau sur ce point de droit qui divise toujours la doctrine (B).

A. La position du Conseil d'Etat

103. – Importance de la jurisprudence administrative – C'est dans le domaine du contentieux administratif que la question de la définition de la juridiction s'est posée avec le plus d'acuité. En effet, la prolifération d'organes spécialisés chargés de trancher des contentieux particuliers a largement alimenté la jurisprudence du Conseil d'Etat qui devait se prononcer sur leur nature. Ce dernier a modifié sa position au fil du temps, faisant prévaloir l'un des critères ou les cumulant.

Dans un premier temps, le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur la qualification des jurys d'honneur, et a estimé que « le jury d'honneur institué par l'ordonnance du 6 avril 1945 et composé de membres tous étrangers à l'ordre judiciaire n'apparaît, ni par son organisation, ni par sa composition, ni par son fonctionnement, ni par son objet comme constituant une juridiction de l'ordre judiciaire[182] ». La qualification du jury d'honneur a été affinée par la suite par le Conseil d'Etat, qui précisa qu'il s'agissait plus précisément d'une juridiction administrative[183]. Ne parvenant pas à choisir entre ces différents critères, le Conseil d'Etat adoptait la méthode du faisceau d'indices combinant alors critères matériel et formel.

Dans un second temps, un changement radical a conduit le Conseil d'Etat à privilégier le critère matériel[184]. Le caractère juridictionnel d'un organisme se déduit alors

---

[182] CE 30 juill. 1946, *Reibel c/Jury d'honneur*, D. 1946, *Jur.*, p.376.

[183] CE 7 févr. 1947, *d'Aillières,* D. 1947, *Jur.*, p.137 : « Il résulte de l'ensemble des prescriptions législatives relatives au jury d'honneur, et notamment de celles qui concernent tant sa composition et ses pouvoirs, que le recours en révision dont il peut être saisi, que cet organisme a le caractère d'une juridiction, qui par la nature des affaires sur lesquelles elle se prononce, appartient à l'ordre administratif ».

[184] CE 12 déc. 1953, *de Bayo*, Rec. p.544.

de la nature de la matière, de l'objet de l'acte du juge, et non pas des conditions de fonctionnement de l'organe à qualifier. Ainsi, l'organisme est-t-il qualifié de juridiction s'il a le pouvoir de régler définitivement un litige. Subsidiairement, il est fait référence au critère formel. Sont alors prises en compte la composition de l'organisme, la procédure suivie devant celui-ci et notamment le caractère contradictoire et l'exercice de voies de recours.

Cette position tranchée pourrait être suivie par les tribunaux, si le Conseil d'Etat utilisait toujours de manière uniforme ce critère matériel. Or, il lui arrive de refuser de motiver sa décision, n'indiquant pas précisément le critère choisi[185]. Ainsi, les critères de qualification retenus par le Conseil d'Etat sont-ils en définitive trop versatiles. Un regard en direction de la jurisprudence européenne, de plus en plus sollicitée de nos jours, permettra peut-être de retenir une position moins équivoque.

B. La position de la jurisprudence européenne

104. – Recours aux notions autonomes – La jurisprudence européenne, tant de la Cour de justice des communautés européennes (1) que de la Cour européenne des droits de l'homme (2), propose une définition originale de la juridiction permettant ainsi de dégager des critères nouveaux de qualification. Leurs positions respectives sont d'autant plus intéressantes qu'elles ne sont pas liées par les interprétations des droits nationaux, et qu'elles recourent à des notions autonomes, indépendantes des qualifications nationales. Ainsi, la notion de juridiction peut-elle avoir une signification différente en droit européen et en droit national.

---

[185] Pour ex., CE 20 nov. 1970, *Buez et UNEF*, Rec. p.690.

1. Définition de la juridiction proposée par la Cour de justice des communautés européennes

105. – Définition accueillante de la juridiction selon la Cour de justice des communautés européennes – La Cour de justice des communautés européennes s'est prononcée sur la notion de juridiction dans le cadre de l'application du Traité instituant la Communauté européenne. Ce dernier prévoit en effet qu'une juridiction d'un Etat membre peut soumettre à la Cour de justice des communautés européennes des questions relatives à l'interprétation ou à la validité d'une disposition communautaire par le biais d'un renvoi préjudiciel[186]. Cette procédure permet d'assurer l'uniformité du droit communautaire grâce à la coopération et la collaboration des juridictions des Etats membres. Pour aboutir à cette unité, il est apparu opportun d'adopter « une conception accueillante de la notion de juridiction[187] », afin d'admettre un maximum de questions préjudicielles.

Pour être qualifiée de juridiction, la Cour de justice des communautés européennes exige que l'organe soit permanent, indépendant, investi d'une compétence obligatoire et institué par la loi. Il doit en outre, trancher les litiges conformément au droit, et se prononcer au terme d'une procédure contradictoire.

La Cour de justice des communautés européennes a alors accepté de transiger sur certaines conditions pour rendre la notion plus compréhensive. Ainsi, relativise-t-elle par exemple, l'importance traditionnellement accordée au principe du contradictoire (sans pour autant le faire disparaître), et compense cette entorse par l'impartialité et l'indépendance du juge. La Cour envisage de manière globale et générale la notion de juridiction, sans s'attacher aux différents stades de la procédure. Cette vision atypique permet alors à de nombreux organes de bénéficier de la procédure du renvoi préjudiciel, et assure l'efficacité du mécanisme.

La position de la Cour européenne des droits de l'homme est, à cet égard, beaucoup plus restrictive.

---

[186] Art. 234 du Traité instituant la Communauté européenne.

[187] R. KOVAR, « Gouverner, administrer, juger », in *Liber amicorum Jean WALINE*, Paris, Dalloz, 2002, p.608.

2. Définition de la juridiction proposée par la Cour européenne des droits de l'homme

106. – Définition de la notion de « tribunal » – La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas eu à se prononcer sur la notion particulière de juridiction, mais sur celle de tribunal présente dans l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'enjeu de la définition est important, puisqu'il conditionne l'application et le respect des garanties procédurales du procès équitable. La Cour est intransigeante, et exige que toutes les conditions propres à l'existence d'un tribunal soient réunies. Elle procède alors en deux temps. Elle examine d'abord si l'organe peut être qualifié de tribunal au sens matériel, c'est-à-dire s'il tranche un litige sur la base du droit à l'issue d'une procédure organisée. Puis, elle vérifie si ce tribunal est indépendant et impartial au sens de l'article 6§1. Dans son examen minutieux, la Cour ne se limite pas aux juridictions « de type classique, intégré(e)s aux structures judicaires ordinaires du pays[188] ». Il n'est donc pas nécessaire qu'il s'agisse d'une juridiction étatique[189].

Pour autant, le seul rôle juridictionnel ne saurait suffire à caractériser l'organe, car « seul mérite l'appellation de tribunal, un organe répondant à une série d'autres exigences : indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties en cause, durée du mandat des membres, garanties offertes par la procédure dont plusieurs figurent dans le texte même de l'article 6§1[190] ». Même si les conditions d'existence d'un tribunal sont nombreuses, la Cour européenne des droits de l'homme ne se limite pas pour autant à la notion de juridiction étatique. Comme nous l'avons déjà énoncé, la notion de tribunal est

---

[188] CEDH 5 novembre 1981, *X c/ Royaume-Uni*, Série A, n°46§3.

[189] Pour ex., CEDH 22 octobre 1984, *Sramek c/Autriche*, Série A n°84, JDI 1986, p.1069-1071. Il s'agissait d'apprécier la qualification de l'Autorité régionale des transactions immobilières. La Cour a estimé que cette autorité constituait un tribunal au sens de l'article 6§1, mais qu'il ne remplissait pas les conditions d'indépendance et d'impartialité. Ainsi, « dès lors qu'un tribunal compte parmi ses membres une personne se trouvant – comme en l'espèce – dans un état de subordination de fonctions et de services par rapport à l'une des parties, les justiciables peuvent légitimement douter de l'indépendance de cette personne. Pareille situation met gravement en cause la confiance que ces juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique » §42.

[190] CEDH 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et Meyer c/ Belgique*, Série A, n°43.

ici envisagée comme une notion autonome posée par la Convention et interprétée par la Cour. L'acception de ce terme n'est donc pas celle entendue par la jurisprudence française.

107. – Limites apportées aux définitions proposées par la jurisprudence européenne – Tant la Cour de justice des communautés européennes, que la Cour européenne des droits de l'homme, utilisent une méthode de qualification que nous ne pouvons transposer dans notre raisonnement.

Il faut certes, relever que les deux Cours ne se cantonnent pas aux qualifications existantes dans les Etats européens. En cela, cette méthode est intéressante, car elle permet d'élargir la notion d'action en justice au-delà des seules juridictions étatiques.

Mais, il peut paraître surprenant de partir des conséquences que l'organe engendre pour aboutir à une qualification. Ainsi, parce qu'il répondrait aux exigences d'indépendance et d'impartialité, l'organe pourrait être qualifié de juridiction. Mais, il est tout aussi possible d'adopter un raisonnement inverse. C'est parce que l'organe est une juridiction, qu'il doit respecter certaines garanties. D'ailleurs, le travail de qualification répond souvent à cette volonté de profiter de garanties procédurales fondamentales. Le raisonnement tenu par les deux Cours ne saurait donc convaincre.

108. – Importance de la qualification de juridiction – L'ensemble de ces développements a permis de mettre en exergue l'extrême diversité de la notion de juridiction. Et si la doctrine et la jurisprudence n'adoptent pas de définition uniforme, il est possible d'en relever les éléments constitutifs. De manière générale, il s'agit d'un organe chargé de trancher les litiges conformément au droit par une décision dotée de l'autorité de la chose jugée et de l'*imperium*. Il est en effet important de cerner avec précision la notion de juridiction, car elle engendre des conséquences primordiales pour le développement d'une bonne justice.

Section II : Conséquences attachées à la qualification de juridiction

109. – Raison d'être des garanties procédurales – Parce que la juridiction constitue l'élément central de la définition d'action en justice, les conséquences qu'elle

engendre, se retrouvent nécessairement dans le cadre de l'action en justice. Et, si le juge reçoit pour mission de trancher un différend sur la base du droit, il doit respecter un certain nombre de garanties procédurales. Toute décision du juge doit alors obéir à ce schéma. Car si les parties acceptent de confier à un tiers la mission de régler leur différend, encore faut-il leur offrir une institution crédible. Pour atteindre au mieux cet objectif, il est nécessaire d'entourer la décision de justice de garanties procédurales qui lui apportent une sécurité, une confiance, et un équilibre. Le respect de procédures spécifiques constitue alors la clé de voûte de tout procès. Les règles de forme complètent ainsi habilement le traitement du fond de l'affaire. Le développement considérable de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme a permis de conforter l'application de ces garanties au travers du droit à un procès équitable. Un inventaire à la Prévert de ces différentes règles procédurales permettra de montrer qu'elles constituent autant de garanties offertes aux justiciables, et mettra alors en lumière l'importance de la qualification d'action en justice.

110. – Actualités des garanties procédurales – Depuis toujours, les garanties procédurales ont existé, et ont connu des fortunes diverses. Selon les époques, les auteurs se sont d'ailleurs appuyés sur un critère organique ou formel pour qualifier un organisme de juridiction, prenant ainsi en compte la forme de l'acte, les conditions de fonctionnement et le statut de l'organisme à qualifier[191]. Si aujourd'hui ces garanties connaissent un regain d'intérêt, c'est en grande partie en raison de l'extraordinaire développement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de son fameux article 6§1 qui prévoit que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi ... ». Et, s'il existe des expressions qui accèdent de manière fulgurante à une renommée soudaine, le droit au procès équitable repris à l'article 6§1 en fait certainement partie. Il inonde aujourd'hui tous les domaines du

[191] Cf. *supra* n°99 et suiv.

droit[192]. Il s'inscrit véritablement dans le cadre de la juridiction et donc dans la notion d'action en justice, apportant un équilibre et une juste distance vis-à-vis des plaideurs. Il implique le respect d'un certain nombre de règles procédurales, les unes s'attachant plus particulièrement au juge (§1), les autres à la décision qu'il prend (§2). Un enjeu anime l'ensemble de ce processus : la protection et la garantie des droits des justiciables.

§1 Les garanties du procès équitable et le juge

111. – Qualités nécessairement attachées à tout juge – Les parties acceptent de soumettre leur différend à un tiers, parce qu'il leur inspire confiance et semble constituer la meilleure solution pour elles. Pour remplir sa mission et répondre ainsi aux attentes des justiciables, ce tiers doit revêtir deux qualités essentielles : l'indépendance (A) et l'impartialité (B).

A. Indépendance du juge

112. – Définition – L'indépendance peut être définie comme l'absence de subordination. Elle confère un statut qui assure la possibilité de prendre des décisions en toute liberté, et à l'abri de toutes instructions et pressions[193]. Si cette qualité occupe une place importante au sein de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, elle n'est évidemment pas née de l'application des textes européens ou des Nations Unies. De tout temps, il n'a jamais été concevable qu'un juge puisse se voir

---

[192] Cette utilisation est parfois dénoncée par certains qui se sentent étouffés par une notion omniprésente, cf. B. BEIGNER et C. BLERY, « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité », D. 2001, *Chronique Doctrine*, p.2427. D'autres auteurs en revanche prônent une utilisation plus importante, la notion processuelle de procès équitable étant « amenée à jouer un rôle encore plus important à l'avenir », cf. J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile,* Paris, Précis Dalloz, Droit privé, 27ème édition, 2003, p.498, n°529-3.

[193] G. CORNU, (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 8ème édition, 2000, p.448, v° *Indépendance.*

dicter les décisions qu'il prend[194]. L'article 6§1 ne vient qu'accentuer un état déjà existant. Deux sortes d'indépendance peuvent alors être distinguées.

113. – Indépendance organique – Le juge doit être préservé de toute influence extérieure, pour exercer sa mission en toute liberté et sans entrave. Pour assurer une indépendance organique, il faut que le mode de désignation soit encadré par des règles excluant toute pression. Par ailleurs, la durée du mandat et l'inamovibilité constituent autant d'éléments qui peuvent témoigner d'une indépendance réussie. Pour être efficiente, cette indépendance organique doit être complétée par une autre forme d'indépendance.

114. – Indépendance fonctionnelle – L'exercice de la mission du juge ne doit pas être laissé à la discrétion du pouvoir exécutif ou législatif. Aucun ordre ne doit émaner de ces pouvoirs et par ailleurs, le juge ne doit avoir aucun compte à rendre. Il est nécessaire que, ni le pouvoir exécutif, ni le pouvoir législatif n'aient la possibilité de s'immiscer dans la mission juridictionnelle. Le règlement du litige par application du droit ne peut être que le fait du juge, et de lui seul.

115. – Liaison indéfectible entre indépendance et impartialité – Cette indépendance, qu'elle soit organique ou fonctionnelle, constitue le point de départ, le fondement du droit à un procès équitable. Les justiciables ne peuvent confier le règlement de leurs litiges à un juge qui ne bénéficierait pas de cette qualité première. Un deuxième élément doit d'emblée être relevé, car il paraît indissociable du premier. Il s'agit de l'impartialité du juge.

B. Impartialité du juge

116. – Une notion autonome – L'indépendance et l'impartialité sont fréquemment liées, car le justiciable qui obtient la garantie que le juge est indépendant, attend également une objectivité de celui devant lequel il se présente. De plus, un juge qui

---

[194] L'article 64 de la Constitution affirme d'ailleurs que « le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ».

n'est pas indépendant ne peut, par contrecoup être impartial. La formule ne peut pas pour autant être renversée. En effet, un juge indépendant ne sera pas nécessairement impartial. C'est pourquoi il est important d'analyser cette notion de manière autonome, malgré son étroite parenté avec l'indépendance. Les deux caractères doivent être présentés comme distincts, mais complémentaires. Sous l'impulsion d'une jurisprudence européenne florissante[195], il est possible de distinguer deux formes d'impartialité[196] subjective (1), et objective (2).

1. Impartialité subjective

117. – Absence de préjugé – Ce premier type d'impartialité constitue le sens plus courant, celui que le justiciable attend presque naturellement. Il est en tout cas le plus évident. Il implique une absence de préjugé ou de parti pris sur l'affaire. Le juge doit en effet écarter du débat ses convictions personnelles, ses engagements, et fonder sa décision sur des éléments soumis à lui par les parties, et non sur des éléments personnels. Le plaideur ne doit pas penser que le juge a déjà pris sa décision avant même que le procès ne débute. Il doit avoir une chance de convaincre le juge avec ses arguments.

118. – Maintien des liens avec la société – Cela ne signifie nullement que le juge ne peut avoir aucune opinion ni aucune connaissance. Il n'est pas envisageable de lui imposer une sorte de « virginité intellectuelle[197] ». Le juge ne peut se détacher complètement des réalités quotidiennes, ni être complètement ignorant. Le symbole de la

---

[195] CEDH 1er octobre 1982 *Piersack c/ Belgique*, Série A, n°53. Cette distinction est contestée en doctrine, car elle est considérée comme « non satisfaisante et ambiguë », cf. S. GUINCHARD *et alii*, *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, Dalloz action, 2002-2003, p. 475, n°2133. Elle reste cependant toujours employée.

[196] Pour des développements récents sur ces deux formes d'impartialité, cf. J.-P. GRIDEL, « L'impartialité du juge dans la jurisprudence civile de la Cour de cassation », in *Mélanges Jean Buffet, La procédure en tous ses états*, Paris, Petites affiches, 2004, p.241-253.

[197] P. MARTENS, RTDH 1996, p.63.

justice représentée par une femme aux yeux bandés a fait son temps[198].

Par ailleurs, il n'est pas possible de prôner une proximité de la justice, tant réclamée de nos jours, et imposer en même temps au juge de rester en dehors de notre société. Les convictions personnelles du magistrat doivent seulement être mises entre parenthèses, car c'est une véritable neutralité qui est ici exigée. Ainsi, « ce que l'impartialité interdit, ce n'est pas d'avoir une opinion, c'est de ne pas vouloir en changer, d'être dès le départ hors de portée du débat[199] ». Cette forme d'impartialité pourrait permettre au justiciable d'avoir confiance en son juge. Pourtant, une autre forme d'impartialité est recherchée, toujours plus favorable aux parties puisque fondée sur le risque de partialité au seul vu de l'apparence.

2. Impartialité objective

119. – Importance de l'apparence – Cette impartialité impose de rechercher si le juge offre des garanties suffisantes de bonne justice pour exclure tout doute légitime. Ainsi prendra-t-on en compte par exemple, les conditions d'accès de la profession ou le statut des magistrats. Le plaideur doit avoir objectivement confiance dans la justice, et aucun motif ne doit le faire douter de l'impartialité du magistrat. Il ne s'agit plus ici d'analyser la personne du juge, mais plus généralement sa fonction. Une vision globale de l'institution judiciaire doit laisser une impression d'impartialité. On s'attache alors à une image et non à une personne. Les risques de partialité peuvent se révéler dans des hypothèses différentes. Nous envisagerons deux situations, l'une en matière pénale, l'autre en matière civile.

120. – Particularité de l'impartialité en matière pénale : problème de cumul des fonctions de poursuite, d'instruction, et de jugement – La matière pénale, peut-être plus que toute autre, implique un respect scrupuleux du principe d'impartialité, car la décision pénale influe directement sur la vie des justiciables pouvant aller jusqu'à les priver de liberté. La reconnaissance de ce principe est très importante puisque « dans le

---

[198] Cf. *supra* n°5.

[199] M.-A. FRISON-ROCHE, D. 1999, *Chron.*, « L'impartialité du juge », p.54, n°9.

domaine de la justice pénale, les garanties n'apparaissent jamais excessives[200] ». Le problème d'impartialité se pose notamment avec l'application du principe de séparation des autorités de poursuite, d'instruction et de jugement. L'appréciation de ce principe a connu des évolutions au fil de la jurisprudence européenne.

Dans un premier temps, la Cour européenne des droits de l'homme adoptait une position très protectrice des intérêts des justiciables puisque la seule apparence d'un risque de partialité était sanctionnée[201]. En conséquence, tout magistrat qui avait connu l'affaire à un titre ou à un autre, soit dans la poursuite, soit dans l'instruction, ne pouvait ensuite participer à la formation de jugement.

Puis, la Cour européenne a assoupli sa position en mettant fin à tout automatisme dans la constatation de l'impartialité. Désormais, le seul fait qu'un juge ait participé à l'instruction avant le jugement ne saurait suffire à caractériser le défaut d'impartialité. C'est alors à une étude de cas qu'il faut se livrer, afin de rechercher si « les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées[202] ». La position de la Cour n'a pas changé depuis, faisant du seul cumul de fonction une condition insuffisante à caractériser la partialité[203].

Cette jurisprudence propre à la matière pénale ne saurait être transposée *in extenso* à la matière civile en raison des particularités de chacun des deux contentieux. Un problème de cumul peut néanmoins être relevé.

121. – Particularité de l'impartialité en matière civile : cumul de fonctions différentes pour une même affaire – La matière civile ne vise pas à désigner un coupable ou un innocent même si, d'une certaine façon, cette vision manichéenne perdure

---

[200] J. VINCENT, S. GUINCHARD *et alii*, *Institutions judiciaires, Organisation, Juridiction, Gens de justice,* Paris, Précis Dalloz, 7ème édition, 2003, p.412, n°281.

[201] CEDH 1er octobre 1982, *Piersack c/ Belgique*, *op. cit.*

[202] CEDH 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, série A, n°154.

[203] Pour ex., CEDH 22 février 1996, *Bulut c/ Autriche*, Justices 1997-5, p.206-207, note G. COHEN-JONATHAN et J.-Fr. FLAUSS (Dans cet arrêt, la crainte du requérant que le tribunal ait manqué d'impartialité n'était pas justifiée) ; CEDH 28 octobre 1998, *Castillo Algar c/ Espagne,* Rev. sc. crim. 1999, p.403, note R. KOERING-JOULIN (La crainte du requérant était en l'espèce justifiée).

dans la mesure où un gagnant sera opposé à un perdant. Le juge civil reçoit pour mission principale de trancher un différend qui oppose deux parties. Dans l'exercice de cette mission, il peut être amené à suivre un dossier afin d'acquérir une connaissance approfondie de l'affaire. Il peut alors intervenir avant même que le procès ne débute. Ainsi, dans le cadre de la mise en état, le juge peut-il prendre un ensemble de mesures pour préparer ou préserver l'affaire qui sera ensuite jugée. La question de la partialité peut se poser, car il est possible d'imaginer qu'un juge qui prescrit des mesures avant tout procès, se forge déjà une opinion définitive sur l'affaire qu'il aura à juger au fond par la suite.

Pour autant, tout cumul de fonctions différentes ne saurait constituer en toute hypothèse un cas avéré de partialité. Il ne faut pas céder à cette « tendance contemporaine qui s'apparente à une sorte de frénésie, de fuite en avant et de chasse à la partialité[204] ».

Deux affaires jugées par la Cour de cassation témoignent parfaitement des difficultés liées à l'appréciation de cette qualité[205]. Dans la première affaire, *Société Bord Na Mona*, le juge avait d'abord accordé une provision sur le fondement de l'article 809 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile. Puis, il avait eu à connaître de l'affaire au fond. Dans la seconde, *M. Guillotel,* un juge des référés avait ordonné une mesure conservatoire avant d'être saisi du fond de l'affaire. A première vue, le simple fait d'avoir pris une décision avant le procès au fond ne constitue pas une entorse au principe d'impartialité.

La Cour de cassation a dû prendre en compte les circonstances précises dans lesquelles les différentes décisions ont été prises[206]. Elle a alors reconnu un manquement

---

[204] S. GUINCHARD, M. BANDRAC, M. DOUCHY *et alii, Droit processuel Droit commun et droit comparé du procès,* Paris, Précis Dalloz, 2ème édition, 2003, p.606, n°380.

[205] Ass. Plén. 6 novembre 1998, D. 1999, *Jurisp.,* p.1-7, concl. J.-F. BURGELIN et *Chron.*, p.53-57, note M.-A. FRISON-ROCHE.

[206] La CEDH partage la même méthode d'analyse effectuant pareillement une casuistique pointilleuse, cf. CEDH 6 juin 2000, *Morel c/ France,* D. 2001, *Chron.*, Ch. GOYET p. 328-331 ; *Somm. Comm.*, p.1062-1063, obs. N. FRICERO ; p. 1610-1612, obs. M-L NIBOYET.

au principe d'impartialité dans la première affaire mais pas dans la seconde[207]. Il est vrai que le juge des référés qui alloue une provision, doit nécessairement examiner le fond de l'affaire, puisque le Code lui impose de vérifier le caractère non sérieusement contestable de l'obligation. Le plaideur peut alors croire que le sort de l'affaire est déjà scellé et que le juge du fond ne se laissera plus convaincre par ses arguments. Mais, on peut pareillement considérer que lorsque le juge doit décider si la créance est fondée en son principe pour ordonner une mesure conservatoire, il doit pareillement avoir un regard sur le fond de l'affaire. Selon la Cour de cassation, l'implication est bien moindre au point de ne pas retenir un manquement au principe d'impartialité dans ce cas.

122. – L'importance de l'apparence – Il ressort de cette jurisprudence que l'impartialité doit non seulement être avérée mais, elle nécessite en outre, une extériorisation. Les plaideurs doivent en effet avoir l'impression que ce principe est respecté. Ainsi, l'adage anglo-saxon "*Justice must not only be done, it must also be seen to be done*[208]" prend ici tout son sens. Si la réalité de l'impartialité est primordiale, les apparences sont également très importantes. En effet, si la justice n'apparaît pas objectivement comme ayant été rendue de manière impartiale, le procès équitable ne peut être reconnu.

123. – Les incohérences de la distinction entre impartialité objective et impartialité subjective – Si la distinction posée par la Cour européenne des droits de l'homme permet une protection accrue des justiciables, elle n'est pas exempte de toute critique. En effet, les exemples qui sont traditionnellement cités pour illustrer l'impartialité objective et que nous avons relatés, relèvent à notre sens, de l'impartialité subjective. Le cumul des fonctions (en matière pénale ou civile) peut aboutir au sentiment

---

[207] Voir la position de CAA Paris statuant sur la possibilité pour un magistrat ayant pris une mesure conservatoire ordonnant le sursis à exécution d'une décision, de statuer ensuite au fond ; CAA Paris 21 octobre 1999, *Territoire de la Polynésie française*, AJDA 2000, p.233, note Ch. LAMBERT.

[208] Bien qu'aucune traduction ne reflète parfaitement le sens de la formule, il est possible d'en avancer une : la justice doit non seulement être rendue, mais elle doit en outre en donner l'apparence. Une autre traduction a été proposée : « il ne suffit pas que la justice soit rendue, encore faut-il que chacun se rende compte qu'elle l'a été », S. GUINCHARD, M. BANDRAC, M. DOUCHY *et alii, Droit* processuel, *op. cit.*, p.574, n°363.

que le juge a d'ores et déjà établi son opinion, qu'il a des préjugés. Or, c'est la définition même de l'impartialité subjective.

Par ailleurs, pour que soit caractérisée l'impartialité subjective, il faut se fonder sur des éléments eux-mêmes objectifs, c'est-à-dire la prise en compte des apparences. Il faut bien que le préjugé s'extériorise pour que la partialité soit révélée.

La distinction entre l'impartialité objective et subjective n'est donc pas pleinement convaincante. Il est possible de lui substituer celle d'impartialité personnelle ou fonctionnelle[209], qui semble plus satisfaisante. La première renverrait alors aux cas de récusation notamment prévus à l'article 341 du nouveau Code de procédure civile, alors que la seconde s'attacherait à décrire les situations dans lesquelles un juge a précédemment connu de l'affaire.

L'impartialité et l'indépendance constituent en définitive le socle d'une bonne justice, les piliers du droit au procès équitable, et non pas seulement des simples garanties procédurales. Elles sont de l'essence même de la fonction du juge. Mais le procès équitable ne saurait se limiter à ces deux composantes fondamentales. Il se décline en un ensemble de mesures entourant la décision de justice.

§2 Les garanties du procès équitable entourant la décision de justice

124. – Plan – Le droit au procès équitable se manifeste tout au long de la prise de décision par le juge. Dès le début de la procédure, c'est le principe de la publicité qui est imposé (A). Puis, ce sont les principes de la contradiction (B), de célérité (C) et de motivation (D) qui doivent être respectés.

---

[209] Cette distinction est proposée par M. GUINCHARD *et alii, Droit et pratique de la procédure civile, op. cit.*, p.475, n°2133.

A. Principe de publicité

125. – Principe posé par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et relayé par le droit français – « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue...*publiquement* » précise l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Si ce principe connaît un regain d'intérêt aujourd'hui par l'application du droit européen, sa reconnaissance par le droit national est également affirmée (1). Des limites devront par ailleurs être fixées (2).

1. Affirmation du principe de publicité

126. – Principe de publicité reconnu en droit interne – Parmi les principes directeurs du procès, le nouveau Code de procédure civile pose celui de la publicité des débats[210]. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs érigé le principe de publicité des débats judiciaires en principe général du droit[211]. Il est à noter que le principe inverse a longtemps prévalu devant les juridictions administratives. Le Conseil d'Etat affirmait en effet que la publicité n'était exigée « qu'à la condition qu'un texte législatif ou réglementaire impose l'observation de cette règle de procédure[212] ». Peu à peu, des textes sont intervenus pour prescrire la publicité, et c'est aujourd'hui l'article L.6 du Code de justice administrative qui l'impose.

127. – Principe de publicité reconnu en droit européen – Le principe de publicité a été posé dans le cadre des Nations Unies à l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. Ainsi, « toute personne a droit en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal, indépendant et impartial qui décidera soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». La formule a été

---

[210] Article 22 et 433 NCPC.

[211] CE 4 octobre 1974, *Dame David,* Rec. p. 464, concl. GENTOT ; JCP G 1975, II, 177967, R. DRAGO.

[212] CE 16 mars 1883, *Ministre de l'instruction publique,* Rec. 285, concl. MARGUERIE ; CE 4 octobre 1967, *Wattelbled,* Rec. p.351.

reprise presque à l'identique par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme du 4 novembre 1950 à l'article 6§1, et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 à l'article 14§1[213]. C'est bien sûr grâce à l'article 6§1 de la Convention que le principe de publicité a accédé à la notoriété. La Cour européenne des droits de l'homme précise d'ailleurs régulièrement l'intérêt de ce principe qui, selon elle, protège les justiciables contre une justice secrète et préserve la confiance dans les institutions judiciaires. Par la transparence qu'il engendre, il contribue au développement du procès équitable.

Il ressort de ces développements que le droit interne, comme le droit européen, reconnaissent largement l'application du principe de publicité, véritable témoin de la qualité et de la lisibilité de la justice. Mais, comme tout principe, celui de la publicité connaît des atténuations.

2. Atténuations au principe de publicité

128. – Atténuations prévues par les textes européens – L'article 14§1 du pacte international énonce que « le huis-clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès, soit dans l'intérêt des bonnes mœurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire, lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire, la publicité nuirait aux intérêts de la justice ».

Pareillement, l'article 6§1 précise que si le jugement doit être rendu publiquement, « l'accès à la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

---

[213] Le Pacte international n'effectue qu'un seul ajout précisant que le tribunal devait certes, être indépendant et impartial, mais en plus compétent.

Ici encore, la similitude des formules mérite d'être relevée. Elle témoigne de la volonté de limiter l'absence de publicité à des circonstances particulières. Et, si le principe de publicité est posé dans l'intérêt de la justice, l'absence de publicité répond à cette même préoccupation. C'est la préservation des droits des justiciables ou de la société qui est évoquée pour justifier l'absence de publicité. Ces atténuations se retrouvent pareillement en droit interne.

129. – Atténuations prévues par le droit interne – La loi française prévoit pareillement que la publicité peut être écartée en certaines circonstances. Parfois, elle exige que les débats se tiennent en chambre du conseil[214]. Parfois, elle ne l'impose pas, proposant seulement de recourir au huis-clos lorsque les parties en font la demande ou lorsque le juge l'estime utile[215].

Malgré ces atténuations, il y a toujours la volonté du législateur de mettre en place la plus grande transparence de la justice. Ce n'est que lorsque la publicité engendrerait plus de désordres dans la société ou dans les relations entre les plaideurs, qu'il permettra d'y déroger. Le principe de publicité constitue donc une règle de procédure fondamentale, qui permet au procès équitable de se développer. Il apporte en effet une transparence et permet à la justice de s'extérioriser.

Si ce principe est indispensable, il ne suffit cependant pas à inspirer une totale confiance. Les justiciables doivent avoir, sinon la certitude, du moins le sentiment, qu'ils sont entendus de manière égalitaire tout au long de la procédure publique. C'est un débat contradictoire qui doit alors s'instaurer entre les plaideurs.

---

[214] Le principe est posé de manière générale aux articles 22 et 433 NCPC. Des applications sont faites en matière gracieuse (art. 434 NCPC), de divorce et séparation de corps (art.248 et 298 C. civ.), d'autorité parentale (art. 1189 NCPC), de tutelle (art. 1213 et 1251 NCPC). Il est à noter que le Code de justice administrative ne mentionne pas la possibilité d'aménager le principe de publicité, et c'est donc au Conseil d'Etat qu'il appartiendra de se prononcer l'absence de publicité en fonction des circonstances.

[215] L'article 435 NCPC prévoit que les débats pourront avoir lieu en chambre du conseil « s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si les parties le demandent ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice ».

B. Principe de la contradiction

130. – Précision terminologique – Selon les ouvrages, les auteurs emploient des formules très proches, mais non identiques, pour qualifier ce principe. Le principe du contradictoire[216] laisse parfois place à celui de la contradiction[217], sans que le contenu même de la notion n'évolue véritablement. Selon un auteur, le principe du contradictoire n'est qu'une « expression bizarre empruntée au langage de la doctrine et de la pratique en procédure civile[218] ». Pourtant, le nouveau Code de procédure civile mentionne expressément à l'article 16 que « le juge doit, en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le *principe de la contradiction* ». Cet article figure d'ailleurs dans une section intitulée « *la contradiction* ». Seule cette terminologie devrait être retenue. Il semble pourtant que « si ces termes ont été préférés, dans le texte, au « principe du contradictoire », c'est de peu et sans exclusive, parce qu'ils ont valeur de définition (le procès est la contradiction, et la justice juridiction dans la contradiction)[219] ».

131. – Respect des droits de la défense – Si l'on envisage les textes européens des Nations Unies ou la Convention européenne des droits de l'homme, il n'est fait aucune mention ni du principe du contradictoire, ni de la contradiction. Ils visent plus volontiers le respect des droits de la défense. Il est évident que les différentes formules posent des exigences très proches. Il s'agit toujours de proposer l'instauration d'un débat, d'un dialogue entre les plaideurs. Chaque partie doit être en mesure de connaître la position de l'autre pour pouvoir se défendre, et lui répondre le plus justement possible. C'est une manifestation essentielle du droit au procès équitable, car ce principe contribue à maintenir ou à créer un équilibre entre les parties.

---

[216] Cf. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé,* Paris, Litec, 4ème édition, 2004, p.375, n°664 ; M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire,* Thèse Paris II, 1988.

[217] Cf. S. GUINCHARD, M. BANDRAC, M. DOUCHY *et alii, Droit processuel, op. cit.* p.692-693, n°439.

[218] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif,* Paris, Domat droit public, Montchrestien, 9ème édition, 2001, p.758, n°960.

[219] G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Etudes offertes à Pierre Bellet,* Paris, Litec, 1991, p.94.

Pour notre part, nous considérons que le respect des droits de la défense implique une approche unilatérale, dirigée vers le seul défendeur. Or, le dialogue entre les plaideurs doit s'effectuer dans les deux sens, et aussi longtemps que l'échange doit durer. Ce n'est pas de toute évidence, à un « double monologue » auquel le juge doit assister en qualité de spectateur. Pour caractériser au mieux l'état d'esprit qu'implique le procès équitable, ce sont les expressions « principe du contradictoire » ou « de la contradiction » qui seront utilisées indistinctement.

132. – Importance du principe de la contradiction dans le cadre du procès – Ce principe, qui a vocation à mettre les parties sur un pied d'égalité, est indispensable pour que les justiciables acceptent de porter leurs différends devant les juridictions. Cet élément est donc fondamental à la construction de la notion d'action en justice. Ainsi, la juridiction n'a de raison d'être, que si elle permet aux parties de s'exprimer et de confronter leurs points de vue respectifs. Si elles ont l'impression de n'avoir été ni entendues, ni écoutées, elles n'auront aucune confiance dans la décision de justice qui sera rendue. C'est en définitive l'exécution de cette décision, et même l'efficacité de la justice, qui seront remises en cause. Une fois encore, l'adage « *justice must not only be done, it also must seen to be done* » mérite d'être cité.

Le principe du contradictoire n'impose certes pas un dialogue courtois, mais plutôt une conversation forcée. Il permet d'abord à chacune des parties de comprendre ce que l'autre souhaite ou lui reproche. Une fois la période de découverte et d'approche achevée, il sera possible de préparer une réponse pour pouvoir se défendre, et avancer ses exigences. Ce principe ne peut jouer pleinement son rôle, que si les parties ont le sentiment que le juge a pris en compte ce dialogue pour fonder sa décision. Donc, s'il doit veiller à faire respecter le principe du contradictoire, il doit en outre le respecter lui-même. Par l'obligation qu'il a de motiver ses décisions, les parties pourront constater si ce principe a été pleinement respecté.

C. Nécessaire motivation des décisions de justice[220]

133. – Contrôle de l'activité du juge – Pour que les différents principes procéduraux garantis notamment par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme prennent tout leur sens, encore faut-il que les parties puissent comprendre la décision de justice. Pour savoir si le juge est véritablement impartial et indépendant, s'il a respecté et fait respecter le principe du contradictoire, la décision de justice doit être accessible. Celle-ci doit donc être motivée, afin de favoriser une meilleure compréhension de la solution qui est imposée aux parties, et qu'elles n'ont pas choisie. Les plaideurs doivent analyser les raisons pour lesquelles leurs demandes n'ont pas abouti, afin de mieux accepter la situation nouvellement créée. L'exécution de la décision sera, sinon spontanée, au moins facilitée.

La motivation constitue donc un élément central du droit au procès équitable, non seulement parce qu'elle permet de contrôler l'activité du juge, mais en outre, parce qu'elle participe à une meilleure compréhension de la décision rendue.

Un dernier élément mérite d'être analysé au titre des conséquences du procès équitable sur la procédure elle-même. Il s'agit du respect du principe de célérité.

D. Principe de célérité

134. – Délai raisonnable – Ce principe connaît un regain d'intérêt depuis quelques années, sous l'impulsion de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui impose le respect d'un délai raisonnable. A l'heure où les lenteurs de la justice sont fréquemment dénoncées et les prétoires toujours plus encombrés, cette exigence semble de plus en plus difficile à respecter. Il est certain que le caractère raisonnable, terme flou et susceptible d'interprétations diverses, sera apprécié de manière subjective. Et, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle au fil de sa jurisprudence, que le délai raisonnable s'apprécie en fonction des circonstances de la

---

[220] Cf. A. BRUNET, « Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation », in *Etudes offertes à J. Normand « Justice et droits fondamentaux »*, Paris, Litec, 2003, p.51-60.

cause. Il s'agit alors d'envisager la complexité de l'affaire, le comportement du requérant, l'enjeu de la procédure, la matière du litige[221]. C'est donc une approche purement pragmatique qui est exigée. Seule l'appréciation au cas par cas permettra de relever si le délai peut être considéré comme raisonnable. Il faudra donc prendre en compte la procédure dans sa globalité pour en apprécier la durée.

Ce principe constitue une quête, un idéal pour accéder à une bonne justice, qui permettra aux justiciables de laisser plus volontiers le règlement de leurs différends aux juridictions. Il est certain qu'une situation conflictuelle mérite un traitement rapide pour éviter que les relations ne s'enveniment. Mais, ce n'est pas la précipitation qui est exigée, et l'impatience ne sera jamais un gage de bonne justice. Il faut alors trouver un juste milieu pour que le principe de célérité soit le plus justement appliqué.

135. – Conclusion du Chapitre I – La juridiction constitue la clé de voûte de la notion d'action en justice. Pourtant, sa définition suscite de nombreux débats doctrinaux et appelle des solutions jurisprudentielles diversifiées. Certains éléments doivent, à notre sens, faire partie de la définition de la juridiction. Ainsi, l'organe qui reçoit pour mission principale de trancher les litiges conformément au droit, par une décision dotée de l'autorité de la chose jugée et de l'*imperium*, peut être qualifiée de juridiction. Une conséquence indispensable pour les justiciables découle de cette qualification. Il s'agit du respect des garanties procédurales. Indépendance, impartialité, contradiction, publicité, motivation, célérité, constituent autant d'éléments réunis de manière commode sous le vocable de procès équitable, qui concourent à l'expression d'une bonne justice. Toutes ces garanties sont complémentaires, et leur association leur octroie une force supplémentaire.

La notion actuelle d'action en justice implique alors le respect de ce droit au procès équitable. Il faut toutefois relever que les différents éléments constitutifs de la juridiction suscitent de nombreuses interrogations, et supportent mal les évolutions sociétales. C'est toute la fonction juridictionnelle et donc la notion d'action en justice qui ressortent nécessairement affaiblies, et appellent à une réflexion d'ensemble.

---

[221] Pour des commentaires relatifs à la jurisprudence de la CEDH, S. GUINCHARD *et alii, Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, Dalloz action, 2002-2003, p.510 et suiv., n°2207 et suiv.

Chapitre II : Fragilité de la fonction juridictionnelle

136. – La juridiction, pilier central de la notion d'action en justice – La fonction juridictionnelle réside principalement dans la faculté de trancher les litiges conformément au droit, par une décision dotée de l'autorité de la chose jugée et de l'*imperium*. Pourtant, chacun de ces éléments pris isolément suscite de nombreuses interrogations. La fragilité de la fonction juridictionnelle peut être décelée dans la *jurisdictio* (Section I), et confirmée dans les effets de la décision du juge (Section II). Ainsi, la fonction juridictionnelle, qui se trouve au centre de la théorie de l'action en justice, ne jouit d'aucune stabilité qui devrait pourtant la caractériser. La vision renouvelée de l'action en justice doit prendre appui sur ces lacunes pour mieux les combler.

Section I : Fragilité décelée dans la *jurisdictio*

137. – Plan – Deux éléments, regroupés sous le vocable *jurisdictio*, composent la fonction juridictionnelle : le règlement des conflits, sur la base du droit. Ces composantes, pourtant essentielles, sont parfois inexistantes. Concernant la première, il faut envisager la place occupée par la matière gracieuse, dont la caractéristique majeure est précisément l'absence de litige (§1). Par ailleurs, le juge peut être amené à régler un conflit sans recourir au droit. La place de l'équité aux côtés du droit dans la fonction du juge ne saurait être niée (§2). Une réflexion d'ensemble sur la notion de *jurisdictio* doit donc être menée.

§1. La place du règlement des litiges dans la fonction juridictionnelle

138. – Plan – Si la fonction première du juge est de trancher les litiges (A), il ne faut pas en conclure hâtivement que cette mission constitue un élément stable de la juridiction, car la matière gracieuse, qui postule une absence de litige, ne saurait être éludée (B).

A. Le règlement des litiges, fonction principale de la juridiction

139. – La fonction de l'acte du juge – Si les parties saisissent un juge, c'est précisément parce qu'elles souhaitent mettre fin au différend qui les oppose, et ne parviennent pas à s'accorder seules. La présence d'un tiers au litige apparaît pour elles comme le seul et meilleur moyen pour y parvenir. Le juge doit donc tenter de résorber un contentieux entre deux personnes, et permettre alors un rapprochement de deux prétentions sinon antinomiques, du moins peu conciliables en l'état. Cette conséquence traditionnellement attachée à la juridiction et donc à l'action en justice, doit s'analyser plutôt comme un objectif à atteindre ou une conséquence souhaitée, que comme un effet inéluctable. La saisine d'un juge ne saurait en effet constituer une solution miracle, qui permettrait toujours d'aboutir à un règlement des différends. Parfois, c'est même l'inverse qui se produira, le procès exacerbant les oppositions. Les parties préfèreront alors se tourner vers d'autres modes de règlement des conflits[222]. Mais, de manière générale, le juge reste investi de la mission de trancher les litiges par application du droit. A cet égard, il est intéressant de s'arrêter sur le vocable employé. Ainsi, pour caractériser la mission du juge, on évoque fréquemment sa faculté de trancher les litiges.

140. – La violence de l'acte du juge – On peut alors relever « la violence que contient le verbe trancher qui rappelle que l'acte du juge est une décision et un acte d'autorité[223] ». Trancher évoque un acte sur lequel on ne revient pas, qui est définitif. Cette analyse appelle deux séries de remarques. Tout d'abord, il y a dans cette réflexion toutes les caractéristiques de la juridiction. En effet, le justiciable espère certes mettre fin à un différend, mais il souhaite également une décision dotée d'une autorité et d'une force particulière[224]. Seule une action en justice portée devant une juridiction semble pouvoir lui apporter cette pérennité dans l'acte de juger.

---

[222] Cf. *infra* n°182 et suiv.

[223] M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in *Jean Foyer auteur et législateur, leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer,* Paris, PUF, 1997, p.466, n°8.

[224] Ces éléments seront développés ci-après. Cf. *infra* n°162 et suiv.

Il faut noter en second lieu que cette réflexion témoigne très bien de la mission du juge. Cette faculté de trancher les litiges aboutit nécessairement à la désignation d'un vainqueur et donc d'un vaincu. Cette vision manichéenne du procès doit être prise en compte, car elle pose de nombreuses difficultés. Il y aura donc toujours une partie déçue par la décision du juge, qui ne la comprendra pas forcément, et qui ne l'exécutera pas nécessairement, ou en tout cas pas immédiatement. Par ailleurs, il n'y aura pas toujours de vainqueur, car la solution rendue ne satisfera pas toujours l'une des deux parties. C'est peut-être cette situation qu'il conviendra d'améliorer dans la vision renouvelée de la notion d'action en justice.

B. Le règlement des litiges, une fonction non exclusive

141. – Les actes gracieux et la fonction juridictionnelle – Si la fonction principale d'une juridiction est de trancher les litiges, elle ne constitue pas pour autant une fonction exclusive. En effet, le juge accomplit également des actes extérieurs à cette fonction principale et qui n'entrent pas, *a priori*, dans la catégorie des actes juridictionnels[225]. Par acte juridictionnel, il faut entendre « le terme scientifique employé pour caractériser certains actes (jugement, arrêt, sentence...) par opposition aux actes législatifs, réglementaires, administratifs, conventionnels ». Plus précisément, il s'agit de « l'acte par lequel une juridiction tranche une contestation au terme d'une procédure organisée et qui, pour toutes ces raisons, est revêtue de l'autorité de la chose jugée, acte de juridiction contentieuse[226] ». La matière gracieuse, dont les contours devront être précisés, mérite d'être étudiée en détail (1). Par ailleurs, la nature juridique de ces actes devra être déterminée (2). Il faut en effet se demander s'ils peuvent être rattachés à la fonction juridictionnelle. Si un acte gracieux peut être qualifié d'acte juridictionnel, il faudra en

---

[225] Il faut d'emblée exclure les actes d'administration judiciaire qui ont pour objet d'assurer le bon fonctionnement du service de la justice (répartition des affaires, fixation et organisation des audiences...) et le bon déroulement de l'instance (fixation des délais, décision de radiation, jonction et disjonction d'instance...). Ces actes ne peuvent évidemment pas être rattachés à la catégorie des actes juridictionnels.

[226] G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 8ème édition, 2000, p.494, v°*Juridictionnel.*

conclure que la faculté de trancher les litiges ne peut constituer un critère pertinent de qualification de la juridiction. Cette démonstration influencera nécessairement la notion d'action en justice, car la juridiction en constitue un élément fondamental.

1. Notion de matière gracieuse

142. – Les difficultés liées à l'appréhension de la matière gracieuse – L'étude de la matière gracieuse paraît complexe et difficile à appréhender. Car, « si la juridiction contentieuse est quelque chose de connue et simple... la juridiction gracieuse n'est pas une chose simple mais une chose complexe et multiple[227] ». « Fuyant comme le mercure, le gracieux en droit judiciaire privé tend à échapper à qui cherche à l'appréhender. Sa notion n'a jamais été clairement déterminée. Ses limites demeurent incertaines. La définition en varie selon les auteurs[228] ». Pour avoir une vision générale de la notion, le nouveau Code de procédure civile dégage les principaux éléments caractéristiques de la matière gracieuse.

143. – Caractéristiques principales de la matière gracieuse : absence de litige et nécessité légale de recourir au juge – L'article 25 du nouveau Code de procédure civile prévoit que « le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de tout litige, il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ».

Deux éléments caractérisent donc la matière gracieuse, l'un négatif, l'absence de litige, et l'autre positif, la nécessité légale de recourir au juge[229]. L'absence de litige

---

[227] PLANIOL, DP 1906, 1, 337, note sous Cass. Civ. 25 octobre 1905.

[228] G. WIEDERKEHR, « L'évolution de la justice gracieuse », in *Mélanges offerts à Pierre DRAI, Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p.483.

[229] Il est à noter que les rédacteurs du NCPC ont préféré le terme *absence de litige* à celui *d'absence de contestation.* Comme nous l'avons déjà relevé, le litige est employé pour désigner de manière générale un différend qui n'est pas encore porté devant un juge, alors que la contestation se produit devant un juge ; cf. *supra* n°33.

marque une scission nette entre le gracieux et le contentieux. Le juge n'intervient pas en matière gracieuse pour trouver une solution à un litige puisque, par définition, celui-ci n'existe pas. Il exerce un contrôle en autorisant, homologuant, ou désignant un séquestre par exemple. Il n'y a aucune résistance à la prétention venant d'une partie adverse, mais seulement du juge. Cet élément laisse à penser que les actes gracieux ne constituent pas des actes juridictionnels, car l'élément principal de la juridiction, le traitement des différends, fait précisément défaut.

Il faut alors se demander pourquoi saisir un juge alors que, par définition, aucun litige n'oppose les parties. C'est là qu'intervient le second élément de la définition de la matière gracieuse. C'est le législateur qui, dans un souci de protection d'une personne ou de l'ordre public, rend nécessaire l'intervention d'un juge. Ce dernier contrôle l'action du requérant, afin de protéger ses droits comme ceux des tiers, et veille au respect de l'ordre public. L'article 25 du nouveau Code de procédure civile prévoit ainsi que la nature de l'affaire et la qualité du requérant peuvent justifier un tel contrôle par le juge. Concernant la nature de l'affaire tout d'abord, il est possible de citer par exemple les procédures de divorce sur demande conjointe[230], en rectification d'état civil[231]. Quant à la qualité du requérant, il s'agit de matières où l'état de supériorité d'un requérant risque de nuire à autrui. Ainsi en est-il des procédures en déclaration d'absence[232], ou en homologation d'un changement de régime matrimonial[233]. Dans toutes ces hypothèses, le juge intervient non pas pour trancher un litige, mais pour le prévenir, jouant ici un rôle protecteur. Il n'est pas possible alors de suivre la doctrine traditionnelle qui enseignait que le juge exerçait là son seul pouvoir d'autorité, son *imperium* à l'exclusion de la *jurisdictio*. Il apparaît que, même si le juge n'a pas de litige à trancher, il dit le droit en accordant ou refusant la mesure sollicitée. Que les faits soient litigieux ou non, la fonction du juge reste identique : il a l'obligation de les appréhender au regard du droit[234].

---

[230] Art. 1088 NCPC.

[231] Art. 1051 NCPC.

[232] Art. 1067 NCPC.

[233] Art. 1301 NCPC.

[234] Sur la place du droit dans la fonction juridictionnelle, cf. *infra* n°151 et suiv.

144. – Absence de qualification des actes gracieux dans le nouveau Code de procédure civile – La définition proposée par l'article 25 du nouveau Code de procédure civile est dépourvue d'équivoque. Un élément fait pourtant défaut : aucune précision n'est donnée quant à la qualification des actes gracieux. Il faut alors se demander s'il est possible de les qualifier d'actes juridictionnels. Si la réponse est positive, il faudra en conclure qu'une juridiction n'a pas pour fonction exclusive de trancher les conflits. En revanche, une réponse négative permettra d'affirmer l'importance de la fonction de règlement des différends au sein de la juridiction.

2. Qualification des actes gracieux

145. – Qualification variée proposée par la doctrine – La doctrine est partagée quant à la qualification à adopter, certains optant pour une qualification d'acte juridictionnel (a), d'autres excluant cette qualification (b), d'autres enfin adoptant une position hésitante (c). Ces différentes positions sont toutes pour le moins convaincantes, rendant ainsi difficile le choix d'une qualification. C'est en définitive la notion de juridiction, et donc de l'action en justice, qui est alors obscurcie.

a. Exclusion du caractère juridictionnel pour les actes gracieux

146. – Position de la doctrine classique – Si les actes gracieux excluent tout caractère juridictionnel, il faut en conclure que seule la juridiction contentieuse peut être qualifiée de juridiction. Selon Planiol, le terme de juridiction gracieuse vient du fait que « l'autorité judiciaire qui possède le pouvoir de juger, a reçu en même temps d'autres attributions de nature toute différente auxquelles on a donné, par une extension injustifiée, le nom de juridiction parce qu'elles appartiennent à des juges ; mais tout le monde sent bien que ce n'est pas son pouvoir de juger que le juge exerce en les faisant[235] ». Il y aurait en quelque sorte un abus de langage dans l'expression *juridiction gracieuse*, et il ne

[235] PLANIOL, D. 1906, p.337, col. 1.

faudrait pas l'assimiler à la juridiction contentieuse. Bien qu'effectués par un juge, les actes gracieux ne pourraient donc recevoir la qualification d'acte juridictionnel.

Pour Vizioz et Raynaud, « la fonction juridictionnelle suppose une situation contentieuse, un litige, c'est-à-dire un conflit qui s'élève sur l'application de la loi dans un cas concret et qui résulte de ce que cette application est contestée ou incertaine[236] ». Selon eux, « pour qu'un acte ait le caractère d'un véritable acte juridictionnel et en produise les effets spécifiques, ni l'intervention d'un juge public (point de vue organique), ni l'existence d'une procédure contradictoire (point de vue formel), ne suffisent ; il faut encore et surtout que le juge constate le droit d'un cas concret litigieux[237] ». Ainsi, un acte gracieux, qui par définition implique une absence de litige, ne peut être qualifié d'acte juridictionnel, même s'il est accompli par un juge.

147. – Position de la doctrine moderne – M. Couchez affirme que les décisions rendues en matière gracieuse sont des actes non juridictionnels, même si elles se rapprochent davantage de l'acte de juridiction que de simples mesures d'administration judiciaire. Puis, il précise fermement son point de vue, car selon lui, « il semble légitime de parler indifféremment de décisions contentieuses ou juridictionnelles[238] ». Pour l'auteur, juridiction et règlement des conflits sont donc liés. Les actes gracieux ne peuvent donc être qualifiés d'actes juridictionnels, car ils n'apparaissent qu'en dehors de tout litige.

C'est en définitive, M. d'Ambra qui soutient avec le plus de force l'idée selon laquelle les actes gracieux ne sont pas des actes juridictionnels. Comme une mise en garde, elle affirme qu'« il peut paraître dangereux de reconnaître à la décision gracieuse le

---

[236] H. VIZIOZ et P. RAYNAUD, Jurisprudence française en matière de procédure civile, RTDciv. 1948, p.95.

[237] *Ibid.*

[238] G. COUCHEZ avec la collaboration de J.-P. LANGLADE, D. LEBAU, *Procédure civile,* Paris, Dalloz, 1998, p.424, n°1155.

caractère juridictionnel, avec toutes les conséquences qui s'y attachent[239] ». Selon cette auteur, la matière gracieuse ne permet pas au juge d'exercer pleinement sa fonction de juge. L'acte gracieux constitue en fait « un acte hybride très proche de l'acte juridictionnel[240] ». Il apparaît clairement que la fonction juridictionnelle consiste uniquement à trancher les litiges et non à les prévenir[241]. La simple absence de conflit suffit donc à exclure la qualification d'acte juridictionnel.

Il est à noter que les auteurs qui refusent de qualifier les actes gracieux d'actes juridictionnels, prennent soin de ne jamais associer les termes *juridiction* et *gracieux*. Ils préfèrent alors les termes de matière gracieuse[242], de procédure gracieuse[243].

Cette position qui rejette la qualification d'acte juridictionnel aux actes gracieux, aboutit à une conclusion évidente : la fonction de la juridiction est de régler les conflits, et il s'agit là d'un critère fiable de qualification. L'action en justice s'analyse alors uniquement comme l'acte juridique visant à trancher les différends. Pourtant, de nombreux auteurs adoptent une position opposée.

b. Reconnaissance du caractère juridictionnel aux actes gracieux

148. – Unité fondamentale du contentieux et du gracieux – Pierre Hébraud pose le principe selon lequel « les différences entre juridiction gracieuse et juridiction

---

[239] D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, thèse, Strasbourg 1991, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 236, 1994, p.292.

[240] D. D'AMBRA, *op. cit.*, p.293. Il faut relever la proximité nécessairement entretenue entre matière gracieuse et acte juridictionnel.

[241] Il paraît alors paradoxal de trouver sous la plume de cet auteur les termes « juridiction gracieuse », alors qu'il combat l'idée du caractère juridictionnel des actes gracieux. Cf. *op, cit.*, p.292.

[242] H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé,* Tome III, Paris, Sirey, 1991, p.1040, n°1236. Ces deux auteurs énoncent très nettement cette précaution : « le mot juridiction, utilisé ici pour caractériser les activités non contentieuses du juge, est d'autant plus mal choisi que le juge, on le verra, n'exerce pas un véritable pouvoir de juridiction », *Droit judiciaire privé,* Tome I, Paris, Sirey, 1961, p.443, n°482.

[243] G. COUCHEZ *et alii*, *Procédure civile, op. cit.*, p.288, n°757.

contentieuse, qui sont de degré plus que de nature, recouvrent une unité substantielle : il s'agit toujours de protéger les intérêts privés en les plaçant sous la tutelle du droit[244] ». La juridiction gracieuse apparaît alors comme le prolongement logique de la juridiction contentieuse. Malgré des différences matérielles[245], la complémentarité entre les deux formes de juridiction ne saurait être niée.

D'autres auteurs ont rallié cette position. Ainsi, MM. Croze et Morel estiment que la seule absence de litige ne saurait suffire à l'exclure de la matière juridictionnelle[246].

Jacques Héron voit pareillement « une unité fondamentale du contentieux et du gracieux[247] ». Le critère matériel tiré de l'existence d'un litige ne saurait constituer un critère pertinent de l'acte juridictionnel. Pour étayer son analyse, Jacques Héron se réfère à la théorie développée par la doctrine italienne, qui voit la spécificité de l'acte du juge dans le fait qu'il est tiers, étranger à la cause. Sa présence en tant que tiers procure à ses actes la qualité d'acte juridictionnel. Il conclut en précisant qu'« affirmer que le jugement gracieux n'est pas juridictionnel revient à dire qu'en examinant la demande qui lui est soumise, le juge fait seulement semblant d'être juge mais qu'en réalité son activité est purement administrative[248] ».

MM. Cadiet et Jeuland considèrent également qu'il est contestable de faire du litige ou de son absence un critère pertinent de l'acte juridictionnel ; il est préférable de centrer la qualification sur l'application du droit au juge, ce qui inclut matière gracieuse et contentieuse. Il y a alors « une symbiose, [...] une osmose[249] » du contentieux et du gracieux.

---

[244] P. HEBRAUD, D 1946, *Légis.*, p.334.

[245] *Ibid.*

[246] H. CROZE et Ch. MOREL, *Procédure civile,* Paris, PUF Droit fondamental, 1988, p.66, n°57.

[247] J. HERON par Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé,* Domat Droit privé, Montchrestien, 2ème édition, 2002, p.199, n°269.

[248] *Ibid.*

[249] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé,* Paris, Litec, 4ème édition, 2004, p.78, n°113.

Ces auteurs qui reconnaissent le caractère juridictionnel aux actes gracieux, n'hésitent pas alors à employer le terme de *juridiction gracieuse*[250].

Ces deux premières positions développées sont antinomiques, et aucune conciliation ne semble possible. Certains auteurs ont eu des difficultés à choisir la qualification des actes gracieux.

c. Position hésitante

149. – Absence de qualification précise – Face à la richesse des positions doctrinales, certains auteurs n'ont adopté aucune position précise quant à la qualification des actes gracieux. Ainsi, MM. Solus et Perrot considèrent « qu'aucun des deux systèmes n'est pleinement satisfaisant [...] Il manque dans le Code une réglementation d'ensemble sur cette question[251] ». Ils envisagent la possibilité d'organiser un régime autonome des actes gracieux qui serait spécialement adapté à leur nature particulière.

Mme Bandrac considère, quant à elle, que « l'unité fondamentale de la fonction gracieuse paraît en tout cas difficile à admettre, de même que son caractère juridictionnel[252] ». Cette réflexion marque clairement la difficulté à qualifier les actes gracieux. Le problème n'est donc pas réglé, et aucune solution de principe ne peut être trouvée.

150. – Vers un dépassement de la distinction entre le gracieux et le contentieux – Ces positions doctrinales très diversifiées n'apportent pas de réponse

---

[250] Sans dresser un inventaire à la Prévert, on peut citer P. HEBRAUD, D. 1946, *Légis.*, p.333 ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile,* Paris, Thémis Droit privé, PUF, 1996, p.126, n°21 ; J.-L. BERGEL, D. 1983, *Chron.*, p.153 ; D. LE NINIVIN, Y. DESDEVISES, J.-M. LEMASSON, Jurisclasseur Procédure III, 2003, Fasc. 115, 116, 117.

[251] H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé,* Tome I, Paris, Sirey, 1961, p.466, n°501.

[252] M. BANDRAC, « De l'acte juridictionnel et de ceux qui ne le sont pas », in *Mélanges offerts à Pierre DRAI, le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p.171-183, spéc. p.180, n°8.

unique à la question de la qualification des actes gracieux. Toutes ces démonstrations, bien que contradictoires, semblent pourtant convaincantes. Il est alors difficile d'avancer une opinion. La notion d'action en justice s'en trouve nécessairement affaiblie. En effet, la notion de juridiction, élément central de l'action en justice, est fragilisée. Une composante fondamentale de la juridiction, le règlement des différends, fait précisément défaut en matière gracieuse. Aucune définition uniforme de la notion de juridiction ne peut être trouvée en doctrine. Tout dépend en effet de la place accordée au règlement des conflits.

Il faut peut-être alors se demander pourquoi cette fonction gracieuse a été confiée à un juge. Car, s'il est unanimement reconnu que la fonction principale du juge est de trancher les litiges, pourquoi lui adjoindre une autre fonction exclusive de tout litige. « En somme, puisqu'on dispose de gens sérieux et qualifiés auxquels leur vrai travail laisse des loisirs, profitons-en pour leur confier des tâches, certes accessoires pour eux, mais que grâce à leur savoir et à leur habitude de la décision, ils rempliront à merveille[253] ». L'ironie de cette réflexion mérite que l'on s'y attarde. Il est évident que les fonctions gracieuses n'ont pas été confiées à un juge parce qu'il est, parmi les agents publics, le plus apte à s'occuper des questions relevant du droit privé. Si le juge s'est vu confier cette tâche, c'est justement pour imprimer aux actes gracieux ce caractère juridictionnel. L'admission progressive des voies de recours en matière gracieuse, le dessaisissement du juge et l'autorité de la chose jugée[254], prônent pour l'admission de la qualification d'acte juridictionnel.

Et, s'il est exact que la matière gracieuse présente certains particularismes la rendant, au premier abord, différente de la matière contentieuse, il est beaucoup moins évident de séparer complètement les deux notions. Aussi, la frontière traditionnelle entre le gracieux et le contentieux peut-elle s'estomper au profit d'une nouvelle distinction entre le juridictionnel et le non juridictionnel. La matière gracieuse serait intégrée comme la matière contentieuse au juridictionnel. Cette position aurait le mérite de la simplicité, et la notion de juridiction serait entendue largement. Elle ne serait pas limitée au seul règlement

---

[253] G. WIEDERKEHR, « L'évolution de la justice gracieuse », in *Mélanges offerts à Pierre DRAI, op. cit.*, p.484.

[254] Encore que ces deux derniers éléments soient contestés aux décisions gracieuses par les auteurs qui refusent de voir dans les actes gracieux des actes juridictionnels.

des différends, mais comprendrait également les actes de matière gracieuse. La notion d'action en justice serait alors élargie.

Cette faculté de trancher les litiges ne saurait en définitive constituer un critère fiable de qualification de la juridiction. Souvent associée à la nécessité pour le juge de se conformer au droit, l'ensemble forme alors la *jurisdictio*. De nouvelles interrogations se posent alors.

§2. Les limites d'un règlement des litiges sur la base du droit

151. – Plan – La faculté de trancher les litiges reconnue au juge dans certaines situations est traditionnellement associée à la nécessité de statuer en droit. C'est l'importance du droit qui est ici mise en avant (A). Ici encore, cette notion ne saurait constituer un critère fiable de qualification de la juridiction, car la place de l'équité dans la fonction du juge ne saurait aujourd'hui être occultée (B).

A. Importance du droit dans la fonction juridictionnelle

152. – Les contours de la *jurisdictio* – Si le juge reçoit pour mission principale de trancher les différends, il doit en outre le faire sur la base du droit. Cette seconde conséquence attachée à la qualité de juridiction apparaît très floue, et s'obscurcit un peu plus par la terminologie latine employée habituellement en doctrine : la *jurisdictio*[255]. En droit romain, le terme désignait tout à la fois, une juridiction, le pouvoir de rendre une décision de justice, l'action de la rendre, la compétence et l'autorité. Il s'agissait là d'un concept à géométrie variable, au contenu si large qu'il ne représentait rien en définitive.

---

[255] J. MOURY a étudié cette notion dans un article intitulé « De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* », in *Nouveaux pouvoirs, nouveau juges, Mélange en l'honneur de Roger PERROT*, Paris, Dalloz, 1996, p.299-311.

Aujourd'hui, les contours de la notion se sont affinés pour devenir un peu plus précis. La *jurisdictio* recouvre le pouvoir qui appartient au juge, saisi d'une contestation, d'y mettre fin en appliquant la règle de droit appropriée. Le juge met donc un terme à une situation conflictuelle en disant sa conformité ou non au droit (par opposition à l'équité). Ainsi, l'article 12 du nouveau Code de procédure civile précise que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

153. – L'apport de la *jurisdictio* – Le justiciable bénéficie donc d'une certaine sécurité juridique : il connaît, par avance, les règles de droit qui sont applicables à son litige (sauf le cas où la règle de droit elle-même est modifiée par le législateur). Et même si les juges français ne fondent pas leurs décisions sur la règle des précédents, il existe une certaine permanence dans le fondement de leurs jugements et arrêts. Il restera le cas particulier, mais non marginal, des revirements de jurisprudence, où cette constance est brisée. La sécurité juridique laisse sa place à l'évolution jurisprudentielle. Cependant, même dans cette situation, le litige sera toujours tranché sur la base du droit positif.

Si la *jurisdictio* peut constituer en certaines hypothèses un critère de qualification de la juridiction, elle ne peut en revanche être présentée comme un élément constitutif fiable, car l'équité a fait son entrée dans la fonction du juge.

B. Place de l'équité dans la fonction juridictionnelle

154. – Notion protéiforme – L'équité renvoie communément à l'idée de justice naturelle et d'équilibre. Dès que l'on approfondit la notion afin de proposer une définition juridique, les difficultés se multiplient. Considérée comme « un concept élastique[256] », l'équité est donc une notion souple, malléable à souhait, qui entretient une part de mystère mélangée à un sentiment de rejet et de méfiance.

Trois sens peuvent être dégagés : « l'équité est d'abord une notion abstraite, philosophique ; en ce sens, elle est le fondement même du droit. Elle est ensuite, de façon concrète, une référence qui parait de temps à autre, et de moins en moins, dans le droit

---

[256] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 3ème édition, 1998, p.200, n°185.

positif, où elle fait figure de source secondaire du droit. Enfin, elle est parfois, dans les textes ou dans la pratique un correctif exceptionnel du droit[257] ». Ainsi, l'équité se rapproche-t-elle, en un sens, de la justice au sens large, mais elle mérite alors un E majuscule. Cette forme d'équité ne saurait être crainte.

L'équité peut être utilisée par le juge au lieu et place du droit, notamment lorsque son application stricte risque d'aboutir à des injustices flagrantes. *Summum jus, summa injuria.* La règle de droit, élaborée dans l'abstrait, peut se trouver source d'injustice en pratique. Deux situations doivent être distinguées selon que l'équité est objective ou subjective. Dans la première hypothèse, l'équité permet de contourner la règle de droit devenue trop rigide, en l'adaptant aux transformations de la société. Elle se rapproche alors de *l'Equity,* présente en Angleterre, dont la fonction première est de tempérer la rigueur de la *Common Law*[258]. Quant à l'équité subjective, elle intervient seulement pour assouplir une situation précise, concernant un cas d'espèce particulier[259]. La règle de droit pourra alors être écartée ou seulement aménagée, en prenant en compte les circonstances individuelles de l'affaire.

155. – Les risques d'un recours à l'équité – S'il apparaît que l'équité peut être utilisée pour pallier la dureté de la loi, elle peut néanmoins engendrer des dérives, presque inévitables. A s'en tenir à des considérations de pure opportunité pour trancher des différends, les décisions ainsi rendues peuvent être incertaines, et devenir arbitraires. Il existe alors autant de conceptions de l'équité que d'hommes qui rendent la justice. L'adage venu de l'Ancien Régime « Dieu nous garde de l'équité des Parlements[260] » en est une excellente illustration. Les soupçons d'arbitraire se sont transformés en abus

---

[257] G. BRAIBANT, « Nouvelles réflexions sur les rapports du droit et de l'équité », RFDA 1992, p.687.

[258] Cf. J. BELL, « L'équité dans la justice anglaise : perspectives théoriques », p.123-135, in *L'équité dans le jugement,* Paris, L'Harmattan, 2003, 216 pages, dir. M.-L. PAVIA.

[259] Le Président Magnaud de Château-Thierry se rendit célèbre en ayant recours à cette forme d'équité pour juger.

[260] H. ROLAND et L. BOYER, *Adages en droit français*, Paris, Litec, 4ème édition, 1999, p.163, n°93.

véritables, et la faculté de statuer en équité a été retirée aux Parlements[261], car elle était synonyme d'injustice, et finalement d'iniquité.

156. – Exclusion de principe de l'équité dans le cadre de la juridiction – Ce principe d'exclusion de l'équité a été constamment réaffirmé. Aujourd'hui encore, l'équité appelle des réflexes négatifs de crainte comme l'illustrent les formules « gouvernement des juges » ou « loi des juges[262] ». Et la Cour de cassation se montre intransigeante, sanctionnant toute décision fondée sur l'équité alors que la loi ne l'autorise pas. Un consensus quasi généralisé règne tant en droit privé qu'en droit public[263], pour affirmer que lorsque l'équité s'oppose au droit, elle est source d'insécurité et d'arbitraire. La cause semble donc entendue : le juge statue nécessairement en droit. Un critère fiable de qualification de la juridiction serait enfin trouvé. Ainsi, un organe qui ne statuerait pas en droit, ne serait pas une juridiction et inversement, une juridiction statuerait toujours en droit.

157. – Position à nuancer – Cette équation parait séduisante, car le critère de qualification de la juridiction est simple. Pourtant, l'équité n'est pas absente des prétoires, et il serait erroné de penser que la juridiction statue nécessairement et exclusivement en droit[264]. Il semble que l'on assiste à « un certain retour en grâce du jugement selon

---

[261] Dès 1536, François 1er interdit au parlement de Chambéry de statuer en équité. Cette interdiction a ensuite été réitérée par l'ordonnance de Blois adoptée en 1579, puis par l'ordonnance civile sur la réformation de la justice élaborée sous l'influence de Colbert en 1667.

[262] J.-L. BERGEL, « La loi du juge, Dialogue ou duel ? », in *Etudes offertes à Pierre KAYSER*, Tome 1, Aix en Provence, Presses universitaires d'Aix Marseille, 1979, p.21 et s., cité par Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, thèse Montpellier 1997, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, Tome 329, p.5.

[263] Monsieur FRYDMAN a tout de même relevé la progression du recours à l'équité en droit administratif : « Les considérations d'équité en droit administratif », in Justice, médiation et équité, Colloque Droit et Démocratie, 20 juin 1990, La Documentation française, 1992, p.55.

[264] M. ALBIGES démontre précisément que l'équité est présente en droit privé ; cf. *De l'équité en droit privé*, Thèse Montpellier, *op. cit.*

l'équité[265] et que l'on perçoive « une application effective de l'équité en droit privé[266] ». Ainsi, l'équité est-elle prévue par le législateur (1), et peut même être perceptible dans l'appréciation des faits par le juge (2).

1. L'équité prévue par le législateur

158. – L'équité pressentie dans les textes – Le juge dispose du pouvoir de statuer en équité, dans des circonstances nécessairement circonscrites, lorsque le législateur l'estime préférable.

Ainsi, en matière de divorce, le Code civil permet-il au juge de trouver une solution équitable dans certaines situations spécifiques. Dans le cadre du divorce pour rupture de la vie commune qui existait avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004[267], le juge pouvait rejeter la demande en divorce lorsque les facultés mentales du conjoint se trouvaient altérées et que le divorce risquait d'avoir des conséquences trop graves sur la maladie du conjoint[268]. Le juge pouvait également rejeter cette demande si l'autre époux établissait que le divorce aurait, soit pour lui, compte tenu notamment de son âge et de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté[269]. Le recours à l'équité n'était pas expressément prévu par le législateur, mais l'appréciation des conséquences sur la maladie du conjoint ou de l'exceptionnelle dureté faisait intervenir l'équité. La loi du 26 mai 2004 a abrogé ces

---

[265] J. MOURY, « De quelques aspects de l'évolution de la *juridictio* », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Paris, Dalloz, 1996, p.302.

[266] CH. ALBIGES, *op. cit.*, p.8, n°10.

[267] Il est à noter que l'une des innovations de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 est de supprimer le divorce pour rupture de la vie commune pour le remplacer par le divorce pour altération définitive du lien conjugal. Pour des développements relatifs à la loi n°2004-439 du 26 mai 2004, cf. JO 27 mai 2004, p.9319 ; D. *Législ.* 2004, p.1565-1570 ; JCP G 2004, *Act. Aperçu rapide*, 251 ; S. THOURET, « Les mécanismes procéduraux issus de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *R.proc.* 2004, juin, *Etudes*, n°8, p.6-12. ; J.-J. LEMOULAND, « La loi du 26 mai 2004 relative au divorce », D. 2004, *Chroniques doctrine*, p.1825-1837.

[268] Art. 238 al.2 ancien C.civ. (abrogé par la loi n°2004-439 du 26 mai 2004).

[269] Art. 240 ancien C.civ. (abrogé par la loi n°2004-439 du 26 mai 2004).

dispositions supprimant de ce fait la clause d'exceptionnelle dureté. Ainsi, l'équité n'est-elle plus pressentie dans les textes relatifs au divorce pour altération définitive du lien conjugal. Cela ne signifie pas pour autant que toute référence à l'équité est à présent exclue des dispositions relatives au divorce. Seulement, elle n'est plus seulement pressentie, elle est clairement affirmée[270].

La théorie générale des obligations fait pareillement une place à l'équité, alors même que la matière est dominée par la force obligatoire des contrats et la liberté contractuelle. En principe, si une situation est inéquitable, c'est précisément que les parties l'ont voulue ainsi. Le cas de la clause pénale insérée dans un contrat est un exemple probant. Ainsi, dans ce cas, le débiteur qui manque à son engagement, devra verser au créancier une somme d'argent dont le montant, fixé à l'avance, est indépendant du préjudice subi. Cette situation peut paraître inéquitable, mais prévue par les parties dès la conclusion du contrat. Pourtant, cette pénalité pourra faire l'objet d'une révision par le juge « si elle est manifestement excessive ou dérisoire[271] ».

La notion d'équité, sans être ici expressément évoquée, est latente dans ces articles. Même si le législateur reste prudent, n'attaquant pas de front la puissance de la loi, il fait entrer l'équité dans la fonction du juge.

159. – L'équité clairement affirmée dans les textes – L'équité est parfois directement mentionnée. Elle devient alors ostensible. Avant la loi n°2004-439 du 26 mai 2004[272], dans le cadre du divorce pour faute prononcé aux torts exclusifs, l'équité faisait déjà son apparition. Ainsi, l'époux aux torts exclusifs de qui le divorce était prononcé, n'avait droit en principe à aucune prestation compensatoire. Il pouvait toutefois obtenir une indemnité à titre exceptionnel, s'il apparaissait contraire à l'équité de lui refuser toute compensation pécuniaire[273]. Désormais, la loi du 26 mai 2004 prévoit que le juge peut refuser d'accorder une prestation compensatoire dans tous les cas de divorce, si l'équité le

---

[270] Cf. *infra.*

[271] Art. 1152 al.2 C.civ.

[272] Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *loc. cit.*

[273] Art. 280-1 al.2 ancien C.civ. modifié par la loi du 26 mai 2004.

commande[274]. L'équité est ici plus largement admise que par le passé, car elle n'est plus limitée aux seuls divorces pour faute, mais s'étend à tous les cas de divorce.

En matière contractuelle, l'article 1135 du Code civil prévoit que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Le juge peut donc apprécier la bonne exécution du contrat, en se plaçant en dehors des obligations contractuellement prévues. Il peut alors déterminer l'étendue des obligations des cocontractants, non seulement celles expressément prévues, mais également celles qui sont sous-entendues, et qui découlent directement du contrat.

Dans le cadre des régimes matrimoniaux, il est encore fait directement appel à l'équité pour corriger les règles d'évaluation du patrimoine des époux lors de la liquidation de la communauté, lorsque celles-ci conduisent à un résultat manifestement contraire à l'équité[275].

Le nouveau Code de procédure civile, en son article 700, prévoit également la possibilité pour le juge de recourir à l'équité. Ainsi, « le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. ».

Le concept d'équité est par ailleurs consacré au niveau européen. L'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme envisage la protection du droit à un procès équitable qui permet d'assurer un équilibre entre les parties[276].

L'équité peut donc être suggérée par le législateur au juge dans l'exercice de sa fonction. Il ne s'agit certes pas d'une obligation intangible, mais d'une simple faculté concernant des domaines précis du droit privé. La place de l'équité dans le règlement des

---

[274] Art. 270 C.civ. issu de la loi du 26 mai 2004.

[275] Art. 1579 C.civ.

[276] Cf. *supra* n°109 et suiv.

conflits est donc bien présente. Elle peut également découler de la volonté des parties.

160. – L'équité imposée par les parties au juge : l'amiable composition – Les articles 12 (pour le juge) et 1474 (pour l'arbitre) du nouveau Code de procédure civile autorisent les parties, pour tous les droits dont elles ont la libre disposition, à conférer au juge et à l'arbitre la mission de statuer en amiable composition pour remplir leur mission juridictionnelle[277]. Cette mission offre au juge ou à l'arbitre la possibilité d'écarter la règle de droit ou de l'appliquer, si elle leur apparaît conforme à l'équité. Le recours à l'équité n'est qu'une simple faculté, mais si l'amiable compositeur choisit de fonder sa décision sur le droit, il lui appartient alors de démontrer que la solution est elle-même conforme à l'équité. Règles de droit et équité doivent aboutir à la même solution. Et si une divergence apparaît, c'est l'équité qui devra prévaloir afin de respecter la volonté des parties[278].

Certains y voient là « une remarquable exception à la règle selon laquelle le juge a vocation à statuer conformément au droit applicable[279] ». Et, si le recours à l'équité ne constitue pas un mode ordinaire de régler les conflits, son existence ne saurait être entièrement niée. Sans être généralisé devant les juridictions étatiques, il est en revanche plus fréquent devant les juridictions arbitrales[280].

Même en dehors de toute intervention législative et toute stipulation expresse des parties, le juge peut lui-même recourir à l'équité.

2. L'équité dans l'appréciation des faits par le juge

161. – L'équité devinée dans le raisonnement du juge – S'il est certain que le

---

[277] Il apparaît que même dans ces deux cas, le recours à l'équité relève de la volonté première du législateur : c'est toujours un texte qui institue la possibilité de statuer en équité. Seulement, en ces hypothèses, la seule volonté du législateur ne suffit plus, encore faut-il que les parties choissent cette façon de régler des conflits.

[278] Pour une application en matière d'arbitrage, Civ.2ème 15 février 2001, Droit et patrimoine 2001, mai, n°93, p.122-123.

[279] G. COUCHEZ *et alii*, *Procédure civile,* Paris, Dalloz, 1998, p.120, n°284.

[280] Cf. *infra* n°203 et suiv.

juge ne peut, ouvertement et en toute matière, statuer en équité, il peut en revanche y faire référence de façon indirecte. Ainsi, un auteur a, semble-t-il, décelé une particularité dans le raisonnement des juges car « bien souvent, à l'inverse du syllogisme classique, où ils devraient descendre de la règle de droit à la décision concrète, ils commencent par poser la décision concrète qui leur paraît humainement désirable et s'efforcent de remonter ensuite jusqu'à la règle de droit. Les choses ont toujours dû se passer ainsi, depuis des millénaires qu'il y a des juges et qui pensent[281] ». La réflexion conduit l'auteur à affirmer que « le juge est un homme, non pas une machine à syllogisme : autant qu'avec sa connaissance des règles et sa logique, il juge avec son intuition et sa sensibilité[282] ».

Et, lorsque se pose la question de la démarche des juges étatiques dans leur délibéré, un autre auteur avance cette réponse. « C'est d'abord l'équité qu'ils recherchent. Pénétrant dans leur Chambre du Conseil, après avoir entendu les avocats, ils se réunissent. Chacun d'eux suggère la solution qui paraît supportable par chacune des parties, la solution qui paraît équitable ; ils recherchent d'abord cette solution équitable et ensuite seulement ils vérifient si elle est compatible avec les règles de droit[283] »[284].

Même inavouée, l'équité prend donc part dans le raisonnement du juge. Elle occupe une place dans l'activité des juridictions, soit pour compléter, soit pour suppléer la loi. Le juge dispose alors d'un pouvoir modérateur, permettant d'édulcorer la règle de droit « sans devoir emprunter les chemins détournés d'une interprétation discutable ou de la déformation des faits [...] l'équité vient non plus écarter la règle de droit, mais pour ainsi dire y ajouter, palliant la rigidité que lui impriment nécessairement sa généralité et

---

[281] J. CARBONNIER, *Droit civil – Introduction*, Paris, Thémis, PUF, 1988, p.36, n°9. Cette position est également partagée par M. Le NINIVIN, *La juridiction gracieuse dans le Nouveau code de procédure civile*, Paris, Litec, 1983, p.100, n°279.

[282] J. CARBONNIER, op. cit., p.35, n°9.

[283] Revue de l'arbitrage, 1984, avril-juin, n°2, « L'arbitre et le contrat », Journée d'étude organisée à Paris le 12 janvier 1984 par le Comité français de l'arbitrage, Voir spéc. J.-D. BREDIN, « L'amiable composition et le contrat », p.259-271 et les débats qui suivent, p.273-291 au cours desquels M. le Premier Président Vassogne développe cette idée, p.278.

[284] Encore faut-il alors que les juges puissent reconnaître ce qui est équitable de ce qui ne l'est pas. Car les affaires ne sont pas toujours simples au point de savoir avec certitude qui a tort ou qui est dans son droit.

son caractère abstrait[285] ».

Enfin, l'équité pourra parfois permettre une meilleure exécution de la décision rendue : ainsi, pour que le jugement ou l'arrêt soit exécuté, encore faut-il que les parties le comprennent ou en tout cas, l'acceptent. Il peut être alors préférable de recourir à l'équité, afin de ne pas envenimer la situation, et mettre un terme véritable au conflit. L'équité, sans être clairement affirmée, apparaîtra de manière déguisée dans le raisonnement du juge. Ce mécanisme qui s'apparente à une sorte de contre-lettre, reste dissimulé pour voiler la volonté du juge. Où peut-être faut-il envisager le juge faisant de l'équité comme Monsieur Jourdain faisait de la prose sans le savoir.

La façon de juger subit d'indéniables fluctuations. Il ne s'agit certes pas d'explosion de la fonction juridictionnelle, mais seulement d'une adaptation aux évolutions sociétales. Il n'est donc pas possible de prendre appui sur la *jurisdictio* pour qualifier un organe de juridiction. Ainsi, la mission confiée au juge est-elle trop variable. Pareillement, les qualificatifs attachés à la décision du juge engendrent trop de controverses pour constituer des critères fiables de qualification de la juridiction. La fonction juridictionnelle se trouve à nouveau fragilisée.

Section II : Fragilité confirmée dans les effets de la décision du juge

162. – Plan – Le justiciable, qui souhaite mettre un terme à un différend l'opposant à un tiers, attend du juge qu'il rende une décision dotée de l'autorité de la chose jugée (§1) et de *l'imperium* (§2). Ces deux éléments qui apportent une stabilité et une force à la décision de justice, appellent des précisions, car ils suscitent des débats doctrinaux, et affaiblissent la notion de juridiction et celle d'action en justice.

---

[285] J. MOURY, « De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* », in *Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs,* Paris, Dalloz, 1996, p.301.

§1. Fragilité de l'autorité de la chose jugée

163. – **Plan** – L'autorité de la chose jugée, qui devrait constituer un critère fiable de qualification de la juridiction, pose des problèmes en raison d'une définition incertaine (A), et de la place occupée par les actes gracieux (B).

A. Définition incertaine de l'autorité de la chose jugée

164. – **Notion aux contours flous** – Comme tous les autres éléments constitutifs de la notion de juridiction, celle de l'autorité de la chose jugée n'échappe pas à une définition changeante et controversée. Elle ne favorise donc pas une approche aisée de la notion d'action en justice.

Ainsi, pour certains, l'autorité de la chose jugée constitue un effet du jugement[286]. Pour d'autres, il s'agit d'un attribut de l'acte juridictionnel[287]. Les auteurs ne parviennent donc pas à s'accorder sur la nature juridique de l'autorité de la chose jugée, ce qui rend difficile la délimitation de ses contours[288]. Pour la suite de nos développements, il semble que la nature juridique de l'autorité de la chose jugée importe peu. Non que la question ne suscite aucun intérêt, mais qu'elle soit envisagée comme un effet du jugement ou un attribut de l'acte juridictionnel, elle reste toujours intimement liée à la juridiction et donc à l'action en justice. Elle peut être envisagée comme une conséquence du jugement ou inhérente à l'acte juridictionnel, être en amont ou en aval de l'acte du juge, elle reste toujours une composante de la juridiction, et doit concourir à sa définition.

---

[286] Cf. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile,* Paris, Thémis, Droit privé, PUF, 1996, p.500, n° 112 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile,* Paris, Précis Dalloz, Droit privé, 27ème édition, 2003, p.221, n°171 et suiv. ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 4ème édition, 2004, p.532, n°937 et suiv.

[287] J. HERON par Th. Le BARS, *Droit judiciaire privé,* Domat Droit privé, Montchrestien, 2ème édition, 2002, p.249, n°332 et suiv. ; D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile,* thèse, Paris, LGDJ, 1975, p.105, n°131 et p.257, n°346.

[288] M. WIEDERKHER développe cette idée dans son étude relative à l'autorité de la chose jugée ; « Sens, signifiance et signification de l'autorité de la chose jugée », in *Etudes offertes à Jacques Normand, Justice et Droits fondamentaux*, Paris, Litec, 2003, p.509.

165. – Difficultés entourant la définition de l'autorité de la chose jugée – Concernant la définition de l'autorité de la chose jugée, la doctrine est à nouveau divisée. L'autorité de la chose jugée est présentée tour à tour comme une présomption[289], ou comme une force[290] de vérité légale. Or, ce qui pose problème, ce n'est pas tant la qualification de force ou de présomption, mais plutôt son caractère de vérité légale. Il semble difficile d'admettre qu'une décision du juge puisse emporter une quelconque vérité légale. Le procès ne saurait en effet être « une mécanique juridique tendue vers la conquête de la vérité[291] ». Il ne faut pas voir le juge comme le seul et unique détenteur de la vérité. Et, si sa décision ne peut plus être contestée une fois les voies de recours épuisées, c'est seulement pour éviter la poursuite interminable des procès. Ce n'est pas parce qu'il s'agit de la vérité. Car enfin, l'idée de la vérité est nécessairement subjective. Ce qui peut apparaître vrai pour le juge, ne l'est pas forcément pour la partie qui succombe. Pour qu'une décision de justice parvienne réellement à rétablir une paix troublée, elle ne doit pas être présentée comme la vérité, car elle ne saurait être acceptée de tous. Elle doit seulement apparaître comme le moyen le plus approprié pour mettre un terme à un différend, sans apporter de jugement de valeur. En mettant les parties à l'abri d'une contestation future, elle participe alors à la paix sociale. L'autorité de la chose jugée doit seulement mettre un point d'arrêt à une procédure, sans affirmer de manière péremptoire une quelconque vérité. Et, si le législateur a attaché cette vertu au jugement, c'est « parce qu'il a pensé que, dans la majorité des cas, les jugements seraient bien rendus[292] ». Peu importe alors que « le juge ait bien ou mal jugé, correctement apprécié les faits de la cause ou violé la règle d'ordre public la plus indispensable, le maintien de l'ordre établi par le jugement prévaut contre les exigences insatisfaites de la justice et de la vérité[293] ».

---

[289] J. VINCENT et S. GUINCHARD, *op. cit.*, p.222, n°172 et suiv. ; *Contra* D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, op. cit.*, p. 175, n°228.

[290] D. TOMASIN, *op. cit.*, p.105, n°131 et suiv., et p.249, n°340 et suiv.

[291] D. TOMASIN, *op. cit*, p.242, n°329.

[292] J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, thèse, Paris 1954, 345 pages, spéc. p.322.

[293] J. FOYER, *op. cit.*, p. I. Comme le précisait Goethe, « J'aime mieux une injustice qu'un désordre ».

166. – L'intérêt de l'autorité de la chose jugée – Cet élément caractéristique de la juridiction est considéré par Marcel Waline[294] comme essentiel. Selon lui, l'autorité de la chose jugée suffit à caractériser l'activité juridictionnelle avec la seule autre condition du jugement sur la base du droit positif.

Cette notion implique nécessairement une chose à juger, c'est-à-dire un litige à trancher. C'est « la chose contestée qui doit devenir la chose jugée, et rien qu'elle [295]». L'article 1351 du Code civil précise en outre que « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement ». Il faut donc un jugement, c'est-à-dire une décision émanant d'une juridiction. Après épuisement des voies de recours, ce jugement ne pourra plus être remis en cause, et s'imposera à tous. Ainsi, les parties ne pourront-elles plus saisir à nouveau le juge relativement à la même contestation. Une fois la paix retrouvée par le juge, il faut pouvoir la faire perdurer, car le règlement temporaire d'un conflit n'est d'aucune utilité. Montesquieu énonçait d'ailleurs que « le repos des familles et de la société toute entière se fonde non seulement sur ce qui est juste mais sur ce qui est fini[296] ». « Il faut éviter le renouvellement des procès. La nécessité est de tous les temps et de tous les lieux[297] ».

167. – Définition proposée – Il est alors possible de proposer une définition de l'autorité de la chose jugée par rapport aux effets qu'elle engendre. Ainsi, un plaideur peut-il se prévaloir d'un jugement et des avantages qui en découlent, mais ne peut plus soumettre à un nouveau juge ce qui a déjà été jugé. Il ressort donc un effet positif, qui n'est prévu par aucun texte et qui est rarement mis en avant[298], et un effet négatif, plus fréquemment invoqué et dont l'existence résulte de l'article 1351 du Code civil. « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ;

---

[294] M. WALINE, Préface de la première édition, 1975, in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, L. FAVOREAU et L. PHILIP, Paris, Dalloz, 10ème édition, 1999, p.XI.

[295] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile, op. cit* , p.589, n°139.

[296] MONTESQUIEU est cité par MM. CORNU et FOYER, *Procédure civile, op. cit.*, p.590, n°139.

[297] J. FOYER, *op. cit.*, p.325.

[298] Cet effet positif est éliminé par M. FOYER qui ne prend en compte que l'effet négatif, *op. cit.*, p.109-163.

que la demande soit entre les mêmes parties, et formées par elles et contre elles en la même qualité ». Cette règle de la triple identité de partie, d'objet et de cause se résume par la notion de relativité de la chose jugée. Elle interdit aux parties à l'instance de saisir à nouveau le juge de la contestation qu'il a déjà tranchée. Tout jugement devenu définitif permet d'imposer aux parties la volonté du juge. Ainsi, aucune contestation future ne sera recevable. Cette autorité de la chose jugée procure donc une stabilité à la décision du juge. Une limite semble être posée : cette autorité parait être accordée à toute décision contentieuse qui règle un différend. Des interrogations se posent alors quant à l'autorité des actes gracieux, qui par définition ne tranchent pas de litige.

B. Spécificité des actes gracieux

168. – Les paradoxes de l'autorité de la chose jugée – Présentée comme une qualité attribuée par la loi[299] à tout jugement définitif, l'autorité de la chose jugée permet au plaideur de se prévaloir des avantages qui découlent d'un jugement. Elle lui interdit par ailleurs de soumettre à un nouveau juge ce qui a été déjà jugé. Elle fait partie des conséquences qui découlent traditionnellement de l'activité du juge. Elle entre donc dans la définition de l'action en justice. Pourtant, comme nous l'avons relevé[300], la doctrine a obscurci cette réflexion en adoptant des positions divergentes. Déjà, certains auteurs l'envisagent comme une présomption alors que d'autres voient une force de vérité légale. Cultivant encore les oppositions, les auteurs divergent également quant à la nature juridique de cette autorité. Elle serait un effet du jugement ou un attribut de l'acte juridictionnel[301]. Les contradictions se poursuivent lorsque l'on s'attache à l'autorité des décisions rendues en matière gracieuse (1), même si des nuances doivent être apportées (2).

---

[299] Art. 1351 C.civ.

[300] Cf. *supra* n°165.

[301] Cf. *supra* n°164.

1. Problème de l'autorité de la chose jugée des décisions gracieuses

169. – Difficultés liées aux décisions gracieuses – L'activité juridictionnelle n'étant pas précisément et clairement délimitée[302], il est alors difficile de savoir si les décisions rendues en matière gracieuse sont revêtues de l'autorité de la chose jugée.

Ici encore, la doctrine divisée sur ce point, adopte pourtant une position logique. Les auteurs qui considèrent les actes gracieux comme des actes non juridictionnels, leur dénient cette autorité[303]. En revanche, ceux qui leur reconnaissent une telle autorité[304], voient dans les actes gracieux des actes juridictionnels. Selon eux, il n'y aurait « pas d'incompatibilité nécessaire et absolue entre les notions de chose jugée et de juridiction gracieuse[305] ». La position originale de M. Foyer mérite ici d'être relevée. Il débute son raisonnement en affirmant que la juridiction contentieuse « est la véritable juridiction. Au contenu du jugement appartient pleinement l'autorité de la chose jugée[306] ». Puis, il poursuit : « une certaine autorité de chose jugée subsiste dans la juridiction gracieuse, mais une autorité atténuée et comme dégradée, autorité provisoire pourrait-on écrire si les mots ne hurlaient point d'être rapprochés[307] ».

Toutes les divergences doctrinales se justifient aisément, puisque c'est la définition même de l'activité juridictionnelle qui pose problème. Pourtant, cette situation est difficilement acceptable, car le justiciable ne peut s'accommoder de cette discordance. Il est intéressant d'analyser la position jurisprudentielle pour avoir une approche plus pragmatique.

---

[302] *Supra.*

[303] G. COUCHEZ, *Procédure civile, op. cit.*, p.426, n°1160 ; D. D'AMBRA, *op. cit.*, p.286-287.

[304] J. HERON par Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p.238, n°317 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile, op. cit.*, p.234, n°196.

[305] P. HEBRAUD, Loi du 15 juillet 1994 sur la chambre du Conseil, D.1946, *Légis.* p. 343 col. 1. Voir également D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, thèse précitée,* p.110-112, n°138 à 141.

[306] J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, thèse, Paris 1954, spéc. p.265.

[307] *Loc. cit.*, p.267.

170. – Position jurisprudentielle – La jurisprudence a tranché en faveur de la première thèse, estimant que « l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'aux décisions judiciaires rendues en matière contentieuse sur les contestations débattues entre les parties ou sur lesquelles elles ont été appelées à débattre[308] ». Cette solution aboutit à la constatation suivante : « n'ayant pas l'autorité de la chose jugée, les décisions rendues en matière gracieuse restent susceptibles d'être rapportées ou modifiées[309] ». Un juge aurait donc la possibilité de revenir sur sa décision prononçant le divorce sur requête conjointe, ou de retirer sa décision d'homologation de changement de régime matrimonial.

Les solutions posées par la jurisprudence sont, pour l'instant, stables. Pourtant, on ne saurait s'en satisfaire. En effet, les parties à un divorce sur requête conjointe aspirent à la même stabilité que si le divorce était prononcé pour faute par exemple. Des nuances doivent donc être avancées.

2. Nuances apportées à la position doctrinale et jurisprudentielle

171. – Pour une reconnaissance de l'autorité de la chose jugée aux décisions rendues en matière gracieuse – Tout d'abord, il peut paraître surprenant d'affirmer que l'autorité de la chose jugée doit être déniée à toute décision gracieuse, alors que le législateur a expressément prévu l'ouverture de voies de recours à l'encontre de ces mêmes décisions. Ainsi, l'appel[310], la tierce opposition[311], et la cassation[312] sont ouverts aux plaideurs. Comment justifier cette faculté d'exercer une voie de recours contre une décision, si cette même décision est dépourvue de toute autorité et modifiable à souhait. Il est d'ailleurs permis d'avancer l'idée selon laquelle, si des voies de recours ont été prévues, c'est précisément parce qu'un litige est présent, au moins en germe en matière gracieuse. En effet, si les parties ont évacué tout contentieux entre elles, il ne semble pas alors nécessaire de prévoir un mode juridictionnel tendant à la réformation, à l'annulation,

---

[308] Civ. 1ère 17 octobre 1995, Justices 1996, n°4, juillet-décembre, p.266, obs. G. WIEDERKEHR.

[309] Civ. 1ère 6 avril 1994, BC I, n°141.

[310] Art. 543, 546, 547, 950 NCPC.

[311] Art. 583 al.3, 587 al.3 NCPC.

[312] Art. 610 NCPC.

à la rétractation ou à la cassation. C'est la possibilité d'exercer une voie de recours qui réactive un conflit qui n'était que latent.

Enfin, il parait peu logique d'assortir les décisions de justice de deux autorités différentes (ou d'une autorité de chose jugée dégénérée) selon qu'un litige est déjà né ou à naître. Que la décision soit rendue en matière gracieuse ou en matière contentieuse ne modifie pas fondamentalement l'activité du juge, qui consiste toujours en l'application du droit à situation donnée. Il serait alors plus cohérent d'accorder la même autorité aux différents actes du juge.

Il ressort de ces développements que l'autorité de la chose jugée est empreinte de controverses, ce qui fragilise immanquablement la notion actuelle d'action en justice. Déjà, parce que la doctrine adopte des positions divergentes quant à l'autorité des décisions rendues en matière gracieuse. Et, si la pensée doctrinale unique ne saurait satisfaire, la profusion des controverses n'apporte pas d'éclaircissement à une notion fondamentale de notre droit processuel. Par ailleurs, la position jurisprudentielle n'est pas pleinement convaincante. Pourtant, l'autorité de la chose jugée constitue une conséquence essentielle attachée à la juridiction. Elle seule permet d'éviter le renouvellement des procès, et assure une paix sociale. Elle rend la décision du juge incontestable. Elle doit nécessairement faire partie de la définition de l'action en justice, quitte à transcender l'opposition du gracieux et du contentieux.

Un dernier élément constitutif de la juridiction doit enfin être analysé. Il s'agit de l'*imperium*, qui confie une force à la décision du juge et qui, étrangement – serait-on tenter d'ajouter – ne semble pas poser de difficultés majeures.

§2. Fragilité de l'*imperium*

172. – Plan – L'*imperium* constitue le dernier élément caractéristique de la juridiction. Et si des précisions devront être apportées sur cette notion (A), elle semble constituer le premier critère stable qui ne souffre d'aucune controverse doctrinale. Pourtant, en raison du caractère purement étatique qu'elle imprime à la notion de

juridiction, elle rétrécit inévitablement la notion générale d'action en justice pour la limiter à l'acte porté devant une juridiction étatique (B).

A. La notion d'imperium

173. – Précision terminologique – Une fois encore, une terminologie latine est utilisée afin d'éclairer un concept juridique. Elle rend néanmoins l'approche plus délicate, dans la mesure où il n'existe aucune traduction satisfaisante. L'*imperium* évoque les notions de force, d'obligation, et de coercition. La doctrine dominante l'oppose de façon très nette à la *jurisdictio*. L'appel à des locutions latines sert fréquemment à « découper en unités logiques complémentaires l'univers de ses concepts, presque toujours sur un rythme binaire[313] ». La distinction *jurisdictio* et *imperium* en est une parfaite illustration.

M. Jarrosson y voit « un concept paradoxal », qui « n'est jamais précisément cerné, ni dans son sens, ni dans son contenu, ni même dans son domaine d'application [314]». Il poursuit en précisant que « si pour certains le terme est vague et fuyant au point qu'il donne l'impression de se dérober à mesure que l'on avance et d'être en définitive un concept vide de sens, pour d'autres, majoritaires, la notion d'*imperium* existe mais alors, le désaccord est parfait sur son contenu précis[315] ».

Dans son étude, M. Jarrosson apporte des précisions à ce concept mouvant. Partant d'une analyse historique, il relève que, dans un premier temps, l'*imperium* était entre les mains de l'Etat. Il désignait alors la puissance, le pouvoir du chef ou un pouvoir militaire. Ce n'est que dans un second temps qu'il a été accordé au juge. La notion a alors perdu son apparence guerrière pour gagner des cieux plus paisibles (croyait-on), et devenir la force exécutoire des décisions de justice avec la faculté de recourir au besoin à la force publique. Car, « il serait illusoire et inutile, si le magistrat qui l'exerce n'avait pas le droit de contrainte pour exécuter ses mandements et celui de pouvoir réprimer [...] ceux qui

---

[313] G. CORNU, « *Hortus deliciarum* – Au jardin des lettres latines du langage du droit », in *Jean FOYER, auteur et législateur, Leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean FOYER*, Paris, PUF, 1997, p. 58.

[314] Ch. JARROSSON, « Réflexion sur l'*imperium* », in *Etudes offertes à Pierre BELLET*, Paris, Litec, 1991, p.245, n°1.

[315] *Ibid.*

sont rebelles à ces mêmes manquements[316] ».

174. – Le lien original entre *imperium* et *jurisdictio* – S'il est certain que le juge n'est pas le seul à disposer d'un pouvoir de commandement (on pense notamment aux huissiers, aux notaires et au ministère public), aucun autre que lui ne peut, en revanche, coupler entre ses mains *imperium* et *jurisdictio*. Et, si la majorité de la doctrine s'évertue à dissocier les deux notions, M. Jarrosson effectue une subtile distinction pour les rapprocher. Il existe, selon lui, un *imperium* pur qui secrète la *jurisdictio*, un *imperium merum* et un *imperium mixtum*. L'*imperium merum* désigne les pouvoirs accordés au juge qui lui permettent d'utiliser la force et la contrainte pour l'exécution de sa décision. Quant à l'*imperium mixtum*, il appartient à cet *imperium merum*, et implique un pouvoir d'astreinte et d'injonction. « L'*imperium* est donc une nébuleuse qui est constituée par *l'imperium merum* souvent désigné par la seule appellation *imperium*, laquelle est donc trompeuse et la *jurisdictio*[317] ».

L'*imperium* et la *jurisdictio* ne sont donc pas totalement opposés, et peuvent s'associer sous le nom *d'imperium* pur, au sein d'une juridiction étatique. L'*imperium* permet alors d'assurer la continuité de la *jurisdictio*. En effet, il serait illusoire de croire que les parties acceptent spontanément d'exécuter les décisions de justice simplement parce qu'elles sont prises en application du droit. Il est nécessaire d'ajouter à la *jurisdictio* l'idée de sanction qui est véhiculée par l'*imperium*. La décision de justice comporte donc cet élément de force indispensable. C'est pourtant de cet élément que viennent de nouvelles difficultés.

B. L'empreinte étatique apposée par l'imperium

175. – Le lien entre l'Etat et l'*imperium* – L'*imperium* semble en définitive constituer l'élément le plus stable de la notion de juridiction. Bien qu'obscurci par une

---

[316] Cette réflexion est citée par Ch. JARROSSON dans son article précité et empruntée à JOUSSE, *Traité de l'administration de la justice*, Paris, 1771, Tome I, p.2-3.

[317] Ch. JARROSSON, *op. cit.*, p.266, n°49.

locution latine, le concept général est acquis. Il implique une idée de force, de contrainte pour aboutir à l'exécution de la décision du juge. Il ne peut être mis en œuvre que par l'intervention de l'Etat et par le recours à la force publique. Cette force, qui constitue un avantage très appréciable pour les justiciables, ne saurait pour autant être conférée à toute décision qui met fin à un différend. Elle n'appartient qu'à la décision prise par une juridiction étatique. En effet, elle seule réunit d'ailleurs *imperium* et *jurisdictio*. La principale conséquence de cette constatation est évidente : la juridiction, qui constitue l'élément central de la définition de l'action en justice, est nécessairement étatique. Ce sont donc les contours et les limites de la notion actuelle d'action en justice qui sont ici fixés. La caractéristique étatique de la juridiction semble tellement évidente qu'elle est rarement mise en avant en doctrine, comme si la chose allait de soi.

176. – Les limites imposées par *l'imperium* – Alors que les autres éléments constitutifs de la notion de juridiction venaient obscurcir la théorie de l'action en justice en raison de leur imprécision, l'*imperium* rétrécit cette notion par excès de précision. L'action en justice alors limitée à l'acte visant à saisir une juridiction étatique, ne constitue plus exactement une notion générale et fédératrice. Surtout, l'*imperium* inclus dans la notion d'action en justice, limite le jeu des garanties procédurales à ces seules juridictions étatiques. Une émancipation vis-à-vis de l'Etat est alors envisageable, pour étendre l'ensemble des ces règles à d'autres modes de règlement des différends.

177. – Conclusion du Chapitre II – La notion de juridiction suscite de nombreuses interrogations à mesure où l'on tente d'étudier ses principaux éléments constitutifs. Ainsi, la faculté de trancher les litiges par une décision dotée de l'autorité de la chose jugée est parfois inexistante. Cette situation se retrouve dans le cadre de la matière gracieuse. Par ailleurs, le droit ne constitue plus le seul et unique fondement de la décision du juge, même si le recours à l'équité reste encore caché. Enfin, l'*imperium* aboutit à limiter l'action en justice à l'acte porté devant les seules juridictions étatiques.

La théorie de l'action en justice est alors écornée en raison de l'absence de définition stable de la juridiction et du caractère nécessairement étatique de la juridiction.

178. – Conclusion du Titre II – La notion de juridiction, qui peut être présentée comme le pilier central de la notion d'action en justice, multiplie les paradoxes. Déjà, la doctrine est divisée quant à sa définition, ce qui pose problème relativement à la fonction juridictionnelle toute entière. Ensuite, chacun de ses éléments constitutifs pris isolément engendre de multiples interrogations.

Pourtant, l'unanimité devrait prévaloir dans l'intérêt des justiciables, car les conséquences attachées à la qualification de juridiction et donc à celle d'action en justice, concourent à l'élaboration d'une bonne justice. Ainsi, l'indépendance, l'impartialité, le contradictoire, la publicité, la célérité, la motivation sont autant d'éléments fondamentaux, réunis sous le vocable de droit au procès équitable, qu'il faut développer au-delà des juridictions étatiques. C'est la raison pour laquelle nous proposons d'adopter une vision renouvelée de l'action en justice.

179. – Conclusion de la Partie I – Au fil de nos développements, les éléments constitutifs de la notion actuelle d'action en justice ont pu être dégagés. Il s'agit du droit en vertu duquel une personne qui a intérêt et qualité pour agir, peut saisir une juridiction étatique, pour apaiser une situation conflictuelle, dans le respect des règles du procès équitable. Cette définition met pourtant en lumière un certain nombre de limites.

Dès le premier élément, l'intérêt à agir, les difficultés apparaissent. En effet, la condition de légitimité qu'il impose, n'est pas clairement précisée. Elle aboutit à une confusion entre action en justice et demande, alors que la première devrait être une notion générale et fédératrice.

La qualité pour agir reste pour l'instant dans l'ombre de cet intérêt, sauf dans les cas spécifiques d'actions attitrées. Elle apparaît comme une condition secondaire et subsidiaire. Il faudrait pourtant restaurer sa place au sein de la vision renouvelée de l'action en justice.

La définition actuelle de l'action en justice se trouve enfin affaiblie par la présence de la juridiction étatique parmi ses éléments constitutifs. Déjà, elle exclut *de facto* la diversification des modes de règlement des conflits. Ainsi, le caractère étatique réduit considérablement le développement des autorités administratives indépendantes, de l'arbitrage, de la médiation ou de la conciliation en les plaçant en dehors de la notion d'action en justice.

De plus, l'ensemble des garanties procédurales qui découle de la qualification d'action en justice, ne peut se voir appliquer automatiquement, que devant les juridictions étatiques. Devant d'autres organes chargés de mettre fin aux différends, l'intervention du législateur est alors nécessaire pour octroyer une ou plusieurs garanties procédurales spécifiques.

Notre propos n'était pas de détruire la notion actuelle d'action en justice, qui constitue un élément fondamental de notre droit processuel, car elle permet de rétablir une paix troublée. Il s'agissait seulement de poser ses limites, afin de montrer l'intérêt d'une vision renouvelée. Deux éléments vont alors permettre d'envisager un élargissement de la notion d'action en justice.

D'une part, l'adéquation presque parfaite entre l'action en justice et la juridiction étatique doit être combattue. En effet, l'action en justice ne saurait être limitée aux actes

de saisine des juridictions étatiques, et doit se développer au-delà de ce seul mode de règlement des conflits.

Par ailleurs, les garanties procédurales caractérisées par un droit au procès équitable sont présentes devant les seules juridictions étatiques. Et, si l'action en justice peut se développer au-delà de ces limites, alors faudra-t-il envisager la création d'un ensemble de garanties nouvelles applicables aux autres modes de règlement des conflits.

Partie II : Vision renouvelée de la notion d'action en justice

180. – L'action en justice, pilier fondamental de notre droit processuel – L'action en justice peut actuellement être présentée comme le droit d'une personne qui a intérêt et qualité pour agir, lui permettant de saisir un juge étatique, pour qu'il dise sa prétention bien ou mal fondée. Le justiciable voit son différend tranché sur la base du droit, dans le respect des garanties procédurales, par une décision dotée de l'autorité de la chose jugée et de l'*imperium*. Des principes fondamentaux comme l'impartialité et l'indépendance du juge, la contradiction, ou la célérité lui sont alors automatiquement appliqués.

Aujourd'hui pourtant, la définition proposée de l'action en justice ne correspond plus exactement aux réalités, et n'est plus adaptée au paysage juridique français. Comme nous l'avons relevé, tant les controverses doctrinales que les évolutions sociétales révèlent les fissures de la notion d'action en justice. Cette dernière concerne exclusivement les juridictions étatiques, dont la seule mission est de trancher les différends conformément au droit. Cette position ne saurait être maintenue au regard de la diversification des modes de règlement des conflits.

Par ailleurs, le respect des garanties procédurales, et de manière plus générale le droit au procès équitable, aujourd'hui réservé aux seules juridictions étatiques, mérite d'être élargi au-delà de ces frontières.

181. – Les difficultés à proposer une vision renouvelée – Si un renouvellement de l'action en justice apparaît souhaitable, sa mise en œuvre pratique n'est pas évidente. L'entreprise s'avère périlleuse, car l'action en justice ne saurait se satisfaire d'une classification simple et lisse. Il faut prendre en compte son caractère insaisissable en même temps que sa force à irradier tous les modes de règlement des conflits.

Des nouveaux contours doivent alors être dessinés, pour pouvoir délimiter la nouvelle action en justice. Il faut d'abord s'interroger sur le contenu à donner à cette notion (Titre I). Puis, une application pratique de cette nouvelle définition de l'action en justice pourra être proposée, montrant ainsi l'intérêt et l'importance de tel renouvellement (Titre II).

TITRE I : Délimitation des nouveaux contours de l'action en justice

TITRE II : Incidences pratiques de la vision renouvelée de l'action en justice

TITRE I : Délimitation des nouveaux contours de l'action en justice

182. – Les différentes options pour un élargissement de l'action en justice – Si l'action en justice est d'emblée apparue enfermée dans le carcan de la juridiction étatique, et si un élargissement semble souhaitable, encore faut-il s'accorder sur ses nouveaux contours. Il ne s'agit pas en effet de créer une notion élargie à l'infini, qui ne serait en définitive qu'une coquille vide.

Un point, à notre avis, ne saurait subir de modification et ce, quelle que soit la nouvelle définition proposée. L'action en justice doit être envisagée comme un droit en vertu duquel un justiciable peut saisir un juge, afin qu'il se prononce sur le bien-fondé de sa prétention. Elle constitue alors une virtualité, mise à la disposition de tout individu, qui reste en attente d'une concrétisation.

Partant de ce constat, deux élargissements sont envisageables, selon la conception que l'on adopte du droit au juge. Il peut s'agir un tiers ayant pour mission de trancher les différends. Si l'on adopte cette conception, l'action en justice peut alors englober, outre les juridictions étatiques, les autorités administratives indépendantes et l'arbitrage, qui ont pour mission de régler les conflits.

Mais, il est possible d'adopter une seconde conception du droit au juge, et d'aller encore plus loin dans l'élargissement de la notion d'action en justice. L'enjeu est alors l'intégration des médiations et conciliations, qui visent plus généralement au rétablissement d'une paix troublée.

183. – Nécessaire prise en compte de la diversification des modes de règlement des conflits – Ces deux propositions doivent être étudiées en détail avant d'en retenir une. Quelle que soit la définition plus ou moins large de l'action en justice qui sera retenue, elle permettra de mettre en lumière l'actuelle diversification des modes de règlement des litiges. L'intérêt de cet élargissement réside dans la transposition des conséquences traditionnellement présentes dans le cadre de l'action en justice aux autorités administratives indépendantes, à l'arbitrage, et aux modes alternatifs de règlement des conflits. Ainsi, l'impartialité, l'indépendance ou la contradiction verraient à

s'appliquer quel que soit le mode de traitement des différends choisi.

La progression dans l'étude des différents modes de règlement des conflits n'est pas anodine. En effet, l'analyse doit débuter par les modes qui s'intègrent presque naturellement dans la vision renouvelée de l'action en justice. Il s'agit en premier lieu des autorités administratives indépendantes, puis de l'arbitrage (Chapitre I). A l'opposé se trouvent les modes alternatifs de règlement des conflits composés principalement de la médiation et de la conciliation. Leur intégration dans l'action en justice, beaucoup plus incertaine, suscite de nombreuses interrogations (Chapitre II).

Chapitre I : Elargissement bienvenu aux autorités administratives indépendantes et à l'arbitrage

Chapitre II : Elargissement incertain aux modes alternatifs de règlement des conflits

CHAPITRE I : Elargissement bienvenu aux autorités administratives indépendantes et à l'arbitrage

184. – L'action en justice détachée de son traditionnel caractère étatique – L'action en justice peut être présentée comme un droit en vertu duquel, un justiciable peut saisir une juridiction afin de trancher son différend. Cette nouvelle version de l'action en justice ressemble à s'y méprendre à la définition actuelle que l'on veut précisément écarter.

Une différence existe néanmoins. Le droit dont il s'agit, n'est plus limité aux seules juridictions étatiques, mais s'étend aux autorités administratives indépendantes (Section I), et à l'arbitrage (Section II). L'objet de ce droit reste invariablement le droit au juge, mais il ne s'agit plus exclusivement du juge étatique. Ainsi, l'empreinte étatique attachée traditionnellement à l'action en justice s'estompe, et seul le caractère juridictionnel subsiste. L'action en justice peut alors s'analyser comme un droit permettant de saisir un juge et visant à trancher des différends, quel que soit le mode juridictionnel de traitement choisi.

Section I : Intégration des autorités administratives indépendantes dans la vision renouvelée de l'action en justice

185. – Plan – Même si les autorités administratives indépendantes ne sauraient être assimilées à des juridictions[318], elles peuvent cependant entrer dans la vision renouvelée de l'action en justice, en raison de leur proximité avec les juridictions étatiques. Avant d'envisager leurs fonctions (§2), il faudra apporter des précisions sur cette notion hétéroclite (§1).

---

[318] Cf. *infra* n°193.

§1. Notion d'autorités administratives indépendantes

186. – Plan – Les termes *autorités, administratives* et *indépendantes*, doivent être analysés séparément (A), afin de mieux cerner les raisons qui ont poussé le législateur à créer ces organismes[319] (B).

A. Précisions terminologiques

187. – Explication des termes en présence – Notre démarche va consister à définir chacun des trois termes qui composent la notion *d'autorité administrative indépendante*[320]. Chaque élément constitutif a fait l'objet de multiples débats en doctrine, et continue de susciter des interrogations. Il ne s'agit pas ici de les relater, mais seulement de définir un concept peu cohérent au premier abord.

Il s'agit en premier lieu d'une autorité[321], c'est-à-dire d'un organisme doté d'un pouvoir d'influence ou de décision dans un secteur déterminé[322]. Son rôle ne saurait alors se limiter à des tâches d'études et de conseil, car le terme autorité rappelle également l'influence de ces organismes. Ceux-ci bénéficient en effet, d'une reconnaissance et d'un poids importants auprès des personnes concernées, permettant ainsi d'imposer leurs avis, recommandations, et sanctions.

---

[319] Pour des développements complets sur les autorités administratives indépendantes, cf. Fr. STASIAK, « Autorités administratives indépendantes (AAI) », Rep. pén. Dalloz, février 2004, p.1-36.

[320] Cf. la thèse récente de Mme Sylvie THOMASSET-PIERRE, *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales,* Lyon III 2001, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 393, 2003, p.17, n°24 et suiv.

[321] La référence au latin permet de mieux appréhender la définition actuelle : l'*autoritas* revoie au pouvoir donné pour l'exercice d'une fonction.

[322] Fr. GAZIER et Y. CANNAC, Paris, La documentation française, « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n°35, 1983-84, p.13.

L'autorité est en second lieu administrative[323], une institution à caractère public et non privé, dépourvue de la personnalité morale, qui ne dispose d'aucun patrimoine propre, et qui est alimentée par les deniers publics.

Enfin, l'autorité administrative est décrite comme étant indépendante[324]. D'emblée, l'incohérence de la formule frappe les esprits. Le caractère indépendant va à l'encontre du terme administratif précédemment envisagé, qui implique généralement l'absence de personnalité morale et donc la dépendance. Par ailleurs, le qualificatif est très imprécis. En effet, « indépendantes, peut-être, mais de qui ?[325] ». Pour répondre à cette question, il faut envisager les deux facettes de l'indépendance, organique et fonctionnelle[326].

L'indépendance organique signifie que les membres des organismes sont désignés et exercent leur mandat dans des conditions telles qu'aucune suspicion ne peut transparaître. Ainsi, la collégialité constitue-t-elle un gage d'indépendance, puisqu'elle assure une délibération collective objective et sérieuse. De plus, l'irrévocabilité du mandat et son caractère non renouvelable sont autant de règles primordiales qui régissent le fonctionnement des organismes.

Quant à l'indépendance fonctionnelle, elle exige une absence d'ordre ou d'instruction de la part du pouvoir politique ou des secteurs professionnels régulés. Une seule obligation doit cependant être remplie : les autorités administratives indépendantes doivent rendre compte de leur activité dans un rapport annuel.

Ces réflexions laissent à penser que les termes *administrative* et *indépendante* sont difficilement conciliables. Il serait néanmoins possible de s'accommoder de l'ambiguïté de la formule d'autorités administratives indépendantes, si une nouvelle autorité n'était pas intervenue pour renforcer le paradoxe existant.

---

[323] Exception faite du Conseil supérieur de l'audiovisuel, créé par la loi du 17 janvier 1989 qui est qualifié d'autorité indépendante et de la récente Autorité des marchés financiers qualifiée d'autorité *publique* indépendante, cf. *infra* n°188.

[324] Cette indépendance est considérée par certains comme imparfaite, sans pouvoir être occultée ; cf. Fr. STASIAK, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne,* thèse dactyl., Nancy II, 1995, p.214 et suiv.

[325] J.-L. AUTIN, « Les autorités administratives indépendantes », J.- Cl. administratif 1997, fasc. 75, p.3.

[326] J. CHEVALLIER, « Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes », JCP G 1986, I, 3254.

188. – Spécificité de la nouvelle Autorité de régulation des marchés financiers – Il est à noter la particularité non négligeable de la dernière création législative, l'Autorité de marchés financiers[327]. Créée par la loi du 1er août 2003[328] et son décret d'application du 21 novembre 2003[329], l'AMF est issue de la fusion de la Commission des opérations de bourse, du Conseil des marchés financiers, et du Conseil de discipline de la gestion financière. Le législateur la qualifie expressément d'autorité *publique* indépendante, et a clairement précisé que cette autorité était dotée de la personnalité morale[330]. Il ne s'agit donc pas ici d'une autorité *administrative*. Il semble qu'il y ait un véritable changement d'orientation de la part des pouvoirs publics qui souhaitent octroyer une place nouvelle aux traditionnelles autorités administratives indépendantes. L'adjectif *indépendant* ne semblait donc pas suffisamment caractériser l'organe en cause, car il était mis en balance avec le terme *administratif*. En revanche, le caractère *public* appelle à une véritable séparation de l'autorité nouvellement créée avec le pouvoir exécutif et ses démembrements administratifs. Cet élément témoigne parfaitement de l'évolution sociétale et de la diversification des modes autonomes de règlement des différends.

Cette qualification d'autorité publique indépendante n'étant réservée, pour l'instant, qu'à l'AMF, l'expression *autorité administrative indépendante* qui continue à caractériser le plus grand nombre de ces organismes, sera donc préférée tout au long de nos développements.

Après avoir envisagé les paradoxes attachés à la terminologie d'autorité administrative indépendante, il faut envisager les raisons qui ont présidé à la création de tels organismes.

---

[327] Ci-après AMF.

[328] Loi n°2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière, JO 2 août 2003, p.13220 ; D. 2003, *Législation*, p.1947-1984.

[329] Décret n°2003-1109 du 21 novembre 2003 relatif à l'Autorité des marchés financiers, JO 23 novembre 2003, p.19904 ; D. 2003, *Législation*, p.2934-2942.

[330] La loi du 1er août 2003 prévoit que l'article 621-1 du Code monétaire et financier sera rédigé ainsi « l'AMF, autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale, ... ».

B. Raisons de la création des autorités administratives indépendantes

189. – Naissance et essor des autorités administratives indépendantes – Cette notion est apparue très récemment dans notre paysage juridique, et fait figure de nouveau-né du droit, puisque le législateur a employé ce vocable pour la première fois dans la loi du 6 janvier 1978 relative à la commission nationale de l'informatique et des libertés. Nul ne pouvait prédire à l'époque ce fameux destin qui fait d'elle aujourd'hui une notion très étudiée. Le législateur avait voulu, selon un réflexe bien français, qualifier juridiquement cet organisme nouvellement créé. Il ne s'agissait pas d'enfanter une catégorie juridique nouvelle qui aurait vocation à s'agrandir au fil des ans, mais seulement de positionner cet organisme dans le paysage juridique existant.

Aujourd'hui pourtant, sous l'influence d'exemples étrangers et la pression communautaire, le nombre des autorités administratives indépendantes ne cesse d'augmenter[331], suscitant de nombreux débats[332]. Caractérisées par leur grande diversité, une plasticité et une adaptabilité peu communes en droit français, les autorités administratives indépendantes ne peuvent faire l'objet d'aucune délimitation très précise. Leur extrême hétérogénéité occulte quelque peu les raisons de leur création.

190. – La raison d'être des autorités administratives indépendantes – Apparaissant dans des domaines très variés, les autorités administratives indépendantes ont été créées au hasard des circonstances, en fonction des besoins de la société. « Le recours à la formule ne fait que répondre à chaque fois à un problème spécifique[333] ». En conséquence, un grand désordre semble régner au sein de cette catégorie juridique. Les autorités administratives indépendantes ne seraient qu'une boîte de Pandore qu'il faudrait

---

[331] Il existe aujourd'hui de 25 à 35 autorités administratives indépendantes selon un rapport public du Conseil d'Etat relatif aux autorités administratives indépendantes. Pour une liste détaillée des autorités administratives indépendantes, cf. Rapport public 2001, Conseil d'Etat, La documentation française 2001, Etudes et documents n°52, p.300.

[332] Cf. *infra* n°293 et suiv. pour une application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme aux autorités administratives indépendantes.

[333] Rapport public du Conseil d'Etat 2001, *op. cit.* p.263.

se garder d'ouvrir, sous peine de découvrir un ensemble déstructuré et disparate.

Pourtant, en approfondissant l'analyse, une idée générale peut tout de même être dégagée à travers toutes les autorités administratives indépendantes. Il y a toujours une volonté de protection des citoyens, contre les manipulations de l'opinion[334], contre les puissances économiques privées[335], contre la bureaucratie[336].

La grande diversité des autorités administratives indépendantes ne doit pas être condamnée pour autant. C'est d'ailleurs la raison d'être de ces institutions. Une uniformisation aboutirait à leur banalisation, puis à leur négation. Cette diversité imprime aux organismes leur singularité et leur force. Elle leur permet d'accomplir leur mission qui est d'apporter une réponse adaptée à un ou plusieurs problèmes spécifiques, à un moment donné. Les pouvoirs que le législateur a octroyés à ces autorités administratives indépendantes témoignent d'ailleurs de l'intérêt de leur création.

191. – Pouvoirs accordés aux autorités administratives indépendantes – A la diversité des secteurs régulés répond une même diversité dans les pouvoirs octroyés aux autorités. Il s'agira d'avis, d'autorisation, de contrôle, de réglementation, voire un pouvoir d'injonction et de sanction.

Le pouvoir minimum conféré aux autorités administratives indépendantes est donc celui d'émettre des avis, de formuler des recommandations à caractère purement consultatif[337]. Ainsi, l'AMF a-t-elle reçu par exemple ce pouvoir de réglementation et de contrôle sur l'ensemble des opérations financières portant sur les sociétés cotées. Elle détermine par ailleurs les règles de bonne conduite et les obligations que doivent respecter les professionnels autorisés à fournir des services d'investissement.

Mais, le pouvoir le plus important est celui de formuler des injonctions,

---

[334] La Commission nationale de l'informatique et des libertés, le Conseil supérieur de l'audiovisuel ou encore l'Autorité de régulation des télécommunications...

[335] La Commission des opérations de bourse, la Commission bancaire, le Conseil de la concurrence, le Conseil des marchés financiers et aujourd'hui l'actuelle Autorité des marchés financiers...

[336] La Commission d'accès aux documents administratifs, le Médiateur de la République, le défenseur des enfants...

[337] Ainsi en est-il de la Commission consultative du secret de la défense nationale, de la Commission de contrôle des interceptions de sécurité, qui ne peuvent que rendre des avis auxquels le ministre n'a pas l'obligation de s'y conformer.

consistant à ordonner à l'intéressé d'adopter un comportement particulier[338]. Un pouvoir d'investigation peut même être mis à leur disposition[339].

Si les autorités administratives indépendantes n'étaient dotées que de ces pouvoirs, aucun lien ne pourrait être fait avec les juridictions, qui seraient les seules à exercer une fonction juridictionnelle. Elles ne pourraient en aucun cas entrer dans la vision renouvelée de l'action en justice. Or, certaines autorités disposent, comme les juridictions, du pouvoir de trancher les litiges conformément au droit, et peuvent à ce titre prononcer des sanctions. C'est cette fonction qui nous amène à proposer l'insertion des autorités administratives indépendantes dans la vision renouvelée de l'action en justice.

§2. Pouvoir de trancher les litiges reconnu aux autorités administratives indépendantes

192. – Plan – Le pouvoir de trancher les litiges reconnu aux autorités administratives indépendantes les rapproche inévitablement des juridictions étatiques (A), et invite à les intégrer dans la vision renouvelée de l'action en justice. Mais, la singularité de ce mode de traitement des différends ne saurait pour autant être occultée (B).

A. Rapprochement perceptible des juridictions étatiques et des autorités administratives indépendantes

193. – L'opposition de principe entre les juridictions étatiques et les autorités administratives indépendantes – Nombre d'auteurs se plaisent à répéter que « l'autorité administrative n'est pas une juridiction[340] » ou que les autorités

---

[338] Il s'agit notamment du Conseil de la concurrence, du Conseil supérieur de l'audiovisuel, de la Commission nationale informatique et libertés.

[339] C'est le cas du Médiateur, du Conseil de la concurrence, de la Commission bancaire.

[340] Fr. GAZIER et Y. CANNAC, *op. cit.*, p.13.

administratives indépendantes « ne peuvent être assimilées à des juridictions[341] ». Il s'agit là d'une évidence, puisque la création particulière d'autorités administratives indépendantes vient justement palier l'absence de catégorie juridique appropriée, et donc l'impossibilité de les ranger parmi les juridictions. Ces auteurs en concluent en conséquence, que les autorités administratives indépendantes « n'ont pas pour tâche de dire le droit et de trancher les litiges[342] ». Cette affirmation péremptoire mérite cependant d'être nuancée. Car, il ne faut pas déduire de l'absence de juridiction, une absence corrélative de la faculté de trancher les litiges conformément au droit. En effet, une partie de la doctrine invite à adopter une réflexion plus approfondie[343].

194. – Pouvoir de sanction attaché à certaines autorités administratives indépendantes – Par ce pouvoir spécifique qui n'est reconnu qu'à certaines autorités administratives indépendantes[344], le rapprochement avec les juridictions étatiques est perceptible. Ainsi, « l'action des autorités administratives indépendantes empiète plutôt sur la sphère de compétence du juge[345] ».

La dernière autorité publique indépendante récemment mise en place par la loi du 1er août 2003 illustre parfaitement le développement de ce pouvoir de sanction avec la création en son sein, d'une commission des sanctions[346]. Cette dernière dispose d'une palette de sanctions variées pouvant être professionnelles et/ou pécuniaires. Ainsi, les professionnels que l'AMF contrôle au titre de tout manquement à leurs obligations professionnelles, sont passibles de sanctions liées à l'exercice de leur activité comme

---

[341] J.-L. AUTIN, « Du juge administratifs aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », RDP 1988, p. 1213-1227, spéc. p.1218.

[342] Fr. GAZIER et Y. CANNAC, *ibid.*

[343] Fr. STASIAK relève les nombreuses similitudes qui existent entre la juridiction et les autorités administratives indépendantes (*op. cit.*, p.29 et suiv.) et envisage à terme « une juridictionnalisation » des autorités administratives indépendantes *(op. cit.,* p.108).

[344] Par exemple, l'AMF, le Conseil de la concurrence ou la Commission bancaire.

[345] J.-L. AUTIN, *loc.cit.,* p.1214.

[346] Cette commission est distincte du collège qui examine les rapports de contrôle et d'enquête et transmet la notification des griefs. Il y a là respect de l'exigence de séparation des fonctions de poursuite et de sanction au sein de l'AMF.

l'avertissement, le blâme, l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des services fournis[347]. Ils peuvent soit à la place, soit en plus de ces sanctions, se voir infliger une sanction pécuniaire dans la limite d'un million et demi d'euros ou du décuple des profits réalisés[348]. Le montant de la sanction est fixé en fonction de la gravité des actes commis, et en relation avec les avantages ou les profits éventuellement réalisés[349].

Le cas de la nouvelle AMF n'est pas isolé, et ce pouvoir de sanction est pareillement attribué au Conseil de la concurrence par exemple. En effet, des attributions contentieuses lui sont octroyées dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles qui entravent le fonctionnement d'un marché. Il ne s'agit pas ici de conseiller, mais de corriger et réprimer un comportement. Le Conseil de la concurrence peut ainsi infliger des sanctions pécuniaires. Le montant maximum de la sanction pour une entreprise est de dix pour cent du chiffre d'affaires hors taxes et de trois millions d'euros si le contrevenant n'est pas une entreprise[350]. Il peut également adresser des injonctions contraignant les intéressés à modifier leur comportement[351] et/ou ordonner la publication de la décision dans la presse[352].

Il ressort de ces développements que le pouvoir de sanction octroyé aux autorités administratives indépendantes les rapproche des juridictions étatiques. La faculté de mettre fin à un différend n'appartient donc pas exclusivement aux juridictions étatiques. Toutefois, la singularité de ce mode de traitement des différends n'est pas pour autant effacée.

---

[347] Art. L.621-15 III a. Code monétaire et financier.

[348] *Ibid.*

[349] Art. L.621-15 III c. al.2 Code monétaire et financier.

[350] Art. L.464-2 I al.4 C. com.

[351] Art. L.464-2 I al.1 C. com.

[352] Art. L.464-2 I al.5 C. com.

B. Singularité du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes

195. – Les autorités administratives indépendantes et le droit – C'est véritablement lorsque les autorités administratives indépendantes infligent des sanctions, qu'elles se rapprochent des juridictions étatiques. Elles peuvent cependant statuer en équité, et accomplir leur mission de protection des citoyens par le biais de la conciliation et de la persuasion, afin de trouver une solution équitable. Le législateur qui a mis en place l'AMF en 2003, a d'ailleurs prévu la possibilité pour les parties de recourir à un médiateur. Les missions de ce dernier sont variées, puisqu'il peut répondre aux questions des épargnants, des associations ou des entreprises non financières, et peut également organiser une médiation en cas de litige. Cette procédure est gratuite, confidentielle et non obligatoire. Elle nécessite seulement l'accord des deux parties. Ses interventions se retrouvent dans le cadre de litiges relatifs à l'information des investisseurs, à l'exécution des ordres, aux problèmes de mandat de gestion de portefeuille et de commercialisation des produits. Il est à noter que, le médiateur ne peut intervenir lorsque les faits qui lui sont soumis font l'objet d'une enquête de l'AMF ou d'un procès devant une juridiction étatique.

Si les autorités administratives indépendantes peuvent accomplir leur mission par le recours à l'équité, il est également possible d'intégrer leurs pouvoirs dans la sphère du droit. Il serait maladroit de vouloir opposer schématiquement « régulation par le droit et régulation sans le droit[353] ». Car, si la base de réflexion d'une autorité administrative indépendante peut naître de l'équité, une solution par le droit peut pareillement être trouvée, l'équité servant de tremplin pour un règlement du litige conformément au droit.

196. – Le malaise entourant les autorités administratives indépendantes – Si de nombreux auteurs excluent toute référence au droit en matière d'autorités administratives indépendantes, c'est peut-être en raison du malaise qu'elles suscitent. Il apparaît en effet difficile de rattacher les décisions des autorités administratives

---

[353] J.-L. AUTIN, *loc. cit.*, RDP 1988, p.1221.

indépendantes au droit public ou au droit privé[354]. Le droit sur lequel elles peuvent se fonder n'entre pas dans une catégorie prédéfinie : il s'agit du droit disciplinaire. Le pouvoir de fixer les règles du jeu, de définir les normes de comportement obligatoires, et ensuite de réprimer les écarts de conduite n'a rien de traditionnel, et peut laisser perplexe. La séparation des pouvoirs, chère à Montesquieu, est ici inadaptée. Pouvoir réglementaire et pouvoir de sanction se trouvent toujours entre les mains de deux organes différents. Or ici, ils sont réunis au sein d'une même institution. Comment admettre une telle confusion des pouvoirs sans craindre l'arbitraire ? Il est nécessaire de trouver un garde-fou efficace, capable de contenir tout débordement. Le meilleur rempart contre l'arbitraire a toujours été le droit. Les autorités administratives indépendantes ne peuvent abuser de leurs prérogatives, car elles sont encadrées par le droit et ce, à deux niveaux. Tout d'abord, les autorités administratives indépendantes édictent des normes générales de portée obligatoire dans certains domaines régulés : elles se fondent nécessairement sur le droit existant et apportent des améliorations. Elles ne se réfèrent pas à des réglementations fantaisistes et insensées. Puis, lorsqu'elles exercent leur pouvoir de sanction, c'est « leur » droit qu'elles vont appliquer.

L'affirmation selon laquelle les autorités administratives indépendantes n'ont pas pour mission de dire le droit et de trancher les litiges mérite donc d'être nuancée. La *jurisdictio* ne saurait être réservée exclusivement aux juridictions étatiques. Les autorités administratives indépendantes peuvent donc exercer, en certaines circonstances, les mêmes missions que le juge, et leur intégration dans la définition nouvelle de l'action en justice nous paraît appropriée, tant la fonction des autorités administratives indépendantes s'apparente à celle de la juridiction étatique. Les justiciables doivent en effet bénéficier d'un minimum de garanties, quel que soit le mode de traitement des différends choisi et ce, de manière automatique en raison de la qualification d'action en justice, sans passer par l'intervention du législateur ou d'un juge.

---

[354] La confusion entre droit privé et droit public est encore plus flagrante si l'on s'attache au Conseil de la concurrence, qualifié d'autorité administrative indépendante, donc organe administratif, mais dont les décisions relèvent du juge judicaire, (la Cour d'appel de Paris) depuis une décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987.

Un autre mode de règlement des conflits pourrait pareillement entrer dans la vision renouvelée de l'action en justice. Il s'agit de l'arbitrage.

Section II : Intégration de l'arbitrage dans la vision renouvelée de l'action en justice

197. – Spécificité de la juridiction arbitrale – Concernant l'intégration éventuelle de l'arbitrage à l'action en justice, le problème est plus complexe que pour les autorités administratives indépendantes. Au premier abord pourtant, l'entreprise semblait plus aisée, puisque l'arbitrage est expressément qualifié de juridiction. Par sa fonction qui est de trancher les litiges, il se rapproche tout naturellement de la juridiction étatique. D'ailleurs, ces deux formes de règlement des conflits semblent avoir toujours coexisté[355]. Il serait donc facile de le faire entrer dans la définition nouvelle de l'action en justice envisagée comme un acte juridictionnel. Pourtant, cette seule qualification est insuffisante, et les freins à cette intégration sont nombreux (§1). Malgré tout, son intégration dans la notion d'action en justice paraît possible et même souhaitable (§2).

§1. Freins à l'insertion de l'arbitrage dans la notion d'action en justice

198. – Plan – Si l'on parle communément de juridiction arbitrale, les divergences avec la juridiction étatique sont pourtant nombreuses (A), au point de craindre une incompatibilité entre ces deux modes juridictionnels de traitement des différends. Par ailleurs, une mise en œuvre difficile de l'arbitrage accrédite la thèse d'une opposition marquée entre juridiction étatique et juridiction arbitrale (B). Il semble alors douteux de pouvoir les réunir autour d'une notion générale d'action en justice qui ne pourrait pas les fédérer.

---

[355] « On peut même penser que [l'arbitrage] fut la forme primitive de la justice. A une époque où les Etats n'étaient pas encore constitués, comme il fallait bien que la justice soit rendue, il était tout naturellement fait appel à des arbitres », R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien, Domat Droit privé, 10ème édition, 2002, p.59, n°63.

A. Une opposition traditionnelle entre les deux modes juridictionnels de traitement des différends

199. – Absence de définition légale – En l'absence de toute intervention législative en ce sens, la définition de l'arbitrage ne peut être trouvée dans les textes. Et, si le nouveau Code de procédure civile prend soin de préciser les notions de compromis ou clause compromissoire, il élude en revanche la question de la définition de l'arbitrage. Selon M. Jarrosson, « une telle lacune peut s'expliquer de deux façons : on peut considérer que l'arbitrage étant une institution très ancienne, déjà connue de la doctrine, celle-ci l'a définie elle-même. Mais on peut aussi penser que le législateur, quel qu'il soit, n'a pas voulu se lancer dans la recherche d'une définition de l'arbitrage, en raison du caractère délicat d'une telle entreprise[356] ». L'auteur opte pour la première explication, rappelant que depuis quelques années, le concept d'arbitrage ne suscite plus de controverses.

200. – Logique de réaction – C'est donc vers la doctrine qu'il faut se tourner pour trouver une définition. La qualification de l'arbitrage varie alors selon les auteurs. Présenté tour à tour comme mode alternatif, amiable, pacifique de règlement des conflits, comme une technique de résolution des litiges[357], ou comme une institution[358], l'arbitrage permet de régler un différend qui oppose deux ou plusieurs parties. Il se situe dans le cadre des modes de règlement des conflits à mi-chemin entre la juridiction étatique et les médiations. Le recours à l'arbitrage correspond alors à une logique de réaction. Réaction envers les Parlements d'hier, contre l'arbitraire de leur décision. Réaction envers l'Etat d'aujourd'hui, contre les lenteurs des procédures, l'inadaptation des solutions rendues.

L'arbitrage est alors caractérisé « lorsque les parties s'adressent à des personnes privées afin qu'elles règlent leur différend de manière juridictionnelle[359] », ou bien lorsque « le pouvoir de terminer les contestations qui appartient aux juges de l'Etat [est] confié par

---

[356] CH. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, thèse, Paris II, 1985, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1987, tome 198, préface de B. OPPETIT, p.369, n°779.

[357] S. GUINCHARD, M. BANDRAC, M. DOUCHY *et alii, Droit processuel Droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, 2ème édition, 2003, p.951, n°609.

[358] Ch. JARROSSON, thèse précitée, p.369, n°779 et p.372, n°785.

[359] S. GUINCHARD, M. BANDRAC, M. DOUCHY, *et alii, op. cit.*, p.950, n°609.

les parties à des arbitres qu'elles choisissent[360] ». « Cette forme de justice assez surprenante[361] » constitue donc « un mode de juridiction à base conventionnelle[362] ». Il s'agit « d'une institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci[363] ». Le dictionnaire juridique propose une définition semblable faisant de l'arbitrage « un mode dit parfois amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel de règlement d'un litige par une autorité (le ou les arbitres) qui tient son pouvoir de juger, non d'une délégation permanente de l'Etat ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties[364] ».

Toutes les définitions proposées font référence, de manière plus ou moins explicite, à la juridiction étatique : l'arbitrage apparaît comme son double en négatif, son miroir déformé. L'opposition entre ces deux modes juridictionnels de règlement des conflits se manifeste donc dès le stade de la définition, mais l'intégration de l'arbitrage dans la vision renouvelée de l'action en justice est rendue encore plus improbable en raison d'une mise en œuvre difficile.

B. Une mise en œuvre difficile de l'arbitrage

201. – Une liberté d'organisation et d'exercice bridée par des conditions d'application restrictives – Deux éléments peuvent être extraits de ces définitions. L'arbitrage est une technique organisationnelle de règlement des litiges qui se développe en marge des structures étatiques. Défiant ainsi le règlement normal du conflit, il ne peut résulter que de la volonté des parties. Ces deux éléments permettent à l'arbitrage de jouir d'une grande liberté d'organisation (1) et d'exercice (2), absents devant les juridictions

---

[360] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, Thémis Droit privé, PUF, 1996, p.58, n°10.

[361] R. PERROT, *Institutions judiciaires, op. cit.*, p.57, n°61.

[362] *Ibid.*

[363] Ch. JARROSSON, thèse précitée, p.372, n°785.

[364] G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, Paris, PUF, 8ème édition, 2000, p.66, v°*Arbitrage.*

étatiques. Mais, ces éléments ne doivent pas occulter les conditions d'application restrictives (3).

1. Liberté d'organisation de la juridiction arbitrale

202. – Compromis ou clause compromissoire – Alors que la saisine d'une juridiction étatique est parfaitement spontanée, le recours à l'arbitrage naît d'une réflexion, s'anticipe, et se prépare entre les parties.

En premier lieu, les parties peuvent décider de recourir à l'arbitrage en dehors de tout litige, « au moment où tout est harmonie des consentements et rêves d'un futur commun idyllique[365] ». Comme l'article 1442 du nouveau Code de procédure civile le permet, elles peuvent établir une convention par laquelle elles s'engagent à soumettre à l'arbitrage des litiges qui pourraient naître relativement au contrat qui les lie. Il s'agit de la clause compromissoire.

Plus fréquemment, elles peuvent enlever à la justice étatique la solution d'un litige né qui les oppose par le biais d'un compromis d'arbitrage, en vertu de l'article 1147 du nouveau Code de procédure civile. Ce mode de saisine de l'arbitre se rapproche plus de celui du juge étatique.

Dans les deux cas, il y a substitution d'un juge privé à un juge étatique, la soumission volontaire à l'arbitrage pouvant être anticipée ou concomitante à la survenance du litige. Les parties disposent d'une liberté d'action, car la loi leur offre toute latitude pour organiser le règlement de leurs différends. Cette liberté d'organisation qui retire au juge étatique la faculté de trancher un litige est assimilée par certains, à une obligation de ne pas agir en justice[366]. En effet, si l'on présente l'action en justice comme l'acte juridique visant à saisir une juridiction étatique afin qu'elle tranche un différend, il faut en

---

[365] R. CONTIN et B. CHEVALLIER, « Clause compromissoire ou compromis », in Colloque du 21 mai 1999, L'arbitrage en question (Chefs d'entreprise, comment organiser le règlement de vos litiges), JCP E 1999, cahier Droit de l'entreprise, suppl. n°3, p.12.

[366] Ph. GRIGNON, « L'obligation de ne pas agir en justice », in *Mélanges Christian Mouly*, Tome II, Paris, Litec, 1998, p.120.

conclure que ces clauses d'arbitrage aboutissent à priver le justiciable, au moins dans un premier temps, du recours à la juridiction étatique. En ce sens, il s'agit bien d'une négation de l'action en justice, telle que nous venons de la définir[367]. Cette mise à l'écart des juridictions étatiques est voulue par les parties. Elles doivent en assumer toutes les conséquences, à commencer par l'impossible qualification d'action en justice.

Cette liberté octroyée aux parties dans l'organisation de la juridiction arbitrale se poursuit dans la mission qu'elles vont confier au juge privé.

2. Liberté d'exercice de la mission de l'arbitre

203. – L'amiable composition – Alors que le juge étatique statue, en principe, en droit[368], les parties peuvent permettre à l'arbitre de statuer en équité en tant qu'amiable compositeur. Cette option tourne généralement à la faveur de l'équité. Son succès n'est guère étonnant. En effet, lorsque les parties décident de régler leurs litiges devant un arbitre, c'est précisément pour échapper à la justice étatique et à son fonctionnement. Pour éviter le recours au droit jugé trop rigide, trop incertain, trop incomplet, les parties se sont tournées vers un arbitre statuant en amiable compositeur. Elles estiment que le droit est inadapté à leur litige, et préfèrent choisir alors un mode qu'elles pensent plus approprié.

Il faut tout de même relever que l'amiable compositeur n'a pas l'obligation d'écarter la loi pour l'équité. Mais, s'il décide d'appliquer le droit, il devra nécessairement s'expliquer sur la conformité de la décision rendue avec l'équité[369]. L'arbitre doit aboutir à la solution la plus juste, quel que soit le moyen qu'il utilise pour y parvenir.

---

[367] Nous ne partageons pas ce point de vue car nous nous proposons d'incorporer l'arbitrage dans l'action en justice. Les clauses d'arbitrage sont, selon nous, une forme particulière d'action en justice. Cf. *infra* n°207 et suiv.

[368] Sauf cas particuliers, cf. *supra* n°152 et suiv.

[369] La jurisprudence rappelle fréquemment la nécessité pour l'arbitre de respecter la mission que les parties lui ont confiée et d'aboutir à une décision conforme à l'équité. Pour ex., Civ. 2ème 15 février 2001, JCP G 2002, II, 10 038, G. CHABOT ; Civ. 2ème 10 juill. 2003 *Pionc c/ Dumas*, Juris-data n°2003-019932, Dictionnaire permanent droit des affaires, Actualisation, n°61, Bull. 602, p.7071.

Cette méthode de règlement des conflits offre une solution « sur mesure », individualisée, et qui parait en parfaite adéquation avec la volonté des parties. Dans cette optique, l'amiable composition semble être le mode idéal de traitement des litiges, puisqu'il aboutit à un accord satisfaisant pour tous. Une ombre au tableau doit être relevée, puisque dans ces hypothèses, l'imprévisibilité de la solution rendue et l'absence de sécurité juridique sont inévitables. En effet, le recours à l'équité étant la règle, les parties ne pourront prendre appui sur les règles de droit existantes pour prévoir la solution qui sera retenue par l'arbitre. La prévisibilité laisse sa place à l'incertitude. La sécurité juridique, tant appréciée devant les juridictions étatiques, est ici inexistante.

204. – Remarque terminale – Cette faculté de statuer en amiable composition est pareillement ouverte au juge judiciaire[370], mais ne connaît qu'un succès très mitigé. Cet échec relatif s'explique peut-être par la réussite de la formule devant l'arbitre. « Les parties préfèrent l'original à la copie : si elles sont suffisamment d'accord pour accepter que leur litige soit tranché en amiable composition, autant, alors, recourir à l'arbitrage[371] ». Le juge étatique se trouve donc rarement saisi en amiable composition à la différence de l'arbitre.

Il existe donc bien une différence profonde, dans les faits et en droit, entre les deux modes de règlements des conflits, ce qui rend improbable un regroupement au sein de l'action en justice. Par ailleurs, le champ d'application de l'arbitrage est assez restreint, ce qui freine encore un peu plus l'intégration de l'arbitrage dans la notion d'action en justice.

3. Conditions d'application restrictives

205. – Arbitrage et libre disponibilité des droits – L'article 2059 du Code civil relatif à l'arbitrage précise que « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». L'article 2060 poursuit, « on ne peut

---

[370] Art. 12 al. 5 NCPC.

[371] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé,* Paris, Litec, 4ème édition, 2004, p.407, n°703.

compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement de toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». Ainsi, l'arbitrage ne peut-il se développer qu'en certaines matières. On parle alors d'arbitrabilité du litige, c'est-à-dire « l'aptitude d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage[372] ». L'élément déterminant est la disponibilité du droit litigieux, notion vaste et complexe, dont l'antonyme paraît plus intelligible. Ainsi, l'indisponibilité s'analyse comme « la qualité d'un droit qui ne peut être l'objet d'aucun acte de disposition[373] ». Il y a alors négation de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté. Cette paralysie qui frappe un droit, ne peut être édictée que par une règle d'ordre public.

Pourtant, rares sont les règles qui énoncent expressément qu'un droit n'est pas disponible. Parfois, c'est toute une matière qui est déclarée indisponible. L'article 2060 du Code civil en donne quelques exemples : l'état et la capacité des personnes, le divorce et la séparation de corps, les contestations concernant les collectivités publiques et les établissements publics. Encore faut-il nuancer cette affirmation, dans la mesure où il ne faut pas en conclure hâtivement que tout litige portant sur ces matières exclut nécessairement le recours à l'arbitrage, des exceptions étant envisageables.

206. – Arbitrage et ordre public – L'article 2060 du Code civil précise également qu'on ne peut compromettre sur toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Cela ne signifie pas pour autant que tout recours à l'arbitrage y est exclu. Ainsi, « il ne suffirait pas que la matière à laquelle se rapporte le compromis ait donné lieu à une disposition d'ordre public pour qu'elle ne puisse faire l'objet d'un arbitrage, car le nombre de ces dispositions est assez considérable pour faire disparaître toute possibilité d'arbitrage dans un nombre de cas presque infini[374] ». Simplement, dans certaines hypothèses, l'arbitre sera tenu de statuer dans le respect de l'ordre public.

---

[372] Ch. JARROSSON, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », RJcom. 1996, p.1.

[373] G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, Paris, PUF, 8ème édition, 2000, p.451, v°*Indisponibilité.*

[374] J. ROBERT, S. 1951, p.121, note sous Civ. 3ème 29 novembre 1950, *Tissot c/ Neff.*

Il faut alors se demander quelles sont les raisons qui justifient l'interdiction du recours à l'arbitrage dans ces matières « qui intéressent l'ordre public ». Il apparaît alors que le juge étatique doit parfois remplir une double mission : celle de trancher un litige (comme pourrait le faire un arbitre) et également celle de sanctionner la violation d'une règle de droit. Cette seconde tâche ne saurait être dévolue à un juge privé. L'arbitre n'a de raison d'être que pour trouver la solution à un différend, pour satisfaire des intérêts purement privés et non l'intérêt général. Sa saisine ne saurait se concevoir en l'absence de tout litige, uniquement pour protéger de manière générale la société.

L'arbitrage ne peut donc être utilisé en toutes matières, et son champ d'application, même s'il a tendance à s'élargir, reste limité par les articles 2059 et 2060 du Code civil. Il n'existe pas d'universalité et de généralité en la matière. Tout individu ne peut donc pas choisir de recourir à ce mode de règlement des conflits. Encore faut-il qu'il ait la libre disponibilité du droit litigieux. En ce sens, la justice arbitrale s'éloigne de la justice étatique qui est ouverte à tout individu qui a intérêt et qualité pour agir.

Tous ces éléments prônent une séparation nette entre juridiction étatique et juridiction arbitrale, et une impossibilité à les regrouper dans la notion générale d'action en justice. Pourtant, une évolution récente de l'arbitrage invite à reconsidérer cette incompatibilité, et à adopter une position moins catégorique.

§2. Eléments favorables à l'insertion de l'arbitrage dans la notion d'action en justice

207. – Plan – Deux éléments invitent à préférer l'intégration de l'arbitrage dans la vision renouvelée de l'action en justice plutôt que son exclusion. D'une part, parce que le législateur est intervenu pour étendre le champ d'application de l'arbitrage (A). D'autre part, parce que les phénomènes récents de judiciarisation et d'institutionnalisation de l'arbitrage le rapprochent de la juridiction étatique (B).

A. Extension du champ d'application de l'arbitrage

208. – Principe de prohibition de la clause compromissoire – Comme nous l'avons vu, par le jeu d'un compromis ou d'une clause compromissoire, l'arbitre peut mettre fin à un litige né ou à naître, sous réserve de la libre disponibilité des droits et le respect de l'ordre public. Concernant plus précisément la clause compromissoire, une condition supplémentaire était exigée. L'article 2061 du Code civil prévoyait en effet que « la clause compromissoire est nulle s'il n'en est disposé autrement par la loi ». Etrange entrée dans le paysage juridique français pour cette clause, puisque la loi n°72-626 du 5 juillet 1972 l'intègre pour la première fois dans le code civil...pour lui dénier tout intérêt, sauf si la loi n'en dispose autrement. Le champ d'application de la clause compromissoire était donc réduit, et sa validité était nécessairement subordonnée à une intervention législative. La raison traditionnellement invoquée était la volonté de ne pas imposer à la partie jugée faible un mode de règlement qu'elle ne souhaitait pas. Seules deux personnes sur un pied d'égalité pouvaient avoir recours à l'arbitrage.

209. – Validité de la clause compromissoire en matière commerciale – La situation semble se vérifier en matière commerciale, où les parties sont censées ne pas subir de pressions. Ainsi, le législateur a-t-il précisé à l'article L.411-4 alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire[375], que « les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées ». Sans être expressément visée, la clause compromissoire est ici validée par le législateur.

210. – Validité de la clause compromissoire en droit local – Pareillement, le droit local, applicable en Alsace-Moselle, admet largement la validité de la clause

---

[375] Ancien article 631 du Code de commerce. M. LOQUIN retrace « les malheurs » de l'article 631 par rapport à la clause compromissoire, cf. « Législation : les métamorphoses de la clause compromissoire », RTDcom. 2001, p.642.

compromissoire[376]. Ainsi, les articles 1025 et 1026 du Code de procédure civile local (*Zivilprozessordnung)* admettent la validité de principe de la clause compromissoire. Ainsi, « la convention attribuant à un ou plusieurs arbitres le pouvoir de trancher un litige est valable en droit, dans la mesure où les parties ont le droit de transiger sur l'objet du litige[377] ». Ce texte, qui s'applique à toute convention d'arbitrage (compromis et clause compromissoire), ne pose qu'une seule condition : la nécessité de disposer du droit de transiger sur l'objet du litige. Aucune convention d'arbitrage ne sera admise en matière d'état, de divorce, de séparation de corps et toute matière intéressant l'ordre public. A l'exception de ces domaines particuliers[378], les conventions d'arbitrage peuvent donc être établies entre toutes personnes, commerçantes ou non, en raison de leur activité professionnelle ou non. Par ailleurs, l'article 1026 prévoit que « le compromis relatif à des litiges futurs n'a pas d'effet juridique s'il ne vise pas un rapport de droit bien défini et les litiges qui pourraient en découler ». Ce texte vise exclusivement la clause compromissoire et non le compromis, puisqu'il concerne les litiges futurs. Il impose implicitement la rédaction d'un écrit, qui doit préciser clairement les relations contractuelles existant entre les parties et les contestations soumises à l'arbitrage. Si toutes ces conditions de fond et de forme sont réunies, la convention d'arbitrage sera alors validée quelle que soit la matière dans laquelle elle intervient.

211. – D'une prohibition de principe à une validité conditionnée – La loi NRE du 15 mai 2001[379] est venue élargir le champ d'application de la clause compromissoire en modifiant l'article 2061 du Code civil. Désormais, « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ». Pour la première fois, la formule

---

[376] Lors du retour de l'Alsace-Moselle à la France en 1918, le législateur a préféré à une introduction brutale et massive de l'ensemble du droit français, une introduction progressive par matière en maintenant parmi les dispositions du droit allemand celles jugées plus performantes et plus adaptées que la législation nationale. L'arbitrage fait partie de ces résurgences du droit allemand.

[377] Art. 1025 du Code de procédure civile local.

[378] Il existe également des dispositions dérogatoires comme en matière prud'homale qui attribue compétence exclusive aux conseils des prud'hommes (art. L.511-1 du Code de travail).

[379] Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 sur les Nouvelles Régulations Economiques, JO 16 mai 2001, p.7776.

est rédigée de façon positive. Ce n'est plus une prohibition de principe qui est posée mais une validité de principe.

212. – Intervention toujours possible du législateur – La fin de l'interdiction pure et simple de la clause compromissoire n'a pas abouti à une libéralisation totale de celle-ci, car une condition de taille est exigée : la clause doit être insérée dans un contrat conclu à raison d'une *activité professionnelle*. Le domaine d'application de la clause est certes très élargie, mais demeure limité à des contrats particuliers. Cette expression est par ailleurs très ambiguë, et suscite des interrogations qu'il faudra envisager[380]. Observons déjà que la validité est avant tout conditionnée par « des dispositions législatives particulières ». Ici encore, l'intervention du législateur pourra influer sur la validité de principe de la clause compromissoire, pouvant l'élargir[381], ou au contraire la restreindre[382].

213. – Difficulté d'interprétation du nouvel article 2061 du Code civil – La clause compromissoire est valable lorsqu'elle est insérée dans un contrat conclu à raison d'une activité professionnelle. Cette expression simple en apparence suscite de nombreuses interrogations[383], et permet à la jurisprudence « d'accomplir son travail de polissage et d'interprétation du texte[384] ». La notion « d'activité professionnelle » appelle alors quelques précisions. Il s'agit « sans nul doute, [de] celle accomplie à l'occasion de l'exercice d'une profession, qui présente un caractère habituel et a pour but de procurer

---

[380] Cf. *infra* n°213.

[381] Par exemple, en matière commerciale, l'apport principal de l'article 2061 nouveau réside dans la validation des clauses compromissoires conclues à raison d'une activité professionnelle et qui ne rentrait pas déjà dans le champ de l'article 631 du Code de commerce.

[382] L'exemple le plus probant (qui ne découle d'ailleurs pas de l'application de l'article 2061 nouveau) est celui du contrat de travail. Même acceptée des deux parties, la clause n'est pas valable, car il apparaît que le salarié est en situation de faiblesse et pourrait accepter la clause sous la pression.

[383] Ces inquiétudes ont déjà été relevées en doctrine. Pour exemple : N. RONTCHEVSKI, « L'arbitrage et les baux commerciaux depuis la loi NRE », AJDI 2002, avril, p.273 ; G. AUGENDRE, « La réforme de l'arbitrage. De nouveaux territoires ? », RJcom. 2002, 7-8 juillet-août, p.301 ; E. LOQUIN, RTDcom. 2001, p.646 ; Ch. JARROSSON, « Le nouvel essor de la cause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », JCP E 2001, p.1374-1376.

[384] Ch. JARROSSON, *loc. cit.*, p.1375.

des ressources à son auteur[385] ». Elle s'oppose à l'activité qui serait purement personnelle, mais il n'est plus question ici seulement d'une activité commerçante qui serait trop réductrice : une activité peut être professionnelle sans être commerçante. La sacro-sainte division entre le droit civil et le droit commercial apparaît ici obsolète, et laisse place à une autre distinction entre professionnel et non professionnel. L'influence du droit de la consommation est ici patente.

Ainsi, les professions libérales, les agriculteurs ou les artisans pourront désormais recourir à l'arbitrage par le biais de la clause compromissoire, sans encourir la sanction de la nullité. Il ne sera donc plus nécessaire de recourir au compromis alors que le litige est déjà né pour contourner l'interdiction. Cet élargissement de la clause compromissoire indéniable ne saurait toutefois s'étendre à toute activité professionnelle. Ainsi, l'activité salariale exclut toujours tout recours à l'arbitrage[386].

214. – Problème suscité par une clause compromissoire mixte – Un autre problème se pose lorsqu'une clause compromissoire est conclue entre un professionnel et un non professionnel. Le recours à l'arbitrage est-il possible ? Le texte visant « l'activité professionnelle » au singulier, on pourrait en déduire qu'il n'est pas nécessaire que celle-ci soit caractérisée à l'égard des deux parties. Cependant, l'esprit du texte conduit à exclure la clause compromissoire, lorsqu'une seule partie a agi dans le cadre d'une activité professionnelle[387].

215. – Problème lié à l'application dans le temps de la loi NRE – Enfin, aucune disposition législative spéciale ne prévoit l'application dans le temps de la réforme. S'il ne fait pas de doute que la validité des clauses insérées dans les contrats conclus à partir de l'entrée en vigueur de la loi sera examinée à la lumière de l'article 2061 nouveau, son sort est beaucoup plus incertain lorsque de telles clauses étaient prévues avant l'entrée en vigueur de la loi. Faut-il appliquer deux régimes différents à des situations identiques que seul le temps sépare ?

---

[385] G. AUGENDRE, *loc. cit.* p.299.

[386] Art. L.511-1 C. travail, cf. *supra* note 378.

[387] Ch. JARROSSON, *loc. cit.*, p.1376 ; N. RONTCHEVSKI, *loc. cit.*, p.274 ; M.-Cl. RIVIER, « La réforme de la clause compromissoire », LPA 2003, 2 octobre, n° spé. 197, p.27.

Le Tribunal de grande instance de Paris a eu à se prononcer sur l'application dans le temps de la loi du 15 mai 2001 dans une ordonnance de référé en date du 8 octobre 2002[388]. Il paraissait séduisant de conclure à une application immédiate de la loi au contrat en cours afin de respecter la volonté initiale des parties. A l'inverse, il existe un principe constant en matière contractuelle : la survie de la loi ancienne pour protéger la liberté des cocontractants contre les législations nouvelles non prévisibles au jour de la conclusion du contrat[389].

Entre ces deux positions antagonistes, le Tribunal de grande instance de Paris s'est prononcé en faveur de la première. Il a d'abord insisté sur le fait que « l'application de la loi nouvelle n'entraîne pas la lésion de droits acquis mais conforte au contraire la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage ». Puis, dans un second temps, il a énoncé que cette clause contractuelle « tend à la mise en œuvre d'une règle de procédure ». Ainsi, la nature mixte de la clause compromissoire est relevée, et son aspect procédural est mis en avant. La loi nouvelle est donc d'application immédiate, s'agissant d'une règle procédurale. L'ensemble de ces éléments a conduit le Tribunal de grande instance de Paris à apprécier la validité de la clause compromissoire « au regard de la nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil ».

La solution ne peut se justifier pleinement. Il n'est pas certain qu'il n'y ait pas de « lésion de droits acquis ». En effet, tout dépend des droits en cause. S'il s'agit du droit d'agir devant un tribunal étatique tel que garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, ce droit est lésé par la clause compromissoire. La justification supplémentaire du respect de la volonté des parties n'y change rien. La partie considérée comme la plus faible se sera peut-être vue imposer cette clause au moment de la conclusion du contrat. Par ailleurs, si la clause compromissoire a bien une nature mixte, pourquoi alors faire prévaloir son caractère procédural au détriment de son aspect contractuel. La justification traditionnelle serait de prendre en compte la prise d'effet de la clause[390]. Celle-ci

---

[388] TGI Paris, ord. de réf., 8 oct. 2002, *SARL Euroconsultaudit c/ Thomann et Windenberger Jenner es qual.*, JCP 2004, II, 10 014, note F. FAGES, D. 2003, *Jurisp.*, p.1928-1931, note B. MOREAU et S. SIHVOLA ; JCP 2003, I, 164 n°1, note J. BEGUIN.

[389] Art. 2 C.Civ.

[390] B. MOREAU et S. SIHVOLA, *loc. cit.*, p.1929-1930.

n'intervient pas au moment de la conclusion du contrat, mais au moment de l'introduction d'une demande. Est-ce une raison suffisante pour faire prévaloir le caractère procédural sur l'aspect contractuel ? Aucun élément ne semble, à lui seul, suffisant pour justifier la solution rendue par le Tribunal de grande instance de Paris, mais l'ensemble peut convaincre. Cette décision, qui a été saluée par la doctrine[391], mérite approbation, car elle suit la volonté du législateur de libéraliser et d'élargir l'arbitrage pour satisfaire les besoins de l'économie. Elle permet au moins d'éviter une situation inconfortable qui consisterait à continuer d'appliquer l'ancien article 2061 aux contrats en cours, et d'appliquer le nouvel article aux contrats conclus postérieurement à la loi.

Par le biais de la réforme de l'article 2061 du Code civil, la clause compromissoire a connu un nouvel essor, et a entraîné un renouveau de l'arbitrage même si des améliorations sont encore attendues. La loi du 15 mai 2001 a élargi son champ d'application au point qu'il est possible d'envisager des recours plus fréquents. L'arbitrage apparaît comme une véritable alternative à la juridiction étatique.

Un autre élément permet d'affirmer que ce mode de règlement des conflits est actuellement en pleine mutation, puisque l'arbitrage se judiciarise et s'institutionnalise, se rapprochant ainsi des juridictions étatiques.

B. Phénomènes de rapprochement entre juridiction arbitrale et juridiction étatique

216. – Emergence de phénomènes nouveaux – « Une institutionnalisation de plus en plus poussée des organismes d'arbitrage, une juridictionnalisation renforcée du fait du pointillisme des procédures et de l'accentuation du formalisme, une judiciarisation croissante en raison de l'intervention fréquente du juge étatique aux différents stades de la

---

[391] TGI Paris, ord. de réf., 8 oct. 2002, *SARL Euroconsultaudit c/ Thomann et Windenberger Jenner es qual.*, JCP 2004, II, 10 014, note F. FAGES , D. 2003, *Jurisp.*, p.1928-1931, note B. MOREAU et S. SIHVOLA ; JCP 2003, I, 164 n°1, note J. BEGUIN.

procédure arbitrale, tout cela tend à faire de l'arbitrage une sorte de système mixte, à la fois mi-public et mi-privé, mi-contractuel et mi-institutionnel, et placé sous une tutelle étroite de l'autorité judiciaire, accentuant son rapprochement avec cette dernière au détriment de sa spécificité[392] ». Ces phénomènes doivent être étudiés, en commençant par la judiciarisation (1), puis en s'attachant à l'institutionnalisation (2), car ils témoignent d'un rapprochement entre les deux modes juridictionnels de traitement des différends.

1. Judiciarisation de l'arbitrage

217. – Phénomène affirmé dès le début de la procédure arbitrale – Les parties peuvent être d'accord sur le choix de ce mode de règlement des conflits, sans pour autant parvenir à trouver le tiers arbitre qui les départagera. Pour résoudre cette difficulté, il peut être fait appel au président du tribunal de grande instance pour qu'il désigne le ou les arbitres[393]. Situation atypique puisque pour écarter la juridiction étatique dans le règlement du conflit, il faut faire appel à elle pour mettre en œuvre la procédure arbitrale. Le juge étatique intervient donc en amont de la décision arbitrale, mais peut également intervenir en aval, lors de l'exécution de la sentence arbitrale.

218. – Phénomène confirmé lors de l'exécution de la sentence arbitrale – Emanant d'un accord de volonté, le compromis ou la clause compromissoire devrait aboutir au même accord de volonté lors de l'exécution de la décision ainsi obtenue. L'arbitrage devrait permettre, sinon une exécution spontanée, au moins pacifiste de la sentence. Il semble qu'une décision négociée sera exécutée avec plus d'aisance que lorsqu'elle est imposée. Pourtant, il ne faut pas perdre de vue que le recours à l'arbitrage répond à une situation conflictuelle. Chaque partie ne peut avoir une confiance aveugle dans l'autre, et n'est jamais certaine que la décision obtenue sera pleinement exécutée. Aussi est-il plus sécurisant d'obtenir un titre exécutoire. « Après avoir choisi d'éviter le

---

[392] B. OPPETIT, « Les modes alternatifs de règlement des différents de la vie économique », Justice 1995, p.54-55.

[393] Art. 1444 NCPC.

juge, on se jette dans ses bras, on réintègre alors le chemin classique des prétoires[394] ». L'arbitre ne dispose pas de l'*imperium* qui est l'apanage des juridictions étatiques. Cette absence est ressentie comme un manque pour les justiciables, qui ne peuvent recourir à la force publique pour faire exécuter la sentence arbitrale. Cette « faiblesse congénitale[395] » pousse alors parfois les parties à se tourner vers la juridiction étatique.

Pour pouvoir bénéficier d'une sécurité dans l'exécution, le recours au juge étatique devient indispensable, alors que les justiciables voulaient précisément l'éviter. Ainsi, l'article 1477 du nouveau Code de procédure civile prévoit que « la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'*exequatur* émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue ». Dans le cadre de la procédure d'*exequatur*, il n'est pas demandé au juge étatique de statuer à nouveau sur le fond de l'affaire. Le litige a été tranché en amont par un arbitre conformément à la volonté des parties. Le juge de l'*exequatur* ne constitue donc pas un second degré de juridiction. Sa mission se réduit à un simple contrôle encadré et limité. Il vérifie seulement si la sentence est conforme à l'ordre public et aux garanties de bonne justice. Rares sont alors les *exequatur* des sentences arbitrales qui sont refusées, comme si le juge judiciaire n'était qu'un « distributeur automatique d'exequatur[396] ».

La présence de cette juridiction étatique se retrouve également pour mettre un terme définitif au différend qui oppose deux parties. Celles-ci peuvent en effet faire appel, non pas devant un nouvel arbitre, mais devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue[397]. Cette voie de recours peut aboutir à la réformation ou l'annulation de la sentence rendue par un arbitre. Ici aussi, les sentences sont rarement annulées ou réformées. Le juge judiciaire adopte même une attitude particulière, qui vise à

---

[394] Ch. JARROSSON, « Rapport de synthèse », in Colloque du 21 mai 1999, L'arbitrage en question (Chefs d'entreprise, comment organiser le règlement de vos litiges), JCP E 1999, cahier Droit de l'entreprise, suppl. n°3, p.35.

[395] Ch. JARROSSON, « Arbitrage et juridiction », Droits Revue française de théorie juridique 1989, n°9, p.111.

[396] Th. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », in Colloque Nantes, 15 mars 2002, L'arbitrage : une question d'actualité, LPA 2003, 2 octobre, n° spéc. 197, p.11, n°37.

[397] Art. 1486 NCPC.

réduire les recours infondés ou dilatoires, puisqu'il condamne fréquemment le demandeur sur le fondement du caractère abusif de la procédure[398].

Il apparaît en définitive que le recours à l'arbitrage n'exclut pas nécessairement la saisine d'un juge étatique. L'indépendance n'est pas entière, et si les deux modes juridictionnels de règlement des conflits s'opposent parfois, l'arbitrage ne saurait se passer en toute circonstance de la juridiction étatique.

Depuis quelques années déjà, on observait ce rapprochement sensible entre ces deux modes de règlement des différends, qui se poursuit avec le phénomène d'institutionnalisation.

2. Institutionnalisation de l'arbitrage

219. – Un phénomène récent – Alors qu'il représentait l'archétype d'une justice privée, libre et dénuée de toute contrainte, l'arbitrage se développe de plus en plus dans le cadre de structures organisées. Les procédurales arbitrales se rapprochent alors des procédures ordinaires suivies devant les juridictions étatiques. On ne saurait parler ici de juridictionnalisation comme pour les autorités administratives indépendantes, car l'arbitrage constitue déjà un mode juridictionnel de règlement des conflits. Il s'agit plutôt d'une institutionnalisation, ce qui le rapproche de la juridiction étatique.

Ainsi, des organismes se sont développés pour organiser la constitution du tribunal arbitral, proposer un règlement d'arbitrage, une structure administrative permanente, des facilités de secrétariat, des locaux en vue de réunions et rencontres entre

---

[398] Voir notamment, CA Paris 16 janvier 2003, D. 2003, *Jurisp. somm. Comm.*, p.2479-2480, obs. Th. CLAY. En l'espèce, une sentence arbitrale n'avait fait que condamner, en application d'un protocole d'accord, un débiteur à payer sa dette. Un recours en annulation est alors formé. Le demandeur au recours, dont le comportement fût qualifié « d'abusif, dilatoire et de mauvaise foi », a été condamné à payer 30 000 euros de dommages-intérêts et 30 000 euros sur le fondement de l'article 700 du NCPC. Ce dernier montant est sans commune mesure avec les sommes habituellement prononcées dans les procédures de droit commun. Il témoigne parfaitement de la sévérité des juges qui ne souhaitent pas rejuger le fond de l'affaire.

les parties et les arbitres. Ils ont pris des dénominations diverses : centres, cours, commissions, chambres d'arbitrage..., autant de dénominations qui permettent aux parties de se décharger de la conduite matérielle de la procédure. Depuis des années déjà, l'on assiste à une floraison d'organismes en tous lieux et en tous domaines. Leur implantation tient notamment à des facteurs socioprofessionnels mais également géographiques. Leur développement se vérifie aussi bien en matière interne[399] qu'internationale[400]. Mais, à mesure où les parties laissent à un tiers la faculté de diriger la procédure arbitrale, la liberté qui caractérise l'arbitrage s'écorne. Cette institutionnalisation qui rapproche juridiction arbitrale et juridiction étatique, se double d'une processualisation.

220. – Un phénomène décrié – Malgré l'avantage indéniable pour la protection des droits des justiciables, des critiques sont apparues, car il y aurait une véritable dénaturation de l'arbitrage. Cette processualisation excessive allonge inévitablement la durée de l'arbitrage, alors que le premier avantage de ce mode de règlement des différends résidait précisément dans sa rapidité, gage de confidentialité et de poursuite des relations entre les parties. Par ailleurs, elle augmente nécessairement le coût de l'arbitrage, alors que cet inconvénient était déjà présent dans les arbitrages traditionnels qualifiés d'*ad hoc*. L'originalité de l'arbitrage et tous les éléments qui en font sa force, s'amoindrissent peu à peu. Ainsi, la souplesse, la liberté d'organisation et d'exercice sont absentes, car les parties se voient imposer leur arbitre et les procédures suivies par le centre. Même si ce choix se fait au mieux de leurs intérêts[401], le sentiment de contrôle de la procédure disparaît complètement.

---

[399] Aucune liste exhaustive ne peut être fournie, mais il est possible de citer par exemple l'Association française d'arbitrage (AFA), l'Association pour le règlement des conflits par l'arbitrage et la médiation (ARCAM), les centres d'arbitrages du ressort de nombreuses Cours d'appel, les arbitrages effectués par les Chambres de commerce et d'industrie...

[400] La Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) est la plus connue. Elle met à la disposition des hommes d'affaires et des entreprises un ensemble de services facilitant le règlement des différends internationaux. Il faut également citer la Cour permanente d'arbitrage de la Haye, le Centre d'arbitrage de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ou la *London Court of International arbitration*, qui règle principalement des litiges internes, mais organise également les traitements de litiges internationaux.

[401] « Tant vaux l'arbitre, tant vaut l'arbitrage », dit-on.

Cette évolution a peut-être été rendue nécessaire par les réalités, et même voulue par les justiciables. A ce titre, il est alors possible d'envisager un rapprochement de l'arbitrage institutionnel avec la juridiction étatique autour de la nouvelle action en justice.

221. – Conclusion du Chapitre I – L'ensemble de ces développements a permis de s'interroger sur le contenu de la nouvelle action en justice. Il a semblé opportun d'y intégrer en premier lieu les autorités administratives indépendantes, dont la mission est de trancher les litiges, comme une juridiction étatique. Par leur fonction et leurs procédures, les similitudes avec les juridictions étatiques sont évidentes. Pareillement, l'arbitrage doit entrer dans cette nouvelle définition de l'action en justice, car la proximité avec les juridictions étatiques est de plus en plus grande, surtout avec les phénomènes de judiciarisation et d'institutionnalisation. Il faut en effet que les justiciables puissent bénéficier d'une protection similaire, quel que soit le mode de traitement des différends choisi. Afin de poursuivre notre réflexion sur l'élargissement de la notion d'action en justice, il faut à présent s'interroger sur la place des modes alternatifs de règlement des conflits.

Chapitre II : Elargissement incertain aux modes alternatifs de règlement des conflits

222. – Une nouvelle forme d'action en justice – Tout en restant un droit en vertu duquel un justiciable peut saisir un juge pour qu'il dise sa prétention bien fondée, l'action en justice peut dépasser le cadre strictement juridictionnel. Le droit au juge qu'elle implique, peut s'émanciper de la juridiction étatique ou non. L'enjeu de cette nouvelle définition est l'éventuelle intégration des modes alternatifs de règlement des conflits. L'instinct suggère pourtant de les exclure. En effet, l'état d'esprit qui préside à la matière est très éloigné de celui présent dans le cadre de la juridiction, qui plus est étatique. Un ensemble d'éléments rend alors très improbable leur insertion dans la vision renouvelée de l'action en justice (Section I). Un rapprochement sensible entre les modes alternatifs de règlement des conflits et la juridiction est néanmoins perceptible, ce qui amorce un changement des mentalités, et invite à reconsidérer leur exclusion de la définition nouvelle d'action en justice (Section II).

Section I : Intégration improbable des modes alternatifs de règlement des conflits dans la notion d'action en justice

223. – Les dérives d'une intégration tous azimuts – Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent une catégorie hétéroclite (§1) qui permettent, en certaines circonstances, un règlement original des différends (§2). Mais, les divergences avec un traitement juridictionnel se multiplient, et leur intégration dans la vision renouvelée de l'action en justice risque d'aboutir à la création d'un magma difforme. La nouvelle action en justice se réduirait en définitive à une coquille vide, et s'apparenterait à une de ces « notions fourre-tout » qui obscurcit le paysage juridique. Si son élargissement est souhaitable afin d'y intégrer la diversification des modes de règlement des conflits, la notion d'action en justice ne saurait pour autant s'étendre à l'infini.

§1. Une catégorie hétéroclite

224. – Un mode de règlement des conflits aux dénominations multiples – Depuis quelques années déjà, des articles, colloques, conférences et rapports se multiplient sur ce thème particulier, qui semble être à la mode. Les difficultés s'accumulent pourtant, lorsque l'on entreprend de faire son étude.

Déjà, les dénominations varient selon les auteurs, rendant l'appréhension des modes alternatifs de règlement des conflits peu aisée. Tous mentionnent le phénomène, mais aucune unité terminologique ne peut être dégagée. L'appellation la plus courante est sans doute celle de modes alternatifs de règlement des conflits, « euphoriquement désignés par l'acronyme MARC[402] ». Dès ce stade, des divergences apparaissent, puisque certains font référence aux modes *amiables* et non *alternatifs* de règlement des conflits. D'autres auteurs lui préfèrent la formule anglosaxone *Alternative Dispute Resolution* (ADR), ou sa traduction littérale Règlement Alternatif des Différents (RAD)[403]. Il est parfois fait référence à la justice conciliationnelle, informelle, négociée, amiable ou non violente. Une terminologie hésitante rend plus difficile l'appréhension de son contenu, au point que l'on se demande parfois si elle désigne toujours la même chose. L'extrême diversité de la notion se retrouve donc dès le stade de la dénomination.

225. – Précision terminologique – L'acronyme MARC, qui est donc souvent employé en doctrine, permet d'englober divers procédés de règlement des conflits. Mais, cette commodité de langage n'est pas exempte de tout défaut. Ainsi, le terme « alternatif » doit-il être expliqué. Il implique une faculté de choix entre différentes branches constituées d'une part, par ces procédés et d'autre part, par la juridiction étatique. D'ailleurs, le concept de MARC renvoie à une définition négative, et s'analyse comme un mécanisme visant à régler les différends autrement que par la voie de la juridiction étatique. Les deux facettes de l'alternative se dégagent ici. Mais, pour qu'il y ait un véritable choix, encore faut-il que ces différents modes de règlement des conflits

---

[402] L. CADIET, « Bibliographie commentée », RIDC 1994, 4, p.1214.

[403] Cette dernière possibilité a été détournée par des auteurs récalcitrants à la matière, et sceptique quant à son utilité, qui assurent que RAD signifie Rien A Dire, cf. Ch. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », RIDC 1997, 2, p.328.

aboutissent, par des moyens différents, à une solution identique. Ils doivent donc aboutir à un traitement définitif des litiges, dans le respect des garanties procédurales, sans passer par la juridiction étatique. Tout au long de nos développements consacrés aux différentes formes de modes alternatifs de règlement des conflits, nous pourrons analyser si le terme alternatif est approprié et effectif, ou s'il s'agit seulement de modes subsidiaires et secondaires.

226. – Un mode de règlement des conflits très utilisé dans le temps – Depuis quelque temps, on semble découvrir ce mode amiable pourtant ancestral. Ainsi, la Bible faisait déjà état de cette façon de régler les litiges. Saint Paul fustigeait les Corinthiens, parce qu'ils ne réglaient pas de manière pacifique les litiges qui les opposaient, et recouraient plus facilement aux tribunaux païens[404].

Le plus illustre défenseur des modes alternatifs de règlement des conflits fut Saint Louis qui, dit-on, rendait la justice sous un chêne à Vincennes, et avait institué une procédure particulière de conciliation effectuée pas ses conseillers. Ceux-ci étaient chargés d'établir ou de rétablir le dialogue entre deux parties qui s'opposaient. Mais, en cas d'échec et de désaccord persistant, la procédure pacifiste s'arrêtait brutalement...pour laisser place au pouvoir absolu de Saint Louis sur ses sujets.

227. – Un mode de règlement des conflits très utilisé dans l'espace – Hors de nos frontières, ce phénomène des modes alternatifs de règlement des conflits fait partie intégrante de la culture de certains peuples. Dans les pays africains, un proverbe wolof affirme d'ailleurs qu'« il n'y a pas deux personnes qui ne s'entendent pas, il y a seulement deux personnes qui n'ont pas discuté ». Pareillement, les pays asiatiques ont toujours eu recours aux modes non juridictionnels de règlement des conflits[405], ainsi qu'en témoigne un autre proverbe « procès gagné, argent perdu ».

---

[404] Epître aux Corinthiens, 1, 6, 5.

[405] Pour une étude des modes alternatifs de règlement des conflits dans les pays asiatiques, I. KITAMURA, « Audiences de débats et de conciliation », in *Nouveaux pouvoirs, nouveaux juges, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Paris, Dalloz, 1996, p.191-204 ; « L'avenir de la justice conciliationnelle », in *L'avenir du Droit, Mélanges en hommage à François TERRE*, Paris, Dalloz, PUF, 1999, p.801-818.

Il semble donc que les modes alternatifs de règlement des conflits soient « un phénomène à éclipses[406] », qui apparaît et disparaît selon les époques et les continents. Cet engouement actuel en France ne doit donc pas être considéré comme une naissance, mais plutôt comme une renaissance, souvent perçue comme la solution miracle susceptible de soigner la justice de tous ses maux[407].

Ainsi, assiste-t-on aujourd'hui à un « acharnement non pas thérapeutique mais conciliatoire, réconciliatoire unanimiste qui voit le fin mot de la justice civile non plus dans un échange d'argumentations rationnelles et une pesée de ces argumentations, mais dans un échange de baisers de paix à tout prix[408] ».

228. – Les modes alternatifs de règlement des conflits, une catégorie ouverte – Les modes alternatifs de règlement des conflits ont été définis négativement, comme un mécanisme visant à régler un conflit par un moyen autre que le mode juridictionnel. Il s'agit d'une « catégorie ouverte, et donc mal délimitée qui regroupe un ensemble des modes de règlement des différends[409] ». Aucune définition précise ne peut donc être posée, mais certaines constantes peuvent tout de même être relevées.

Selon une acception large de cette notion, la médiation et la conciliation côtoient l'arbitrage. Cette dernière composante n'entre pas, à notre sens, dans cette catégorie. Si elle constitue bien une alternative au traitement étatique des différends, elle n'en reste pas moins un mode juridictionnel de règlement, et aboutit à une solution imposée aux parties.

---

[406] S. GUINCHARD, M. BANDRAC, M. DOUCHY, *et alii, Droit processuel Droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, 2ème édition, 2003, p.903, n°584.

[407] « Néanmoins, pour faire bonne figure, il est de meilleur ton d'associer les modes alternatifs de règlement des conflits au profond besoin des justiciables d'une justice de proximité plutôt qu'à la crise de la justice dont ils ne seraient que le remède », J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, thèse, Aix-Marseille 2002, Aix-en-Provence, Presses universitaire d'Aix-Marseille, 2003, préface S. GUINCHARD, p.14, n°4.

[408] Doyen CARBONNIER, « Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile », in *Le Nouveau code de procédure civile, vingt ans après*, actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997, Paris, La Documentation française, 1998, p.16. M. WOOG évoque pareillement « la pratique de l'amour obligé et les risques de l'acharnement conciliatoire », GP 1999, 19-21 septembre, *Doctr.*, p.10.

[409] Ch. JARROSSON, *op. cit.*, p.329.

Une acception plus étroite limitant cette catégorie aux médiation et conciliation nous parait plus appropriée. Il s'agit alors d'envisager leur développement respectif en matière civile (A) et en dehors de ce cadre (B).

A. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière civile

229. – Plan – Deux situations doivent être distinguées selon que la médiation ou la conciliation est imposée aux parties (1), ou choisie par elles (2).

1. Cas de médiation et conciliation obligatoires

230. – Historique rapide – Il peut paraître paradoxal d'apposer côte à côte, médiation ou conciliation et caractère obligatoire. C'est pourtant par la contrainte que le législateur a imposé la conciliation ou la médiation avant toute saisine du juge étatique. Les modes alternatifs de règlement des conflits doivent, en principe, permettre d'établir un accord entre deux parties en conflit, et aboutir à une solution librement négociée. Quel crédit peut-on accorder à un « dialogue imposé » ?

La France a connu un préalable obligatoire de conciliation devant les tribunaux de district, juridiction de droit commun du premier degré de l'époque. La loi des 16 et 24 août 1790 avait institué, entre autres, ce préalable comme condition *sine qua non* pour pouvoir introduire une instance contentieuse. La conciliation était alors perçue comme un mode idéal de traitement des différends, qui devait être envisagé bien avant le recours au juge étatique, alors considéré comme la voie ultime. Ce préalable de conciliation tous azimuts a montré des signes d'essoufflement, peut-être en raison de cette application générale dans tous les domaines, sans exception. « Peu importait que l'affaire fût urgente ou déjà en appel, peu importait que l'affaire concernât un objet indisponible ou que les parties en litige fussent incapables, la tentative préalable de conciliation était impérative et

son défaut sanctionné par une nullité absolue[410] ». Le préalable obligatoire de conciliation était alors souvent perçu comme une perte de temps et d'argent. De plus, lorsqu'une conciliation aboutissait, les parties, très peu conseillées, avaient parfois des difficultés à comprendre la solution, et à l'appliquer.

Puis, le Code de procédure civile a écarté en 1806 le préliminaire de conciliation en certaines hypothèses. Seules les affaires présentant une chance raisonnable de faire l'objet d'un règlement amiable, faisaient l'objet d'un préalable obligatoire de conciliation. Les autres, comme les affaires portant sur des droits dont les parties n'avaient pas la libre disponibilité, les affaires mettant en cause des incapables, celles qui réclamaient l'urgence ou la matière commerciale étaient dispensées de ce préalable[411].

A côté de ce préalable obligatoire appelé « grande conciliation », s'était développé un mécanisme d'origine prétorienne, la « petite conciliation » organisée autour des juges de paix. Devant son succès, le législateur était intervenu pour consacrer cette pratique par la loi du 25 mai 1838[412]. Ce qui n'était que facultatif en 1838, était devenu obligatoire par une loi du 2 mai 1855. Malgré ce nouveau caractère, la « petite conciliation » a continué à jouir d'un succès grandissant. En revanche, le déclin de la « grande conciliation » était de plus en plus pesant, au point d'être supprimée par la loi du 9 février 1949. Ce n'est que la promulgation du nouveau Code de procédure civile qui transforma la « petite conciliation » obligatoire en « tentative préalable de conciliation[413] ». Ainsi, le caractère impératif, ressenti comme un préliminaire de pure forme plutôt que comme une véritable chance de conciliation, a laissé place à un caractère facultatif dans la grande majorité des situations.

---

[410] J. JOLY-HURARD, thèse précitée, p.163, n°237.

[411] Ainsi, l'article 49 du Code de procédure civile énonçait de nombreuses dispenses au préalable de conciliation obligatoire.

[412] Art. 38 de la loi du 25 mai 1838 : « Dans toutes les causes, exceptées celles où il y aurait péril en la demeure, et celles dans laquelle le défendeur serait domicilié hors du canton ou des cantons de la même ville, le juge de paix pourra interdire aux huissiers de sa résidence de donner aucune citation en justice sans qu'au préalable il ait appelé, sans frais, les parties devant lui ».

[413] Art. 830 et suiv. NCPC.

231. – Actualité des modes alternatifs de règlement des conflits à caractère obligatoire – Aujourd'hui, si les modes alternatifs de règlement des conflits ont principalement un caractère facultatif[414], il reste encore quelques résurgences du caractère obligatoire. Il en est ainsi devant le tribunal d'instance, où la conciliation se retrouve tout au long de la procédure contentieuse[415], en cas d'assignation à toutes fins, de requête conjointe, de représentation volontaire des parties, ou de déclaration au greffe. La conciliation doit être effectuée par le juge d'instance ou un conciliateur, et ce n'est qu'en cas d'échec de celle-ci que le juge tranchera le litige.

Pareillement, devant le conseil des prud'hommes, le préalable de conciliation est intégré à l'instance contentieuse. Ainsi, aucune affaire ne peut être jugée sans avoir été soumise au bureau de conciliation[416]. Ce n'est qu'en cas de désaccord persistant, que l'affaire est renvoyée devant le bureau de jugement.

Le tribunal paritaire des baux ruraux a pareillement recours à la conciliation obligatoire[417]. En cas d'omission de la tentative de conciliation, la sanction sera l'irrecevabilité de la demande. Une règle originale prévoit d'ailleurs, qu'en cas d'absence de conciliation, le procès verbal doit mentionner « les modalités du règlement du litige proposé à la majorité des voix[418] ». Ainsi, les parties sont-elles informées de la solution du litige qui aurait été retenue si une conciliation avait eu lieu. Elles pourront alors discuter cette proposition de solution.

---

[414] Cf. *infra* n°232.

[415] Art. 829 et suiv. NCPC. Il faut relever que la tentative préalable de conciliation a un caractère facultatif. Ainsi, avant d'assigner, le demandeur peut préférer recourir à une tentative de conciliation. Cependant en pratique, il sollicite rarement cette mesure. Mais, s'il ne le fait pas, le juge devra toujours s'efforcer de concilier les parties avant de trancher leur différend. En ce sens, la conciliation intégrée à l'instance a un caractère obligatoire, mais la tentative préalable de conciliation est facultative.

[416] Art. R.516-8 et suiv. Code du travail. ; cf. J. DESMARAIS, « Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail », RIDC 1997, 2, p.409-419.

[417] Art. 887 du NCPC.

[418] Art. 887 al.2 du NCPC.

Cet impératif de conciliation qui se retrouve donc devant certaines juridictions, apparaît également en certaines matières. La forme de conciliation obligatoire la plus connue est sans nul doute celle qui était imposée en matière de divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune[419]. La récente loi du 26 mai 2004[420] a fait évoluer le droit du divorce, accordant une place exceptionnelle aux accords des parties, et donc à la conciliation. Ainsi, et quelle que soit la procédure de divorce engagée, une tentative de conciliation est imposée avant l'instance judiciaire[421]. Le juge cherche ainsi « à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences[422] ». Par ailleurs, le règlement amiable du divorce est prôné par cette loi. Ainsi, le juge doit-il inciter les époux à régler les conséquences du divorce à l'amiable[423].

Pareillement, en matière de saisie des rémunérations, une tentative de conciliation devant le juge d'instance est imposée par l'article R.145-9 du Code du travail.

La loi du 31 décembre 1989, modifiée par les lois du 8 février 1995 et 29 juillet 1998, organise également une procédure de règlement amiable devant une commission départementale d'examen des situations de surendettement. L'article L.331-6 du Code de la consommation prévoit que cette commission « a pour mission de concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers ».

Il est à noter une autre forme de conciliation obligatoire en matière de baux d'habitation. Ainsi, la loi du 6 juillet 1989 prévoit en son article 17 c la saisine d'une

---

[419] Art. 251 al.1 ancien C.Civ ; art. 1108 NCPC.

[420] L. n°2004-1570 du 26 mai 2004, JO 27 mai 2004, p.2319 ; D.2004, *Légis.*, p.1565-1570 ; JCP G 2004, *Act. Aperçu rapide*, 251 ; THOURET Sylvain, « Les mécanismes procéduraux issus de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *R.proc.* 2004, juin, *Etudes*, n°8, p.6-12. ; LEMOULAND Jean-Jacques, « La loi du 26 mai 2004 relative au divorce », D. 2004, *Chroniques doctrine*, p.1825-1837.

[421] Art. 252 C.civ. issu de la loi du 26 mai 2004.

[422] Art. 252 al.2 nouveau C.civ.

[423] Art. 252-3 nouveau C.civ.

commission de conciliation[424] en cas de désaccord sur la fixation du loyer lors du renouvellement du bail d'habitation[425]. Ainsi, lors du renouvellement du contrat de bail, le propriétaire peut proposer au locataire, si le loyer est manifestement sous-évalué, un nouveau loyer fixé par référence aux loyers habituellement constatés dans le voisinage pour des logements comparables. Cette proposition doit être faite au moins six mois avant le terme du contrat. En cas de désaccord ou de défaut de réponse du locataire, une des deux parties a l'obligation de saisir la commission de conciliation quatre mois avant le terme du contrat. En pratique, ce sera souvent le propriétaire qui sera à l'origine de cette saisine. Enfin, en cas de désaccord sur le prix constaté par la commission, le juge pourra être saisi mais, avant le terme du contrat. Si ces prescriptions ne sont pas suivies, le bail sera reconduit aux conditions antérieures.

La procédure amiable se retrouve également sous une forme obligatoire en matière d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation. La loi du 5 juillet 1985 a prévu un système original qui se trouve aujourd'hui réglementé aux articles L. 211-8 et suivant du Code des assurances. Ainsi, l'article L. 211-9 dispose que « l'assureur qui garantit la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur est tenu de présenter dans un délai maximal de 8 mois à compter de l'accident une offre d'indemnité à la victime qui a subi une atteinte à sa personne ». L'assureur a donc l'obligation de tenter une conciliation avec la victime d'un accident de la circulation.

Enfin, un dernier cas de conciliation obligatoire doit être relevé en matière sportive. La loi du 13 juillet 1992[426] modifiée par l'article 13 de la loi du 6 juillet 2000[427] a institué une conciliation sportive obligatoire devant le Comité National Olympique et sportif Français (CNOSF). Sa mise en place a été rendue nécessaire par les spécificités du

---

[424] Ces commissions départementales en matière de baux sont composées de manière paritaire de représentants d'organisations de bailleurs et d'organisations de locataires.

[425] La composition et la compétence de la commission départementale de conciliation sont fixées par la loi à l'article 20 de la loi du 6 juillet 1989.

[426] Loi n°92-652 du 13 juillet 1992, modifiant la loi n°84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives et portant diverses dispositions relatives à ces activités.

[427] Loi n°2000-627 du 6 juillet 2000, modifiant la loi du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives.

milieu sportif où le temps est encore plus important qu'ailleurs, en raison notamment du caractère éphémère de la carrière d'un sportif. Elle joue pour tout conflit opposant les licenciés, les groupements sportifs et les fédérations agréées à l'exception des conflits de dopage. Elle connaît un franc succès dans la résolution des litiges, et son efficacité ne fait plus de doute. Un auteur[428] a même relevé qu'en cas d'échec de la conciliation, environ trente pour cent des litiges non résolus font l'objet d'un recours devant les juridictions étatiques[429]. Le reste du temps, les parties ne manifestent pas la volonté de poursuivre la contestation devant les tribunaux de droit commun. Le simple avis du conciliateur incite donc à ne pas donner suite au conflit.

Ce succès pourrait faire des émules, et le législateur pourrait mettre en place de nouveaux cas de médiation ou conciliation obligatoires. Il reste que, pour l'instant, les modes alternatifs de règlement des conflits sont principalement facultatifs.

En définitive, il apparaît que les cas de conciliation obligatoire sont limités à certaines matières ou à certaines juridictions d'exception. Leur succès montre que la contrainte n'est pas toujours perçue négativement dans l'esprit des justiciables. Elle ne saurait pourtant emporter la conviction dans l'ensemble des matières et devant toutes les juridictions au risque de tomber à nouveau dans les dérives du passé. Le législateur a alors mis en place un préalable facultatif de conciliation.

2. Cas de médiation et conciliation facultatives

232. – Une mission traditionnellement réservée au juge étatique – « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties[430] ». Ainsi, à côté de sa mission traditionnelle de trancher les litiges sur la base du droit, le juge dispose également de ce

---

[428] M.-A. NGO, « La conciliation sportive obligatoire devant le Comité National Olympique et sportif Français », in *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit* (sous la direction de J.-B. RACINE), Lyon, L'Hermès, Bibliothèque de droit, 2002, p.263.

[429] Pour un exemple de saisine d'une juridiction étatique après échec d'une conciliation menée par le CNOSF, CA Paris 8 avril 2003, D. 2003, *Jurisp. Somm. Comm.*, p.2537, obs. J.-Ch. BREILLAT.

[430] Art. 21 NCPC.

pouvoir de conciliation. Le but est le même, mettre un terme au différend qui oppose deux parties. Par manque de temps, de moyens et de disponibilité, le juge « concilie » difficilement ses deux missions. Bien souvent, il délaissera les prérogatives prévues à l'article 21 du nouveau Code de procédure civile pour les octroyer à un tiers, conciliateur ou médiateur. Il s'agira de distinguer ce cas de conciliation ou médiation, qualifié de judiciaire (a), d'un procédé extra-judiciaire (b).

a. Conciliation et la médiation judiciaires

233. – Naissance et développement des conciliateurs de justice – Le décret du 20 mars 1978[431] a mis en place les conciliateurs dont la mission est de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition. Les décrets des 22 juillet[432] et 13 décembre 1996[433] et la circulaire d'application du 1er août 1997 ont revivifié la conciliation en permettant au conciliateur d'effectuer la tentative préalable de conciliation, par délégation du juge d'instance et avec l'accord des parties[434]. Nommé par ordonnance du Premier président de la cour d'appel après avis du Procureur général et sur proposition du juge d'instance, il prend ses fonctions pour un an renouvelable pour deux ans. Il est présenté par le juge d'instance aux parties qui peuvent accepter ou refuser. Si elles acceptent, le juge lui fixe un délai pour exercer sa mission. Si elles refusent, c'est le juge qui exercera seul la mission de conciliation.

La loi du 18 décembre 1998[435] encourage les règlements amiables, accordant l'aide juridictionnelle « en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance[436] ». Il est à noter que le législateur envisage le cas de la transaction comme

---

[431] Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice.

[432] Décret n°96-652 du 22 juillet 1996 sur la conciliation et la médiation judicaire.

[433] Décret n°96-1091 du 13 décembre 1996 relatif aux conciliateurs de justice.

[434] Par ces décrets, le conciliateur a acquis ses lettres de noblesse, et passe au grade de conciliateur de justice.

[435] Loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits.

[436] Art. 10 al.2 de la loi du 10 juillet 1991 modifié par la loi du 18 décembre 1998.

mode amiable de règlement des conflits. Cet article s'applique sans nul doute aux cas de tentatives préalables de conciliation.

Le décret du 28 décembre 1998[437] a étendu considérablement le domaine du recours à la conciliation sur délégation du juge en modifiant les articles 840 (assignation à toutes fins), 847 (requête conjointe et présentation volontaire des parties), 847-3 (déclaration au greffe) du nouveau Code de procédure civile. La conciliation est prévue dans toutes ces hypothèses.

Enfin, l'article 8 de la loi du 9 septembre 2002[438] apporte une nouveauté en matière de conciliation. Il prévoit que « l'article 21 de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative est complété par un alinéa ainsi rédigé : si le juge n'a pas recueilli l'accord des parties pour procéder aux tentatives de conciliation prévues au 1°, il peut leur enjoindre de rencontrer une personne qu'il désigne à cet effet et remplissant les conditions fixées au premier alinéa. Celle-ci informe les parties sur l'objet et le déroulement de la mesure de conciliation ». L'article 21 1°de la loi du 8 février 1995 concerne les tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi, sauf en matière de divorce et séparation de corps.

Il apparaît que le juge peut forcer la volonté des parties en imposant un tiers. Certains voient ici un véritable pouvoir d'injonction du juge en matière de conciliation judiciaire[439]. Les parties subiraient une certaine pression, et se verraient imposer un mode alternatif de règlement des conflits malgré leur refus. Il ne faut pas exagérer la portée de ces dispositions, qui n'imposent nullement une solution au conflit, mais seulement un tiers conciliateur. De plus, cet article s'applique « aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi », donc, le plus souvent obligatoire. Il y a une obligation de tenter une procédure amiable, et le juge ne fait qu'accélérer la procédure en proposant un tiers que les parties ne trouvent pas. L'esprit même des règlements amiables n'est pas remis en cause.

---

[437] Décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le COJ et le NCPC.

[438] Loi n°2002-1138 d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002.

[439] J. JOLY-HURARD, « Le nouveau pouvoir d'injonction du juge en matière de conciliation judiciaire », D. 2003, *Chron.*, p.928.

234. – Critiques à l'égard des conciliateurs de justice – Suite à l'apparition des conciliateurs et ces changements législatifs successifs, certains ont affirmé que le juge se déchargeait de sa mission sur ces tiers intercesseurs. Mais, il ne faut pas confondre les attributions du juge, car concilier n'est pas juger, c'est-à-dire, trancher un différend sur la base du droit. Concilier reste « une des missions du juge mais pas une démission du juge[440] ». Le but de la conciliation est seulement de tenter de rapprocher deux parties en litige pour éviter un règlement juridictionnel. Elle participe à la mission du juge en ce sens qu'elle facilite la solution du litige. Elle donne à la justice un visage plus humain en rendant une solution rapide et proche du justiciable. Elle n'est pas complètement étrangère au juge, puisqu'il dispose d'un droit de regard à un stade ou à un autre de la procédure amiable : il peut choisir le conciliateur, fixer le délai de sa mission, entériner l'accord éventuellement trouvé, continuer la procédure en cas d'échec.

235. – Recours possible au médiateur à tous les stades de la procédure juridictionnelle – Tout comme la conciliation, la médiation a connu un renouveau suite à des changements législatifs. C'est la loi du 8 février 1995[441] et le décret du 22 février 1996[442] qui ont instauré la médiation judiciaire[443], consacrant ainsi une pratique ancienne inaugurée dès 1968[444]. Le juge peut ainsi proposer aux parties de recourir à un médiateur pour régler le différend qui les oppose et ce, à tout moment de la procédure, devant le juge des référés, le juge de la mise en état, le juge du fond du premier et second degré. Il peut paraître improbable de faire appel à un médiateur judiciaire en appel, car les parties ont

---

[440] Ch. JARROSSON, « Le régime juridique de la conciliation », Gaz. Pal. 1998, 4-6 octobre, p. 10-11, n° spéc. « Les conciliateurs de justice : conciliation, mode pratique de résolution des conflits ».

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

[442] Décret du 22 février 1996, *loc. cit.*

[443] Art. 131-1 à 131-15 NCPC.

[444] Le premier exemple contemporain de médiation est la nomination d'un expert consultant par Pierre Bellet, alors Président du Tribunal de grande instance de la Seine, pour tenter de dénouer une situation de crise résultant de l'occupation des usines Citroën par des grévistes. La médiation doit beaucoup également « aux décisions du premier président Pierre Drai, dont l'imagination et la force créatrice ont pu s'exprimer au tribunal de grande instance de Paris, puis à la cour d'appel de Paris et enfin aujourd'hui à la Cour de cassation », G. PLYUETTE, « La médiation judiciaire en matière civile », Gaz. Pal. 1994, p.1100.

déjà échoué dans leur tentative de dialogue en première instance. Mais, d'un autre côté, les parties sont peut-être plus aptes à se laisser convaincre par les modes alternatifs de règlement des conflits en appel. En effet, elles ont déjà perdu du temps et de l'argent, sans que le litige ne soit définitivement tranché. La solution rendue n'a pas satisfait les parties. La médiation ne saurait être condamnée d'emblée en appel, car elle a des chances de succès[445].

La loi du 4 mars 2002[446] témoigne parfaitement de cette passerelle qui existe entre la juridiction judiciaire et la conciliation ou médiation. La loi prévoit notamment la résidence de l'enfant en alternance chez chacun des deux parents. Ainsi, « en cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder. Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure[447] ».

Il en va de même en matière de divorce depuis la loi du 26 mai 2004, où il est prévu que le juge aux affaires familiales peut proposer aux époux qui se présentent devant lui une mesure de médiation[448]. Il peut même enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation[449].

Les modes alternatifs de règlement des conflits s'insèrent et s'emboîtent parfaitement, *a priori*, dans l'activité du juge. Il semble exister une véritable complémentarité entre ces deux modes de traitement des différends[450].

---

[445] M. TARABEUX détaille la médiation en appel dans son article, « La pratique de la médiation judiciaire devant la Cour d'appel de Paris », Droit et Patrimoine, 1999, décembre, p.42-45.

[446] Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

[447] Art. 373-2-10 C.civ. issu de la loi du 4 mars 2002.

[448] Art. 255 (1°) C. civ. issu de la loi du 26 mai 2004.

[449] Art. 255 (2°) C.civ. issu de la loi du 26 mai 2004. Il est à noter que, pour envisager la médiation en matière de divorce, le législateur en 2004 utilise des termes rigoureusement identiques à ceux de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. La médiation apparaît donc aussi bien dans le cadre de la parentalité que dans celui de la conjugalité.

[450] Il faut noter d'ailleurs que le législateur confirme la grande proximité entre conciliation et médiation. Ainsi, le juge concilie et peut également proposer une médiation effectuée par un médiateur familial.

A tous les stades de la procédure, la médiation apparaît comme « une parenthèse consensuelle qui s'inscrit dans le cours du procès sans en retarder l'issue[451] ». Tout comme la conciliation, elle semble constituer un mode idéal de règlement des conflits.

Ces deux modes de traitement des différends, qui se développent dans un cadre judiciaire, peuvent également exister en dehors de toute intervention judiciaire.

b. Conciliation et médiation extra-judiciaires[452]

236. – Clause de conciliation ou de médiation – Les parties peuvent décider de recourir à une médiation ou à une conciliation, sans qu'un juge leur impose, ni leur propose ce mode de traitement des différends. Elles peuvent prévoir dans un contrat, qu'en cas de litige survenant entre elles, il sera fait appel à un tiers, médiateur ou conciliateur[453]. Le système est analogue à celui étudié dans le cadre de l'arbitrage avec les clauses compromissoires. L'intérêt est alors de pouvoir « se mettre d'accord sur le désaccord[454] ». Les parties doivent alors désigner un tiers qui les aidera à trouver une solution à leur litige. Il peut s'agir d'une personne *ad hoc*, ou d'un membre d'un centre de médiation ou de conciliation. Dès la conclusion du contrat, il est alors opportun de prévoir son mode de désignation. En effet, une fois le litige né, il sera beaucoup plus difficile de trouver le moindre accord, même sur le tiers amené à rapprocher les parties.

Ces clauses sont parfaitement valables, et il est possible de déroger à l'intervention judiciaire, à tous les stades de la procédure. Le juge étatique se trouve alors totalement exclu du règlement du litige. Ce mécanisme de clause de conciliation ou de médiation est somme toute très classique, et pourrait bien être relayé par une nouvelle forme de règlement amiable.

---

[451] X. TARABEUX, *loc. cit.*, p. 45.

[452] Pour des développements complets, cf. L. CADIET, « Clauses relatives au litiges », J.-CL. Contrats Distribution, Fasc. 190, 2003, p.1-24.

[453] Pour les difficultés d'application de telles clauses, cf. *infra* n°266 et suiv.

[454] L. CADIET, *loc. cit.*, p.5, n°9.

237. – Une méthode novatrice : la décision sur dernière offre[455] – La décision sur dernière offre[456] peut être présentée comme le dernier-né de la grande famille des modes alternatifs de règlement des conflits. Ce mécanisme apparu aux Etats-Unis sous l'appellation *Final Offer Arbitration* (FOA), a été imaginé par les juristes dans le but de résoudre une question précise, tel que le montant d'un prix ou l'évaluation de dommages intérêts. L'originalité de la méthode réside dans le fait que la DDO consiste à soumettre un différend à un tiers qui ne sera habilité qu'à choisir l'une ou l'autre des solutions proposées par les parties. Ce tiers, qui peut être un expert et même un arbitre, ne pourra faire aucune proposition, ni modifier celles des parties. Il ne dispose d'aucune marge de manœuvre, et ne peut donc façonner sa propre décision.

Comme tous les modes alternatifs de règlement des conflits, la DDO présente l'avantage de la simplicité et de la liberté d'organisation. Surtout, elle incite les parties à formuler des propositions raisonnables, prenant en compte leur intérêt propre, mais également en se montrant attentives à l'autre. En effet, le tiers est amené à choisir entre les deux propositions, celle qu'il va juger meilleure pour les deux litigeants. En proposant une solution équitable, la partie va optimiser les chances de voir sa proposition retenue par le tiers. Les concessions réciproques se font plus facilement puisque, loin d'exprimer des prétentions complètement opposées, les parties auront tendance à rapprocher leur point de vue. Ces dernières n'envisageront pas de mettre en place une véritable entreprise de démolition des arguments de l'adversaire, source d'exacerbation et d'amplification du différend. Avec la DDO, elles peuvent s'assurer de la poursuite de leurs relations futures de manière paisible.

Cette méthode novatrice semble s'approcher de la technique miracle, permettant le développement des règlements des différends sans les inconvénients des procédures traditionnelles. C'est une technique très intéressante, « notamment en ce qu'elle conduit à rapprocher plutôt qu'à éloigner les positions des parties[457] ». Son utilisation encore très

---

[455] Cf. M. COHEN et Ph. METAIS, « Règlement des litiges : une méthode novatrice », Les Echos, 17 novembre 2003, p.12 ; « La décision sur dernière offre (DDO) : une méthode novatrice de règlement des conflits », Option Finance 2004, 22 mars, n°777, p.41-45.

[456] Ci-après DDO.

[457] M. COHEN et Ph. METAIS, Les Echos, *op. cit.*, p.12.

modeste, ne permet pas de confirmer cette impression, mais il est certain que le parcours de la DDO mérite d'être suivi, sans pour autant le présenter comme la panacée.

Au terme de ces développements, il semble que les modes alternatifs de règlement des conflits constituent une catégorie très hétéroclite, toujours en mouvement. Leur extrême diversité laisse à penser qu'on ne saurait les inclure dans la vision renouvelée de l'action en justice, sans détruire cette notion fondamentale de notre droit processuel. Leur développement en dehors de la matière civile contribue à alimenter cette diversité.

B. Les modes alternatifs de règlement des conflits en dehors de la matière civile

238. – Plan – Tout en connaissant des fortunes diverses, les cas de règlement amiable des conflits se développent en matière pénale (1), ainsi qu'en matière administrative (2).

1. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale

239. – Une matière traditionnellement réticente aux modes alternatifs de règlement des conflits – Il paraît peu probable, de prime abord, de voir les modes alternatifs de règlement des conflits se développer en matière pénale. Les oppositions y sont, plus qu'ailleurs, cristallisées, et toute forme de dialogue semble vouée à l'échec. La victime, personne physique ou plus généralement la société, se trouve atteinte dans ses biens, et sa personne. Elle souhaite voir condamner l'auteur du dommage, et obtenir réparation de son préjudice. L'Etat joue ici son rôle prépondérant de « sanctionnateur ». Il intervient pour le déclenchement des poursuites, la gestion de celles-ci, ainsi que dans la condamnation du délinquant. La solution attendue peut n'être que binaire : le tribunal prononce soit une condamnation, soit une relaxe ou un classement sans suite. Les positions antagonistes des parties rendent difficile un rapprochement des volontés.

Ce terrain semble peu propice au développement des modes alternatifs de règlement des conflits.

240. – Mise en place des modes alternatifs de règlement des conflits par le législateur – Par le biais de la loi du 4 janvier 1993[458], le législateur a pourtant mis en place la médiation pénale. Ainsi, le procureur de la République peut-il choisir entre plusieurs répressions, face à des infractions qualifiées de contraventionnelles ou correctionnelles. Il peut prononcer un avertissement à l'encontre du délinquant et lui signifier qu'en cas de réitération, il risque des poursuites. Le procureur peut en second lieu classer l'affaire en demandant à l'auteur des faits de régulariser la situation au regard de la loi ou de réparer le dommage qu'il a causé. Enfin peut-il rechercher, avec l'aide d'un tiers, médiateur, une solution librement négociée entre les parties. La médiation doit alors assurer la réparation du dommage causé à la victime, mettre fin au trouble à l'ordre public, ou contribuer au reclassement social. Il est à noter en dernier lieu, que le juge ne peut en aucun cas, régler à l'amiable un litige qualifié de crime, et il lui faudra toujours l'accord des deux parties.

La médiation pénale connaît un véritable succès, alors qu'elle semblait vouée à l'échec. Un auteur[459] apporte une nuance à cette réussite, car la médiation pénale est parfois soupçonnée de ne pas laisser véritablement le choix aux parties. Il y aurait une sorte de chantage judiciaire, tant à l'égard de la victime, qui doit la préférer à la menace d'un classement sans suite, qu'à l'égard du délinquant, qui craint une poursuite pénale classique. Ce risque est patent, mais peut-être faut-il lui accorder le bénéfice du doute. Les recours au médiateur pénal se multipliant, on ne saurait désormais nier la présence des modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale.

Une autre alternative aux poursuites est née avec la création par la loi du 23 juin 1999 de la composition pénale. Cette procédure implique la reconnaissance des faits par l'auteur de l'infraction. Elle peut déboucher sur des mesures telles que la remise d'une chose, du permis de conduire ou de chasser, l'exécution d'un travail non rémunéré et le

---

[458] Art. 41-1 5° CPP.

[459] M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation », AJDA 1997, p.32, in Dossier « Les modes alternatifs de règlement des litiges ».

paiement d'une amende[460]. Une fois la mesure acceptée par l'intéressé, elle doit être validée par un juge du siège dont la décision est insusceptible de recours[461]. Initialement, seuls les délits limitativement visés par le Code de procédure pénale pouvaient donner lieu à cette procédure. La loi du 9 mars 2004, dite Perben II, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité[462], a élargi le domaine de la composition pénale. Celle-ci peut désormais être proposée à toute personne physique « qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes[463] ». Elle est également applicable aux contraventions[464].

Si la composition pénale constitue une alternative aux poursuites, il existe depuis la loi Perben II, une véritable alternative au procès pénal classique, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

241. – Création d'un nouveau mode de poursuite, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité – Ce mécanisme est né dans les pays anglo-saxons sous la dénomination « plaider coupable ». L'Angleterre, le Pays de Galle, le Canada et les Etats-Unis, l'utilisent couramment pour toutes les infractions, et à tous les stades de la procédure. Il permet aux délinquants qui reconnaissent les faits qui leur sont reprochés, de bénéficier d'une condamnation moins lourde. Evidemment, plus la reconnaissance de culpabilité est précoce, plus la réduction de peine sera importante.

De nombreux pays d'Europe occidentale ont pareillement mis en place ce mécanisme de « plaider coupable ». Après le Portugal, l'Espagne, l'Italie et l'Allemagne, la France était réticente à développer cette alternative au traitement juridictionnel.

---

[460] Art. 41-2 CPP issu de la loi n°99-515 du 23 juin 1999, modifié par la loi n°2002-204 du 9 mars 2004.

[461] Il est à noter qu'il s'agit là d'une simple validation par un juge du siège et non pas d'une homologation.

[462] Loi n°2004-204 du 9 mars 2004, JO 10 mars, p.4567 et *suiv.*, D. 2004, *Légis.* p.737-790.

[463] Art. 41-2 al. 1 CPP.

[464] Art. 41-3 CPP, qui prévoit que la requête en validation de la composition pénale est portée devant le juge d'instance.

Un projet de loi, présenté en Conseil des ministres le 9 avril 2003[465], visait à introduire dans la procédure pénale française « la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ». Cette procédure complètement innovante, n'avait pas trouvé de suite jusqu'à la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité[466]. Le principe novateur est le suivant. Pour les délits punis d'une peine d'amende ou d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, le procureur de la République peut, d'office ou à la demande de l'intéressé ou de son avocat, recourir à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité[467]. Le procureur dispose d'un panel très large de sanctions. Seule celle d'emprisonnement est plafonnée à un an, et ne peut excéder la moitié de la peine d'emprisonnement encourue. Comme l'a relevé un auteur, le personnage central de cette procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est indiscutablement le procureur de la République[468]. En cas d'accord, les peines ainsi proposées sont homologuées par le président du tribunal de grande instance, sans qu'il soit besoin de procéder à une audience devant le tribunal correctionnel[469]. Ce magistrat du siège vérifie alors la réalité des faits, ainsi que leur qualification juridique. Il ne peut modifier la proposition du procureur, mais seulement homologuer les peines ainsi proposées, ou refuser cette demande d'homologation. Si la victime de l'infraction est identifiée, celle-ci est invitée à comparaître, le cas échéant accompagnée de son avocat, devant le président du tribunal de grande instance, pour se constituer partie civile et demander réparation de son préjudice. En définitive, ce n'est qu'après accord de l'auteur de l'infraction, de la victime, du

---

[465] « Le Plaider coupable », Les Documents de travail du Sénat, N° LC 122, Mai 2003 ; J. PRADEL, « Défense du plaidoyer de culpabilité. A propos du projet de loi sur les évolutions de la criminalité », JCP G 2004, *Act.* 58.

[466] Loi n°2004-204 du 9 mars 2004, dite Perben II, précitée.

[467] Art. 495-7 CPP issu de la loi du 9 mars 2004. Il faut relever que cette procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité n'est applicable ni aux mineurs, ni en matière de délits de presse, de délits d'homicides involontaires, de délits politiques ou de délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale, cf. art. 495-16 CPP issu de la loi du 9 mars 2004.

[468] B. de LAMY, « La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », 2ème partie, D. 2004, *Chroniques doctrine*, p.1988.

[469] Il est à noter qu'il s'agit là d'une homologation et non pas d'une simple validation comme dans le cadre de la composition pénale, cf. *supra* n°240.

procureur et du président du tribunal, que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité sera un succès. Le procès pénal est alors évité, et ce système mis en place constitue bien une véritable alternative à la juridiction pénale classique.

Le « plaider coupable » permet un traitement très rapide des affaires, puisque la personne passe de la garde à vue au procureur de la République, puis au président du tribunal pour homologuer l'accord, le président statuant le jour même par ordonnance motivée. La présence de l'avocat aux côtés de la victime et également de l'auteur des faits incriminés doit permettre le respect des droits des parties. Il faut seulement espérer que ces droits seront efficacement garantis, pour éviter toute dérive du système et toute condamnation excessive et abusive[470]. Efficacité, rapidité et respect des droits des individus semblent ressortir de ce nouveau système de traitement des différends en matière pénale[471].

La matière pénale qui est traditionnellement présentée comme réfractaire à toute alternative au procès classique, s'adapte aux évolutions de la société, et accueille de plus en plus de nouveaux modes de traitement des différends. Une autre matière qui était traditionnellement hostile à cette alternative connaît un développement inattendu. Il s'agit de la matière administrative.

2. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière administrative

242. – Spécificité de la matière administrative – Il semble que la matière administrative exclut, par principe, tout recours aux modes alternatifs de règlement des conflits. Pourtant, il existe une véritable alternative au règlement juridictionnel qui ne se

---

[470] Pour une critique virulente du « plaider coupable », cf. G. AYACHE, « A quoi bon !!! (A propos du « plaider coupable ») », D.2004, *Point de vue*, p.356-357.

[471] Il faudra attendre les premières applications pratiques de cette procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dont l'entrée en vigueur est prévue au 1er octobre 2004, pour juger de son efficacité.

retrouve pas en droit privé : le recours préalable (a). Parallèlement, la conciliation et la médiation commencent à se développer en dehors de ce recours préalable (b).

a. Le recours administratif préalable[472]

243. – Ouverture du dialogue entre l'Administration et les administrés – Le préalable au procès, unique en droit administratif, constitue la première occasion pour les parties de se rapprocher. Par ce mécanisme, il est prévu que l'usager adresse d'abord à l'Administration concernée un recours dans lequel il lui expose son différend avec elle. S'instaure en principe un dialogue entre les deux parties, qui peut aboutir à un accord sans passer par le juge administratif. L'alternative au traitement juridictionnel est ici patente. En revanche, si le conflit persiste, la saisine de la juridiction est possible. Ce recours administratif est tantôt obligatoire, tantôt facultatif.

Le recours administratif préalable obligatoire est présent dans le contentieux de pleine juridiction, celui du remembrement rural et surtout dans le contentieux fiscal. Dans ce dernier cas, son succès est indéniable, et il apparaît comme un véritable mode alternatif de règlement des conflits[473].

Le recours administratif préalable facultatif, qui est prévu dans les tous autres contentieux, laisse le choix aux usagers entre une saisine directe du juge administratif et un passage par une solution négociée. Mais, comme il est de l'intérêt du justiciable de régler le litige au plus vite, il se dirigera, d'instinct, vers le juge étatique, car il n'est pas assuré que l'Administration examinera consciencieusement sa demande. Pour que le recours préalable soit efficace et ressenti comme un gain de temps, il faudrait un examen

---

[472] M. RICHER considère que « le règlement des litiges par voie de recours préalable et de décision de l'autorité administrative ne relève pas de la catégorie des modes alternatifs », in AJDA 1997, p.4, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », dossier précité. Pour notre part, nous considérons que le recours préalable peut entrer dans la catégorie ouverte des modes alternatifs de règlement des conflits, car il vise à résoudre un différend par une autre voie que le traitement juridictionnel.

[473] Voir le rapport du Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Etude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 4 février 1993, Paris, La documentation française, p.34. Le Conseil d'état cite en exemple le recours préalable dans le contentieux fiscal, et préconise même une généralisation.

effectif et sérieux de la requête. Il serait nécessaire de doter l'Administration de moyens spécifiques pour mettre en œuvre ce mécanisme, et de prévoir une sanction en cas de méconnaissance de celui-ci. Le Conseil d'Etat avait effectué ces recommandations il y a dix ans déjà[474], mais rien n'a encore été réalisé en ce sens à l'heure actuelle.

Le recours administratif préalable n'est efficace que dans le contentieux fiscal et dans une moindre mesure, dans celui de plein contentieux et du remembrement rural...c'est-à-dire lorsqu'il est obligatoire. Il n'y a donc pas d'incompatibilité entre mode alternatif de règlement des conflits et caractère obligatoire.

Son développement se vérifie également dans la mise en œuvre de la médiation et de la conciliation en matière administrative en dehors du recours administratif préalable.

b. Mise en œuvre de la médiation et de la conciliation en matière administrative

244. – Un développement hésitant – L'article 3 alinéa 2 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel accorde au juge administratif, une mission de conciliation semblable à celle du juge judiciaire. En pratique, elle est peu utilisée, hésitante, et incertaine. Son essor dépend de l'attitude des parties face aux difficultés qu'implique la présence d'une partie hors du commun, l'Administration. En effet, cette dernière ne veut pas renoncer aux prérogatives de puissance publique, et doit faire prévaloir l'intérêt général sur les intérêts particuliers. Enfin, en vertu du principe d'égalité, elle ne peut infléchir l'application de la règle de droit pour un usager pour des raisons d'équité ou d'opportunité. Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent peut-être un mode idéal, mais en matière administrative, ils restent très fragiles en raison de la présence même de l'Administration. Son essor passera peut-être par l'intervention d'un tiers qui permettra de rapprocher les positions divergentes des parties.

---

[474] *Ibid.*

245. – Présence d'un tiers susceptible de favoriser les modes alternatifs de règlement des conflits – L'intervention la plus connue est celle du médiateur de la République, crée par la loi du 3 janvier 1973. Il a été mis en place par le législateur, afin de moderniser l'appareil de l'Etat, et doit permettre aux citoyens d'avoir un interlocuteur de choix lorsqu'il entre en conflit avec l'Administration. Nommé en Conseil des ministres, il est qualifié d'autorité administrative indépendante[475]. Son indépendance est garantie par un mandat d'une durée de 6 ans non renouvelable. Sa présence aurait pu être efficace, si sa saisine n'était pas aussi laborieuse. En effet, la loi n'a pas prévu de saisine directe, mais uniquement par l'intermédiaire d'un parlementaire. De plus, il ne peut intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction, et ne peut remettre en cause une décision juridictionnelle. Son seul domaine d'intervention concerne le fonctionnement de l'Administration dans ses relations avec les administrés. La loi du 24 décembre 1976 lui a reconnu le pouvoir de régler la situation du requérant en équité. Enfin, il peut suggérer les modifications législatives qui lui paraissent opportunes. Mais, il apparaît en définitive que le médiateur de la République n'a pas connu le succès escompté.

Il existe d'autres organes chargés d'effectuer une médiation ou une conciliation en matière administrative, pour rapprocher des parties en litige. A titre d'exemple, on peut citer le médiateur du cinéma, de l'Assistance publique, de la SNCF, des collectivités locales. De nombreux organismes se développent au fil des années, connaissant une progression lente.

Le succès des modes alternatifs de règlement des conflits en matière administrative est encore mitigé, peut-être en raison du manque d'habitude et d'absence de culture. En effet, un certain état d'esprit est nécessaire pour qu'une médiation ou une conciliation soit réussie. Le processus ne fait que commencer, et se développera probablement à l'avenir.

Ces développements ont permis de mettre en lumière l'extrême diversité des modes alternatifs de règlement des conflits, qui semblent n'être qu'une catégorie hétéroclite, trop disparate pour pouvoir entrer dans la notion unique d'action en justice.

---

[475] CE 10 juillet 1981 *Retail*, RDpubl. 1981, p.1687-1695, note J.-M. AUBY.

Si l'on s'attache plus précisément à leur fonction, le règlement des litiges s'effectue de manière très originale, et se trouve une fois encore, trop éloignée des modes juridictionnels traditionnels de traitement des différends. C'est alors vers une exclusion des modes alternatifs de règlement des conflits dans la vision renouvelée de l'action en justice que l'on semble se diriger.

§2. Un règlement original des différends

246. – Une fonction éloignée de la fonction juridictionnelle – Les modes alternatifs de règlement des conflits permettent de mettre fin à un différend qui oppose deux parties. Mais, alors que devant les juridictions, étatiques ou non, il s'agit de trancher le litige, en désignant un gagnant et un perdant, ces modes alternatifs aboutissent plutôt au rétablissement d'une paix troublée. Si un médiateur ou un conciliateur intervient, ce n'est pas pour trancher, mais seulement pour proposer une solution amiable. La contrainte et le règlement imposé du différend sont ici absents. Pour comprendre ce mécanisme, il faudra envisager le rôle du tiers départiteur (A) et celui des parties (B).

A. Rôle du tiers départiteur

247. – Retour aux définitions – La médiation est présentée comme « un mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes (en raison le plus souvent de son autorité personnelle) à proposer à ceux-ci un projet de solution, sans se borner à s'efforcer de les rapprocher [...] mais sans être investi du pouvoir de le leur imposer comme décision juridictionnelle[476] ». Quant à la conciliation, il s'agit d'un « accord par lequel deux personnes en litige mettent fin à celui-ci (soit par transaction, soit par abandon unilatéral ou réciproque de toute prétention), la solution du différend résultant

---

[476] G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 8ème édition, 2000, p. 546, v° *Médiation.*

non d'une décision de justice [...] mais de l'accord des parties elles-mêmes[477] ». La conciliation apparaît alors pour certains comme « le mode pacifique par excellence du règlement des conflits, c'est le degré le plus élaboré car les deux parties s'estiment satisfaites[478] ».

Il n'y a pas de différence radicale[479] entre médiation et conciliation puisque, dans les deux cas, il s'agit d'un processus de règlement des différends établi par l'accord entre les parties, qui exclut tout pouvoir juridictionnel.

Les particularités de chaque mode amiable de traitement des différends peuvent se retrouver dans leur étymologie. La médiation vient de *mediatio*, entremise, *mediare*, s'interposer, alors que la conciliation découle de *conciliare*, assembler, unir. La présence d'un tiers dans le règlement du conflit est indispensable dans le cadre d'une médiation, alors qu'elle n'est que facultative dans la conciliation. En d'autres termes, la conciliation peut exister sans conciliateur, alors que la médiation nécessite l'intervention d'un médiateur. Cette position, qui consiste à différencier la médiation de la conciliation selon le degré d'implication du tiers dans la solution du litige, pourrait satisfaire. Pourtant, certains auteurs inversent ce degré d'implication. Ainsi, peut-on lire parfois que « le médiateur a pour mission d'aider les parties à parvenir à un accord ; il s'efforce de clarifier leurs points de vue respectifs et de les rapprocher pour qu'elles puissent parvenir elles-mêmes à une solution de compromis. Le conciliateur, après avoir rencontré séparément ou ensemble les parties, propose lui-même à ces dernières un accord transactionnel susceptible de constituer une juste issue au différend qui les oppose[480] ».

---

[477] G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 8ème édition, 2000, p.185, v° *Conciliation.*

[478] Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage,* thèse, Paris II 1985, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1987, tome 198, préface B. OPPETIT, p.176, n°346.

[479] *Contra* RTDciv. 2003, n°3, p.420, Mme GORCHS prévient avec force de persuasion que « la médiation n'est pas une espèce de conciliation ». Selon l'auteur, « force est de croire à la lumière de la pratique que médiation et conciliation ne se chevauchent point », *loc. cit.* p.421.

[480] B. OPPETIT, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », Justices 1995, n°1, p.56.

Il règne donc un certain flou en la matière, et le critère de distinction entre la médiation et la conciliation est fluctuant. En définitive, il apparaît que « du strict point de vue des concepts, il n'y a pas de raison en droit de différencier radicalement conciliation et médiation[481] ». Dans les deux hypothèses, la même finalité peut être relevée : une volonté de trancher un différend en dehors des prétoires classiques en trouvant, avec ou sans l'aide d'un tiers, une solution négociée. Le tiers, qu'il soit nommé médiateur ou conciliateur, est en quelque sorte un « accoucheur » de la décision qui doit émaner des parties elles-mêmes. Sans donner son opinion, il doit suggérer la solution la plus appropriée. C'est un « faciliteur de dialogue[482] ». La médiation et la conciliation sont d'autant plus proches qu'elles sont complémentaires : la médiation est une espèce de conciliation. Selon certains, la première exprimerait l'action alors que la seconde serait plutôt le résultat[483]. Il est donc parfaitement concevable de ne pas opposer ces deux modes alternatifs de règlement des conflits.

248. – Particularités en droit social – Une distinction entre la médiation et la conciliation est tout de même effectuée dans une branche du droit, le droit social. La médiation peut en effet intervenir après échec d'une procédure de conciliation. Ainsi, l'article L.523-6 du Code du travail prévoit qu'« cas d'échec de la procédure de conciliation, le conflit est soumis soit à la procédure d'arbitrage [...], soit à la procédure de médiation dans les conditions prévues au chapitre V, ci-après ». L'article R. 524-1 prévoit également que la procédure de médiation peut être engagée directement « ou bien, après l'échec d'une procédure de conciliation ».

Ainsi, seul le droit du travail organise en parallèle les deux procédures de médiation et de conciliation. Dans les autres branches du droit, la distinction existe, mais n'est ni claire, ni utile.

---

[481] Ch. JARROSON, « La médiation et la conciliation : essai de présentation », in Dossier « Médiation et conciliation, de nouveaux horizons pour les professionnels du droit », Droit et patrimoine, 1999, décembre, p.38.

[482] Expression empruntée à Mme E. GIRARDOT-ROUHETTE, « La mission du tiers dans les modes alternatifs de règlement des conflits : une mission aux contours incertains », p.51, in *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit* (sous la direction de J.-B. RACINE), Lyon, L'Hermès, Bibliothèque de droit, 2002, p.51.

[483] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, PUF, 1996, p.56, n°9.

249. – Vers une exclusion des modes alternatifs de règlement des conflits de la notion d'action en justice – Il apparaît en définitive que le médiateur comme le conciliateur n'ont qu'un rôle limité dans le règlement du conflit. Certes ils proposent, mais ce sont les parties qui disposent. Leur participation reste plus ou moins passive. Mais, ils n'ont en aucun cas la maîtrise du litige. Ils ne disposent d'aucun pouvoir de contrainte, ni *a fortiori* d'*imperium*. Il semble alors délicat de vouloir intégrer ces modes de traitement des différends dans la vision renouvelée de l'action en justice, tant la fonction du tiers départiteur est éloignée de celle du juge. Ce sont les parties qui jouent un rôle prépondérant dans le règlement de leur litige.

B. Rôle prépondérant des parties

250. – La volonté des parties – Mis à part les cas de conciliation ou de médiation obligatoires, les parties sont parfaitement libres de recourir ou non à ces modes particuliers de traitement des différends. Elles bénéficient d'une grande liberté, et ne doivent sentir aucune pression. Que ce soit le juge qui leur propose de recourir à un mode alternatif de règlement des conflits, ou que le recours soit extra-judiciaire n'y change rien. Par ailleurs, il ne sera pas possible de forcer deux parties à se concilier[484]. Même lorsque la tentative de conciliation est obligatoire, les parties n'ont aucune obligation de résultat, mais seulement de moyens. Comme nous l'avons relevé, le tiers médiateur ou conciliateur n'impose aucune solution aux parties. Il les aide à surmonter leur incapacité à s'entendre seules. Il sera plus ou moins actif dans le règlement du différend, tentera de rétablir un dialogue entre les parties, de rapprocher leurs positions respectives, et proposera parfois une issue que les parties seront libres d'accepter ou de refuser. Ce sont ces dernières qui dirigent la procédure, effectuent des concessions, participent directement à la solution. Leur volonté de recourir aux modes alternatifs de règlement des conflits dépend alors en grande partie de la nature du litige. En effet, certaines branches du droit sont réfractaires à tout règlement amiable (1), alors que d'autres y sont plus propices (2).

---

[484] Cf. *infra* n°266 et suiv.

1. Litiges réfractaires aux modes alternatifs de règlement des conflits

251. – Les modes alternatifs de règlement des conflits et l'ordre public – D'une manière générale, les litiges intéressant l'ordre public s'accommodent mal d'un règlement non étatique. Et, même si les modes alternatifs de règlement des conflits se développent petit à petit en matière pénale et administrative[485], il reste encore difficile d'y recourir. En matière administrative, cette désaffection s'explique parce que l'une des parties en litige a un statut particulier qui ne lui accorde pas une grande liberté d'action. L'Administration doit composer avec ses lourdeurs, ses lenteurs, et ne peut transiger librement. Par ailleurs, le justiciable aura toujours la crainte, légitime ou non, de se retrouver en situation d'infériorité face à l'Administration d'autant que le tiers neutre capable de rapprocher sera difficile à trouver. Enfin, le juge administratif se trouverait diminué si l'Administration se tournait vers d'autres modes de règlement[486]. Pareillement, en matière pénale, la situation délicate de la victime et la défense générale de la société impliquent une réticence face aux modes alternatifs de règlement des conflits.

2. Litiges propices au développement des modes alternatifs de règlement des conflits

252. – Multiplication des domaines d'intervention des modes alternatifs de règlement des conflits – D'une manière générale, les modes alternatifs de règlement des conflits connaissent un large développement dans tous les domaines où les parties sont titulaires de leurs droits, et en ont la libre disposition.

Par ailleurs, les entreprises se tournent volontiers vers les médiations et conciliations conventionnelles. Elles considèrent, à tort ou à raison, que les juridictions

---

[485] Cf. *supra* n°237 et suiv.

[486] Les pouvoirs publics avaient d'ailleurs commandé un rapport (précité) au Conseil d'état pour avoir une vision globale sur les nouveaux modes de règlement des litiges en matière administrative ; *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Etude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 4 février 1993, La Documentation française, Paris, 147 pages.

étatiques sont trop lentes, trop coûteuses, trop rigides. Elles ont besoin d'une flexibilité qu'elles retrouvent dans les modes alternatifs de règlement des conflits. Elles maîtrisent complètement leur différend, et peuvent adapter la solution afin de maintenir des relations futures. Elles feront appel à un tiers spécialiste, qui règlera le litige au plus vite grâce à ses connaissances précises dans des domaines pointus. Mais, ces entreprises qui font appel à un médiateur ou un conciliateur, recherchent avant tout un tiers pour régler leur litige sans passer devant un juge étatique. Elles pourraient pareillement faire appel à un arbitre, et aboutir à un règlement juridictionnel. Il ne s'agit donc pas ici d'un domaine réservé aux modes alternatifs de règlement des conflits, mais partagé avec l'arbitrage. En revanche, il existe des conflits qui accordent une quasi exclusivité aux modes alternatifs de règlement des conflits.

Il s'agit principalement des litiges non juridiques comme les conflits du voisinage. Ici, le recours à l'arbitrage y est pratiquement exclu en raison de la modicité des sommes réclamées. La juridiction étatique ne constitue pas le moyen le plus approprié, car il faut un traitement rapide permettant la poursuite de relations cordiales. C'est vers les modes alternatifs de règlement des conflits que le justiciable se tournera. Il faut signaler que la mise en place des juges de proximité va peut-être modifier cette répartition, et les petits litiges se retrouveront devant les modes alternatifs de règlement des conflits et cette nouvelle juridiction[487].

Enfin, les conflits familiaux peuvent se prêter aux modes alternatifs de règlement des conflits en raison du sentiment d'humanité et de proximité qu'ils dégagent. Il peut être en effet préférable de recourir à « des modes de résolution pacifiants plutôt que traumatisants, et ce d'autant plus que les parties sont généralement destinées à conserver des relations ultérieures qu'il convient de préserver[488] ». Comme nous l'avons relevé[489], la nouvelle loi du 26 mai 2004 relative au divorce favorise le règlement amiable du divorce et de ses conséquences. Cette même loi prévoit par ailleurs, que le juge peut « proposer

---

[487] Pour des développements relatifs à la justice de proximité, cf.*infra* n°344 et suiv.

[488] M.-T. MEULDERS, « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale. Analyse comparative », RIDC 1997, 2, p.384.

[489] Cf. *supra* n°231.

aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder ; enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation[490] ». La médiation est donc présente tout au long de la procédure de divorce.

Mais, il ne faut pas perdre de vue que les relations familiales se trouvent au cœur de l'ordre public, et il n'est pas toujours permis de recourir à des règlements amiables. Ainsi, n'est-il pas possible de modifier, supprimer les devoirs du mariage, de créer ou changer un lien de filiation par ce biais. La matière familiale attire les modes alternatifs de règlement des conflits autant qu'elle les repousse.

Il ressort de l'ensemble de ces développements que les modes alternatifs de règlement des conflits constituent une catégorie hétéroclite, où médiateurs et conciliateurs exercent une mission bien différente de celle des juges étatiques ou non. Pour ces raisons, leur insertion dans la vision renouvelée de l'action en justice semble délicate, car elle risque de faire perdre à l'action en justice tout son sens. Pourtant, il est possible d'extraire son côté positif, et voir dans les modes alternatifs de règlement des conflits une catégorie hétérogène, riche de sa diversité. Des rapprochements avec la fonction juridictionnelle sont même perceptibles.

Section II : Intégration souhaitable des modes alternatifs de règlement des conflits dans la notion d'action en justice

253. – Vers une définition de l'action en justice plus cohérente – Si la notion actuelle d'action en justice doit être élargie, encore faut-il tenter de dessiner les contours les plus cohérents possibles. Il est alors préférable de gommer le plus grand nombre de lacunes, de contradictions et de divergences. La logique impose de trouver une définition plus harmonieuse que la précédente, sinon l'entreprise de renouvellement n'aurait aucun intérêt. Il est bien certain qu'on ne saurait prétendre à une quelconque excellence, et les critiques seront inévitables, mais l'exclusion des modes alternatifs de règlement des conflits de la vision renouvelée de l'action en justice paraît de moins en moins justifiée,

---

[490] Art. 255 C.civ.

déjà en raison de leur rapprochement avec les juridictions étatiques (§1), et également parce qu'une amorce de changement des mentalités est perceptible (§2).

§1. Rapprochement entre les modes alternatifs de règlement des conflits et les juridictions étatiques

254. – Plan – Le rapprochement entre les modes alternatifs de règlement des conflits et les juridictions étatiques s'effectue d'abord directement dans les cas de médiations et conciliations judiciaires (A). Il existe également de manière plus voilée, lorsque l'on examine un mode précis de traitement amiable des différends, la transaction qui par les effets qu'elle engendre, s'apparente à une décision juridictionnelle (B).

A. Lien direct avec la juridiction étatique

255. – Présence du juge étatique dans le cadre des procédures amiables – Comme nous l'avons déjà relevé[491], il existe deux types de conciliation et médiation. Celles qui se développent en dehors de toute sphère judiciaire, et celles qui sont orchestrées par un juge étatique. Cette seconde hypothèse doit retenir notre attention, car le rapprochement entre les modes alternatifs de règlement des conflits et les juridictions étatiques est patent. L'article 127 du nouveau Code de procédure civile précise que « les parties peuvent se concilier d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance ». Quel que soit le point de départ de la procédure amiable, la conciliation peut être tentée par le juge lui-même ou par un tiers, le conciliateur. Puis, tout au long de la procédure, le juge va conserver un rôle important. Il en va de même dans le cadre d'une médiation judiciaire.

Ainsi, c'est le juge qui procèdera, avec l'accord des parties, à la désignation du tiers qui exercera la mission de conciliation ou de médiation[492], fixera la durée de sa

---

[491] Cf. *supra* n°232 et suiv.

[492] Art. 832-1, 131-1 NCPC et art. 21 de la loi du 8 févr. 1995.

mission[493], et pourra y mettre fin[494]. Le tiers conciliateur ou médiateur doit avertir le juge des difficultés qu'il peut rencontrer[495]. Il doit enfin informer le juge de l'issue de la tentative de conciliation ou de médiation[496].

En cas d'échec de la conciliation, le législateur a prévu que le greffe doit prévenir les parties qu'elles peuvent saisir les juridictions étatiques pour que leur différend soit tranché[497]. Il est à noter, que lorsque la conciliation est tentée par le juge lui-même, le conflit peut être immédiatement jugé si les parties y consentent, car le juge n'a jamais été dessaisi de l'affaire.

En revanche, en cas d'accord des parties à l'issue de la procédure amiable, le constat peut être homologué par le juge[498]. Celui-ci devra alors s'assurer de la conformité de l'accord intervenu à l'ordre public, et que les exigences légales ont été respectées. Comme le législateur le précise, cette homologation relève de la matière gracieuse[499]. La solution trouvée par les parties avec l'aide d'un tiers entre donc dans la sphère judiciaire grâce à son homologation.

Ainsi, que la procédure amiable soit diligentée par le juge lui-même ou par un tiers, la présence du juge étatique est indéniable. Plusieurs problèmes se posent alors, déjà de qualification de l'acte de saisine du tiers, puis des suites de l'affaire en cas de désaccord persistant entre les parties.

256. – Problème de qualification de l'acte de saisine du conciliateur ou du médiateur judiciaire – Aujourd'hui, seul l'acte qui vise à saisir une juridiction étatique peut être qualifié d'action en justice. Donc, lorsque qu'un juge étatique est saisi et qu'il procède lui-même à la tentative de conciliation entre les parties, il ne fait aucun doute qu'il agit dans le cadre d'une action en justice. En revanche, selon la définition classique, cette

---

[493] Art. 832-2, 131-3 NCPC et art. 23 de la loi du 8 févr. 1995.

[494] Art. 832-6 et131-10 NCPC.

[495] Art. 832-5 et 131-9 NCPC.

[496] Art.832-7, 131-11 NCPC et art.24 de la loi du 8 févr. 1995.

[497] Art. 832-7 al.3 NCPC. Il est à noter qu'aucune procédure similaire de passerelle n'est prévue dans le cadre de la médiation judicaire.

[498] Art. 832-8, 131-12 NCPC et art.25 de la loi du 8 févr. 1995.

[499] Art. 832-8 al.2 et 131-12 al.2 NCPC.

même qualification est beaucoup plus improbable, lorsque le juge désigne un tiers pour exercer une mission de conciliation ou de médiation[500]. Ce n'est qu'*a posteriori* que l'accord obtenu par le conciliateur ou le médiateur peut éventuellement être homologué par le juge, et entrer ainsi dans la sphère judiciaire. Cela conforte l'idée selon laquelle l'accord intervenu entre les parties dans le cadre d'une conciliation ou d'une médiation n'entre pas dans la définition actuelle de l'action en justice, et ne bénéficie de ses effets, à commencer par l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire, qu'avec l'homologation par le juge.

Pourtant, la conciliation effectuée par le juge lui-même, ou par un tiers dépendra bien souvent de la disponibilité du magistrat. Il est donc peu cohérent de faire dépendre la qualification d'action en justice de cette seule circonstance. Ainsi, pour notre part, nous envisageons d'élargir l'action en justice aux cas de conciliation ou de médiation judiciaires. L'intérêt de cette qualification est de faire bénéficier les justiciables des règles procédurales garantes d'une bonne justice[501].

257. – Problème des suites de l'affaire en cas de désaccord persistant – Lorsque le désaccord persiste entre les parties, il faut bien trouver une solution au conflit, car un litige ne saurait perdurer indéfiniment. Si l'on adopte la qualification d'action en justice, on ne saurait pour autant parler de dessaisissement du juge qui exclurait une nouvelle analyse de la même affaire alors qu'aucun juge n'est encore intervenu. Un médiateur ou un conciliateur qui intervient en premier lieu, ne saurait en aucun cas être assimilé à un juge. On est obligé de conclure qu'un juge étatique doit pouvoir être saisi en première instance pour statuer sur le litige. C'est alors le système qui prévaut dans le cadre de la conciliation judiciaire devant le tribunal d'instance qui mérite d'être généralisé[502]. En effet, en cas d'échec de la conciliation, le greffe doit informer les parties qu'elles ont la faculté de saisir une juridiction étatique. Cette passerelle entre modes alternatifs de

---

[500] D'ailleurs, le cadre de l'action d'un conciliateur ou d'un médiateur est difficile à qualifier. Comment en effet qualifier un acte qui ressemble à une action en justice mais qui n'en a pas tous les attributs ?

[501] Pour l'application pratique de la qualification d'action en justice et les conséquences qui en découlent, cf. *infra* n°277 et suiv.

[502] Art. 832-7 al.3 NCPC, cf. *supra* n°255.

règlement des conflits et juridiction étatique nous parait indispensable, et doit être généralisée.

258. – Particularités de la conciliation et de la médiation extra-judiciaires – Le raisonnement doit alors être étendu aux cas de conciliations et médiations extra-judiciaires. Peut-être est-il préférable d'uniformiser le régime des modes alternatifs de règlement des conflits et proposer une qualification unique d'action en justice. Car, la différence entre ces modes amiables de traitement des litiges ne réside que dans l'existence ou non d'une procédure judiciaire. La mission du conciliateur ou du médiateur n'est pas fondamentalement différente. Il est toujours animé de la même volonté d'apaiser une situation conflictuelle, et de rétablir une paix troublée. Les justiciables doivent alors bénéficier de garanties identiques, que la conciliation soit ordonnée par un juge étatique ou voulue par les parties en dehors de toute instance judiciaire. La voie judiciaire ne doit être qu'une voie parmi d'autres, et ne saurait plus apparaître comme la plus protectrice des droits des justiciables. Car les parties porteront leur choix naturellement vers le mode de règlement des litiges qui les protège le plus. Ainsi, les recours aux modes alternatifs de règlement des conflits seraient plus nombreux. Il serait d'ailleurs peu judicieux d'élargir la qualification d'action en justice aux seules médiations et conciliations judiciaires. Car la conséquence serait l'augmentation des saisines des juridictions étatiques, même lorsque les parties ont décidé de recourir aux modes alternatifs de règlement des conflits. L'engorgement des tribunaux n'en serait que plus important. L'intérêt d'une redéfinition de l'action en justice serait donc de permettre une répartition des litiges entre les différents modes de traitement des conflits. Même s'il ne s'agit pas de l'objectif premier, la conséquence d'un désengorgement des tribunaux ne peut être accueillie que positivement.

Bien sûr, il n'est pas envisageable de transposer toutes les règles propres aux juridictions étatiques[503]. Selon leurs aspirations, les parties se tourneront vers un type de traitement de leur différend plutôt qu'un autre. Ainsi, si elles souhaitent recourir à une procédure amiable tout en bénéficiant de l'autorité de la chose jugée, c'est vers la transaction qu'elles se tourneront, plutôt que vers un conciliateur ou un médiateur.

---

[503] Pour le maintien nécessaire des spécificités de chaque mode de traitement des différends, cf. *infra* n°333 et suiv.

B. Spécificité de la transaction

259. – Une notion aux contours flous – Réglementée par les articles 2044 à 2058 du Code civil, « la transaction est un contrat par lequel les parties mettent fin à une contestation née, ou préviennent une contestation à naître[504] ». En ce sens, elle constitue bien un mode alternatif de traitement des différends, car elle retire aux juridictions étatiques le règlement du litige qui oppose deux personnes. Il s'agit d'un mode volontaire et contractuel. Mais cette définition apparaît d'emblée trop large et incomplète. La jurisprudence est alors venue préciser le sens et la portée de l'article 2044. Une analyse des critères de qualification apparaît nécessaire (1), avant d'en dresser le régime juridique (2). Il faudra enfin relever les particularités de la transaction en matière administrative (3). L'ensemble de ces développements doit permettre d'affirmer un rapprochement entre transaction et traitement juridictionnel étatique des différends.

1. Critères de qualification de la transaction

260. – Insuffisance des critères légaux – La lettre de l'article 2044 permet de dégager deux critères : l'exigence d'un litige et la volonté de mettre fin au différend.

La transaction est un contrat, formé par la rencontre des volontés, qui doit permettre la résolution d'un conflit à naître. La raison d'être de toute transaction réside alors dans l'existence d'une contestation. Il y a nécessairement un désaccord réel ou en germe qui oppose deux personnes, et qui doit être résolu par un accord de volontés. La transaction est un contrat d'un genre particulier, qui a pour but unique d'éteindre un conflit. C'est là son principal attrait.

Pourtant, tout contrat qui a pour but de résoudre un différend, ne saurait être qualifié de transaction. Les deux critères légaux semblent donc insuffisants, et la jurisprudence a dû affiner la définition, afin d'opérer une qualification plus précise.

261. – Critère jurisprudentiel de la transaction : les concessions réciproques – Alors que l'article 2044 n'en fait nulle mention, la jurisprudence a posé un

---

[504] Art. 2044 C.Civ.

nouveau critère pourtant primordial : la recherche de concessions réciproques[505]. Certains ont pu affirmer que cette omission était le résultat de la précipitation dans laquelle les rédacteurs du Code civil travaillaient, les articles relatifs à la transaction étant promulgués la veille du vote instituant le Code[506]. Les concessions réciproques apparaissent pourtant, selon la jurisprudence, comme l'âme de la transaction. Il semble que « la paix sociale qui résulte de la transaction ne trouve plus sa justification dans le silence que les parties se voient imposer arbitrairement par la loi, mais vient de ce qu'elles ont elles-mêmes accepté et déterminé la situation juridique nouvelle[507] ». La réciprocité de concessions est donc de l'essence de la transaction. Chacune des parties attend de l'autre un acte positif de rapprochement. Elle ne saurait accepter le règlement d'un différend par un abandon de toutes ses prétentions, sans rien avoir en retour. L'avantage procuré par la transaction à l'une des parties a pour origine le sacrifice qu'elle a effectué parallèlement. A l'inverse, si elle admet de passer sous silence certaines de ses prétentions, c'est dans le seul but d'obtenir un avantage corrélatif. Ces concessions réciproques se caractérisent par leur grande souplesse, et la jurisprudence en a fait une notion véritablement polymorphe. L'avantage peut être aussi bien matériel que moral. La seule exigence est la réciprocité, c'est-à-dire l'échange. En effet, les juges n'ont pas à vérifier une équivalence parfaite, ou une égalité entre les concessions de chacune des parties, mais seulement que chacun a effectué des concessions réelles[508].

Ainsi, « pas de concession réciproque, pas de transaction » pourrait-on affirmer. Il ne faut pas se méprendre sur le sens de cette formule lapidaire. Elle ne signifie nullement qu'en l'absence de telles concessions, l'acte serait nul, et disparaîtrait de l'ordonnancement juridique. L'acte existe, mais ne pourra être qualifié de transaction.

---

[505] M. JARROSSON effectue une étude détaillée de la notion de concessions réciproques, « Les concessions réciproques », D. 1997, *Chron.*, p.267-273.

[506] Ch. JARROSSON, *op. cit.*, p.268, n°10.

[507] Ch. BOILLOT, *La transaction et le juge,* thèse, Paris I 2001, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne, fondation Varenne, LGDJ, 2003, préface P. Le CANNU, p.421, n°812.

[508] La difficulté de la jurisprudence réside dans la détermination d'un seuil en deçà duquel le sacrifice sera jugé insuffisant. Alors que l'on attend des repères précis pour une sécurité juridique plus grande, le juge peut seulement sanctionner un sacrifice dérisoire, manifestement inégal.

UNIVERSITE DE METZ
S.C.D.

Le régime juridique prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil ne pourra donc pas s'appliquer.

2. Régime juridique de la transaction

262. – Opposition traditionnelle entre transaction et procès – La transaction est présentée comme un mode de règlement des conflits opposé au procès. Ne dit-on pas d'ailleurs qu'un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès ? Il apparaît bien souvent que, ce qui peut déterminer les parties à transiger, c'est justement la méfiance à l'égard des tribunaux étatiques. Celles-ci souhaitent un règlement rapide, discret et équitable de leur différend. Dans leur esprit, le recours aux juridictions étatiques est synonyme de publicité et de lenteur. Il se trouve à l'opposé de leurs préoccupations. Elles préfèrent alors avoir recours à la transaction « plutôt que de s'exposer à un procès dispendieux, interminable et dont l'issue est aléatoire[509] ».

Ces deux modes de règlement des litiges se rejoignent pourtant : ils permettent tous deux de trouver une solution à une contestation. De plus, ils produisent un effet identique puisqu'en vertu de l'article 2052 du Code civil, la transaction, comme le jugement, est revêtue de l'autorité de la chose jugée. Chaque partie qui a transigé perd son droit d'action relativement à l'objet de la transaction, mais en contrepartie dispose d'une solution désormais incontestable. La chose ainsi transigée devient immuable, intangible, et ne peut plus être remise en cause. Elle s'impose aux parties comme au juge[510]. D'ailleurs, l'article 384 du nouveau Code de procédure civile précise que « [...] l'instance s'éteint accessoirement à l'action par l'effet de la transaction ».

---

[509] B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, Régime général,* Paris, Litec, 6ème édition, 1999, p.201, n°474.

[510] X. LAGARDE, « Les effets de la transaction ou l'après transaction », in Colloque 15 octobre 1999, Médiation, négociation, transaction, Partie II, Les cahiers de Droit et Procédure.

263. – Les interrogations liées à l'autorité attachée à la transaction – Cette force attachée à la transaction a été critiquée[511], car elle signifie que la transaction ne serait susceptible que d'un pourvoi en cassation. Or, il s'avère que cette voie de recours, comme toute autre d'ailleurs, est fermée à la transaction qui n'est qu'un contrat, donc critiquable uniquement sur le terrain de la nullité. Les articles 2053 à 2057 énumèrent d'ailleurs les causes de nullité de la transaction : erreur sur les pouvoirs ou l'objet de la transaction, dol, violence. La transaction ne saurait être attaquée pour erreur de droit, ni pour lésion.

Il est vrai que le fait d'accorder l'autorité de la chose jugée à une chose qui n'a pas été jugée mais transigée, peut paraître incongru. La seule autorité dont pourrait être dotée la transaction devrait n'être que celle propre à tout contrat : en vertu de l'article 1134 du Code civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

La formule de l'article 2052 peut s'expliquer, selon un auteur, par le fait que l'objet de ce contrat, qui est de prévenir un litige ou d'y mettre fin, entraîne des effets processuels secondaires qui s'apparentent à l'autorité de la chose jugée[512]. Entre les parties et le juge, la transaction fait obstacle à un recours juridictionnel ultérieur portant sur le même litige, tout comme le ferait l'autorité de la chose jugée à l'égard d'un jugement. L'article 2052 décrirait donc une formule qui ressemblerait à l'autorité de la chose jugée, mais qui ne serait pas identique.

Ce raisonnement pourrait être approuvé. Il présente néanmoins la particularité de partir des effets (interdiction d'effectuer des recours juridictionnels ultérieurs), pour en conclure que l'autorité de la décision s'apparente à l'autorité de la chose jugée attachée aux jugements. Or, il est tout aussi envisageable de produire un raisonnement opposé : la transaction emporte autorité de chose jugée, donc elle ne saurait être susceptible d'une seconde transaction. La fonction de l'autorité de la chose jugée, qui est d'instaurer une stabilité et une immutabilité, se retrouve dans le cadre d'une transaction. Elle permet en plus de légitimer un acte qui est le fruit de concessions réciproques de deux personnes.

---

[511] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 4ème édition, 2004, p.314, n°551.

[512] A. LYON-CAEN, « Sur la transaction en droit administratif », AJDA 1997, p.52-53.

Un élément est toutefois certain : si la transaction est revêtue de l'autorité de la chose jugée, elle n'a pas pour autant force exécutoire. Une partie à la transaction ne peut recourir à la force publique si elle ne parvient pas à obtenir l'exécution des obligations qui en découlent. Cette impossibilité constituait un obstacle pour les justiciables qui souhaitaient recourir à ce mode de règlement de leur différend. Aussi le législateur est-il intervenu pour pallier cet inconvénient. Ainsi, l'article 1441-4 du nouveau Code de procédure civile issu du décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 prévoit désormais que « le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté ». Si la nature juridique de l'intervention du juge est encore discutée[513], il n'en demeure pas moins que la transaction ainsi « homologuée » par le président du tribunal de grande instance s'apparente à un jugement. Elle mérite son nom « d'équivalent juridictionnel[514] ».

La fonction juridictionnelle évolue ici au contact des transactions. Le juge n'exerce pas lui-même sa mission de trancher les litiges conformément au droit. Il n'intervient que pour conférer force exécutoire à une décision à laquelle il est totalement étranger. Sa présence reste certes indispensable pour finaliser l'accord entre les parties, mais son intervention a évolué. Le juge n'est plus seulement celui qui désigne un vainqueur et un vaincu, mais également celui qui homologue un accord intervenu entre les parties. Cette fonction se rapproche des actes qu'il effectue dans le cadre de la matière gracieuse et s'éloigne du « tout contentieux ». Il faut alors se demander si cette évolution n'influe pas sur la notion d'action en justice. Ainsi, l'objet de la transaction est, comme celui de la fonction juridictionnelle, de mettre fin à un différend. Ce sont seulement les parties, et non plus un juge, qui trouvent la solution la plus appropriée pour elles. Les effets de la transaction sont semblables à ceux d'un jugement, grâce à l'autorité de la chose jugée. Seule la force exécutoire de l'acte constatant l'accord des parties ne sera pas conférée par cette transaction. La saisine d'un juge sera alors nécessaire[515]. Il semble alors

---

[513] Ch. JARROSSON, « Modes alternatifs de règlement des conflits », RGP 1999, p.136 et suiv. ; G. TAORMINA, « Brèves remarques sur quelques difficultés pratiques rencontrées dans le cadre de la procédure d'exequatur des transactions de l'article 1441-4 », D. 2002, *Chroniques doctrine,* p.2354 et suiv.

[514] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis Droit privé, PUF, 1996, p.47, n°8.

[515] Art. 384 al.3 NCPC.

difficile de justifier une qualification différente quand les situations sont similaires. Il faut toutefois souligner les particularités de la transaction administrative qui ne permettent pas d'aboutir exactement à cette même conclusion.

3. Particularités de la transaction en matière administrative

264. – La transaction administrative, présentée comme véritable mode alternatif de règlement des conflits par les textes – La transaction en matière administrative connaît des fortunes diverses, selon les domaines dans lesquels elle intervient[516]. Elle bénéficie aujourd'hui de l'appui inattendu de la circulaire du 6 février 1995[517], qui est venue encourager le recours à la transaction pour le règlement des litiges dans lesquels l'Administration est partie. Cette circulaire vante les mérites de la transaction, mettant en exergue tous ses avantages. Elle facilite un règlement rapide des litiges, permet une gestion économe des deniers publics, et allège la charge de travail des juridictions. La transaction et le recours à la juridiction semblent se compléter, puisque la première vient décharger la seconde. Une complémentarité devrait donc s'instaurer entre les deux, si l'on s'en tient à la lettre de la circulaire. La transaction pourrait alors être considérée comme un mode alternatif et non subsidiaire de règlement des conflits, dans le sens où les parties disposeraient d'une véritable option pour trouver une solution au litige qui les oppose. Cette vision parait trop idyllique pour se retrouver en pratique.

265. – La réalité de la transaction administrative – Ainsi, malgré cette circulaire, le recours à la transaction en matière administrative reste-t-il un mécanisme difficile à mettre en œuvre en raison de la nature même du cocontractant. Des précautions s'imposent, et les règles prévues aux articles 2044 et suivant du Code civil nécessitent des aménagements. Il apparaît en effet que l'Administration ne dispose pas d'une large marge de manœuvre, d'une liberté d'action et de décision comme une personne privée. De plus,

---

[516] Pour une étude détaillée, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Les études du Conseil d'Etat, Etude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 4 février 1993, La Documentation française, 147 pages.

[517] JO 1995, p.2518.

l'ordre public règne sur toute la matière administrative, et peut constituer un obstacle à ce mode de traitement des différends.

La particularité des transactions administratives apparaît lorsqu'il s'agit d'examiner l'existence et la validité des concessions réciproques, inhérentes à toute transaction. C'est là que s'apprécie la liberté toute relative de l'Administration pour transiger. Tandis que le juge judiciaire se contente d'une consistance minimale de ces concessions, le juge administratif est beaucoup plus strict dans son contrôle. « Les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas[518] ». La transaction ne saurait donc contourner cette règle qui trouve son fondement dans l'idée que, toute personne morale de droit public ne peut disposer de son patrimoine que conformément à l'intérêt général, en veillant au respect du principe d'égalité devant les charges publiques. Cette règle constitue un obstacle au développement optimal de la transaction.

La transaction en matière administrative est assez différente de celle pratiquée en droit judiciaire privé, si bien que l'on a pu se demander si les règles du Code civil, et en particulier celles relatives à l'autorité de la chose jugée, lui étaient applicables. Si certains auteurs[519] ont d'emblée appliqué toutes ces règles, la circulaire du 6 février 1995 affirme que « en droit public, en revanche, la transaction n'a pas l'autorité de la chose jugée à moins qu'elle n'ait fait l'objet d'un jugement d'homologation[520] ». Il ne serait donc plus possible d'envisager la transaction comme une alternative à la juridiction, sauf à considérer que l'affirmation de la circulaire est inexacte, et que le contrat de transaction bénéficie toujours de l'autorité de la chose jugée, que la transaction soit administrative ou privée. La solution n'est donc pas évidente, et les parties qui souhaitent un maximum de

---

[518] Cette formule revient régulièrement dans les arrêts du Conseil d'Etat. Pour ex. : CE 17 mars 1893, *Compagnie du Nord, de l'Est et autres*, Rec. p.245 ; CE 19 mars 1971, *Mergui*, Rec. p.235, concl. TOUGEVIN-BAVILLE.

[519] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Domat droit public, 9ème édition, 2001, n°471, p.350.

[520] Pour un exemple de transaction homologuée par le juge administratif, CE Avis 6 décembre 2002, LPA 2003, 16 juin, n°119, p.12-19.

sécurité et de stabilité auront donc intérêt à faire homologuer leurs concessions réciproques par le juge administratif alors même qu'elles voulaient l'éviter.

La transaction paraît plus fragile et moins efficace en droit administratif qu'en droit privé, d'autant qu'en cas de refus de l'Administration d'exécuter la transaction, le juge administratif ne peut user des lois des 16 juillet 1980 et 8 février 1995 pour imposer son exécution au moyen de mesures spécifiques de contrainte[521].

Excepté en matière administrative où des interrogations restent en suspens, la transaction se rapproche bien de la décision juridictionnelle, tant par son objet que par ses effets. Elle pourrait alors intégrer la définition renouvelée de l'action en justice, envisagée comme un acte juridique dont l'objet est l'apaisement d'une situation conflictuelle.

Une nouvelle approche des modes alternatifs de règlement des conflits est d'ailleurs perceptible, ce qui laisse à penser qu'ils acquièrent une place grandissante dans le traitement des différends.

§2. Amorce d'un changement des mentalités

266. – Les difficultés d'une solution négociée – Les modes alternatifs de règlement des conflits étaient traditionnellement perçus comme des modes secondaires, souvent délaissés au profit des traitements judiciaires. Pourtant, un changement dans les mentalités est perceptible lorsque l'on envisage la jurisprudence relative au respect de clauses de médiation ou de conciliation. Comme nous l'avons relevé[522], ces clauses peuvent être insérées dans les contrats qui lient deux personnes. Elles ont pour objet de soustraire aux juridictions étatiques les litiges qui pourraient naître entre elles. Tout irait pour le mieux dans le meilleur des mondes, si les parties parvenaient à s'entendre, comme

---

[521] M. CHAPUS appelle une modification législative « de façon à être applicable en cas de refus d'exécuter les transactions régulièrement conclues, auxquelles le Code civil (art. 2052) reconnaît l'autorité de la chose jugée », *op.cit.* p.1031, n°1293.

[522] Cf. *supra* n°236.

par miracle, par le jeu de clauses de médiation ou de conciliation, et surtout si elles maintenaient leur accord dans le futur. Il y aurait une véritable solution négociée.

Pourtant, il est tout d'abord possible qu'elles tentent, de bonne foi, un règlement amiable, mais qu'elles ne parviennent pas à trouver un accord qui les satisfasse. Elles auront perdu du temps, n'auront toujours pas de solution, et devront se tourner vers le juge étatique alors qu'elles voulaient précisément le contourner. On s'aperçoit que les modes alternatifs de règlement des conflits ne sont efficaces que s'ils se développent dans un certain contexte et un état d'esprit particulier. Les parties doivent avoir confiance dans ce mode amiable de traitement de leur différend, et remplir leur rôle avec sérieux et en toute bonne foi. Il faut développer une culture des modes alternatifs de règlement des conflits, comme c'est déjà le cas dans les pays asiatiques ou africains. La difficulté est alors de créer et surtout, faire perdurer ce climat de confiance. Un climat pourtant propice au départ peut rapidement dégénérer, parfois même avant toute tentative de médiation ou de conciliation. La solution négociée est avortée.

Il est également possible que les parties, ou plus souvent l'une d'elles, qui avaient prévu de recourir à un règlement amiable, changent d'avis lorsqu'un litige survient. Elles n'effectuent aucune tentative de conciliation ou de médiation, et passent directement à la phase juridictionnelle du règlement du différend. Elles vont à l'encontre de l'obligation qu'elles s'étaient fixée, de ne pas saisir une juridiction étatique.

Une jurisprudence jusqu'alors fluctuante, permettait de douter de l'efficacité des modes alternatifs de règlement des conflits (A). Aujourd'hui pourtant, la Chambre mixte a tranché en adoptant une solution originale (B) qui apporte une force certaine aux modes alternatifs de règlement des conflits.

A. Evolution jurisprudentielle néfaste aux modes alternatifs de règlement des conflits

267. – Les faiblesses d'une solution négociée – Les faits qui ont donné lieu à une jurisprudence abondante sont sensiblement identiques : une clause insérée dans un contrat prévoit, qu'en cas de litige concernant l'interprétation ou l'exécution de cette

convention, un conciliateur sera chargé préalablement à toute instance judiciaire, de régler le différend, et de faire accepter une solution amiable. A la suite d'un différend, et au mépris de cette clause, une des parties saisit directement un juge étatique sans passer par le préalable d'une conciliation. Les bonnes volontés qui présidaient à la conclusion du contrat, lorsque tout n'était qu'harmonie, disparaissent à la première difficulté venue. C'est la grande faiblesse des modes alternatifs de règlement des conflits : sa force, la solution négociée, en fait sa faiblesse.

Il s'agissait alors de savoir si la méconnaissance délibérée d'une clause contractuelle devait être sanctionnée, et dans l'affirmative, par quel moyen. La jurisprudence a adopté des positions divergentes depuis ces dernières années, oscillant entre une absence totale de sanction et le prononcé d'une fin de non recevoir.

Ainsi, dans un arrêt du 28 novembre 1995[523], la Chambre commerciale de la Cour de cassation a montré son attachement au règlement amiable. Une des parties, la polyclinique des Fleurs, arguant de la nullité de la convention, avait assigné directement son cocontractant devant une juridiction étatique. Alors que la Cour d'appel avait déclaré recevable l'action en justice, la Cour de cassation a énoncé que « la volonté des médecins de renoncer à la procédure préalable de conciliation ne pouvait se déduire du seul fait qu'ils ne l'avaient pas mise en œuvre avant d'être assignés ».

Cette même polyclinique s'est retrouvée devant la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation qui, le 6 juillet 2000[524], a confirmé la position de la chambre commerciale. Elle a précisé que l'action en justice introduite par la polyclinique, sans observer la procédure prévue par la clause, était irrecevable. La cause semblait entendue.

Un arrêt du 23 janvier 2001[525] a cependant modifié cette jurisprudence, en affirmant que la clause de conciliation « qui ne constitue pas une fin de non recevoir, n'est pas d'ordre public et ne se trouve assortie d'aucune sanction ». Quelques mois plus tard, la première Chambre civile a estimé que le clause prévoyant un préalable de conciliation

---

[523]Note sous Com. 28 novembre 1995, Ch. JARROSSON, Rev. arb. 1996, p. 613-619.

[524] Notes sous Civ. 2ème 6 juillet 2000, J. PENNEAU, D. 2001, *Jurisp. Somm. Comm.*, p. 3088 ; J. MESTRE et B. FAGES, RTDciv. 2001, p.359-360.

[525] Notes sous Civ. 1ère 23 janvier 2001, BC I, n°11 ; D. 2001, *Jurisp. Somm. Comm.*, p.3088 ; RTDciv. 2001, p.359-360.

avant toute procédure « ne constituait pas une fin de non recevoir, ce qui impliquait que le préalable n'était pas obligatoire[526] ».

Certains auteurs ont tenté de « concilier » ces deux positions contradictoires. Ainsi, lorsque la médiation est effectuée par une autorité ordinale (comme c'était le cas dans l'arrêt de la première Chambre civile du 23 janvier 2001), elle semble plus institutionnelle que contractuelle « ce qui peut expliquer les réticences de la première Chambre civile à lui reconnaître une réelle portée[527] ». Cette explication est peu convaincante, car il est difficile de justifier un traitement différent en fonction de la qualité l'organe chargé d'effectuer la médiation. De plus, l'arrêt du 6 mars 2001 précité ne concernait pas une autorité ordinale, mais une commission mixte de conciliation, et pourtant, elle a adopté la même solution d'une absence de sanction.

268. – Prise de position nécessaire de la Chambre mixte – Cette contradiction apparente ne pouvait perdurer, et la Chambre mixte est intervenue le 14 février 2003[528] pour stabiliser (définitivement ?) sa jurisprudence. Elle a estimé que « la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent ». Cette solution s'avère respectueuse de la volonté affichée des parties, et soucieuse de favoriser le développement concret des procédures amiables.

B. Solution actuelle plus protectrice des modes alternatifs de règlement des conflits

269. – Difficulté de trouver une sanction appropriée à la méconnaissance d'une clause de médiation – La Chambre mixte pose donc comme principe

---

[526] Civ. 1ère 6 mars 2001, pourvoi n°98 15514, arrêt n°385, BC I, n°58.

[527] J. MESTRE et B. FAGES, « La clause de conciliation a-t-elle pour effet de rendre irrecevable l'action en justice ? », RTDciv. 2001, p.359.

[528] Notes sous Ch. mixte, 14 février 2003, P. ANCEL et M. COTTIN, D. 2003, *Jurisp. Comm.*, p.1386-1391 ; J. MESTRE et B. FAGES, RTDciv. 2003, p.294-295 ; Ch. SERAGLINI, JCP G 2003, I, 164, n°9.

l'irrecevabilité de l'action en justice intentée au mépris d'une clause de médiation ou de conciliation. Une sanction a donc été trouvée, alors qu'elle n'était pas évidente. La difficulté venait ici du fait que la clause de médiation est difficile à classer dans le paysage juridique. Par son origine contractuelle, elle se rapproche évidemment du droit des contrats. Par son objet, résoudre un litige, elle s'intègre dans le droit processuel. Les clauses de médiation et de conciliation se situent ainsi « à l'intersection entre le conventionnel et le juridictionnel[529] ». Il semble bien que le deux concepts soient difficilement conciliables, car il faut combiner en une seule et même notion, un accord des parties exprimé dans un contrat et un désaccord des mêmes parties qui apparaît dans le cadre juridictionnel. Cette position inconfortable peut aboutir à une impasse juridique si l'on oppose les deux corps de règles. Il semble en revanche préférable d'effectuer une « transaction » entre droit des contrats et procédure civile. Pour y parvenir, un encadrement du premier et un assouplissement de la seconde s'avèrent nécessaires. L'enjeu de cette coexistence singulière est d'offrir aux justiciables une liberté contractuelle dans le traitement de leurs différends, dans le respect des règles procédurales fondamentales.

Les difficultés apparaissent dès qu'il s'agit de sanctionner la méconnaissance d'une clause de médiation, ainsi qu'en témoignent les divergences jurisprudentielles. Une qualification de l'obligation insérée dans cette clause est alors nécessaire.

270. – Qualification de l'obligation découlant de la clause de médiation – Une clause de médiation aboutit à ne pas porter le différend, au moins temporairement, devant un juge étatique ou une juridiction arbitrale. Il s'agit là d'une obligation de résultat qui s'accompagne corrélativement d'une obligation de faire et d'une obligation de ne pas faire. Le recours au juge est certes exclu, mais encore faut-il préparer un éventuel règlement amiable par le lancement de négociations, par le choix d'un tiers intercesseur. Il est à noter que l'obligation de résultat se limite à l'impossibilité de saisir un juge, et ne s'étend pas à l'obligation d'aboutir à un accord amiable. Il n'y a là qu'une obligation de moyens. Les parties doivent alors tout mettre en œuvre pour parvenir à un accord. Les échanges doivent s'effectuer de bonne foi.

---

[529] P. ANCEL et M. COTTIN, *loc. cit.*, p.1387.

271. – Les sanctions possibles en cas de méconnaissance d'une clause de médiation – En présence d'une obligation de faire ou ne pas faire, l'article 1142 du Code civil prévoit la condamnation au paiement de dommages et intérêts. L'exécution forcée n'est pas proposée. La sanction posée par le droit des contrats n'est pas pleinement satisfaisante, et la méconnaissance d'une clause de médiation n'est pas, en définitive, très risquée. Par ailleurs, si l'une des parties souhaite se soustraire au paiement de dommages et intérêts, il lui suffira d'engager quelques négociations sans conviction pour que son obligation soit remplie. Pour voir engager sa responsabilité, il faudra que l'autre partie rapporte la preuve d'une mauvaise exécution de son obligation de moyens. Cette preuve sera difficile à rapporter, et la partie ne sera pas sanctionnée alors même que, dès le départ, elle ne souhaitait plus aboutir à un accord amiable.

C'est donc un sentiment d'insatisfaction qui est procuré par le jeu des seules sanctions prévues par le droit des contrats. L'absence de sanctions véritablement dissuasives et efficaces entache inévitablement la crédibilité des modes alternatifs de règlement des conflits. Des sanctions procédurales doivent alors être mises en œuvre, afin de restaurer l'image de ces modes amiables. L'idée est alors d'empêcher le juge de statuer tant que les parties n'auront pas tenté un rapprochement de leurs positions respectives. La situation devient paradoxale. En effet, alors que les parties souhaitent échapper aux juridictions par le biais d'une clause de médiation, elles vont devoir y recourir pour faire constater la méconnaissance de cette clause. Plusieurs sanctions étaient envisageables : l'exception de procédure qui tend à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte ou à en suspendre le cours, le sursis à statuer[530] ou la fin de non recevoir[531].

272. – La sanction adoptée par la jurisprudence : la fin de non recevoir – C'est vers cette dernière possibilité que s'est orientée la Cour de cassation. L'article 122 du nouveau Code de procédure civile en donne la définition suivante : « tout moyen qui

---

[530] Cette position est défendue notamment par M. LAGARDE qui précise à propos des clauses de conciliation et de médiation que « le seul effet qu'elles produisent à coup sûr est de suspendre l'instance. Pour le reste, elles ne sauraient obliger les parties à un résultat, faute de pouvoir les priver de leur droit d'agir », in « L'efficacité des clauses de conciliation et de médiation », Rev. arb. 2000, p.395.

[531] Pour des développements récents sur les fins de non recevoir, cf. G. BLOCK, *Les fins de non recevoir en procédure civile*, Belgique, Bruylant, LGDJ, préface de N. FRICERO et R. MARTIN, 2002, 453 pages.

tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut du droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ». L'article 124 du même code poursuit : « les fins de non recevoir doivent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief et alors même que l'irrecevabilité ne résulterait d'aucune disposition expresse[532] ».

La Chambre mixte nuance cette sanction, puisque l'irrecevabilité de l'action en justice n'est encourue que « si les parties l'invoquent ». Il résulte de cette expression que les parties ont le choix de relever l'irrecevabilité ou non. Il ne s'agit donc pas ici d'une fin de non recevoir à caractère d'ordre public, qui pourrait être soulevée d'office par le juge en vertu de l'article 125 du nouveau Code de procédure civile[533]. Une fois encore, c'est la liberté qui prédomine, à la condition que les parties décident ensemble (et non de manière unilatérale), de réorienter le litige vers une phase juridictionnelle. La mise en œuvre d'un mode alternatif de règlement des conflits dépend donc exclusivement de la volonté des parties. La clause de médiation est donc très fragile, sans être pour autant suspendue à la validité du contrat principal. Elle garde son indépendance vis-à-vis de l'acte lui-même, et une partie ne peut espérer échapper au jeu de la clause en arguant de la nullité du contrat[534].

Enfin, la Cour de cassation précise que la mise en œuvre de la clause de médiation suspend, jusqu'à son issue, le cours de la prescription. Donc, une partie qui choisit cette voie amiable de solution dans un but dilatoire, voit sa manœuvre échouer. Ce principe de suspension des poursuites, apporte une part de crédibilité supplémentaire aux

---

[532] G. BLOCK retrace de manière très détaillée cette absence d'exigence d'un texte, *op. cit.*, p.333 et suiv., n°172 et suiv.

[533] A noter la récente modification de l'article 125 du NCPC depuis le décret n°2004-836 du 20 août 2004. L'article 125 al.2 prévoit désormais que le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée ; cf. JO 22 août 2004, p.15032 ; D. 2004, *Légis.*, p.2199-2206.

[534] Cf. Com. 28 novembre 1995, Rev. arb. 1996, p. 613-619, note Ch. JARROSSON et Civ. 2ème 6 juillet 2000, D. 2001, *Jurisp. Somm. Comm.*, p. 3088, note J. PENNEAU ; RTDciv. 2001, p.359-360, note J. MESTRE et B. FAGES.

différents modes alternatifs de règlement des conflits[535].

273. – La fin de non recevoir, une sanction appropriée ? – S'il paraît logique de sanctionner le non respect d'une clause de médiation, il est possible de se demander si l'irrecevabilité de l'action en justice constitue la sanction la plus appropriée. Cela signifie que tant qu'aucune procédure de médiation ou de conciliation n'aura été mise en œuvre, l'action en justice sera paralysée. Il n'est, certes, pas question d'obtenir une conciliation à tout prix, mais au moins de mettre en place une procédure amiable. Ce n'est que le procès verbal de non conciliation qui ouvrira droit à l'action en justice. Mais, quelles seront les chances de succès d'une telle procédure imposée ? Cette obligation ne va-t-elle pas à l'encontre de l'esprit même des modes alternatifs de règlement des conflits ?

Ce passage obligé par une phase de conciliation ne sera souvent qu'une perte de temps, puisque l'issue est déjà connue : l'échec de conciliation est d'ores et déjà avéré. Il peut sembler inutile de perdre du temps dans des palabres desquelles aucune solution ne sortira[536]. « Peu importe l'échec prévisible : l'essentiel réside moins dans le résultat que dans la mise en œuvre d'une procédure conventionnelle préalable à la saisine d'un juge [537]». Il semble bien en définitive, que la Cour de cassation ait attribué une puissante efficacité processuelle à une clause qui est très largement dépourvue d'effet positif contraignant.

Alors que le recours à un mode amiable doit favoriser un règlement rapide et souple du litige, la solution posée par la Cour de cassation semble aller dans le sens opposé. L'apport évident de la solution posée par la Cour de cassation est de mettre fin à la cacophonie jurisprudentielle qui régnait en la matière. Peut-être alors faut-il rester optimiste comme le conseille un auteur, car « les parties vont devoir participer à la médiation même à contre cœur, se voir, se parler, s'écouter et finalement se comprendre[538] ». Ou encore est-il préférable de prévoir dans le contrat un délai maximum

---

[535] Ce principe de suspension des poursuites a été récemment rappelé par la Cour de cassation, cf. Civ. 1ère 27 janv. 2004, R.proc. 2004, *Commentaires*, n°47, p.7-8, obs. R. PERROT.

[536] Pour une critique de la solution posée par la Cour de cassation, cf. G. BLOCK, *op. cit.*, p.341 et suiv., n°176.

[537] R. PERROT, note sous Com. 17 juin 2003, R.proc. 2003, *Commentaires*, n°213, p.10.

[538] Th. MONTERAN, « Le respect des clauses contractuelles de médiation », RJcom. 2003, mai, n°5, p.209.

pour effectuer une tentative de conciliation, au-delà duquel les parties seront libérées de leurs obligations.

D'ailleurs, nous avons pu relever[539], qu'une certaine forme d'impératif n'est pas exclusive de tout règlement amiable, et n'est pas forcément synonyme d'échec de la conciliation ou de la médiation. La Cour de cassation défend pareillement le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits à caractère obligatoire. Ainsi, dans le cadre de la conciliation obligatoire en matière de baux d'habitation, elle sanctionne les plaideurs (souvent les bailleurs) qui omettent de saisir la commission départementale de conciliation. Aucune saisine directe du juge étatique n'est plus possible, même si elle semble permettre un règlement plus rapide du différend. Il est à noter toutefois, que la loi impose seulement la saisine préalable de la commission. Il n'est donc pas nécessaire que cette commission ait constaté un désaccord entre le bailleur et le locataire pour effectuer la saisine de la juridiction étatique. La vocation conciliatoire de la commission se trouve alors compromise.

La Cour de cassation adopte la même attitude vis-à-vis des procédures amiables de règlement des conflits en matière d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation. Ainsi a-t-elle estimé que la procédure d'offre obligatoire d'indemnisation imposée aux assureurs n'est pas contraire aux dispositions de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme[540].

Aussi, peut-on remarquer que la Cour de cassation accorde une place grandissante aux modes alternatifs de règlement des conflits, ne les reléguant plus au rang de modes secondaires[541]. Les procédures amiables prennent alors de l'ampleur dans le paysage juridique, et ne peuvent plus être balayées par la volonté d'une seule partie. Elles ne sont plus considérées comme des « procédures jetables », c'est-à-dire des procédures

---

[539] Cf. *supra* n°231 *in fine*.

[540] Civ. 2ème 9 octobre 2003, L. POULET, D. 2004, *Jurisp. Commentaires*, p.371-374.

[541] La Cour de cassation maintient cette position et réaffirme avec force la nécessité de respecter les obligations voulues par les parties par le biais d'une clause compromissoire avant de saisir un juge ; cf. Com. 17 juin 2003, R. PERROT, R.proc 2003, octobre, Commentaires, n°213, p.9-10.

que l'on met en avant lors de la conclusion du contrat afin de faciliter l'accord et que l'on exclut dès qu'un litige survient. Elles acquièrent une légitimité supplémentaire, car elles sont aujourd'hui plus respectées.

274. – Conclusion du Chapitre II – L'ensemble de nos développements a permis de prendre conscience de l'extrême diversité des modes alternatifs de règlement des conflits. Certains éléments prônent leur exclusion dans la nouvelle définition de l'action en justice. Ainsi, le traitement du différend n'est pas le fait d'un tiers, mais dépend de la seule volonté des parties.

Mais d'autres éléments accréditent la thèse inverse, puisque l'on peut remarquer des rapprochements sensibles entre les modes alternatifs de règlement des conflits et les juridictions étatiques.

Par ailleurs, un changement des mentalités est perceptible, car les modes amiables de traitement des différends commencent à être perçus comme de véritables alternatives au traitement juridictionnel.

A notre sens, l'intégration des modes alternatifs de règlement des conflits dans la nouvelle définition de l'action en justice est souhaitable. Il faut alors entendre l'action en justice comme le droit en vertu duquel un justiciable peut saisir un juge afin qu'il rétablisse une paix troublée. Il n'y a plus ici la violence contenue dans la formule « trancher un litige ». L'accent est alors mis sur l'objet et le but de l'action en justice, plus que sur les moyens pour y parvenir.

275. – Conclusion du Titre I – Si la notion actuelle d'action en justice ne prenait pas en compte la diversification des modes de règlement des conflits, la vision renouvelée que nous proposons d'adopter intègre en revanche le recours aux autorités administratives indépendantes, à l'arbitrage, et aux modes alternatifs de règlement des conflits. L'action en justice se présente alors comme un droit visant à rétablir une paix troublée, quels que soient les moyens pour y parvenir.

Les autorités administratives indépendantes, considérées par certains comme des quasi-juridictions, doivent assurément bénéficier de cette qualification, en raison de leur grande proximité avec les juridictions étatiques.

L'arbitrage, qui cultive les ressemblances avec ces mêmes juridictions, surtout depuis le développement des phénomènes de judiciarisation et d'institutionnalisation, doit également entrer dans la nouvelle vision de l'action en justice.

Ce sont en définitive les modes alternatifs de règlement des conflits qui ont suscité le plus de difficultés. En effet, l'état d'esprit indispensable à leur développement est très éloigné de celui qui anime les juridictions étatiques. Pourtant, leur intégration dans la nouvelle définition de l'action en justice finalise parfaitement cette notion fondamentale du droit processuel.

Ainsi, et sans aboutir à une uniformisation excessive, l'ensemble de ces modes de règlement des conflits doit intégrer la notion d'action en justice. Cette dernière doit alors être envisagée comme un cadre général à l'intérieur duquel gravitent ces différents modes de traitement. L'application pratique de cette nouvelle définition permettra de mettre en lumière les particularités de chacun des modes de règlement des litiges.

Titre II : Incidences pratiques de la vision renouvelée de l'action en justice

276. – Les garanties procédurales appliquées aux différents modes de règlement des litiges – La notion actuelle d'action en justice ne doit pas être dénigrée, mais ses insuffisances doivent servir de point de départ afin de mieux reconstruire ce pilier fondamental de notre droit processuel, et montrer les apports d'une nouvelle définition. Ainsi, si l'action en justice doit être élargie aux autorités administratives indépendantes, à l'arbitrage et aux modes alternatifs de règlement des conflits, c'est pour leur appliquer un ensemble de règles procédurales, protectrices des droits des justiciables. Les garanties du procès équitable, relayées par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme doivent s'appliquer au-delà des juridictions étatiques grâce à l'émergence d'un processus loyal (Chapitre I). Ainsi sera-t-il possible d'accorder aux justiciables un socle commun de garanties indépendamment de toute intervention législative, qui aujourd'hui n'est que partielle et incomplète. Une optimisation des choix offerts aux justiciables est alors envisageable (Chapitre II).

Chapitre I : Emergence d'un processus loyal

Chapitre II : Optimisation des choix offerts aux justiciables

Chapitre I : Emergence d'un processus loyal

277. – Pour un respect généralisé des droits des justiciables – Si le droit à un procès équitable se développe devant les juridictions étatiques, il faut également prévoir la garantie des droits des justiciables dans le cadre des autres modes de traitement des différends. Mais, à mesure où l'on s'éloigne de l'empreinte étatique, l'application de ce droit au procès équitable, et de son désormais fameux article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, s'avère plus incertaine. En effet, la terminologie de procès équitable doit, à notre sens, être réservée aux seules juridictions étatiques. En élargissant l'action en justice aux autorités administratives indépendantes, à l'arbitrage et aux modes alternatifs de règlement des conflits, il faut envisager l'émergence d'un processus nouveau, que l'on qualifierait de *processus loyal* qui constituerait une sorte de procès équitable aménagé. Une protection accrue des justiciables serait ainsi assurée (Section I). Pour préserver les spécificités de chacun des modes de traitement des différends, il faut prévoir un socle commun de garanties et des particularités, qui permettraient aux justiciables de choisir le mode d'apaisement de la situation conflictuelle en fonction de leurs attentes.

278. – Les dérives possibles du nouveau système – Une harmonisation des choix offerts aux justiciables dans le traitement de leurs différends ne signifie toutefois pas une uniformisation de ceux-ci. En effet, il ne faut pas succomber à la tentation du « tout équitable », en reprenant trait pour trait tous les attributs du droit au procès équitable pour les transposer aux autres modes de règlement des conflits. Le risque est alors d'aboutir à la paralysie d'institutions qui, jusqu'alors, fonctionnaient bien. Multiplier les garanties du procès équitable à outrance, en empilant les procédures et les formalités, serait néfaste pour les justiciables. Il est important de les aménager aux différents modes de règlement pour maintenir la spécificité de chacun, et ne pas compromettre leur efficacité (Section II).

C'est alors dans une logique économique qu'il faut raisonner en évaluant ce que le justiciable gagne et perd dans la transformation d'un système juridictionnel. Ainsi, la richesse du système découlant de la diversification des modes de règlement des conflits serait entretenue avec la vision renouvelée de l'action en justice.

Section I : Une protection accrue des justiciables

279. – Plan – La qualification d'action en justice reconnue aux actions portées devant les autorités administratives indépendantes, les arbitres ou les médiateurs, entraîne une conséquence indéniable pour la protection des droits des justiciables. En effet, un ensemble de règles regroupées sous le vocable de processus loyal vont alors s'appliquer (§2). Mais, si des similitudes avec le procès équitable sont évidentes, des divergences existent néanmoins, ce qui légitime d'ailleurs la création du processus loyal. Ainsi, un certain nombre de règles procédurales qui découlent de la reconnaissance d'un droit au procès équitable et de la présence de la juridiction étatique ne seront pas applicables au processus loyal (§1).

§1. Règles procédurales exclues du processus loyal

280. – Plan – Deux catégories de règles se rattachent directement au caractère étatique de l'actuelle action en justice. Elles sont donc exclues du processus loyal. Il s'agit de l'*imperium* (A), et surtout des règles du service public de la justice (B).

A. Imperium et processus loyal

281. – *L'imperium* attaché exclusivement aux décisions des juridictions étatiques – Sans être directement attaché au procès équitable, l'*imperium* se rattache à l'actuelle notion d'action en justice en raison de la présence de la juridiction étatique. Comme nous l'avons déjà relevé[542], il confère à la décision de justice une certaine force et une stabilité. Il en assure l'application, au besoin par le recours à la force publique.

Cette force constitue un avantage très appréciable pour les justiciables, mais ne saurait être conférée à toute décision qui tranche un différend. Elle est exclusivement attachée à la décision rendue par une juridiction étatique. En effet, l'Etat ne saurait prêter son concours pour l'exécution d'une décision d'un médiateur ou d'un arbitre.

---

[542] Cf. *supra* n°172 et suiv.

Il ne contrôle ni la prise de décision ni les règles applicables, et n'a aucun moyen pour vérifier si les droits des parties ont été respectés. S'il impose l'exécution d'une décision, il doit avoir la certitude que tout a été mis en œuvre pour protéger les deux parties. Les moyens dont dispose l'Etat ne se retrouvent que devant les juridictions étatiques. Et l'*imperium* reste un avantage indéniable offert aux seuls justiciables qui choisiront de recourir aux juridictions étatiques pour trancher leurs différends.

282. – Autorité morale attachée au service privé de la justice – La force du caractère étatique de la décision de justice tirée de l'*imperium* apparaît indispensable. En effet, une fois la solution trouvée par le juge, il est nécessaire de pouvoir l'imposer. Les parties ne se reconnaissent pas toujours dans le magistrat qui juge leur affaire. Elles ne l'ont ni élu ni choisi, et n'ont pas forcément confiance en lui. L'intervention de l'Etat s'avère alors nécessaire pour imposer la décision et la faire respecter. Derrière l'exécution de la décision se cache l'effet dissuasif de la sanction. En effet, cette décision imposée n'aura de chance d'être exécutée que si son inexécution emporte une sanction. C'est ce qui distingue le droit de la morale. Celle-ci « n'a pour sanction, suivant qu'on observe ou qu'on enfreint ses commandements, que la satisfaction du devoir accompli ou le remord d'une mauvaise action, l'estime ou le mépris des hommes[543] ».

Dans le cadre d'un service privé de la justice qui serait composé des autorités administratives indépendantes, des modes alternatifs de règlement des conflits, et de l'arbitrage, la décision ne peut pas bénéficier de cette force exécutoire. Pourtant, son respect et son exécution peuvent passer par la confiance que les parties témoignent au tiers qui règle le litige qui les oppose.

En matière d'arbitrage ou dans le cadre des autorités administratives indépendantes, ce sont les connaissances techniques, les compétences spéciales qui peuvent favoriser une exécution spontanée. Sans disposer d'*imperium*, les décisions n'en sont pas moins entourées d'une certaine influence et d'une certaine solennité. Un pouvoir de persuasion découle alors de cette autorité morale.

---

[543] E. GARSONNET et Ch. CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Tome I, 1ère partie, Organisation judiciaire et compétence, Paris, Sirey, 1912, p.521.

Les modes alternatifs de règlement des conflits permettent de développer un autre argument. La décision est construite par les parties elles-mêmes, au fur et à mesure des discussions, et des concessions réciproques. Elle sera alors d'autant moins contestable, qu'elle constitue l'œuvre des parties. Il n'est plus question d'*imperium* ou de contrainte, mais de connaissance et de reconnaissance. Le pouvoir étatique « sanctionnateur » laisse alors place au pouvoir privé pacificateur.

La justice évolue en se spécialisant. Il est ainsi possible d'envisager un circuit pour l'action selon que la solution du litige nécessite un savoir précis ou peut être trouvée par les parties elles-mêmes. Il est évident qu'on ne saurait découvrir une solution miracle en affirmant qu'à chaque fois que les parties concourent à la prise de décision ou s'en remettent à des spécialistes, la solution trouvée au litige sera toujours appliquée spontanément. Mais, on ne saurait à l'opposé dénier tout pouvoir d'influence d'un médiateur ou d'un arbitre.

Comme l'*imperium*, un autre élément caractéristique des juridictions étatiques ne saurait se retrouver en tant que tel, devant les autres organes appelés à trancher les litiges. Il s'agit des règles applicables au service public de la justice.

B. Service public de la justice et processus loyal

283. – Lien traditionnel entre l'Etat et la justice – De tout temps, la justice a été considérée comme un attribut essentiel de la souveraineté étatique. La *jurisdictio* était nécessairement liée à l'*imperium*.

L'action en justice s'inscrit dans ce schéma, et constitue l'un des vecteurs du service public de la justice. Ce concept majeur du droit administratif combine deux éléments. Le premier est organique. Il impose la gestion du service par une personne publique. Le second est matériel. Il commande la gestion du service dans l'intérêt général. Le caractère de service public de la justice conduit au respect de certaines règles de fonctionnement communes à tous les services publics, et applicables devant les juridictions étatiques : égalité (1), gratuité (2), continuité (3). Leur transposition aux autres

modes de règlement des conflits semble improbable, même si des nuances doivent être apportées à cette affirmation.

1. Principe d'égalité de la justice

284. – Un principe difficile à respecter – Le principe d'égalité impose qu'à situation identique, toute personne puisse être jugée, par la même juridiction et selon les mêmes règles procédurales, sans la moindre discrimination. En droit, ce principe est évidemment respecté.

Or, dans les faits, le problème d'égalité se pose couramment en terme d'égalité d'accès à la justice. Ainsi, le justiciable, peu familier des pratiques du monde judiciaire, se heurte souvent à des difficultés de compréhension, tant le milieu lui semble opaque. La présence d'un avocat ou autre conseil sera souvent bienvenue, pour expliquer la procédure à suivre, son opportunité et ses chances de succès. Pourtant, les dispenses de représentation sont nombreuses, et la législation relative aux juges de proximité en est le dernier exemple[544]. La décision de justice sera alors incomprise et, souvent inexécutée spontanément. L'accès à la justice existe bien, mais n'est pas pleinement efficient.

Pour affirmer l'égalité d'accès devant la justice, il faut vérifier que cet accès s'effectue dans les meilleures conditions. Le principe d'égalité se rapproche alors de l'effectivité qui est encore plus difficile à atteindre. Pourtant, il est indispensable que les parties qui ont saisi un juge puissent comprendre parfaitement la décision rendue.

En définitive, il n'est pas évident de parvenir à une égalité entre les justiciables, et ce premier principe propre à tout service public est malmené dans le cadre de celui de la justice. Il le serait encore si les inégalités financières entre les justiciables étaient maintenues. Le législateur est intervenu afin de rétablir en ce domaine une égalité en mettant en place le principe de gratuité du service public de la justice.

---

[544] Pour des développements relatifs aux juges de proximité, cf. *infra* n°344 et suiv.

2. Principe de gratuité de la justice

285. – Frais inhérents à tout procès – Le principe de gratuité du service public de la justice implique que le justiciable laisse à la collectivité la charge financière du procès. Ainsi, est-il prévu que les magistrats sont rémunérés par l'Etat. Mais, cette disposition est, à elle seule, largement insuffisante pour assurer le respect du principe de gratuité et son corollaire, le principe d'égalité. Tout procès entraîne inévitablement des frais, même si l'on excepte la rémunération des juges. Certains resteront à la charge de chaque plaideur, indépendamment de l'issue du procès. Ainsi en est-il, par exemple, des honoraires d'avocat. D'autres en revanche seront mis à la charge de la partie qui succombe, comme les frais d'huissier, ou d'expert. Toutes ces sommes peuvent s'avérer très élevées, surtout lorsque la procédure est complexe et longue. Les personnes les plus démunies n'auraient pas eu accès à la justice si le législateur n'était pas intervenu.

286. – Avancées législatives – Des textes ont mis en place, puis affiné un mécanisme d'aide, laissant à l'Etat la totalité ou une partie de la charge financière du procès. Ainsi, l'assistance judiciaire de la loi du 22 janvier 1851 a laissé place à l'aide judiciaire de la loi du 3 janvier 1972. Depuis la loi du 10 juillet 1991 et son décret d'application du 19 décembre 1991, c'est de l'aide juridique qu'il s'agit. La loi du 24 août 1993 précise que « l'aide juridique comprend l'aide juridictionnelle, l'aide à l'accès au droit et l'aide à l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue ». Plus qu'un simple changement terminologique, ces modifications législatives ont permis d'étendre considérablement le domaine de l'aide. Elle concerne non seulement les frais du procès au cours de l'instance juridictionnelle, mais également tous les frais inhérents à la défense d'un droit, en dehors de tout procès.

D'autres lois sont venues étendre le cercle des bénéficiaires. Une distinction a été effectuée par la loi du 3 janvier 1972 entre l'aide judiciaire totale et l'aide judiciaire partielle. La première permet la prise en charge intégrale par l'Etat des frais du procès, lorsque les ressources mensuelles du plaideur sont inférieures à 830 euros

(pour l'année 2004[545]). La seconde prévoit une prise en charge limitée à un certain pourcentage, lorsque les ressources mensuelles du plaideur sont inférieures à 1244 euros (pour l'année 2004). Les modifications législatives se sont multipliées, afin d'étendre le domaine d'application de l'aide accordée aux justiciables. Il est désormais possible d'en bénéficier devant toutes les juridictions civiles, commerciales, sociales, pénales et administratives. Elle peut être accordée en matière contentieuse, comme en matière gracieuse. Il est à noter que l'aide juridictionnelle peut même être octroyée en vue de parvenir à une transaction, avant l'introduction de l'instance[546].

287. – Entorse au principe de gratuité – Si le principe de gratuité semble respecté par le biais de l'aide juridique, la pratique invite cependant à nuancer l'affirmation. Le bénéficiaire d'une telle aide a droit, en principe, à l'assistance de l'avocat de son choix, comme le ferait n'importe quel plaideur. Il lui est donc possible de faire appel à des spécialistes qui le conseilleront efficacement.

En pratique pourtant, l'auxiliaire de justice est libre de refuser l'affaire qui lui est soumise. Ce sera alors au bâtonnier d'en désigner un d'office[547]. Le bénéficiaire de l'aide devra alors se contenter d'un avocat qu'il n'a pas choisi. L'inégalité est ici évidente.

Par ailleurs, une autre inégalité est à noter. En effet, « un dossier mal payé (avec aide juridique) ne peut être traité par un petit cabinet avec autant d'attention qu'un autre[548] ». Le bénéficiaire de l'aide juridique se trouve dans une situation inextricable : un grand cabinet d'avocats ne sera pas très enclin à traiter son dossier, et un petit cabinet ne parviendra pas toujours à s'investir pleinement. Le principe de gratuité n'est donc pas aisé à faire respecter en pratique. Son corollaire, le principe d'égalité se trouve alors mis à mal.

Il faut enfin envisager le troisième principe propre au service public de la justice, celui de continuité.

---

[545] C'est l'article 4 de la loi du 10 juillet 1991 qui a prévu la revalorisation des plafonds chaque année, au premier janvier. Ce système de révision des seuils de ressources mensuelles permet ainsi d'indexer l'aide sur l'évolution du coût de la vie et rapprocher la justice des justiciables. Des correctifs par personnes à charge sont également prévus.

[546] Cette possibilité est offerte aux justiciables depuis la loi n°98-1163 du 18 décembre 1998.

[547] Art. 25 de la loi du 10 juillet 1991.

[548] J.-Fr. BURGELIN, « Egalité, continuité, adaptabilité du service public de la justice », in *Le Service public de la justice,* E. GUIGOU *et alii,* Paris, O. Jacob, 1998, p.86-87.

3. Principe de continuité de la justice

288. – Consolidation souhaitable du principe de continuité – Sauf dérogations particulières[549], les tribunaux siègent en permanence et sans discontinuité, tout au long de l'année. Le principe de continuité du service public de la justice semble donc parfaitement respecté. Certains invitent néanmoins à l'envisager sous l'angle de l'effectivité de la réponse judiciaire[550]. Ainsi, la prise de décision est très lente. Un justiciable peut, certes, saisir un juge à tout moment, mais il ne pourra s'expliquer devant lui qu'après un certain temps. Les procédures s'étirent de plus en plus, et dans les faits, la continuité est mise à mal. Pour pouvoir respecter pleinement ce principe, la permanence des tribunaux est insuffisante. Les délais de procédure sont à améliorer.

289. – Le service public de la justice concurrencé par un service privé – Il ressort de ces développements que, si la justice est un service public, les conséquences qui en découlent traditionnellement, sont malmenées. Il est possible alors d'envisager une autre forme de justice qui se passerait de son caractère étatique. Le recours aux autorités administratives indépendantes, aux modes alternatifs de règlement des conflits ou à l'arbitrage peut alors être analysé comme un nouveau service privé de la justice, qui se dégagerait aux côtés du service public actuel, sans pénaliser les justiciables. Ainsi, les mêmes principes d'égalité et de continuité pourraient-ils y être applicables. Seul le principe de gratuité poserait un problème dans certains cas[551], sans pouvoir être résolu. Au-delà de cette différence, ces deux services public et privé de la justice laisseraient une faculté de choix pour le justiciable.

A côté de ces règles du service public de la justice et de l'*imperium* qui sont exclues du processus loyal, il existe d'autres principes qui sont applicables aux autorités

---

[549] Il existe des dérogations pour les tribunaux paritaires des baux ruraux et certaines juridictions administratives à compétence spéciale comme les sections disciplinaires des conseils d'université, des sessions sont organisées en fonction du nombre d'affaires inscrites à leur rôle.

[550] Cf. J.-Fr. BURGELIN, *loc. cit.*

[551] Nous pensons à la saisine d'une juridiction arbitrale qui engendre des coûts parfois très importants sans pouvoir être réduits.

administratives indépendantes, aux modes alternatifs de règlement des conflits et à l'arbitrage.

§2. Règles procédurales découlant du processus loyal

290. – Coexistence d'un processus loyal et d'un procès équitable – Les garanties qui découlent du droit au procès équitable appliquées devant les juridictions étatiques ont déjà été étudiées[552]. Elles procurent principalement aux justiciables une indépendance et une impartialité du magistrat, le principe de la contradiction, de célérité, de publicité, et de motivation. Par ailleurs, le cadre étatique implique le respect de règles spécifiques, tel *l'imperium* ou celles du service public de la justice.

Le processus loyal, que nous proposons de développer devant les autres modes de traitement des différends, impliquera le respect du principe de la contradiction (A), celui de l'indépendance et de l'impartialité (B). Ces règles seront analysées de façon pragmatique en les appliquant aux modes alternatifs de règlement des conflits pour le premier, ou aux autorités administratives indépendantes pour les seconds.

A. Principe de la contradiction appliqué aux modes alternatifs de règlement des conflits

291. – La nécessaire protection des parties – En raison de l'absence de tout formalisme contraignant, il paraît logique d'admettre des garanties procédurales très limitées dans le cadre des modes alternatifs de règlement des conflits. En effet, plus ces garanties sont nombreuses, plus la procédure sera complexe et longue. L'esprit des modes alternatifs de règlement des conflits commande un formalisme minimum. Mais les droits des justiciables doivent tout de même être préservés. « Les pratiques de médiation sont sujettes, depuis leur origine, à des critiques qui soulignent qu'elles n'offrent pas aux personnes qui s'y engagent les garanties que leur donne le système juridique et

---

[552] Cf. *supra* n°109 et suiv.

judiciaire[553] ». Par leur situation délibérément hors du procès, les parties se sont éloignées des procédures protectrices présentes devant les juridictions étatiques. En renonçant au moins temporairement au juge, elles auraient pareillement renoncé aux règles qui s'y attachent.

La doctrine apparaît cependant divisée quant à l'application de certaines règles procédurales. Concernant plus particulièrement le principe de la contradiction, tous s'accordent à dire que le principe du contradictoire constitue une règle fondamentale du procès qui s'impose au juge étatique. Les positions divergent, lorsqu'il s'agit de savoir s'il faut étendre ce principe au-delà des juridictions étatiques. Certains affirment en effet, que celui-ci n'a pas lieu de s'appliquer[554], d'autres, moins nombreux, revendiquent son application[555].

Pourtant, « parce que l'on est en présence de modes conventionnels de règlement des litiges, l'application des principes directeurs du droit des obligations s'impose ; mais parce que ces contrats ont pour objet le règlement d'un litige [...], il est impossible de faire abstraction des principes de droit processuel lesquels s'appliqueront avec plus ou moins de vigueur selon l'objet du litige[556] ». Un savant dosage entre le droit des obligations et le droit processuel est alors nécessaire, afin de préserver les libertés des parties. Les modes alternatifs de règlement des conflits doivent construire cette délicate alchimie.

---

[553] B. BASTARD, « Défense et médiation », Justices, 2001, décembre, hors série « Avocats et défense », p.61.

[554] Pour ex. : Ch. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », Colloque de Damas des 5-8 octobre 1996, RIDcomp. 1997, 2, avril-juin, p.340 ; Th. JACOMET et F. CHEKARNA, « La médiation mode de règlement conventionnel des litiges, son essor, ses avantages, sa pratique », Bull Joly 1997, décembre, p.1039 ; J.-B. RACINE, « Introduction », in *Pluralisme des modes alternatifs de règlement des conflits, pluralisme du droit*, Lyon, L'Hermès, Bibliothèque de droit, 2002, p.74-75.

[555] M. OLIVIER, « La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile (aspects anciens et actuels) », Gaz. Pal. 1996, *Doctr.*, p.1257-1267, spéc. p.1260.

[556] J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, thèse, Aix-Marseille 2002, Aix-en-Provence, Presses universitaire d'Aix-Marseille, 2003, préface S. GUINCHARD, p.307-308, n°497.

292. – Le droit des contrats traditionnellement au secours des parties – Tirant profit de leur caractère hybride, à mi-chemin entre le contractuel et le processuel, les modes alternatifs de règlement des conflits ont puisé dans le droit des contrats, afin d'élaborer la protection des droits des parties. Le principe de loyauté des échanges a joué un rôle primordial pour instaurer un dialogue sincère et honnête entre les parties. Ainsi, les parties doivent-elles déployer tous les efforts nécessaires en vue de parvenir à une issue négociée, acceptable pour les deux. Elles doivent engager une discussion les conduisant à effectuer des concessions. Il est certain, qu'en l'absence de loyauté, les chances de succès de la procédure amiable sont très minces. La solution n'aura de vertus pacificatrices, que si elle a donné lieu à des échanges effectifs. Mais, l'appréciation de la bonne foi des parties n'est pas chose aisée, d'autant que le principe de confidentialité gouverne les échanges. Il sera difficile de rapporter la preuve de la mauvaise foi d'une partie, l'autre devant alors accepter l'échec des négociations.

Certains affirment d'ailleurs que « la loyauté est désormais une notion qui innerve tout le droit du procès et qui tend à acquérir en droit processuel une importance autonome au point que la doctrine s'interroge sur l'émergence d'un véritable principe de loyauté en droit processuel[557] ». Selon l'auteur, il y aurait à côté de la loyauté contractuelle, l'émergence d'une loyauté processuelle[558].

Ainsi, le principe de loyauté des échanges a pallié l'inapplicabilité du principe du contradictoire, sans pour autant garantir efficacement les droits des parties. Avec le développement d'un processus loyal, le recours au droit des contrats devient surabondant. Le respect du principe de la contradiction est alors automatique. L'indépendance et l'impartialité pourront pareillement recevoir application.

---

[557] J. JOLY-HURARD, thèse précitée, p.329-330, n°527.

[558] Voir également la position S. GUINCHARD, M. BANDRAC, M. DOUCHY *et alii*, *Droit processuel Droit commun et droit comparé du procès,* Paris, Précis Dalloz, 2ème édition, 2003, p.934-935, n°600.

B. Principes d'indépendance et d'impartialité appliqués aux autorités administratives indépendantes[559]

293. – Spécificité des autorités administratives indépendantes – Les autorités administratives indépendantes constituent une catégorie hétéroclite façonnée par le législateur au hasard des nécessités, afin d'apporter une réponse adaptée à un ou plusieurs problèmes spécifiques[560]. Ne pouvant s'appuyer sur une catégorie existante, comme une juridiction étatique, c'est vers cette création originale que le législateur s'est orienté. Pourtant, la qualification de juridiction ne peut pas être complètement occultée dans le cadre des autorités administratives indépendantes. La proximité entre ces deux modes de règlement des différends ne saurait être niée[561]. Parfois, il y a même confusion entre les deux notions. Ainsi en est-il de la Commission bancaire. Qualifiée « d'organe à géométrie variable[562] », elle peut être présentée comme une institution « mutante », mi-autorité administrative indépendante, mi-juridiction. Sa mission consiste à contrôler le respect par les établissements de crédit des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables et de sanctionner les manquements constatés[563]. Lorsqu'elle exerce son pouvoir disciplinaire[564], elle est qualifiée de juridiction par l'article L.613-23 du Code monétaire et financier. Le passage d'une autorité administrative indépendante à une juridiction est franchi par le législateur de manière très explicite.

294. – Le problème de l'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme aux autorités administratives indépendantes – L'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme affirme que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue

---

[559] Pour une application des principes d'indépendance et d'impartialité aux autorités administratives indépendantes, cf. Fr. STASIAK, « Autorités administratives indépendantes (AAI), Rep. pén. Dalloz, février 2004, p.7 et suiv., n°17 et suiv.

[560] Cf. *supra* n°185 et suiv.

[561] Cf. *supra* 192 et suiv.

[562] M. CONTAMINE-RAYNAUD, « La commission bancaire, autorité et juridiction », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Paris, Dalloz, 1996, p.408.

[563] Art. L.613-1 Code monétaire financier.

[564] Prévu par l'article L.613-21 *loc. cit.*

équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal impartial et indépendant, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Il n'est fait aucune mention des autorités administratives indépendantes qui font figure « d'exceptions à la française ». N'étant pas analysées comme des juridictions[565], l'article 6 ne saurait leur être applicable *de facto*. Il ne faut pas en conclure hâtivement que les prescriptions de cet article ne leur seront jamais appliquées.

Un problème apparaît alors puisque les autorités administratives indépendantes qui ont inondé le paysage juridique français, ont reçu pour juridiction de tutelle soit la Cour de cassation, soit le Conseil d'Etat. Une divergence quant à l'applicabilité de l'article 6§1 était dès lors prévisible. Ainsi, alors que le Conseil d'Etat s'est montré très réservé (1), la Cour de cassation est apparue d'emblée libérale (2). Cette divergence de jurisprudence mérite d'être étudiée ici, car elle témoigne des difficultés du système actuel, et de l'intérêt à développer un processus loyal qui s'émanciperait de toute application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les principes d'impartialité et d'indépendance seraient appliqués automatiquement.

1. Position stricte du Conseil d'Etat limitant les droits des justiciables

295. – Application de l'article 6§1 aux seules juridictions – Le Conseil d'Etat a été amené à se prononcer sur la procédure suivie devant les autorités administratives indépendantes relevant de sa compétence. Prenant appui sur la jurisprudence civile qui reconnaissait l'applicabilité de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme aux autorités administratives indépendantes[566], les requérants devant le Conseil d'Etat invoquaient l'article 6§1 pour solliciter l'annulation des actes pris en méconnaissance des principes affirmés par ce texte. Or, selon le Conseil d'Etat, la décision suspecte devait émaner d'un organe juridictionnel pour pouvoir être examinée au regard

---

[565] Excepté le cas de la Commission bancaire.

[566] Cf. *infra* n°297 et suiv.

de la Convention. Appliquant ce critère aux autorités administratives indépendantes, le Conseil d'Etat en déduisait que le moyen tiré de la violation de l'article 6 était inopérant, puisque invoqué contre une décision à caractère administratif. Il considérait qu'«il résulte du texte même de l'article 6§1 que l'ensemble de ses stipulations n'est applicable qu'aux procédures contentieuses suivies devant les juridictions quand elles statuent sur des droits et obligations de caractère civil ou sur des accusation en matière pénale[567] ».

La position du Conseil d'Etat était sans équivoque. L'article 6 était exclusivement réservé aux juridictions, et aucune assimilation n'était possible avec des autorités administratives indépendantes. Ces dernières apparaissaient alors comme une catégorie juridique autonome, qui devait être distinguée des juridictions. Le respect des droits des justiciables ne pouvait passer par l'application des règles du procès équitable.

Le Conseil d'Etat a maintenu sa jurisprudence d'exclusion des autorités administratives indépendantes du champ d'application de l'article 6§1, s'attachant toujours à la nature de l'organisme qui a pris la décision suspecte[568].

296. – Tentative d'explication – La doctrine a justifié cette position par le fait que l'article 6 n'a pas été conçu pour les autorités administratives. Il comporte des règles de procédure applicables aux juridictions, et non des règles de fonctionnement de l'administration publique[569]. Les autorités administratives indépendantes ne sont pas des juridictions, et n'ont aucune raison de l'être dès lors qu'il existe des « relais juridictionnels ». Si des garanties doivent entourer les procédures suivies devant les autorités administratives indépendantes, c'est au législateur de les édicter. Ce fût d'ailleurs

---

[567] CE avis 31 mai 1995, *Ministre du budget c/ Sarl auto Meric,* Rec. 1995, p.154.

[568] CE 4 mai 1998 *Société de bourse Patrice Wargny,* Rec. p.192-194. Invoquant l'article 6, une société de bourse demandait au Conseil d'Etat d'annuler une décision du Conseil des marchés à terme (devenu le Conseil des marchés financiers par la loi du 2 juillet 1996 ; depuis la loi du 1er août 2003, il a fusionné avec la COB et le Conseil de discipline de gestion financière pour devenir l'AMF) qui lui avait infligé une sanction pécuniaire et un blâme. Le Conseil d'état a rejeté le moyen au motif que le Conseil des marchés n'est pas une juridiction, même quand il statue en matière disciplinaire, et que l'article 6 ne s'applique qu'aux procédures contentieuses suivies devant les juridictions.

[569] Voir en ce sens, J.-Cl. BONICHOT, LPA 1999, 15 janvier, n°11, p.10-11.

l'un des objectifs de la loi du 1er août 2003 relative à l'AMF[570]. En imposant le respect du contradictoire, en permettant la publicité des séances, en précisant la place du rapporteur et du commissaire du gouvernement, le législateur a mis un terme à toute controverse sur l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. L'explication de la doctrine est convaincante.

La solution du Conseil d'Etat que nous venons d'envisager et qui tend à refuser l'application de l'article 6 aux autorités administratives indépendantes, entraîne une divergence de position avec la Cour de cassation qu'il s'agit à présent de relater.

2. Position évolutive de la Cour de cassation

297. – L'applicabilité de l'article 6§1 aux autorités administratives indépendantes – Malgré l'absence de mention des autorités administratives indépendantes à l'article 6§1, la Cour de cassation a admis pourtant son applicabilité à ce mode particulier de traitement des différends. Selon elle, il n'est pas nécessaire de se trouver dans le cadre d'une juridiction pour imposer les prescriptions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Elle ne se prononce même pas sur la nature institutionnelle de l'autorité en cause, comme si la chose allait de soi. Les autorités administratives indépendantes ont donc l'obligation de satisfaire aux exigences du procès équitable, au même titre que les juridictions étatiques.

La Cour de cassation n'offre pas pour autant une protection sans faille aux justiciables, car elle admet des entorses aux principes posés par l'article 6§1.

298. – Affirmation de la spécificité de la procédure des autorités administratives indépendantes – Tout en admettant que l'article 6§1 pouvait recevoir application dans le cadre des autorités administratives indépendantes, la Cour de cassation a adapté cet article aux particularités des autorités. Elle a relevé que « des impératifs de souplesse et d'efficacité peuvent justifier l'intervention préalable dans la procédure répressive d'une autorité administrative, qui, comme la Commission, ne satisfait pas sur

---

[570] Cf. *infra* n°320 et suiv.

tous les aspects aux prescriptions de forme du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention, dès lors que les décisions prises par celles-ci subissent *a posteriori*, sur des points de faits, des questions de droit ainsi que sur la proportionnalité de la sanction prononcée avec la gravité de la faute commise, le contrôle effectif d'un organe judiciaire offrant toutes les garanties d'un tribunal au sens du texte susvisé[571] ». La Cour de cassation a clairement admis que les procédures suivies devant les autorités administratives indépendantes n'avaient pas à être conformes en tous points à l'article 6§1, si ses décisions pouvaient être contrôlées par un organe qui respectera toutes les prescriptions de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est une régularisation *a posteriori* de la procédure qui était ici proposée.

La séparation est très nette entre la juridiction étatique, qui doit respecter toutes les garanties prévues par l'article 6§1, et les autorités administratives indépendantes, qui peuvent s'en dispenser. Cette position était peut-être justifiée par le fait qu'il y aurait un « sentiment subjectif à l'extrême que les exigences de bonne justice n'ont pas lieu d'être réunies lorsque la décision est technique par sa nature : la compétence supplée alors l'équité, ce qui disqualifie les habituelles règles juridiques de prudence[572] ». Deux interrogations découlent de cette jurisprudence qui s'est maintenue pendant un certain temps[573].

Tout d'abord, on ne demande qu'à être convaincu par l'affirmation selon laquelle, la compétence des autorités administratives indépendantes viendrait suppléer l'équité. Mais un raisonnement *a contrario*, qui n'est peut-être pas approprié, aboutit au constat suivant : c'est parce que les juridictions étatiques ne sont pas suffisamment compétentes qu'elles doivent respecter les garanties procédurales.

---

[571] Com. 9 avril 1996 *Haddad,* Revue de Droit bancaire et de la bourse 1996, p.177, note M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE.

[572] R. LIBCHABER, « Une nouvelle lutte pour le droit. Sources du droit en droit interne », RTDciv. 1999, p.740.

[573] Com. 5 octobre 1999, *SNC Campenon Bernard SGE c/Ministre de l'économie,* JCP G 2000, II, 10 255, note E. CADOU ; D. 2000, Cahier droit des affaires, *Somm. Comm.*, p.9-10, note M.-L. NIBOYET ; LPA 1999, 15 octobre, n°206, p.4-6, note Cl. DUCOULOUX-FAVARD ; JCP E 1999, p. 2016-2018, note J.-Cl. FOURGOUX.

Par ailleurs, la Cour de cassation admet une entorse aux principes posés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme devant les autorités administratives indépendantes, si leurs décisions subissent *a posteriori* un contrôle par un organe offrant toutes les garanties d'un tribunal au sens de l'article 6§1. Il ressort clairement de cette affirmation que les autorités administratives indépendantes n'ont pas à se conformer aux prescriptions de la Convention. Mais, si aucun recours n'est formé, les justiciables devront appliquer une décision sans avoir pu bénéficier des garanties du procès équitable. Une voie de recours, parfois longue et coûteuse, constitue le seul moyen pour eux de voir appliquer l'article 6§1. Le règlement des différends n'est donc pas traité de la même manière, selon l'institution saisie, ce qui est préjudiciable pour l'image de la justice.

299. – Absence d'uniformité dans la décision de la Cour de cassation – Une observation doit être faite, venant encore plus nuancer la position de la Cour de cassation. Celle-ci applique diversement cette solution selon le principe procédural bafoué. Elle n'admet pas en effet la possibilité d'invoquer « des impératifs de souplesse et d'efficacité » quel que soit le principe méconnu. Ainsi, le principe de publicité peut-il être écarté devant les autorités administratives puis, être réhabilité devant l'organe judiciaire. La Cour de cassation affirme que « le fait que le prononcé de la décision ne soit pas public ne saurait faire grief aux parties intéressées dès lors qu'elles peuvent se pourvoir contre la décision devant une juridiction[574] » ou encore que « le grief fondé sur l'exigence d'une audience publique devant la Commission était tout aussi inopérant[575] ». La justification de cette position a pu être trouvée par la nécessité de respecter une certaine confidentialité et le secret des affaires.

Pourtant, le principe de publicité fait partie des principes généraux du droit[576] et des principes fondamentaux[577], et sa méconnaissance mérite d'être sanctionnée.

---

[574] Com. 5 octobre 1999, *loc. cit.*

[575] Com. 9 avril 1996, *loc. cit.*

[576] CE 4 octobre 1974 *Dame David,* Rec. p.464, concl. GENTOT ; JCP G 1975, II, 17967, note R. DRAGO.

[577] CEDH 26 septembre 1995, *Diennet*, Série A, n°325.

En revanche, d'autres principes, telle l'impartialité, ne souffrent aucun tempérament, et ne se contentent pas d'une application en pointillé.

Les divergences entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation sont difficiles à expliquer aux justiciables, d'autant que chacun statue sur des organes similaires qui disposent de pouvoirs analogues. L'évolution de leur jurisprudence doit être étudiée, car des changements récents sont intervenus, modifiant la protection des droits des justiciables. L'émergence d'un processus loyal permettrait d'harmoniser ces jurisprudences en offrant un ensemble de garanties fondamentales aux individus, qui se rapprocheraient de celles découlant de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. C'est alors vers un aménagement du procès équitable qu'il faut tendre.

Section II : Aménagement nécessaire des règles du processus loyal

300. – Aménagement des principes du droit processuel – Il faut garder à l'esprit que le processus loyal peut se développer en raison des spécificités des modes de règlement des conflits. Toutes leurs particularités doivent être prises en compte, afin de permettre une application des principes protecteurs des droits des justiciables. Certains principes sont alors purement et simplement évincés. Ainsi en est-il du principe de publicité qui est souvent délaissé au profit du principe inverse de confidentialité. Le plus grand secret doit en effet entourer les négociations entre les parties lors d'une médiation ou d'une conciliation. La confidentialité fait partie des éléments nécessaires pour aboutir à un accord[578]. Il en est de même en matière d'arbitrage, où la discrétion est très prisée dans les milieux d'affaires. En l'absence de publicité, le litige pourra être rapidement oublié. La poursuite des relations futures sera alors plus apaisée.

A l'inverse, le principe de la contradiction doit se retrouver quel que soit le mode de règlement des conflits choisi. Aucun jugement, quel que soit le nom qu'il prend, ne peut être rendu sans que chacune des parties ait pu développer son point de vue, ses

---

[578] Cf. J.-P. MARTEL, « Quelles conditions pour une médiation réussie ? », LPA 1999, 13 juillet, n°138, p.19.

arguments, ses moyens de défense, et connaître ceux de son adversaire pour les discuter. Dans le cadre du procès, ce principe permet d'encadrer le pouvoir juridictionnel du juge, qui doit trancher un litige après avoir pris connaissance de la position de chacune des parties. Dans le cadre des autres modes de traitement des différends, il peut paraître préférable dans un premier temps, de mettre de côté le principe de la contradiction. Ainsi, le médiateur ou le conciliateur peut-il décider de commencer par rencontrer séparément les parties, afin d'apprécier leur volonté réelle de transiger et les concessions que chacune est prête à faire pour y parvenir. Il est indispensable d'instaurer un climat de confiance entre elles, pour les amener progressivement à la confidence quitte à organiser certaines réunions séparées. Mais il ne faut pas perdre de vue que les modes alternatifs de règlement des conflits ont pour objet de rétablir une paix troublée en tissant les bases d'un nouveau dialogue. Il faut donc nécessairement rétablir la contradiction dans un second temps.

En effet, les modes amiables ne sauraient se résumer « à un échange de doux baisers ». Derrière cette volonté de dialogue, se cache l'ambition d'aboutir à un accord dans l'intérêt exclusif d'une partie. Le caractère purement consensuel ne saurait effacer le conflit d'intérêt sous-jacent. Il ne faudrait pas que la partie la plus faible se voit imposer un accord conclu sous la pression. Le déséquilibre qui peut exister au moment de la naissance du conflit, ne doit pas persister, et aboutir à une solution pareillement déséquilibrée. Il faut trouver un moyen de protéger cette partie, d'autant que le droit pourra être écarté. Pour aboutir à une solution acceptable de part et d'autre, chaque partie doit connaître parfaitement la position de l'autre, et ne pas avoir le sentiment d'être désavantagée par les apartés. La contradiction est la forme première de dialogue qui doit s'instaurer. Si elle peut être mise entre parenthèses et adaptée aux circonstances, elle devra toujours être rétablie quel que soit le mode de règlement des conflits choisi.

Les principes d'un processus loyal doivent donc être aménagés pour assurer la meilleure protection des droits des justiciables. L'exemple que nous proposons d'étudier plus précisément est celui des autorités administratives indépendantes, car il permet d'appréhender les difficultés à aménager les principes directeurs du procès à des organes autres que les juridictions étatiques. Les divergences puis les timides rapprochements (§1) entre les deux ordres de juridictions permettent d'envisager les différents points de vue. Un rapprochement des positions jurisprudentielles s'avère alors nécessaire pour permettre la protection des droits des justiciables (§2).

§1. Approches différentes du processus loyal préjudiciables aux justiciables

301. – Plan – Alors que la Cour de cassation applique fermement le principe d'impartialité (A), le Conseil d'Etat se montre plus réticent à reproduire un schéma identique à celui existant devant les juridictions étatiques (B). Il est cependant important de maintenir la distinction entre processus loyal, qui se développe devant les autorités administratives indépendantes et procès équitable, que l'on retrouve devant les juridictions étatiques. L'idée de développer un processus loyal réside précisément dans ses différences avec le procès équitable, car il n'y aurait aucune utilité à développer deux concepts en tous points identiques.

A. Assimilation par la Cour de cassation du processus loyal au procès équitable

302. – Les premiers signes du phénomène – La Cour de cassation qui faisait référence à des « impératifs de souplesse et d'efficacité » pour justifier une éventuelle entorse aux principes procéduraux[579], a peu à peu fait évoluer sa jurisprudence. Ainsi, par un arrêt amplement commenté du 5 février 1999[580], l'Assemblée Plénière a-t-elle posé une solution très remarquée. Le rapporteur près la Commission des opérations de bourse, qui a été chargé de procéder à une instruction sur les faits avec le concours des services administratifs et à toutes investigations utiles, ne peut procéder par la suite au délibéré sans contrevenir au principe d'impartialité. Bien qu'étant un arrêt de rejet, cette décision a eu un retentissement considérable. En ce sens, elle peut être qualifiée d'arrêt de principe, car elle marque l'histoire de la Commission des opérations de bourse, et même des autres autorités administratives indépendantes.

---

[579] Cf. *supra* n°297.

[580] Ass. Plén. 5 février 1999, *COB c/ Oury,* JCP G 1999, II, 10 060, note H. MATSOPOULOU ; LPA 1999, n°29, 10 février, p.3-13, note P.M. et p. 14-16, note Cl. DUCOULOU-FAVARD ; D. 1999, *Somm. Comm.*, p.249-250, obs. I. BON-GARCIN.

La solution n'allait pas de soi, et les « impératifs de souplesse et d'efficacité » invoqués pour justifier l'entorse au principe de publicité auraient pu pareillement être appliqués. En effet, le rapporteur de la Commission des opérations de bourse joue un rôle primordial dans la prise de décision, et son éviction de la formation lors du délibéré bouleverse profondément l'organisation de cette autorité administrative indépendante. Une raison pour maintenir sa présence aurait donc été bienvenue.

A l'origine, le rapporteur de la COB n'était qu'un membre interne au collège, qui analysait le dossier et l'exposait aux autres membres pour leur en faciliter la compréhension. Par un décret n°90-263 du 23 mars 1990, il a acquis le pouvoir de procéder à toute diligence utile pour accomplir sa mission[581], tout en continuant à participer au délibéré et au vote en tant que membre du collège. Avec le décret n°97-774 du 31 juillet 1997, le rapporteur devient un véritable juge d'instruction, qui exerce successivement les fonctions d'instruction et de jugement. Sa présence lors du délibéré est apparue fondamentale, puisqu'il maîtrise parfaitement le dossier. Cette pleine connaissance de l'affaire, véritable gage d'efficacité, aurait pu légitimer l'entorse au principe d'impartialité que l'on retrouve dans le processus loyal, et qui est posé à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Or, les juges de la Cour de cassation n'ont pas été sensibles à ces arguments, et ont estimé que la présence du rapporteur était contraire au principe d'impartialité. La Commission des opérations de bourse s'est donc vu imposer le respect du principe d'impartialité, qui était traditionnellement réservé aux seuls organes juridictionnels. La Cour de cassation a estimé que la présence au sein de l'organe de décision de celui qui a procédé aux investigations donne l'impression que cet organe ne présente pas toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité. L'adage déjà cité[582] « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* » s'applique alors pleinement.

Cette jurisprudence sévère a été étendue à d'autres autorités administratives indépendantes comme le Conseil de la concurrence. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle

---

[581] Art. 3 du décret du 23 mars 1990.

[582] Cf. *supra* n°122.

estimé dans son arrêt du 5 octobre 1999 que « la participation au délibéré du rapporteur, serait-ce sans voix délibérative dès lors que celui-ci a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil est saisi, est contraire au principe évoqué[583] ». Alors qu'elle justifiait l'entorse au principe de publicité par des impératifs d'efficacité et de souplesse, la Cour affirme ici qu'aucun assouplissement au principe d'égalité des armes ne saurait être toléré[584]. La solution manque d'uniformité, puisqu'elle varie selon le principe en cause, mais il ne fait aucun doute que le phénomène de juridictionnalisation progresse.

303. – Sévérité accrue de la jurisprudence – La Cour de cassation tente ainsi d'insérer les autorités administratives indépendantes dans un emplacement traditionnellement réservé aux juridictions. Elle a même été très loin dans sa tentative d'assimilation, puisqu'elle a dépassé les règles applicables devant les juridictions étatiques. Ainsi, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a-t-elle décidé qu'« il ne pouvait, dans une formation comportant des membres ayant statué dans cette procédure [dans la procédure de mesures conservatoires], statuer à nouveau au fond, sans manquer objectivement au principe d'impartialité[585] ».

En revanche, dans un arrêt relatif aux juridictions étatiques, l'Assemblée Plénière avait affirmé qu'un juge, qui avait prescrit une mesure conservatoire pouvait ensuite statuer au fond[586]. Cette solution a suscité de nombreux commentaires en doctrine, tant pour l'approuver que pour la critiquer[587], d'autant que, le même jour, la Cour de cassation a rendu une autre décision précisant que le juge des référés qui a alloué une provision ne

---

[583] Com. 5 octobre 1999, *loc. cit.* Le principe évoqué était celui de l'égalité des armes.

[584] Il est à noter que la Cour de cassation fonde sa décision sur le principe général d'égalité des armes et non sur celui de l'impartialité.

[585] Com. 9 octobre 2001, n°98-21.987 *Unibeton (société) c/ Beton travaux (société)*, inédit.

[586] Ass. Plén. 6 novembre 1998, 2ème arrêt, *Castel et Fromaget c/ Guillotel,* JCP G 1998, II, 10 198, rapp. P. SARGOS ; RTDciv. 1999, p. 183-190, note J. NORMAND et p.193-197, note R. PERROT ; D. 1999, *Jurisp.*, p.1-7, concl. J.-Fr. BURGELIN ; cf. *supra* n°121.

[587] Selon M. CHABOT, « le rejet du grief de partialité, en cas de prescription de mesures conservatoires, prête aisément le flanc à la critique », LPA 2001, 11 mai, n°94, p.17 ; R. PERROT, RTDciv. 1999, *op. cit., spéc. p.195-196* ; *Contra* J.-Fr. BURGELIN, D. 1999, *op. cit.*, p.5.

pouvait ensuite statuer au fond[588].

Il se dégage de cette jurisprudence que la Cour de cassation semble examiner le principe d'impartialité avec une force et une acuité plus grandes à l'égard d'une autorité administrative indépendante que face à une juridiction étatique. Peut-être impose-t-elle le respect de ce principe de manière encore plus stricte, car la chose ne va pas de soi et qu'il faut faire évoluer lentement les mentalités. Par une contorsion juridique, elle intègre les autorités administratives indépendantes dans le moule traditionnellement réservé aux juridictions.

Il est intéressant d'étudier la position du Conseil d'Etat, qui adopte à cet égard une solution différente. Il faut toutefois relever qu'il a été saisi sur le problème d'impartialité du juge administratif. Sa position se rapproche de celle adoptée par la Cour de cassation, puisque le Conseil d'Etat estime que « la seule circonstance qu'un magistrat a statué sur une demande tendant à la suspension de l'exécution d'une décision administrative n'est pas, par elle-même, de nature à faire obstacle à ce qu'il se prononce ultérieurement sur la requête en qualité de juge du principal[589] ». Comme la Cour de cassation qui estimait qu'un juge qui avait prescrit une mesure conservatoire pouvait ensuite statuer au fond, le Conseil d'Etat admet pareillement la présence du juge du référé suspension dans la juridiction de jugement. La vision de l'impartialité du juge est donc commune aux deux ordres de juridiction. La question se pose alors de savoir si le Conseil d'Etat va suivre la Cour de cassation, et l'étendre ou non aux autorités administratives indépendantes.

B. Maintien de la spécificité du processus loyal par le Conseil d'Etat

304. – Plan – Le Conseil d'Etat, qui refusait jusqu'alors l'application du

---

[588] Ass. Plén. 6 novembre 1998, 1er arrêt, *Société Bord Na Mona* : JCP G 1998, II, 10 198, rapp. P. SARGOS, spéc. n°17 et suiv ; cf. *supra* n°121.

[589] CE avis 12 mai 2004, *Commune de Rogerville,* D. 2004, IR, p.1561-1562.

principe d'impartialité aux autorités administratives indépendantes[590], a effectué un spectaculaire revirement de jurisprudence, par une décision très remarquée en date du 3 décembre 1999[591] [592] (1). Pourtant, il ne faut pas en conclure hâtivement que toutes divergences entre les deux ordres de juridiction sont effacées (2).

1. Revirement de jurisprudence opéré par le Conseil d'Etat

305. – Application du principe d'impartialité aux autorités administratives indépendantes – Le Conseil d'Etat a précisé dans son arrêt précité qu'« alors même que le Conseil des marchés financiers siégeant en formation disciplinaire n'est pas une juridiction au regard du droit interne, le moyen tiré de ce qu'il aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d'impartialité rappelé à l'article 6§1 précité, peut, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme, être utilement invoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'Etat à l'encontre de sa décision ». Le Conseil d'Etat met fin ici à « une résistance aussi opiniâtre que vaine[593] ». Allant même à l'encontre des conclusions de son commissaire du gouvernement, il abandonne sa jurisprudence traditionnelle en admettant, pour la première fois, de dissocier l'applicabilité de l'article 6§1 de la nature de l'organe en cause. Il insiste d'ailleurs sur le fait que les autorités administratives indépendantes ne sont pas des juridictions, mais qu'elles doivent respecter le principe d'impartialité rappelé par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

---

[590] Cf. *supra* n°295 et suiv.

[591] CE 3 décembre 1999, *Didier,* LPA 1999, n°248, 14 décembre, p.45, Source Conseil d'Etat ; LPA 2000, 11 mai, n°94, Entretien avec J.-Cl. BONICHOT ; RFDA 2000, mai-juin, p.584-600, concl. A SEBAN ; AJDA 2000, n°2, février, p.126-136, note M. GUYOMAR et P. COLLIN ; JCP E 2000, p.509-515, note Fr. SUDRE.

[592] Il est à noter que le Conseil d'Etat fonde sa décision sur le principe d'impartialité là où la Cour de cassation évoque celui de l'égalité des armes ; cf. *supra.*

[593] Fr. SUDRE, « Le droit à un procès équitable, hors les juridictions ordinaires », in *Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS, Au carrefour des droits,* Paris, Dalloz, 2002, p. 208, n°9.

306. – Solution classique proposée par le commissaire du gouvernement – Le revirement opéré par le Conseil d'Etat est pour le moins inattendu, tant sa position semblait stable. Les conclusions du commissaire du gouvernement étaient d'ailleurs sans équivoque. Selon lui, « le juge ne peut [...] faire prendre aux stipulations de cet article [6§1] plus de droit qu'elles n'en contiennent. L'article 6§1 a pour seul objet de consacrer le droit à un procès équitable ; si ce procès a bien été organisé par le droit interne devant le juge administratif, le requérant a été rempli dans les droits qu'il tient de l'article 6§1[594] ». Il ne faisait aucun doute que cet article n'avait pas vocation à s'appliquer aux autorités administratives indépendantes. De plus, le commissaire du gouvernement ne pensait pas que « la méconnaissance alléguée de l'obligation d'impartialité devant le Conseil des marchés financiers serait de nature à compromettre gravement le caractère équitable du procès devant le Conseil d'Etat[595] ». Il estimait que le rapporteur, qui a une connaissance approfondie du dossier, ne saurait être exclu de la phase de jugement, surtout pour des raisons d'efficacité.

Le Conseil d'Etat n'a pas suivi son commissaire du gouvernement en affirmant que le moyen tiré de la violation de l'article 6§1 pouvait être utilement invoqué. Cette avancée jurisprudentielle est tout de même très fragile, puisqu'elle est subordonnée à la réunion de deux circonstances.

307. – Solution imposée par les circonstances – Le Conseil d'Etat ne manque pas de rappeler avec force que la solution nouvelle qu'il a posée dépend des circonstances de la cause. En l'espèce, Monsieur *Didier* s'était vu infliger par le Conseil des marchés financiers, une sanction pécuniaire et le retrait d'une carte professionnelle pendant une durée de six mois. Il contesta alors cette décision qu'il estimait irrégulière. En effet, il apparaissait que le rapporteur avait participé aux débats et au vote, alors qu'il était déjà intervenu dans la phase de l'instruction. Il s'agissait de savoir si le moyen tiré de la violation de l'article 6§1 était recevable, et dans l'affirmative s'il était fondé.

Répondant à cette question, le Conseil d'Etat a pris soin de préciser que sa solution était influencée par « la nature, la composition et les attributions de cet

---

[594] A. SEBAN, concl. sous CE 3 décembre 1999 *Didier*, RFDA 2000, mai-juin, p.589, « Le principe d'impartialité et les autorités de régulation. Le cas du Conseil des marchés financiers ».

[595] *Loc. cit.* p.591.

organisme » qui s'apparentent à celles d'une juridiction. Sans affirmer clairement qu'il s'agissait là d'une juridictionnalisation des autorités administratives indépendantes, il y a une référence implicite aux organes juridictionnels. Ce sont ces circonstances particulières qui ont permis d'appliquer l'article 6§1 au Conseil des marchés financiers.

308. – Prise en compte de la nature du vice – Il apparaît également que le Conseil d'Etat tempère sa solution en fonction de la nature du vice et de la gravité de l'atteinte alléguée. Il précise en effet que « compte tenu du fait que sa décision peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'Etat, la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6§1 précité, n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable ». Ainsi, selon le manquement à l'article 6§1, le Conseil d'Etat se réserve la possibilité d'adopter une solution différente. Le respect du principe d'impartialité est primordial, et ne saurait souffrir aucune exception. Il doit être mis en œuvre dès le début de la procédure devant l'autorité administrative concernée, et la procédure ne pourra être régularisée devant le Conseil d'Etat. En revanche, d'autres prescriptions, tel le principe de publicité, ne requièrent pas la même attention. Elles ne s'imposent pas devant une autorité administrative indépendante, au niveau de la phase administrative, si elles sont rétablies devant le Conseil d'Etat.

La jurisprudence ainsi dégagée marque une évolution, puisque l'applicabilité de l'article 6§1 aux autorités administratives indépendantes est aujourd'hui acquise quel que soit l'organe de contrôle. Aucune généralisation n'est cependant permise, d'autant que les deux ordres de juridictions ne parviennent toujours pas à s'accorder en tous points.

2. Divergence persistante entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation

309. – Conséquences de l'application de l'article 6§1 – La divergence ne porte plus aujourd'hui sur l'applicabilité de l'article 6§1 aux autorités administratives indépendantes, mais sur les conséquences de son application. Alors que la Cour de

cassation se place sur le terrain de l'égalité des armes et considère que la présence du rapporteur au délibéré est contraire à l'article 6§1, le Conseil d'Etat affirme que cette présence est parfaitement compatible avec le principe d'impartialité posé par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Là encore, le Conseil d'Etat effectue une étude minutieuse de la place et du rôle du rapporteur au sein de l'autorité administrative indépendante en cause. Celui-ci n'est pas à l'origine de sa saisine, ne participe pas à la formulation des griefs, n'a pas le pouvoir de classer l'affaire ou, au contraire, d'en élargir le cadre. Il dispose, certes, de pouvoirs d'investigation, mais ne peut ordonner aucune perquisition, saisie ou toute autre mesure de contrainte au cours de l'instruction. Selon le Conseil d'Etat, la participation du rapporteur au délibéré et au vote ne méconnaît pas les prescriptions de la Convention européenne. Il ne s'agit pas là d'une position de principe, car chaque rapporteur, malgré une dénomination commune, recouvre des réalités différentes, occupe des fonctions spécifiques, et dispose de pouvoirs distincts selon l'autorité administrative indépendante envisagée. Si les solutions des deux ordres de juridictions divergent, c'est peut-être en raison des pouvoirs accordés aux différents rapporteurs. Ainsi, le rapporteur de la Commission des opérations de bourse peut, par exemple, procéder à toute diligence utile y compris, au besoin des perquisitions ou saisies ce qui n'est pas le cas du rapporteur du Conseil des marchés financiers. Peut-être que le Conseil d'Etat aurait adopté une position semblable à celle de la Cour de cassation dans des circonstances analogues.

Malgré les divergences persistantes avec la Cour de cassation, l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat marque un tournant dans le droit des autorités administratives indépendantes. Parallèlement, la position extrême de la Cour de cassation peut aboutir à une paralysie des institutions. Il semble alors que les principes dégagés dans le cadre du processus loyal doivent être aménagés en fonction des circonstances.

§2. Importance d'un rapprochement des positions jurisprudentielles

310. – Plan – Les rapprochements entre les deux ordres de juridiction sont déjà perceptibles en raison du dialogue qui s'est instauré entre le Conseil d'Etat et la Cour de

cassation (A). Peut-être est-il possible d'envisager la poursuite de ce dialogue en direction des juridictions européennes afin de parfaire les principes du processus loyal (B)[596].

A. Dialogue entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation

311. – Confirmation de l'arrêt *Didier* – Loin de constituer une solution isolée, l'arrêt *Didier*, qui fut le premier pas du Conseil d'Etat en direction de la Cour de cassation, a été confirmé par la suite. Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il estimé que l'article 6§1 était bien applicable devant le Conseil des marchés financiers, mais que la présence du rapporteur n'était pas contraire au principe d'impartialité prévu dans cet article[597]. Le Conseil d'Etat a repris mot pour mot sa position exposée dans l'arrêt *Didier*. Mais le rapprochement entre les deux ordres de juridiction s'effectue à un autre niveau.

312. – Rapprochement hésitant de la Cour de cassation en direction du Conseil d'Etat – La Cour de cassation fut la première à marquer une évolution de sa jurisprudence[598]. L'affaire en cause concernait la participation au délibéré d'un bâtonnier et non plus, celle du rapporteur d'une autorité administrative indépendante. Un rapprochement entre les deux affaires peut tout de même être effectué. En l'espèce, un bâtonnier avait procédé lui-même à une enquête disciplinaire, puis avait rapporté l'affaire devant la formation disciplinaire qu'il présidait, et enfin avait participé au délibéré. Un avocat avait alors été condamné à un blâme pour avoir adressé à un confrère une lettre contenant des propos discourtois et déplacés, et pour avoir transgressé les règles de la confidentialité des courriers échangés entre avocats. Ce dernier invoquait une violation du

---

[596] Pour des développements complets sur le dialogue des juges, cf. A. RAYNOUARD, L. POTVIN-SOLIS, Fr. LICHERE, *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, Droit et justice, 2004, 242 pages.

[597] CE 22 novembre 2000 *Société agricole Indosuez Cheuvreux*, JCP G 2001, II, 10 531, note R. SALOMON.

[598] Civ. 1ère 23 mai 2000, D. 2000, *IR*, p.183 ; JCP G 2000, II, 10 400, note R. MARTIN ; AJDA 2000 p.762-764, note P. SARGOS.

principe d'impartialité affirmé par l'article 6§1, car une même personne ne pouvait recevoir les plaintes, procéder à l'enquête, rapporter l'affaire lors de l'audience disciplinaire et la présider. En appliquant sa jurisprudence traditionnelle, la Cour de cassation aurait dû conclure à l'incompatibilité de principe entre les différentes fonctions exercées par le bâtonnier.

Pourtant, la première Chambre civile modifie sensiblement sa jurisprudence, puisqu'elle prend soin de préciser les attributions spécifiques du bâtonnier, reprenant ainsi la méthode utilisée par le Conseil d'Etat. Elle s'appuie sur l'article 189 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 qui octroie au bâtonnier le pouvoir d'apprécier les suites à donner à l'enquête à laquelle il procède lui-même, ou dont il charge un rapporteur, en décidant soit du renvoi devant le Conseil de l'ordre, soit du classement de l'affaire. « Eu égard à cette attribution particulière, il ne peut dès lors ni présider la formation disciplinaire ni participer au délibéré ».

La solution finale reste différente de celle proposée par le Conseil d'Etat, mais la méthode est sensiblement identique : la Cour de cassation a procédé à une étude minutieuse de la situation pour finalement refuser la présence du bâtonnier. Dans une affaire similaire, le juge administratif avait eu à se prononcer sur les poursuites disciplinaires diligentées à l'encontre d'un médecin[599]. Le rapporteur avait procédé à l'instruction de l'affaire et avait présenté les faits à la section disciplinaire *ad hoc*. Le Conseil d'Etat a estimé qu'en l'espèce, il n'y avait pas de manquement au principe d'impartialité posé à l'article 6§1. Les conséquences de l'application de l'article 6 sont encore différentes, mais la Cour de cassation opère pour la participation du bâtonnier une réflexion nouvelle qu'elle pourrait appliquer au rapporteur près une autorité administrative indépendante.

Malgré cette divergence de solution, il apparaît que la Cour de cassation amorce un rapprochement en direction du Conseil d'Etat en utilisant la même méthode d'analyse. Si le bâtonnier avait eu des pouvoirs identiques à ceux qui sont octroyés au rapporteur

---

[599] CE 3 décembre 1999 *Léríche*, affaire portée devant le Conseil d'état le même jour que l'affaire *Didier*, LPA 1999, n°248, 14 décembre, p.45, source Conseil d'Etat ; LPA 2000, 11 mai, n°94, entretien avec J.-Cl. BONICHOT ; AJDA 2000, février, n°2, p.126-136, note M. GUYOMAR et P. COLLIN ; JCPE E 2000, p.509-515, note Fr. SUDRE.

dans l'arrêt *Didier* du 3 décembre 1999, la solution de la Cour de cassation aurait peut-être été différente. Il paraît en définitive indispensable d'éviter « tout intégrisme procédural[600] » qui exclurait toute présence du rapporteur au délibéré quels que soient ses pouvoirs et ses fonctions.

313. – Position inconfortable des autorités administratives indépendantes – Face à ces différentes positions jurisprudentielles qui ne sont toujours pas uniformes, certains auteurs estiment qu'il serait préférable de « rendre au juge (judiciaire ou administratif, cela est une autre question) le pouvoir de sanctionner qui lui est consubstantiel et ce pourquoi il est formé et préparé[601] ». Ainsi, « en dehors du domaine hiérarchique, l'attribution d'un pouvoir sanctionnateur à des autorités administratives indépendantes est peut-être une aberration. Il serait plus simple et plus clair de transférer directement ce pouvoir à des juges[602] ».

Cette solution qui consisterait à supprimer le pouvoir disciplinaire des autorités administratives indépendantes a le mérite de la simplicité. Mais peut-être faut-il envisager les raisons de la création de cette catégorie juridique, dotée d'un pouvoir disciplinaire avant de le leur supprimer radicalement. Si les juridictions (administratives ou judiciaires) pouvaient être dotées de tels pouvoirs, le législateur n'aurait pas hésité à les leur octroyer sans passer par la création d'organismes hybrides. La naissance des autorités administratives indépendantes répond précisément à des besoins spécifiques, que les organes juridiques existants ne parvenaient pas à satisfaire. Il est plus logique de conforter les autorités administratives indépendantes dans leur position, pour que leur rôle « sanctionnateur » contribue à une meilleure efficacité de la justice. Il ne faut donc pas leur supprimer cette attribution, mais plutôt l'encadrer pour éviter les divergences jurisprudentielles. Le respect d'un processus loyal permet d'affiner la spécificité des autorités administratives indépendantes face aux juridictions étatiques.

---

[600] P. SARGOS, *loc. cit.* p.764.

[601] J.-J. DAIGRE, JCP E 2000, *Comm.*, p.1605.

[602] R. DRAGO, JCP G 2000, II, 10408, p. 1936. Pour une position analogue, S. THOMASSET-PIERRE, *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales,* Lyon III 2001, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 393, 2003, p.430, n°820 et suiv.

Peut-être la jurisprudence européenne pourra-t-elle parachever cette nouvelle réglementation.

B. Pour un dialogue entre les juridictions nationales et les juridictions européennes

314. – Position en retrait de la jurisprudence européenne – Nous avons déjà envisagé les définitions originales de la juridiction proposées par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des communautés européennes[603]. N'étant pas liées par les qualifications nationales, les deux Cours ont adopté des critères spécifiques pour aboutir à des notions autonomes. Leurs définitions sont alors plus larges que nos juridictions étatiques nationales. La Cour de justice admet largement la qualification de juridiction, afin de faire bénéficier de nombreux organismes du renvoi préjudiciel. Quant à la Cour européenne, elle envisage la notion plus large de tribunal.

Avec une notion de juridiction largement entendue, une intégration des autorités administratives indépendantes aurait pu être envisagée. Pour la Cour européenne, qui a été amenée à se prononcer à plusieurs reprises sur la procédure suivie devant certaines autorités administratives indépendantes, l'article 6 n'avait pas à s'appliquer.

315. – Position peu innovante de la Cour européenne des droits de l'homme – « Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs et *a fortiori* d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions[604] ». Ces organismes ne sont pas soumis aux prescriptions de l'article 6§1 à condition qu'ils subissent « le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction qui lui, présentera, en raison de sa qualité, les garanties d'un procès équitable[605] ». Cette jurisprudence, dont la Cour de cassation

---

[603] Cf. *supra* n°104 et suiv.

[604] CEDH 10 février 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, Série A, n°58.

[605] *Ibid.*

française s'était un temps inspirée[606], s'applique naturellement aux autorités administratives indépendantes, qui n'ont donc pas l'obligation de respecter les dispositions de l'article 6§1. Ces dernières conservent donc leur statut d'organe administratif, et ne sont pas élevées au rang d'organe juridictionnel en application des jurisprudences européennes.

316. – Un dialogue éventuel entre juridictions nationales et juridictions européennes – Alors que les juridictions françaises repoussent toujours un peu plus la frontière entre autorités administratives indépendantes et juridictions, la Cour européenne des droits de l'homme rétablit de strictes limites. Prise dans une acception générale, la procédure doit être respectueuse de l'article 6. « Ou bien les juridictions remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6§1 ou bien elles n'y répondent pas, mais subissent le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant lui, les garanties de cet article[607] ». La procédure suivie devant les autorités administratives indépendantes peut donc être viciée à l'origine, et être réhabilitée par la saisine d'une juridiction répondant pleinement aux prescriptions de l'article 6.

Il apparaît en définitive que la position de la Cour européenne des droits de l'homme est en retrait par rapport aux positions avant-gardistes de la Cour de cassation et, dans une moindre mesure, du Conseil d'Etat. La jurisprudence française dans son ensemble exige le respect des garanties procédurales protectrices des droits des justiciables dès le début de la procédure.

Et, s'il est traditionnel de voir la France contrainte d'adopter la solution de la Cour européenne des droits de l'homme par le biais de condamnations, il est possible

---

[606] La formule « impératifs de souplesse et d'efficacité » n'est pas sans rappeler celle choisie par la Cour de cassation, Com. 9 avril 1996 *Haddad*, Revue de Droit bancaire et de la bourse 1996, p.177, note M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE. Cf. *supra* n°298.

[607] CEDH 10 février 1983, *loc. cit.*, §23.

d'envisager l'instauration d'une coopération et d'un véritable dialogue[608]. En effet, les positions des juridictions françaises et européennes ne sont pas contradictoires, les premières vont seulement plus loin que les secondes. Sans être improbable, un rapprochement est envisageable voire souhaitable. Il est vrai que les juridictions nationales ne peuvent, sans être sanctionnées, adopter une position contraire aux juridictions européennes. Mais, concernant les autorités administratives indépendantes, les juridictions françaises font une application extensive des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Elles accordent une protection supplémentaire aux justiciables, et cette solution ne saurait être censurée. L'impartialité, l'indépendance et le respect du contradictoire, sont autant d'éléments caractéristiques d'une société démocratique, dont le respect ne peut qu'être salué.

En instaurant un dialogue entre les différentes juridictions, il sera peut-être possible de remodeler le paysage juridique, en tenant compte des réalités actuelles. Les juridictions françaises dépassent donc le standard minimum imposé par la Convention européenne, en faisant une lecture plus favorable de ses exigences que celle du juge européen. Si ce constat semble, aux premiers abords, profitables aux justiciables, un auteur note tout de même que l'interprétation constructive de la convention doit être « pleinement maîtrisée[609] ». Et l'auteur de conclure, « qu'il n'est pas certain ici, au vu des divergences d'appréciation du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation sur l'application des garanties du procès équitable aux non juridictions que la sécurité juridique y trouve pleinement son compte[610] ».

---

[608] Cette idée est développée par M. MARGUENAUD, « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes à l'épreuve de l'article 6 », in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, Clermont-Ferrand, Presse universitaires de la faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne, LGDJ, 2001, p.225. L'expression « dialogue des juges » est d'ailleurs ancienne puisque Bruno Genevois l'a employée dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit* du 22 décembre 1978, RTDeur. 1979, p.157-168, spéc. p.168. Pour des développements complets relatifs au dialogue des juges, cf. Fr. LICHERE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD, op. cit.

[609] Fr. SUDRE, « Le droit à un procès équitable, hors les juridictions ordinaires », in *Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS, op. cit.*, spéc. p.220, n°31.

[610] *Loc. cit.*

317. – Conclusion du Chapitre I – Le processus loyal que nous proposons d'appliquer aux autorités administratives indépendantes, aux modes alternatifs de règlement des conflits et à l'arbitrage, doit se développer parallèlement au procès équitable. Il doit former un bouclier de protection des droits des justiciables. Si la contradiction, l'indépendance et l'impartialité doivent constituer un socle commun minimum, ils ne sauraient recouvrir une réalité unique. Il ne faut pas en effet aboutir à deux systèmes de protection identique, car il est impératif de tenir compte des spécificités de chaque mode de traitement des différends. Et ce que le procès équitable impliquait devant les juridictions étatiques ne saurait se retrouver à l'identique devant une autorité administrative indépendante par exemple. Des aménagements sont alors nécessaires pour incorporer une certaine flexibilité.

Dans ces conditions, la notion d'action en justice pourra s'étendre au-delà des seules juridictions étatiques. Les justiciables pourront bénéficier d'un certain nombre de garanties procédurales sans attendre une hypothétique intervention législative qui peut être incomplète et source d'interrogations[611]. En raison de l'émergence d'un processus loyal, ils disposeront alors d'une large palette de choix dans le traitement de leur différend, la protection de leurs droits ne constituant plus un critère probant.

---

[611] Cf. *supra* n°319 et suiv.

Chapitre II : Optimisation des choix offerts aux justiciables

318. – Les avantages découlant de la vision renouvelée de l'action en justice – L'élargissement de l'action en justice aux autorités administratives indépendantes, aux modes alternatifs de règlement des conflits et à l'arbitrage, permet tout d'abord d'octroyer aux justiciables des garanties essentielles pour la protection de leurs droits. Cette vision renouvelée rend ainsi attractifs l'ensemble des modes de traitement des différends. Les diverses interventions du législateur deviennent alors superflues. Souvent parcellaires, elles ne conféraient que très épisodiquement quelques garanties (Section I).

La vision renouvelée de l'action en justice permet, en second lieu, d'offrir un véritable choix aux justiciables dans le mode de traitement de leur différend, qui ne dépend plus alors des garanties fondamentales octroyées, mais véritablement de leurs attentes (Section II). La juridiction étatique, les autorités administratives indépendantes, l'arbitrage et les modes alternatifs de règlement des conflits constituent alors un ensemble vaste, dont l'objet est l'apaisement des situations conflictuelles. A l'intérieur de cet ensemble, il sera d'ailleurs intéressant d'étudier la place occupée par la création récente de la juridiction de proximité.

Section I : Limitation des interventions législatives parcellaires

319. – Les imperfections des interventions législatives – Les garanties processuelles protectrices des droits des justiciables n'étant limitées qu'aux juridictions étatiques, le législateur a dû intervenir, afin de les étendre de manière ponctuelle, et souvent incomplète, à d'autres modes de règlement des conflits. La construction à laquelle il est parvenu, pourrait séduire, si l'entreprise n'était pas aussi risquée. Déjà, parce que le système nécessairement parcellaire n'est pas satisfaisant. Ensuite, parce que les oublis sont inévitables, plaçant les justiciables dans une situation défavorable de « sous garantie », ou garantie de seconde zone. Deux exemples témoignent des imperfections du système tendant à procéder par petites touches, au gré des interventions législatives disparates, l'un

est relatif aux marchés financiers (§1), l'autre a trait à la procédure amiable des litiges en matière médicale (§2).

§1. Législation relative aux marchés financiers

320. – Plan – Le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour façonner les garanties applicables devant les autorités de marchés (A), en commençant par la Commission des opérations de bourse, puis en poursuivant avec l'Autorité des marchés financiers. Mais, au lieu de clarifier le système des autorités administratives indépendantes, les interventions législatives ont suscité de nombreuses interrogations (B).

A. Principes posés épisodiquement par le législateur

321. – Intérêt d'une intervention législative – Comme nous l'avons déjà envisagé[612], les autorités administratives indépendantes ont été créées par le législateur au hasard des circonstances en fonction des besoins de la société. Les autorités boursières se sont alors développées, afin de mettre en place un système fiable de contrôle des marchés financiers. N'étant pas des juridictions, les problèmes suscités par l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne sont pas totalement résolus aujourd'hui[613]. Pour contourner l'obstacle constitué par cet article 6§1, le législateur est intervenu à plusieurs reprises, afin de développer, au sein des autorités boursières, le principe d'indépendance et celui d'impartialité.

322. – Changements législatifs dans la procédure diligentée devant la Commission des opérations de bourse – Le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour mettre en place, puis affiner, le principe d'impartialité au sein des autorités administratives indépendantes. Le règlement intérieur de la Commission des opérations de

---

[612] Cf. *supra* n°186 et suiv.

[613] Cf. *supra* n°293 et suiv.

bourse a d'abord été modifié le 16 février 1999[614]. Il a été précisé que « ni le Président, ni aucun membre de la commission ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle il a exercé les fonctions de rapporteur[615] ». La COB a alors décidé de suspendre toutes les affaires en cours, afin de modifier sa procédure de façon « à éviter que les personnes appelées à délibérer soient impliquées en amont dans un acte susceptible de donner l'apparence d'un préjugé possible[616] ».

Deux décrets[617] en date du 1er août 2000 ont ensuite modifié la procédure de sanction. Une liste a été établie des personnes habilitées à procéder aux enquêtes décidées par le seul directeur général, et non plus par le président de la Commission. Si les résultats des enquêtes le justifient, le rapporteur est désigné, et l'instruction est ouverte par le président, à la demande du directeur général. S'il l'estime justifié, le rapporteur peut lancer les poursuites en notifiant les griefs à la personne mise en cause.

« La procédure devient alors quasi juridictionnelle et contradictoire[618] ». En effet, à l'issue de ses investigations, le rapporteur rédige un rapport qu'il communique à la personne mise en cause, en lui indiquant qu'elle bénéficie d'un délai pour y répondre, et la convoque à une séance de la Commission. Lors de la séance, le rapporteur présente l'affaire, mais la décision est prise en la présence du Président, des membres du Collège autre que le rapporteur et le directeur général.

Ce décret prévoit trois phases dans la procédure : l'enquête sous la direction du directeur général, l'instruction qui est l'apanage du rapporteur, et la sanction qui est proposée par la Commission. Ces trois fonctions sont désormais bien séparées... comme la procédure diligentée devant une juridiction.

---

[614] Soit 16 jours seulement après la décision de l'Assemblée Plénière *COB c/Oury,* JCP G 1999, II, 10 060, note H. MATSOPOULOU ; LPA 1999, n°29, 10 février, p.3-13, note P.M. et p. 14-16, note Cl. DUCOULOU-FAVARD ; D. 1999 *Somm. Comm.*, p. 249-250, note I. BON-GARCIN.

[615] Avis relatif à une décision modifiant le règlement intérieur de la COB, JCP G 1999, III, 20 050.

[616] Intervention de M. Michel PRADA, Président de la COB, Bull. mensuel COB 2000, mars, n°344, p. 11 et suiv.

[617] Décret n°2000-721 à titre principal et décret n°2000-720 à titre complémentaire, JO 2 août 2000, p.11938 et 11939.

[618] J.-J. DAIGRE, « La nouvelle procédure de sanction de la COB. Une réforme en clair-obscur », JCP E 2000, *Etude,* p.1602-1605, spéc. p.1603.

Par une décision du 9 juillet 2002[619], la Commission des opérations de bourse a poursuivi les modifications de son règlement, en développant une autre garantie protectrice des droits des justiciables. Elle admet désormais la publicité de la séance « à la demande de l'une des personnes mise en cause à qui le rapporteur a notifié les griefs ». Il est toutefois prévu que « le président de la Commission peut interdire au public l'accès de la salle pendant tout ou partie de la séance dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque la publicité est susceptible de porter atteinte au secret des affaires ou à tout au secret protégé par la loi ».

Cette dernière modification applicable devant la Commission des opérations de bourse n'est pas sans rappeler celle qui est suivie devant les juridictions étatiques. Ainsi, l'article 22 du nouveau Code de procédure civile prévoit que « les débats sont publics, sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil ». L'article 435 du même code précise que « le juge peut décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice ». Pareillement, l'article 306 du Code de procédure pénale affirme qu'en matière de crime devant la Cour d'assises, « les débats sont publics, à moins que la publicité ne soit dangereuse pour l'ordre public ou les mœurs ». L'article 400 du même code reprend ce principe et ces exceptions en matière de délit devant le tribunal correctionnel : « les audiences sont publiques. Néanmoins, le tribunal peut, en constatant dans son jugement que la publicité est dangereuse pour l'ordre ou les mœurs, ordonner par jugement rendu en audience publique que les débats auront lieu à huis clos ».

A travers l'évolution de la législation relative à la COB, le législateur multiplie les interventions, afin de développer peu à peu un socle de garanties protectrices des droits des justiciables. Le point culminant est, pour l'instant, la mise en place de l'Autorité des marchés financiers[620].

---

[619] Avis relatif à la publication des décisions de la COB, décision du 9 juillet 2002 portant modification du règlement intérieur, JO 21 septembre p.15689.

[620] Ci-après AMF.

323. – La mise en place récente de l'Autorité des marchés financiers – Comme nous l'avons déjà envisagé, l'AMF est une création législative récente[621]. La loi du 1er août 2003 et son décret du 21 novembre 2003 ont effectué une fusion entre la Commission des opérations de bourse, le Conseil des marchés financiers et le Conseil de discipline de la gestion financière pour aboutir à l'AMF. Cela ne signifie nullement que les développements précédemment consacrés aux évolutions de la législation propres à la COB soient inutiles. En effet, le législateur en 2003 s'est appuyé sur les modifications successives pour aboutir à la meilleure réglementation pour la protection des droits des justiciables. Sa volonté première a été de consacrer institutionnellement la séparation organique entre les fonctions d'instruction, de poursuite et de sanction. Ainsi, l'article L.621-2 I du Code monétaire et financier prévoit désormais que « l'AMF comprend un collège, une commission des sanctions et le cas échéant des commissions spécialisées et des commissions consultatives ». Seule la commission des sanctions peut prononcer des sanctions. Chaque phase de la procédure est bien confiée à une autorité distincte, et la séparation organique déjà présente devant la COB se retrouve ici encore.

Par ailleurs, la nouvelle autorité publique indépendante doit être à l'abri de toute contestation de sa procédure au regard du droit au procès équitable. Ainsi, l'article L.621-15 V du Code monétaire et financier prévoit la publicité des séances dans les mêmes termes que la décision du 9 juillet 2002 relative à la COB. Concernant le principe d'impartialité, deux problèmes se posaient. Déjà, l'article L.621-15 I du Code monétaire et financier énonce que lorsque le collège décide de l'ouverture d'une procédure de sanction, il notifie les griefs aux personnes concernées, transmet la notification à la commission des sanctions qui désigne un rapporteur parmi ses membres. L'institution tant controversée du rapporteur, qui a suscité de nombreux débats,[622] est maintenue. Sa suppression aurait eu le mérite de la simplicité, mais son maintien témoigne parfaitement de l'importance de sa mission. Par ailleurs, l'intégration de l'ancien CMF et du Conseil de discipline de la gestion financière au sein de l'AMF imposait la présence du commissaire du gouvernement. Ainsi, l'article L.621-3 I du Code monétaire et financier prévoit désormais la présence du commissaire du gouvernement auprès de l'AMF dans toutes ses formations

---

[621] Cf. *supra* n°189.

[622] Cf. *supra* n°293 et suiv.

sans voix délibérative. Sur ces deux points, la position du législateur est dépourvue d'équivoque. La formation statue hors la présence du rapporteur et du commissaire du gouvernement.

Un dernier élément mérite d'être relevé, car il témoigne de la volonté de conformer la procédure diligentée devant les autorités administratives indépendantes à celle des juridictions étatiques, afin de protéger de manière équivalente les droits des justiciables. La commission des sanctions doit en effet respecter le principe du contradictoire, lorsqu'elle prononce une sanction[623], et le législateur précise clairement qu'« aucune sanction ne peut être prononcée sans que la personne concernée ou son représentant ait été entendue ou, à défaut, dûment appelée[624] ».

Il ne fait aucun doute que le législateur a voulu éviter, par avance, les fluctuations de la jurisprudence de la Cour de cassation et celle du Conseil d'Etat que nous avons déjà envisagées[625]. Ses interventions semblent bénéfiques pour les justiciables, mais il ne faut pas s'y méprendre. Cette image de façade doit être nuancée et approfondie, car il apparaît en définitive, que les interventions législatives suscitent de nombreuses interrogations.

B. Interrogations découlant de l'intervention du législateur

324. – Une intervention législative envisagée comme un encouragement pour les autres autorités administratives indépendantes – L'ensemble des prescriptions législatives permet de déterminer avec précision les règles procédurales applicables devant l'AMF. Les justiciables voient ainsi leurs droits protégés, et les principes de publicité, d'impartialité et de contradictoire concourent tous à une meilleure justice. Des critiques doivent cependant être formulées à l'égard de cette législation. En effet, des répercussions

---

[623] Art. L.621-15 II Code monétaire et financier.

[624] Art. L.621-15 IV Code monétaire et financier.

[625] Cf. *supra* n°294 et suiv.

plus ou moins directes sur les autres autorités administratives indépendantes sont inévitables. La législation spécifique à l'AMF peut alors aboutir à deux constats opposés.

Il est possible d'envisager cette réglementation comme un tremplin dont pourraient se servir les autres autorités administratives indépendantes. Ainsi, les garanties offertes aux justiciables par le biais de cette loi pourraient leur être étendues au fur et à mesure des décisions de justice. L'application des principes processuels fondamentaux serait certes décousue, mais pourrait se construire peu à peu, avec le temps. A terme, la loi relative à l'AMF serait bénéfique à l'ensemble des justiciables qui saisissent les autorités administratives indépendantes amenées à prononcer des sanctions.

325. – Une intervention législative envisagée comme un frein pour les autres autorités administratives indépendantes – Mais, une autre approche de la loi nouvelle relative à l'AMF peut être proposée. Il est possible de l'envisager comme une loi particulière, régissant une procédure spécifique, qui s'applique exclusivement à l'AMF. Si le législateur a mis en place une institution nouvelle dotée d'une réglementation particulière, c'est en raison de son statut et de ses attributions propres. Aucune extension n'est alors permise. Pour aboutir à un régime général homogène qui s'appliquerait à toutes les autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, il faudrait autant d'interventions législatives qu'il existe d'autorités. La garantie des droits des justiciables serait ainsi subordonnée à l'intervention du législateur.

Le discrédit est alors jeté sur les autres autorités administratives indépendantes, qui restent soumises aux fluctuations de jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. Deux catégories d'autorités administratives indépendantes s'opposent alors : celles qui bénéficient de garanties procédurales essentielles en raison d'une intervention législative, et celles qui n'accordent pas de protection équivalente aux droits des justiciables.

En adoptant une vision renouvelée de la notion d'action en justice, les incertitudes qui découlent des interventions législatives disparaissent. Un processus loyal qui regroupe les principes d'indépendance, d'impartialité et de la contradiction, s'applique alors à toutes les autorités (administratives ou publiques) indépendantes sans exception. Cette harmonisation procédurale est indispensable pour les justiciables, qui pourront bénéficier d'un traitement égalitaire. Il ne faut plus entretenir un système incomplet, qui se

construit par petites touches, et qui apparaît au final décousu.

Si les interventions législatives peuvent être néfastes pour les justiciables lorsqu'elles sont trop parcellaires, elles peuvent également susciter des critiques lorsqu'elles sont incomplètes comme c'est le cas en matière médicale.

§2. Législation relative à la procédure de règlement amiable des litiges en matière médicale

326. – Forme nouvelle de conciliation hors des conciliateurs de justice – Si la conciliation s'est principalement développée dans le cadre judiciaire avec la mise en place des conciliateurs de justice par le décret du 20 mars 1978[626], d'autres formes apparaissent en dehors de ce seul cadre. Il en est ainsi en matière médicale, qui est source de conflits entre les patients et les professionnels ou établissements de santé. Les voies judiciaires étant trop longues pour des plaideurs dont les chances de survie sont parfois hypothétiques, des formes alternatives ont été mises en place. Ainsi, l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris avait nommé dès 1981 un conciliateur médical à l'hôpital Bichat, afin de renforcer le dialogue entre les patients et les praticiens[627]. Aucune politique globale n'a cependant été mise en place, les tentatives de conciliation restant isolées et éparses.

Il faut attendre une ordonnance du 24 avril 1996[628] portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, pour voir appliquer un véritable mode alternatif de règlement des conflits dans le droit de la santé. Une commission de conciliation attachée à chaque établissement est alors chargée d'assister et d'orienter toute personne qui s'estime victime d'un préjudice du fait de l'activité d'un établissement de santé. Les litiges n'étant pas vraiment réglés, cette réforme a été un échec.

C'est la loi du 4 mars 2002[629] qui a bouleversé de façon novatrice le système d'indemnisation des patients. Après avoir présenté les commissions régionales de

---

[626] Cf. *supra* n°233.

[627] Exemple cité par A. GARAY, « Le conciliateur à l'hôpital », Gaz. Pal. 1998, 24 octobre, Droit de la santé, p.1438.

[628] Ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996, JO 25 avril 1996, p.6324.

[629] Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, JO 4-5 mars 2002, p.4118-4159, spéc. p.4148 et suiv.

conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (A), il faudra envisager les problèmes que leur application suscite (B).

A. Présentation des commissions instituées par la loi du 4 mars 2002

327. – Mise en place des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation [630]– Les commissions de conciliation nées avec l'ordonnance de 1996 sont désormais remplacées par « des commissions des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge » chargées uniquement d'établir un dialogue et une information entre le patient et le praticien. La fonction de conciliation qui lui était dévolue est supprimée. La grande nouveauté de la loi de 2002 réside dans la mise en place de « commissions régionales de conciliation et d'indemnisation[631] ». Celles-ci sont chargées « de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissement de santé, service de santé ou organiques ou producteurs de produits de santé[632] ». La longueur de la formule employée par le législateur pourra laisser les non initiés sceptiques.

Totalement gratuit et facultatif, le nouveau système mis en place est destiné à permettre une indemnisation rapide des victimes d'accidents médicaux, tout en évitant les contraintes imposées par les procédures judiciaires, dont le coût et les longueurs font reculer les patients. Ces commissions peuvent être saisies par « toute personne victime ou s'estimant victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins[633] ». Elles peuvent siéger en deux formations distinctes[634]. La première, la

---

[630] Pour un article complet sur les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation, cf. S. HOCQUET-BERG et Fr. VIALLA, « Morceaux choisis sur les premiers grincements de la « machine à indemniser » les accidents médicaux », JCP E 2004, n° spéc. 1, Droit des entreprises de santé, p.18-25.

[631] Ci-après CRCI, art. L.1142-4 et suiv. CSP.

[632] Art. L.1142-5 CSP.

[633] Art. L.1142-4 CSP

[634] Art. L.1142-5 al.3 CSP et art. R.1142-9 du même code.

formation de conciliation, examine les demandes relatives aux litiges ou aux difficultés nés à l'occasion d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins[635]. La seconde formation permet le règlement amiable des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales[636]. Une condition de recevabilité est alors exigée pour pouvoir saisir cette formation de règlement amiable : le dommage doit atteindre un seuil de gravité[637].

328. – Les différentes issues de la procédure amiable – Si la condition de recevabilité est remplie, et après avoir recueilli l'avis d'un expert, la CRCI doit émettre à son tour un avis dans un délai de six mois sur « les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages ainsi que sur le régime d'indemnisation applicable[638] ». Lorsqu'elle conclut à l'existence d'une faute médicale ou à un dommage dû à une infection nosocomiale, l'assureur du professionnel de santé considéré comme responsable devra faire une offre d'indemnisation à la victime[639]. Celle-ci est libre d'accepter ou de refuser cette offre. En cas d'acceptation, l'offre de l'assureur vaut transaction au sens de l'article 2044 du Code civil[640]. En revanche lorsque la CRCI admet l'existence d'une faute, mais que le dommage n'atteint pas le seuil de gravité prévu par le décret, la victime devra se diriger vers les juridictions de droit commun.

---

[635] Art. R.1142-19 CSP.

[636] Art R.1142-13 et suiv. CSP.

[637] L'article R.1142-15 CSP prévoit que la commission doit se déclarer incompétente lorsqu'elle estime que les dommages subis ne présentent pas un caractère de gravité prévu à l'article L.1142-1 II et dont le seul est fixé par décret. C'est le décret du 4 avril 2003 devenu l'article D.1142-1 CSP qui fixe ce seuil. Le dommage doit occasionner un taux d'incapacité permanente partielle supérieur à 24% ou une durée d'incapacité temporaire de travail supérieure ou égale à six mois consécutifs ou douze mois non consécutifs. A titre exceptionnel, le caractère de gravité peut être reconnu lorsque la victime est déclarée définitivement inapte à exercer l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant l'accident médical, l'affection iatrogène ou l'infection nosocomiale. Ce même caractère de gravité peut enfin être reconnu lorsque l'accident médical, l'affection iatrogène ou l'infection nosocomiale occasionne des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique.

[638] Art. L.1142-8 al.1 CSP.

[639] Art. L.1142-14 al.1 CSP.

[640] Art. L.1142-14 al.6 CSP.

Dans tous les cas, la saisine de la CRCI suspend les délais de prescription et de recours contentieux jusqu'au terme de la procédure[641] ce qui permettra, le cas échéant, à la victime de se retourner vers une procédure juridictionnelle de droit commun.

Cette pratique gratuite constitue incontestablement une avancée pour les victimes d'accidents médicaux. Si elle peut permettre une indemnisation rapide, elle n'est pas exempte de toute critique.

B. Problèmes posés par l'application de la loi du 4 mars 2002

329. – Confusion entre conciliation et médiation – Plusieurs interrogations se posent en raison d'une législation ambiguë et incomplète. Tout d'abord, il est à noter une confusion entre médiation et conciliation. Il est en effet prévu qu'une CRCI siégeant en formation de conciliation, peut déléguer tout ou partie de ses compétences à un ou plusieurs médiateurs indépendants[642]. Médiation et conciliation constituent certes deux notions voisines, mais ne sont pas synonymes[643]. Une formation de conciliation ne met pas en place une médiation. Il s'agit peut-être là d'une erreur de plume, qui ne sera pas nécessairement préjudiciable au patient, à partir du moment où la mission confiée au médiateur est identique à celle de la CRCI statuant en formation de conciliation[644]. Mais la précision et l'exactitude des termes employés permettent une meilleure application de la loi.

330. – Condition de recevabilité ambiguë – Plus surprenante est la condition de recevabilité exigée pour porter la demande devant la CRCI. La conciliation représente traditionnellement un mode de règlement des litiges du quotidien, considérés comme les

---

[641] Art. L.1142-7 al.4 CSP.

[642] Art. L.1142-5 al.4 et art. R.1142-23 CSP.

[643] Cf. *supra* n°247.

[644] Art. L.1142-5 al.4 *in fine* et R.1142-23 al.2 CSP.

moins graves[645]. Or la loi prévoit la saisine de la commission, lorsque les dommages ont entraîné un taux d'incapacité permanente partielle supérieur à vingt quatre pour cent, ou pour une durée d'incapacité temporaire de travail supérieure ou égale à six mois consécutifs ou douze mois non consécutifs. La saisine est également possible à titre exceptionnel, lorsque la victime est déclarée inapte à exercer l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant l'accident médical, ou lorsque l'accident médical entraîne des troubles particulièrement graves[646]. Il s'agit là de litiges caractérisés d'une certaine importance. Les modes alternatifs de règlement des conflits ne se retrouvent pas ici cantonnés à un rôle purement subalterne. Certes, la saisine de la CRCI n'est que facultative, mais si la victime opte pour cette voie de règlement du conflit, ce sont les différends les plus importants qui pourront être réglés.

Deux séries d'interrogations méritent d'être soulevées. Tout d'abord cette condition de recevabilité est ambiguë, puisque la difficulté réside dans le caractère de gravité, sachant qu'aucune expertise ne peut être ordonnée à ce stade préliminaire de la procédure. Il faut alors s'interroger sur les recours dont dispose le patient en cas de rejet de sa demande par la commission. Il se trouve privé d'une voie amiable de règlement de son différend, sans pouvoir intervenir.

Par ailleurs, cette condition de recevabilité marque une distinction entre les victimes, car certaines d'entre elles pourront bénéficier d'un mode amiable de traitement de leur différend, alors que d'autres seront contraintes de diriger leur demande vers les juridictions étatiques. Ce nouveau système met certes fin aux divergences jurisprudentielles entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat dans l'indemnisation des accidents médicaux, selon qu'ils se produisent à l'hôpital public ou dans un établissement privé[647]. Ce point est évidemment profitable aux victimes. En revanche, la loi du 4 mars 2002 marque une nouvelle opposition entre les patients. Ainsi, subsiste-t-il deux modes de

---

[645] On parle alors fréquemment de petits litiges par opposition à d'autres litiges qui seraient plus nobles. Ce qualificatif n'est pourtant pas satisfaisant, car la volonté des justiciables de mettre un terme au différend est toujours présente, quelle que soit la gravité du litige.

[646] Art. D.1142-1 CSP.

[647] Pour des développements complets sur les divergences entre les deux juridictions, cf. P. DESIDERI, « La procédure d'indemnisation amiable des dommages médicaux », LPA 2002, 19 juin, n°122, p.67-68.

traitement des différends, dont la ligne de démarcation dépend de la seule appréciation par la commission, du caractère de gravité d'un dommage médical. L'unification réelle et entière du régime d'indemnisation des victimes n'est pas encore atteinte. Une nouvelle inégalité de traitement des malades, selon la gravité du dommage subi, ne pourra pas être évitée. Une condition de recevabilité des demandes formées devant la CRCI est bien sûr indispensable, au risque d'aboutir très rapidement à un encombrement, puis à une asphyxie de la commission. Cette condition est cependant aléatoire et, il est malsain d'admettre qu'il faille un dommage particulièrement grave pour pouvoir bénéficier d'un traitement rapide, gratuit et efficace du différend.

331. – Principe d'égalité des armes mis à mal – Une dernière remarque, et non des moindres, mérite d'être énoncée. L'action portée devant une CRCI ne constitue pas, à l'heure actuelle, une action en justice. Les conséquences qui lui sont traditionnellement attachées ne se retrouvent donc pas en l'espèce. Il est certes prévu, que la composition des commissions régionales et leurs règles de fonctionnement doivent « garantir leur indépendance et leur impartialité[648] ». Mais le respect du principe d'égalité des armes, corollaire indispensable de cette indépendance et de cette impartialité, n'est pas assuré. Les victimes, ou leurs ayant droits, ne sont pas des professionnels prompts aux négociations, et leur situation délicate n'est pas toujours propice à la compréhension. La présence d'un avocat pourrait faciliter le dialogue en fournissant des explications précieuses en période de crise. Pourtant, la loi du 4 mars 2002 ne prévoit pas de manière obligatoire son concours, et les règles relatives à l'aide juridictionnelle ne sont pas étendues aux victimes d'accidents médicaux (sauf à admettre qu'il s'agit là d'une transaction). La question de l'utilité d'une procédure gratuite d'indemnisation se pose lorsque l'accès clair et précis aux informations par le biais d'un avocat est payant.

332. – L'apport d'une action en justice élargie – Si la procédure d'indemnisation amiable mise en place par le législateur en 2002 constitue un progrès, elle mérite déjà que des améliorations lui soient apportées. Un traitement rapide des différends est certes souhaitable, mais encore faut-il qu'il soit compris par les personnes concernées, et perçu comme le meilleur mode de règlement de leur litige. L'enjeu de l'élargissement

---

[648] Art. L. 1142-6 al.2 CSP.

se situe donc à ce stade de manière très concrète. Une action en justice menée devant une CRCI entraînerait le respect du processus loyal, élément indispensable à une bonne justice. Les principes d'indépendance, d'impartialité et de la contradiction pourraient ainsi s'appliquer automatiquement.

Une action en justice élargie aux autorités administratives indépendantes, aux modes alternatifs de règlement des conflits et l'arbitrage, permettrait alors de répondre aux interrogations découlant d'une réglementation parcellaire ou incomplète. Il est alors possible d'optimiser les différents modes de traitement des différends existants.

Section II : Apports de la diversification des modes de traitement des différends

333. – Plan – La diversification des modes de traitement des différends qui se retrouve dans la vision renouvelée de l'action en justice, doit être envisagée comme un ensemble homogène riche de sa diversité, et non comme un magma difforme, composé d'éléments hétéroclites qui s'assemblent mal. Il faut en retirer le meilleur parti pour les justiciables, et mettre en évidence les spécificités de chacun (§1). Mais, en procédant à une logique d'optimisation des choix, il faudra s'interroger sur l'opportunité d'une telle diversité, surtout avec la création récente d'une justice de proximité (§2).

§1. Mise en valeur des spécificités des modes de traitement des différends

334. – Plan – Un élargissement de la notion d'action en justice aux autorités administratives indépendantes, à l'arbitrage et aux modes alternatifs de règlement des conflits, permet de mettre en valeur la diversification des modes de traitement des différends offerts aux justiciables. Leur choix sera alors dicté par des considérations d'opportunité, en fonction de leurs attentes (B). Une limite est tout de même posée par la qualité des parties, qui va conditionner la validité de la saisine de telle institution plutôt que telle autre (A).

A. Restauration de la place de la qualité

335. – Extension des cas d'action attitrée – La notion de qualité a déjà été envisagée, en tant que condition subjective de l'action en justice[649]. Au regard de l'article 31 du nouveau Code de procédure civile, elle est actuellement cantonnée à un rôle secondaire aux côtés de l'intérêt, qui semble être primordial. Elle ne peut jouer pleinement, que dans le cadre des actions attitrées, c'est-à-dire dans les cas où la loi réserve le droit d'agir à certaines personnes. Ainsi en est-il, par exemple, en matière de divorce où la qualité d'époux est nécessaire pour disposer d'une telle action. Pareillement, seul celui qui a la qualité de représentant des créanciers pourra agir au nom et dans l'intérêt des créanciers.

Avec une vision renouvelée de l'action en justice, il est possible d'étendre les cas d'action attitrée, en accordant une place prépondérante à la qualité des parties. Il faut alors envisager séparément les différents modes de traitement des litiges, pour dégager des catégories de justiciables disposant des qualités requises pour choisir tel ou tel mode de règlement. C'est ainsi que la règle des cercles d'appartenance développée en droit public pourrait s'appliquer[650].

336. – Qualité et juridiction arbitrale – Pour pouvoir saisir un arbitre, la seule qualité de justiciable qui souhaite mettre fin à un différend ne saurait suffire. L'article 2059 du Code civil précise en effet que « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». L'élément déterminant est alors la libre disponibilité du droit litigieux. Ainsi, pour pouvoir saisir une juridiction arbitrale, le justiciable devra justifier de la libre disposition des droits litigieux. La catégorie d'individus est certes très large, mais le système des cercles d'appartenance n'a pas pour vocation de limiter à outrance le droit d'agir des justiciables. Il permet simplement de dresser une frontière entre les individus.

Le cas particulier de la clause compromissoire, qui permet aux parties de décider de recourir à l'arbitrage en dehors de tout litige, doit être approfondi. Dans cette situation en effet, un individu qui aurait la libre disponibilité de ses droits ne pourrait pas

---

[649] Cf. *supra* n°67 et suiv.

[650] Cf. *supra* n°83.

nécessairement recourir à ce mode de traitement des différends. Cette clause doit en outre, être insérée dans un contrat « à raison d'une activité professionnelle[651] ». La catégorie d'individus susceptible de saisir un arbitre se réduit donc un peu dans le cadre d'une clause compromissoire, puisque la libre disponibilité des droits litigieux est insuffisante, et doit être corroborée par la condition de l'activité professionnelle.

337. – Qualité et modes alternatifs de règlement des conflits – La situation des modes alternatifs de règlement des conflits peut être rapprochée de celle développée en matière d'arbitrage. En effet, dans le cadre d'une médiation ou d'une conciliation extra-judiciaire, les parties doivent avoir la libre disposition de leurs droits. Elles doivent en outre, avoir la capacité de contracter lorsque la volonté de recourir à un mode amiable de traitement de leur différend se matérialise par une clause de médiation ou de conciliation insérée dans un contrat. Et, même si capacité et qualité ne doivent pas être confondues, il est possible de les rapprocher ici. Il est certain que la capacité d'ester en justice n'est pas une condition d'existence de l'action en justice, mais seulement une condition de validité de la demande[652].

La qualité requise pour recourir aux modes alternatifs de règlement des conflits est donc large, mais trace tout de même une frontière entre les individus qui ont la libre disponibilité de leurs droits et les autres. Sans cet élément déterminant, les justiciables sont privés de ce mode de traitement de leur différend.

338. – Qualité et autorités administratives indépendantes – La situation des autorités administratives indépendantes doit être approfondie, car la qualité joue ici un rôle important, et réduit de manière considérable la catégorie des individus susceptible de les saisir. Il n'est pas utile d'étudier séparément chaque autorité administrative indépendante en détail, car la liste est longue et le travail serait peu constructif. Quelques exemples devraient permettre de montrer l'importance de la qualité devant ces autorités particulières.

Ainsi, l'Autorité des marchés financiers a été mise en place par le législateur

---

[651] Art. 2061 C.civ ; cf. *supra* n°211 et s.

[652] Art. 117 C. civ.

pour surveiller et réglementer les marchés financiers. Il faut donc avoir une qualité en relation avec ces marchés pour pouvoir la saisir : qualité d'épargnant, de professionnel autorisé à fournir des services d'investissement par exemple.

Pareillement, le Conseil de la concurrence ne peut être saisi que dans le cadre d'une activité économique, en cas de mauvais fonctionnement de la concurrence sur les marchés. Il intervient alors pour réprimer les ententes et abus de position dominante ou de dépendance économique. Ce n'est pas tant alors la qualité de l'opérateur qui est examinée, mais l'activité concernée. Ainsi, le Conseil de la concurrence pourra-t-il être saisi par tout individu, entreprise, collectivité territoriale, chambre professionnelle, organisation de consommateurs, victime ou s'estimant victime d'une pratique anticoncurrentielle.

Quant à la Commission bancaire, elle ne peut être saisie que par ceux qui ont la qualité d'usagers des banques ou d'établissements de crédit s'estimant lésés.

C'est en définitive la compétence matérielle propre à chaque autorité administrative indépendante qui va déterminer le cercle d'individus autorisé à la saisir. La qualité apparaît alors comme le premier critère fondamental qui détermine les justiciables dans leur choix du mode de traitement de leur litige. Elle constitue un filtre, qui permet d'éviter un encombrement des différents organes. Son examen doit précéder celui de l'intérêt à agir dans tous ces nouveaux cas d'action attitrée.

Mais, au-delà de l'importance de la qualité, les parties peuvent toujours être attirées par le même mode de règlement de leur conflit, à savoir la juridiction étatique. Il faut alors analyser avec précision les attentes des justiciables pour pouvoir les diriger vers le mode de traitement de leur différend le plus approprié, qui ne sera plus dicté seulement par les habitudes.

B. Choix du mode de règlement des conflits, fonction des attentes des justiciables

339. – Les spécificités de chaque mode de traitement des différends proposé aux justiciables – La vision renouvelée de l'action en justice est envisagée comme un acte de volonté, un acte juridique visant à rétablir une paix troublée. La juridiction étatique, les

autorités administratives indépendantes, les modes alternatifs de règlement des conflits et l'arbitrage sont autant de vecteurs qui concourent à ce but unique. Le justiciable dispose alors de cette large palette pour mettre un terme à son différend. Mais, tous ces modes de traitement des conflits ne sont pas interchangeables. S'ils forment ensemble une catégorie vaste autour de la notion d'action en justice, ils n'en conservent pas moins leurs spécificités. Ce sont ces particularités qui vont guider les justiciables dans leur choix. Ce n'est pas alors le but à atteindre, c'est-à-dire l'apaisement d'une situation conflictuelle, qui est déterminant, car chacun des modes de traitement des différends étudié y tend. Ce ne sont pas non plus les garanties procédurales offertes en vue de la protection des droits des justiciables qui seront prises en compte, car la qualification d'action en justice permet de procurer un socle commun de garanties regroupé sous le vocable de processus loyal. Les choix des justiciables seront dictés par d'autres considérations propres à chaque mode de traitement des différends. Ainsi est-il possible de tirer le meilleur parti de chacun d'eux. Ce sont ces spécificités qui doivent guider les individus à travers les différentes voies qui leur sont offertes.

340. – Les spécificités de la juridiction étatique – Plusieurs éléments peuvent séduire les justiciables. Déjà, la nature juridictionnelle de l'institution amenée à se prononcer, peut constituer un facteur de choix important. Les parties peuvent alors remettre leur différend entre les mains d'un tiers impartial et indépendant, qui tranchera parmi les deux positions celles qu'il estime conforme au droit, par une décision dotée de l'autorité de la chose jugée. Le recours à la juridiction étatique est alors marqué par l'habitude, comme si les parties choisissaient la solution de facilité. Mais, la nature juridictionnelle ne peut à elle seule constituer un facteur déterminant pour les parties, car le recours à l'arbitrage engendrerait ce même effet.

Ce qui en revanche est spécifique à la juridiction étatique, et qui peut attirer les justiciables, c'est assurément l'*imperium* qui entoure la décision du juge. Il constitue un véritable gage d'exécution, et le recours à la force publique qu'il engendre peut sécuriser les justiciables. Cet avantage indéniable ne peut évidemment se retrouver que devant les juridictions étatiques, en raison de l'implication de l'Etat dans l'exécution.

Un autre élément peut décider les parties à recourir aux juridictions étatiques. Il s'agit du droit à un procès équitable, relayé à l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, qui ne saurait être confondu avec le processus loyal.

Alors que le second confère aux justiciables des garanties telles l'impartialité, l'indépendance et la contradiction, le premier implique en outre, le respect des principes de publicité, de célérité et de motivation.

Enfin, les règles inhérentes au service public de la justice se retrouvent exclusivement devant les juridictions étatiques. L'égalité, la continuité et la gratuité constituent autant d'éléments importants pour les justiciables, qui peuvent les guider dans leur choix.

Toutes ces spécificités des juridictions étatiques peuvent amener les individus à opter, très souvent, en faveur de ce mode de traitement de leur différend. Mais les mentalités commencent à évoluer, et les justiciables se tournent de plus en plus fréquemment vers d'autres voies pour régler leurs conflits.

341. – Les spécificités des modes alternatifs de règlement des conflits – A l'opposé du traitement juridictionnel étatique se trouvent les modes alternatifs de règlement des conflits. A l'incertitude d'une solution imposée, ils opposent la prévisibilité d'une solution négociée. A la rigidité de la procédure, ils répondent par un formalisme minimum. La souplesse constitue donc la caractéristique majeure des modes alternatifs de règlement des conflits. Celle-ci se manifeste dès le départ de la procédure, car le recours aux modes amiables est facultatif. Une partie ne peut se voir imposer une médiation ou une conciliation qu'elle ne souhaite pas, sauf le cas particulier d'une clause de médiation insérée dans un contrat[653]. L'autre versant de cette souplesse est beaucoup moins avantageux pour les justiciables, car le médiateur ou le conciliateur jouit de cette même liberté pour refuser la mission que les parties lui ont confiée.

La souplesse de la procédure apparaît également tout au long de la médiation ou de la conciliation. Le tiers intercesseur propose une base de dialogue. Il sera plus ou moins actif, selon qu'il s'agit d'une médiation ou d'une conciliation, et selon la définition que l'on adopte des deux concepts[654]. Il intervient seulement pour faciliter le rapprochement entre les parties, mais ne désigne ni vainqueur (pas toujours satisfait de la solution) ni

---

[653] Cf. *supra* n°269 et suiv.

[654] Cf. *supra* n°247.

vaincu (qui ne comprend pas toujours pourquoi il a échoué). Ce sont les parties elles-mêmes qui négocient leur propre solution, en ayant recours au droit ou à l'équité, pour favoriser la poursuite des relations futures. Cette maîtrise totale de la solution par les parties peut les déterminer à choisir un mode amiable de traitement des différends. Il faut noter que dans le cas particulier d'une transaction, les parties disposent de cette même latitude, mais peuvent en outre disposer de l'aide juridictionnelle[655] et de l'*imperium* une fois la transaction homologuée par un juge étatique. Ces deux éléments sont loin d'être négligeables, et pourront constituer des critères déterminants pour les justiciables.

Cette souplesse doit tout de même être nuancée, car depuis quelques années, on assiste à une véritable institutionnalisation et à une juridictionnalisation des modes alternatifs de règlement des conflits[656]. Des organismes chargés d'effectuer des médiations ou des conciliations fleurissent dans toutes les branches du droit. Il existe par exemple, des commissions nationales et régionales de conciliation en matière de conflits collectifs du travail[657], des commissions départementales de conciliation en matière de baux[658] ou des commissions de surendettement des particuliers[659].

Cette institutionnalisation se double inévitablement de l'édiction d'un cortège de règles procédurales. C'est à une véritable juridictionnalisation que l'on assiste. Cette conception, plus directive et plus contraignante, des modes alternatifs de règlement des conflits a été décriée par la doctrine, qui critique la perte de spécificité de ce règlement des

---

[655] Sur la notion de transaction, cf. *supra* n°259 et suiv.

[656] Pour une étude détaillée sur la juridictionnalisation des modes alternatifs de règlement des conflits, cf. J. FAGET, « La juridictionnalisation de la médiation », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES, Ph. MILBURN (sous la direction de), Mission de recherche « Droit et Justice », Paris, La documentation Française, 2003, p.75-88.

[657] Ces commissions nationales et régionales de conciliation en matière de conflits collectifs du travail ont été créées par une loi du 13 novembre 1982.

[658] Ces commissions départementales de conciliation en matière de baux sont issues de la loi du 6 juillet 1989.

[659] Ces commissions de surendettement des particuliers ont été crées par la loi du 31 décembre 1989, modifiée par les lois du 8 février 1995, du 29 juillet 1998 et le décret d'application du 1er février 1999.

litiges[660]. Elle risque d'aboutir à une situation paradoxale : les parties pourraient se tourner à nouveau vers les juridictions étatiques, d'autant que ces dernières maîtrisent de mieux en mieux les procédés de conciliation et de médiation.

342. – Les spécificités de l'arbitrage – L'arbitrage répond en premier lieu à un besoin de compétences et de professionnalisme, tant les litiges peuvent s'avérer techniques. L'intérêt de choisir son arbitre constitue également un atout non négligeable[661]. Celui-ci dispose de connaissances précises dans des domaines spécifiques. Il pourra alors analyser rapidement la motivation des parties, en puisant dans ses connaissances, car il est familier des principes spécifiques qui régissent une profession ou des règles déontologiques. L'arbitrage permet aussi d'obtenir une solution rapide au différend dans des domaines où la gestion du temps constitue un avantage non négligeable. La cristallisation d'une situation de crise conduit souvent à l'exacerbation du conflit, ce qui compromet la poursuite future des relations d'affaires. Plus le conflit s'éternise, plus les chances de maintien courtois des relations s'amenuisent. Enfin, la discrétion de la procédure arbitrale, très prisée dans le milieu des affaires, constituera un atout supplémentaire pour les justiciables. Il faut toutefois nuancer l'ensemble de ces avantages avec le développement de l'arbitrage institutionnel, où le choix de l'arbitre n'est pas laissé à la discrétion des parties, et où les lenteurs de la procédure se font ressentir. L'arbitrage reste toutefois un mode atypique de traitement des différends.

343. – Les spécificités des autorités administratives indépendantes – Comme dans le cadre de l'arbitrage, c'est l'idée de compétence qui domine cette matière. En effet, le législateur a pris soin de créer cette catégorie hétérogène pour répondre à des besoins spécifiques. La technicité et la complexité des matières traitées imposent un grand professionnalisme. Les membres de ces différents organismes sont très spécialisés, et disposent de compétences précises. Ils peuvent alors appréhender plus facilement le

---

[660] Pour exemple, B. OPPETIT, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », Justices 1995, n°1, p.56-57 ; L. CADIET, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in *Mélange en l'honneur de Gérard FARJAT, Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?,* Paris, Editions Frison-Roche, 1999, p.39-40.

[661] « Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage », dit-on d'ailleurs.

différend qui leur est soumis, et se projeter dans l'avenir pour répondre au mieux aux interrogations des parties. Ces éléments de spécialisation et de technicité peuvent donc séduire les justiciables.

L'ensemble de ces éléments montre qu'une vision renouvelée de l'action en justice permet d'accorder une palette de choix aux justiciables dans le traitement de leurs différends qui ne dépend plus seulement des garanties offertes. Il est alors permis de s'interroger sur l'opportunité de la création d'un nouveau mode de traitement des différends, les juges de proximité.

§2. Opportunité de la création d'une justice de proximité

344. – Plan – Face à la diversification des modes de traitement des différends et à l'augmentation de la masse des contentieux, le législateur a répondu avec la création d'une juridiction nouvelle, les juges de proximité. Le risque est d'aboutir à une sorte de millefeuille, chaque mode de règlement des conflits s'ajoutant au fur et à mesure. Il faut pourtant que l'ensemble forme un tout homogène riche de sa diversité. La création des juges de proximité (A) engendre un certain nombre de questions, car il n'est pas certain que leur utilité soit d'ores et déjà avérée (B).

A. Création législative des juges de proximité

345. – Plan – La loi n°2002-1138 d'orientation et de programmation sur la justice du 9 septembre 2002[662], la loi organique n°2002-153 du 26 février 2003[663] et le décret n°2003-542 du 23 juin 2003[664] ont institué les juges de proximité. La création peu fréquente d'une juridiction nouvelle mérite qu'on s'y attarde. Tant leur organisation (1),

---

[662] D. 2002, *Législation,* p.2584.

[663] D. 2003, *Législation,* p.670.

[664] JCP G 2003, III, 20 070.

que leurs compétences (2) doivent aboutir à un rapprochement des justiciables vis-à-vis de leur juge. La création de cette nouvelle juridiction doit répondre à un besoin d'humanisation et de proximité de la justice.

1. Organisation de la juridiction de proximité

346. – Nomination des juges de proximité – La loi organique du 26 février 2003, qui précise les conditions de nomination des juges de proximité, a fixé des critères de recrutement très larges afin de développer rapidement la fonction. Les candidats viennent d'horizons variés afin « d'accorder davantage de place au savoir-faire qu'à la connaissance théorique[665] ». Ainsi, des anciens magistrats de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, des membres des professions libérales juridiques et judiciaires côtoient des anciens fonctionnaires des services judiciaires des catégories A et B ou des conciliateurs de justice[666]. Ils sont nommés pour sept ans, et leurs fonctions ne sont pas renouvelables afin d'assurer leur indépendance.

347. – Intégration des juges de proximité dans le paysage juridique – L'article L.331-1 du Code de l'organisation judiciaire, issu de la loi du 9 septembre 2002 dispose qu'« il est institué, dans le ressort de chaque cour d'appel, des juridictions de première instance dénommées juridiction de proximité ». Dans un souci de simplicité, d'efficacité et de rapidité, il est prévu que le juge de proximité statue à juge unique, et peut tenir des audiences foraines. Pour un accès direct et facile, la loi précise en outre, que la représentation par avocat n'est pas obligatoire. Enfin, le juge reçoit pour mission première

---

[665] H. MOUTOUH, « La juridiction de proximité : une tentative attendue de déconcentration judiciaire », D. 2002, *Doctr.*, p.3222.

[666] Pour la liste complète des candidats aux fonctions de juge de proximité, voir l'article 1 de la loi organique du 26 février 2003 qui a inséré un article 41-17 à l'ordonnance du 22 décembre 1958, D. 2003, *Législation*, p.670.

de concilier les parties, ce qui renforce encore son caractère de proximité[667].

Les règles procédurales applicables devant lui sont identiques à celles diligentées devant le tribunal d'instance. Aucun effort de simplification n'a donc été effectué par le législateur ce qui, peut-être, ternit l'image de proximité. Cette gémellité procédurale qui se double d'une similitude des compétences, suscite des interrogations.

2. Attributions du juge de proximité

348. – Présence du juge de proximité en matière civile et pénale – Pour bénéficier d'une large proximité tant géographique, temporelle que psychologique, et pour proposer une solution rapide et compréhensible, cette nouvelle juridiction se développe tout naturellement en matière civile (a), et de manière plus surprenante en matière pénale (b).

a. Attributions du juge de proximité en matière civile

349. – Diversité des attributions – Le juge de proximité est compétent en matière civile, pour statuer sur toute action personnelle mobilière intentée par une personne physique pour les besoins de sa vie non professionnelle, lorsque le montant est inférieur à 1500 euros, ou d'une valeur indéterminée, mais portant sur des obligations dont le montant est inférieur ou égal à cette valeur de référence[668].

Par ailleurs, le juge de proximité est habilité à prononcer des injonctions de payer ou de faire, toujours dans les cas où les sommes en litige ne dépassent pas 1500 euros et que la requête émane d'une personne physique pour les besoins de sa vie non

---

[667] Il est à noter que cette mission de conciliation, qui est effectuée par le juge de proximité, pourra être déléguée à un tiers, « présumant peut-être (et déjà !) sa surcharge », Y. DESDEVISES, Droit et procédures, La revue des Huissiers de justice, 2003, n°2, mars-avril, p.73, n°37.

[668] Art. L.331-2 al.1 COJ.

professionnelle[669].

Enfin, ce nouveau juge connaît, dans les mêmes conditions, de la demande d'homologation du constat d'accord formé par les parties en vue de lui donner force exécutoire[670].

350. – Interrogations découlant du taux de compétence – Suivant la volonté du législateur, la fonction première des juges de proximité est essentiellement de trouver une solution adaptée aux petits litiges, et de répondre ainsi au besoin d'une justice plus accessible, plus simple et capable de résoudre plus efficacement les litiges de la vie quotidienne. Sont ainsi visés, les troubles de voisinage entraînant la naissance d'une créance[671], et surtout ceux surgissant de l'application des contrats de consommation, lorsque la valeur en litige est inférieure à 1500 euros.

Des difficultés peuvent naître de l'application de ce taux de compétence. Selon la volonté du demandeur ou de ses conseillers, le montant du litige peut varier, afin de saisir le juge de proximité ou le tribunal d'instance. Dès que les circonstances le permettront, la frontière risque d'être fluctuante et se déplacera en fonction des attentes des justiciables.

Par ailleurs, il est possible de se demander si ce taux particulièrement bas ne va pas générer un nouveau contentieux qui était, jusque-là, absent des prétoires. Ainsi, un justiciable qui hésitait à saisir un juge en raison de la modicité du litige, se tournera naturellement vers ce juge qui semble créé pour lui. Le volume des affaires portées devant le tribunal d'instance ne devrait pas diminuer de manière spectaculaire, et il est à craindre un encombrement rapide de la juridiction de proximité. Ce risque est d'autant plus probable que le ministère d'avocat n'est pas obligatoire et donc, que le justiciable ne recevra pas de conseil sur l'opportunité et la pertinence de son action. Seule la pratique pourra dire si cette juridiction nouvelle saura éviter les pièges d'un engorgement et d'un enlisement.

---

[669] Art. L.331-2 al.2 COJ.

[670] Art. L.331-2 al.3 COJ.

[671] En revanche, l'action qui tend seulement à la cessation d'un trouble sans faire naître de créance ne pourra être portée devant un juge de proximité.

351. – Interrogations sur les voies de recours – Le législateur a prévu la compétence en premier et dernier ressort des décisions des juges de proximité. La voie de l'appel est donc fermée et seul un pourvoi en cassation est envisageable[672]. Il s'agit là d'une dérogation au principe du double degré de juridiction comparable à celle prévue par le Code de l'organisation judiciaire pour les litiges portés devant le tribunal d'instance ou de grande instance d'un montant inférieur ou égal à 3800 euros.

Pourtant, la possibilité de former un pourvoi contre une décision d'un juge de proximité laisse perplexe, lorsque l'on envisage les cas d'ouverture à cassation. L'article 604 du nouveau Code de procédure civile prévoit en effet que, « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ». Le justiciable doit donc rapporter la preuve d'une méconnaissance de la règle de droit, c'est-à-dire d'une violation de la loi, l'incompétence d'une juridiction, l'excès de pouvoir, la violation des formes, la contrariété de jugement ou la perte de fondement juridique. Un pourvoi peut pareillement être intenté en cas de vice de motivation, c'est-à-dire un vice de forme ou un défaut de base légale ou de dénaturation d'un écrit.

Les cas d'ouverture à cassation à l'encontre d'une décision d'un juge de proximité risquent d'être rares, dans la mesure où ce dernier a reçu pour mission première de concilier les parties. En effet, l'article L.331-3 du Code de l'organisation judiciaire prévoit que la juridiction de proximité « se prononce après avoir cherché à concilier les parties par elles-mêmes ou, le cas échéant et avec l'accord de celles-ci, en désignant une personne remplissant les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat[673] ». L'objectif du juge de proximité est de dissoudre le litige, d'apaiser les tensions entre les parties par tous moyens. Ainsi, le différend pourra-t-il parfaitement être réglé définitivement par un juge non professionnel en vertu de l'équité, ce qui exclut le pourvoi en cassation. En revanche, lorsque le juge de proximité ne sera pas parvenu à concilier les parties, il tranchera le

---

[672] Voir cependant *infra* n°353, pour les spécificités en matière pénale.

[673] Il semble bien que le législateur ait fait ici œuvre de prospective en devançant la surcharge de travail des nouveaux juges de proximité. Il a, en effet, prévu la possibilité de déléguer la mission de conciliation à un tiers.

différend par application du droit. Le pourvoi en cassation sera alors plus largement ouvert.

Malgré ces interrogations, la présence d'un juge de proximité en matière civile n'est pas apparue illogique, pouvant répondre aux attentes nouvelles des justiciables. En revanche, la matière pénale semblait plus réfractaire à son intervention.

b. Attributions du juge de proximité en matière pénale

352. – Contestations autour des attributions du juge de proximité – De manière inattendue, la loi du 9 septembre 2002 a donné compétence au juge de proximité pour statuer en matière pénale. Ses attributions ont été controversées, certains niant le principe même de l'intervention de ce juge en matière répressive. Pour justifier un tel refus, des députés et sénateurs développaient une argumentation en deux temps.

Ils invoquaient, en premier lieu, une violation de l'article 66 de la Constitution[674]. Seuls les magistrats de carrière auraient la compétence pour juger. Le Conseil constitutionnel[675] a rejeté cet argument, précisant que le juge de proximité, dans le cadre pénal, ne prononcera jamais de peines privatives de liberté, puisqu'il ne statuera que sur les contraventions de police.

Déplaçant leur argumentation sur un autre terrain, ils estimaient en second lieu, qu'il y avait atteinte à l'article 16 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen[676]. Ici encore, le Conseil constitutionnel a déclaré ce moyen inopérant puisque les règles applicables devant le juge de proximité en matière pénale sont identiques à celles suivies devant le tribunal de police, et sont donc conformes à cet article[677].

---

[674] Art. 66 de la Constitution : « Nul ne peut être détenu arbitrairement. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

[675] DC 29 août 2002, n°2002-461, n°19.

[676] Art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

[677] DC 29 août 2002, *loc. cit.*, n°16.

353. – Diverses attributions du juge de proximité en matière pénale – Suite à la décision du Conseil constitutionnel, le législateur a inséré un article unique au Code de procédure pénale, l'article 706-72, permettant au juge de proximité de statuer sur certaines contraventions commises par les majeurs. Ainsi, le traitement des contraventions de cinquième et de quatrième classe sera effectué par la juridiction nouvellement créée, lorsqu'elles seront commises par les personnes physiques. Il s'agit principalement, mais non exclusivement, des menaces de violences, tapages injurieux et nocturnes, mauvais traitements à animaux, non respect des interdictions de fumer, ivresse publique. S'agissant des mineurs, l'article 21 de l'ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 indique désormais, que le juge de proximité sera compétent pour les contraventions de police des quatre premières classes relevant de l'article 706-72.

Par ailleurs, le juge de proximité a reçu compétence pour valider les mesures de compositions pénales, sur délégation du Président du tribunal de grande instance.

Enfin, à la différence de la matière civile, la matière pénale ouvre certaines voies de recours contre les décisions rendues par le juge de proximité. L'article 546 du Code de procédure pénale[678], qui prévoit la faculté d'appel, doit s'appliquer en l'absence de dispositions législatives contraires.

La création d'une juridiction de proximité compétente, tant en matière civile que pénale, doit répondre aux attentes nouvelles des justiciables, qui souhaitent une justice plus accessible et plus rapide. Pour y parvenir, elle doit s'intégrer dans le paysage juridictionnel français déjà chargé.

---

[678] Art. 546 CPP : « La faculté d'appeler appartient au prévenu, à la personne civilement responsable, au procureur de la République et à l'officier du ministère public près le tribunal de police, lorsque l'amende encourue est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe... ». Le traitement des contraventions de cinquième relevant désormais de la compétence du juge de proximité, il faut admettre la faculté d'appel prévue par cet article.

B. Place des juridictions de proximité parmi l'ensemble des modes de règlement des conflits

354. – Une place occupée par les juges de paix puis les juges d'instance – Face à la progression constante de la demande de justice, l'offre devait évoluer. C'est une diversification des modes de règlements des conflits qui a été proposée avec la création d'autorités administratives indépendantes, le développement des médiations et conciliations et le recours à l'arbitrage. Dans ce contexte, la création d'une juridiction nouvelle peut paraître peu opportune. Il faut se demander pourquoi faire renaître une nouvelle forme de juges de paix, supprimés en 1958, et pourquoi par ailleurs, lui attribuer des compétences à mi-chemin entre celles d'un conciliateur et celles d'un juge d'instance.

De nombreux magistrats n'ont pas manqué de montrer leur hostilité à l'encontre d'une juridiction, qu'ils jugent inutile et inefficace[679]. Cette recherche de proximité pouvait être trouvée, selon eux, dans les juges d'instance. Ceux-ci bénéficient en effet d'un accès simple, sans représentation obligatoire, où la procédure est orale. Pourtant, le gonflement des demandes les a rapidement submergés. Ils n'ont pu mener à bien leur mission, et la règle de l'oralité est aujourd'hui largement théorique. Les affaires étant de plus en plus complexes, elles nécessitent du temps et sont rarement jugées dès la première audience. Il apparaît alors que cette voie qui a montré ses limites pouvait être abandonnée, sans créer une juridiction nouvelle.

355. – Absence remarquée des conciliateurs dans la loi du 9 septembre 2002 – Par ailleurs, cette volonté de trouver une solution adaptée aux litiges du quotidien se trouvait déjà dans la création des conciliateurs de justice. Ces derniers disposent d'attributions nettement plus étendues que celles des juges de proximité, qui sont encadrées par leur nature et leur montant. Le conciliateur peut en effet être saisi par toute personne, physique ou morale, pourvu qu'elle ait la libre disponibilité de ses droits. Cette personne peut agir pour ses besoins personnels ou professionnels, et quelle que soit la valeur en litige. La procédure diligentée devant le conciliateur est simple, puisque aucune forme particulière n'est requise. La lourdeur des règles procédurales du nouveau Code de

---

[679] E. SIRE-MARIN, « L'inquiétude de professionnels du monde judiciaire devant la création des juges de proximité », D. 2002, *Point de vue*, p.3275-3276.

procédure civile ne se retrouve pas ici comme c'est le cas devant le juge de proximité. Il est alors surprenant que la loi du 9 septembre 2002 ait complètement occulté ce mode de règlement des conflits. Et, s'il est certain que les conciliateurs ne disposent d'aucun pouvoir juridictionnel, ce qui en fait leur faiblesse, il eut été logique de prendre appui sur ces acteurs pour mettre en place les juges de proximité.

356. – Les difficultés générées par la création des juges de proximité – La création d'une juridiction nouvelle, phénomène rare de nos jours, ne constitue peut-être pas le moyen le plus adapté pour régler les litiges du quotidien. Le paysage juridictionnel français est encore plus complexe et obscur. Comme le relèvent certains auteurs, la solution aurait pu passer par un réaménagement des structures actuelles[680]. Car désormais, de nouveaux incidents de compétence sont à craindre. Il s'agit de choisir entre trois juridictions, le tribunal de grande instance, le tribunal d'instance et le juge de proximité en jonglant avec les différents taux de compétence. Par ailleurs, un même litige relèvera de la compétence du juge de proximité ou du juge d'instance selon la qualité du demandeur, personne physique ou morale, et selon qu'il agit pour des besoins personnels ou professionnels. Des divergences de jurisprudence seront inévitables, ce qui sera préjudiciable aux justiciables.

357. – Le problème de l'impartialité des juges de proximité – La nouvelle juridiction souffre d'une grande fragilité à plusieurs niveaux, ce qui peut nous faire douter de sa légitimité. Un problème d'impartialité ne saurait être occulté malgré les précautions législatives. Il est en effet prévu que les juges de proximité, qui exercent des professions libérales juridiques ou judiciaires (avocats et huissiers de justice notamment), ne pourront pas exercer leurs fonctions de juge dans le ressort du tribunal de grande instance où ils ont leur domicile professionnel, ni effectuer aucun acte de leur profession dans le ressort de la juridiction de proximité à laquelle ils sont affectés. Cette garantie semble trop légère, lorsque les sièges des tribunaux de grande instance sont limitrophes ou rapprochés.

---

[680] Cf. M. VERICEL, « Pour une véritable justice de proximité en matière civile », JCP G 2003, I, 114 ; C. BLERY, « La compétence civile du nouveau juge de proximité. De quelques questions qu'elle suscite », D. 2003, *Chron.*, p. 566-568 ; Y DESDEVISES, *op. cit.*, p.69 n°7 ; Cl.-Ph. BARRIERE, « Le juge de proximité et le conciliateur de justice partenaires ou concurrents ? », Gaz. Pal. 2002, p.7.

A l'inverse, lorsque ces sièges sont plus éloignés et donc que le risque de partialité s'amenuise, les juges de proximité seront moins enclins à se déplacer en raison de leurs activités professionnelles[681]. Une institution, qui ne peut garantir une impartialité sans faille, se verra sanctionnée au regard de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Par ailleurs, elle ne répondra pas à la définition de l'action en justice, qui impose un respect des garanties procédurales au nombre desquelles figure l'impartialité.

358. – Fragilité des juges de proximité – Un autre élément vient conforter le sentiment de fragilité qui entoure la juridiction de proximité. Le législateur a mis en place un mécanisme de renvoi devant le tribunal d'instance lorsque le juge de proximité « se heurtera à une difficulté juridique sérieuse portant sur l'application d'une règle de droit ou sur l'interprétation du contrat liant les parties[682] ». Il est à noter que ce mécanisme de renvoi n'est introduit qu'en matière civile, mais n'est pas étendue à la matière pénale. Une explication justifiant cette limitation, peut toutefois être avancée. Comme nous l'avons relevé[683], la voie de l'appel est ouverte en matière pénale. Si les parties estiment que le juge de proximité s'est heurté à une difficulté sérieuse portant sur l'application d'une règle de droit ou sur l'interprétation du contrat les liant, ou plus généralement, si elles ne sont pas satisfaites de la décision du juge de proximité, elles pourront toujours faire appel devant un magistrat de carrière. Elles ne se verront pas appliquer ce système de renvoi nouvellement créé. En revanche, l'appel n'étant pas ouvert en matière civile, le législateur a peut-être mis en place ce système de renvoi pour apporter une garantie supplémentaire aux justiciables.

Mais, ce mécanisme de renvoi, ouvert au juge de proximité statuant en matière civile, a suscité un grand nombre de critiques, car il fait de la juridiction de proximité une juridiction hybride. Tantôt présentée comme autonome, elle peut cependant se décharger

---

[681] Ainsi que le relève M. DESDEVISES, les juges de proximité qui seront les plus occupés dans leur profession, seront souvent les plus talentueux ; *op. cit.*, p.72, n°25. La conclusion la plus extrême est de devoir choisir entre un juge de proximité disponible mais partial ou peu présent mais impartial !

[682] Art. L.331-4 COJ.

[683] Cf. *infra* n°353.

de ses propres litiges sans épuiser sa compétence. Et, si certaines précautions ont été prises pour diminuer au maximum les possibilités de renvoi, l'institution nouvelle ressort affaiblie. Ainsi, le juge de proximité ne peut utiliser ce mécanisme qu'« à la demande d'une des parties ou d'office, après avoir recueilli l'avis, selon le cas, de l'autre ou des deux parties ». Par ailleurs, il est précisé que le juge du tribunal d'instance ainsi chargé de l'affaire, « statue en tant que juge de proximité ». Le Conseil constitutionnel a été convaincu par ces garde-fous, puisqu'il a validé la loi. Il a estimé que le principe d'égalité devant la justice était respecté. Selon lui, si le législateur peut prévoir « des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable[684] ».

L'aval du Conseil constitutionnel n'a pas épuisé toutes les interrogations sur le mécanisme du renvoi. Le texte de loi fait mention d'une « difficulté juridique sérieuse », dont le contenu n'est explicité nulle part. En pratique, il sera impossible d'unifier les solutions autour d'une notion aussi subjective. Le degré de difficulté va dépendre de la personnalité, des compétences, et du profil des juges de proximité. Selon qu'ils seront téméraires ou plus timides, aguerris ou débutants dans la profession, un même litige sera tranché par un juge de proximité ou échappera à sa compétence. La solution sera trouvée tantôt par rapport à l'équité, tantôt conformément au droit. Des divergences de jurisprudence vont apparaître inévitablement, au détriment du justiciable qui ne pourra pas faire appel, du moins en matière civile.

359. – Légitimité des juges de proximité – Il est possible de s'interroger également sur la légitimité de ce nouveau juge, ainsi que sur l'image qu'il véhicule dans un monde où les apparences sont aussi importantes que la réalité[685]. L'idée d'une justice de seconde zone, rendue par des magistrats non professionnels et qui s'efface à la première difficulté, sera présente dans l'esprit des justiciables. Une juridiction, qui ne

---

[684] DC 29 août 2002, *loc. cit.*, n°23.

[685] *Justice must not only be done, it must also be seen to be done.*

dispose que d'un pouvoir juridictionnel écorné, ne saurait bénéficier d'une grande autorité. Comme l'a révélé un auteur[686], il s'agira « de vrais juges » qui ne peuvent statuer que sur des affaires modiques, et seulement si elles ne sont pas trop complexes. Et, si des difficultés apparaissent, ils feront appel à des autres juges (« encore plus vrais » ?) qui statueront malgré tout en tant que juge de proximité. Cette impression de sous-justice, ou de justice à deux vitesses, sera difficile à effacer, et l'accueil des juges de proximité s'annonce mitigé.

Par ailleurs, cette proximité tant attendue par les justiciables, pourrait bien se retourner contre eux. Car il est permis de se demander si l'idée que l'on se fait de la justice est compatible avec la notion de proximité. Ainsi, « une trop grande proximité peut engendrer des bruits de fond nuisibles à la sérénité d'esprit du juge, et nuisibles par là même à la crédibilité de la justice[687] ». L'acte du juge doit rester un acte d'autorité, qui implique un certain recul vis-à-vis de l'affaire. C'est justement parce que le juge entretient cette juste distance avec les parties, qu'il est autorisé à trancher leur différend. La proximité risque en effet de porter atteinte au principe d'impartialité.

Au vu de ces multiples questions, certains avancent déjà que les juges de proximité ne seraient qu'« une mauvaise bonne idée[688] ». Leur succès va dépendre en grande partie de la qualité des hommes, de leur capacité d'écoute de compréhension et de leur aptitude à la pacification des relations, autant que leurs compétences techniques. Si cette juridiction nouvellement créée permet d'apaiser des situations troublées, elle constituera un avantage indéniable pour les justiciables.

Mais, l'élargissement de la notion d'action en justice aurait peut être permis de retarder cette création, qui est peut-être prématurée. Il aurait au moins permis d'optimiser les choix qui étaient alors offerts aux justiciables, pour que la juridiction de proximité trouve sa place entre les juges d'instance et les modes alternatifs de règlement des conflits.

---

[686] Y. DESDEVISES, *op. cit.*, p.74, n°39.

[687] R. PERROT, R.proc. 2004, mai, p.3.

[688] C. BLERY, *op. cit.*, p.566, n°2.

360. – Conclusion du Chapitre II – La vision renouvelée de la notion d'action en justice offre aux justiciables une palette de choix importante pour le traitement de leurs conflits. Elle n'aboutit pas à uniformiser les différends modes de règlement des litiges, mais seulement à harmoniser les systèmes proposés. Il faut alors mettre en lumière toutes les spécificités inhérentes à chacun d'eux, afin de permettre aux justiciables de choisir de manière pertinente le mode de traitement de leurs différends. Cette logique d'optimisation des choix est nécessaire, car elle apporte une meilleure lisibilité de la justice. Ainsi, la juridiction étatique offre-t-elle *l'imperium,* qui entoure la décision du juge. L'arbitrage, non institutionnel du moins, permet un règlement discret et rapide du différend, par un tiers technicien. Les autorités administratives indépendantes répondent pareillement à des besoins précis, où les compétences du tiers sont primordiales. Enfin, les modes alternatifs de règlement des conflits proposent une solution négociée par les parties elles-mêmes. Celles-ci choisiront alors le mode de traitement qu'elles jugent le plus en adéquation avec leurs attentes, et surtout en fonction de leur qualité. Leur choix ne sera plus fonction des garanties procédurales offertes par l'institution saisie. Enfin, la création récente de la juridiction de proximité, qui peine à trouver sa place entre les modes alternatifs de règlement des conflits et le juge d'instance, aurait méritée d'être affinée, pour répondre à un nouveau besoin, s'il existe.

361. – Conclusion du Titre II – L'élargissement de la notion actuelle d'action en justice aux autorités administratives indépendantes, modes alternatifs de règlement des conflits et à l'arbitrage, a occasionné l'émergence d'un processus loyal. Sans être confondu avec le procès équitable, relayé par l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, il s'en rapproche pourtant. Il octroie aux justiciables des garanties fondamentales comme le principe d'impartialité, d'indépendance et celui de la contradiction. On assiste alors à une harmonisation entre les différentes procédures offertes aux justiciables pour régler leurs différends. Ainsi, les individus pourront-ils choisir le mode de traitement qu'ils estiment le plus approprié en fonction de leur qualité et de leurs attentes, et non plus en fonction des garanties qu'il procure. Leur choix sera plus ou moins diversifié, selon leur qualité. La notion d'action en justice ainsi renouvelée, s'entend désormais comme l'acte juridique émanant d'une personne, qui a qualité pour agir, visant à rétablir une paix troublée, dans le respect des garanties procédurales.

362. – Conclusion de la Partie II – Cette partie a permis de dresser les nouveaux contours de la notion d'action en justice. Jusqu'alors limitée aux seules juridictions étatiques, elle peut désormais être élargie aux autorités administratives indépendantes, aux modes alternatifs de règlement des conflits, et à l'arbitrage. L'action en justice envisagée comme un acte juridique, n'est plus seulement assimilée à un acte juridictionnel, mais dépasse ce seul cadre. Elle vise bien plus à apaiser une paix troublée, qu'à trancher un litige. L'ensemble des modes de règlement des conflits se trouve alors regroupé autour de cette notion centrale d'action en justice, et bénéficie d'un socle commun de garanties. Les justiciables voient alors leurs droits protégés, sans attendre une hypothétique intervention législative. Ils peuvent choisir, en fonction de leurs attentes, le mode de traitement de leur différend qu'ils jugent le plus approprié. C'est en définitive la qualité qui constituera un filtre efficace, car la vision renouvelée de la notion d'action en justice aboutit à découvrir de nouvelles actions attitrées, et à réhabiliter les cercles d'appartenance propres au droit public.

CONCLUSION GENERALE

363. – Fragilité de la notion actuelle d'action en justice – L'action en justice est actuellement présentée, comme le droit en vertu duquel l'auteur d'une prétention qui a intérêt et qualité pour agir, saisit un juge pour qu'il la dise bien ou mal fondée[689]. Elle constitue à ce titre, une notion fondamentale de notre droit processuel et de notre société toute entière. Elle permet en effet, de mettre un terme à une situation conflictuelle, et fixe les droits des individus. Pourtant, les insuffisances de cette définition, relevées tout au long de nos développements, invitent à proposer une réflexion d'ensemble.

Ainsi, les conditions qualifiées de subjectives, constituées par la prétention, l'intérêt et la qualité, suscitent de nombreuses interrogations et obscurcissent la notion actuelle d'action en justice.

Déjà, la prétention est trop souvent entendue comme un conflit, une opposition entre deux personnes qui s'affrontent. Elle imprime alors à l'action en justice un caractère contentieux et belliqueux, et réduit considérablement son champ d'application.

Par ailleurs, la deuxième condition subjective caractérisée par l'intérêt à agir, apparaît confuse en raison du caractère légitime de l'intérêt qui est exigé. Cette condition attachée à l'action en justice renvoie précisément aux demandes en justice, car il est difficile de faire totalement abstraction du fond de l'affaire pour se prononcer sur l'intérêt à agir. Ainsi, l'action en justice semble être assimilée aux demandes et perd alors tout caractère général et fédérateur.

Enfin, la dernière condition subjective, la qualité, occupe une place très restreinte au sein de la théorie générale de l'action en justice, ne jouant pleinement son rôle que dans le cadre limité des actions attitrées.

---

[689] Art. 30 et 31 NCPC.

La juridiction, qui constitue la condition objective, apporte, elle aussi, son lot d'insuffisances. Déjà, la définition même de juridiction est fluctuante. La fonction juridictionnelle toute entière est fragilisée au contact des autres modes de règlement des conflits. De plus, la juridiction, pilier central de l'action en justice, s'entend nécessairement comme une juridiction étatique. L'action en justice est alors circonscrite aux seuls actes de saisine des juridictions étatiques.

364. – La nécessité d'un élargissement de la notion actuelle d'action en justice – Ainsi, l'action en justice est actuellement définie comme un droit permettant de saisir un juge étatique, afin qu'il tranche un différend conformément au droit, dans le respect des règles procédurales, par une décision dotée de l'autorité de la chose jugée et de l'*imperium*. Cette définition, trop restrictive, impose un élargissement de l'action en justice, en tenant compte des imperfections précitées. Alors que les autorités administratives indépendantes, l'arbitrage et les modes alternatifs de règlement des conflits connaissent un succès grandissant, l'action en justice ne saurait se limiter aux seuls actes de saisine des juridictions étatiques. Et, les garanties procédurales qu'elle implique, doivent profiter au plus grand nombre de justiciables, et non plus seulement à ceux qui optent pour la voie juridictionnelle étatique.

365. – Les contours de la vision renouvelée de l'action en justice – Une fois cet objectif posé, les contours de la nouvelle vision de l'action en justice ont dû être immédiatement délimités. Si la diversification des modes de règlement des conflits doit nécessairement être prise en compte, il faut éviter tout débordement incontrôlé qui ferait de l'action en justice une coquille vide.

Après une étude détaillée de chacun des modes de traitement des différends, deux élargissements étaient envisageables.

Ainsi, l'action en justice peut-elle tout d'abord s'étendre aux autorités administratives indépendantes et à l'arbitrage, deux modes de traitement des différends qui viendraient alors compléter les juridictions étatiques.

Mais, l'action en justice peut également s'apparenter à un mode d'apaisement des situations conflictuelles. L'enjeu est alors d'incorporer les modes alternatifs de règlement des conflits.

Au terme de nos développements, nous avons préféré inclure dans la vision renouvelée de l'action en justice, les autorités administratives indépendantes, l'arbitrage, ainsi que les modes alternatifs de règlement des conflits. Si les deux premiers modes de traitement des différends ont pu intégrer la nouvelle version de l'action en justice sans difficulté, la position des modes alternatifs de règlement des conflits était plus délicate. L'état d'esprit qui préside à la matière, et l'absence de pouvoir de décision du tiers médiateur ou conciliateur, pouvaient légitimement justifier leur exclusion. Pourtant, leur intégration pourrait intervenir en raison d'un changement récent des mentalités, et des juridictions qui protègent de plus en plus ces modes amiables de règlement des conflits.

366. – L'émergence d'un processus loyal – L'intérêt d'élargir l'action en justice aux autorités administratives indépendantes, modes alternatifs de règlement des conflits et à l'arbitrage, réside dans l'application d'un certain nombre de garanties, qui peuvent être regroupées sous le vocable de processus loyal. Il y aura alors un respect automatique des principes d'impartialité, d'indépendance et de contradiction, devant tous les modes de règlement des conflits, et non plus seulement devant les juridictions étatiques. Les droits des justiciables seront ainsi efficacement protégés, sans passer par d'hypothétiques interventions législatives.

367. – Optimisation de la justice – Cette vision renouvelée de l'action en justice permettra alors d'assurer une optimisation des choix offerts aux justiciables dans le traitement de leurs différends. Ainsi, tout individu pourra choisir le mode qu'il estime le plus approprié, et qui répondra au mieux à ses attentes.

Selon qu'il souhaite une publicité ou une confidentialité pour le traitement de son différend, il optera pour la juridiction étatique ou l'arbitrage. Pareillement, s'il préfère une solution négociée à une solution imposée, c'est une médiation ou une conciliation qui aura les faveurs du justiciable.

Ce sera en définitive la qualité des justiciables qui permettra de constituer un filtre pour les différents modes de traitement des différends. Ainsi, un individu qui n'a pas la libre disponibilité du droit litigieux, verra la voie de l'arbitrage et celle des modes alternatifs de règlement des conflits fermées. Celui qui ne pourra justifier de la qualité

d'épargnant ou de professionnel autorisé à fournir des services d'investissement, ne pourra saisir l'Autorité de marchés financiers.

Cette vision renouvelée de l'action en justice devra ainsi permettre un développement de l'ensemble des modes de règlement des conflits, dans le respect des droits fondamentaux des justiciables. Si sa définition n'est pas fondamentalement différente de celle qui existait jusqu'alors, son contenu en revanche, est plus novateur. L'action en justice reste en effet, un acte juridique visant à saisir un tiers, pour qu'il statue sur une prétention. Mais, ce tiers n'est plus exclusivement un juge étatique, il peut également s'agir d'un arbitre, d'une autorité administrative indépendante, d'un médiateur ou d'un conciliateur. L'action en justice continuera à rester un des piliers du droit processuel et de notre société. Elle jouera encore plus son rôle fédérateur autour des modes de traitements des litiges.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX

- **AUBY** (Jean-Marie) et **DRAGO** (Roland) : Traité des recours en matière administrative, Litec, Paris, 1992, 686 pages.
- **CADIET** (Loïc) **JEULAND** (Emmanuel) : Droit judiciaire privé, Litec, Manuel, Paris, 4ème édition, 2004, 822 pages.
- **CHABANOL** (Daniel) : La pratique du contentieux administratif, Litec, Pratique professionnelle, Paris, 2002, 556 pages.
- **CHABAS** (François) : Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, Montchrestien, Paris, 12ème édition, 2000, 650 pages.
- **CHAPUS** (René) : Droit administratif général, Domat droit public, Montchrestien, Paris, Tome 1, 15ème édition, 2001, 1427 pages.
- **CHAPUS** (René) : Droit du contentieux administratif, Domat Droit public, Montchrestien, Paris, 9ème édition, 2001, 1339 pages.
- **CORNU** (Gérard) et **FOYER** (Jean) : Procédure civile, Thémis droit privé, PUF, Paris, 1996, 779 pages.
- **COUCHEZ** (Gérard) avec la collaboration de **LANGLADE** (Jean-Pierre) et **LEBEAU** (Daniel) : Procédure civile, Dalloz, Paris, 1998, 610 pages.
- **CROZE** (Hervé) et **MOREL** (Christian) : Procédure civile, PUF, Droit fondamental, Paris, 1988, 444 pages.
- **CROZE** (Hervé), **MOREL** (Christian), **FRADIN** (Olivier) : Procédure civile, Manuel pédagogique et pratique, Litec, Objectif droit, Paris, 2ème édition, 2003, 432 pages.
- **CUCHE** (Paul) : Précis de procédure civile et commerciale, Petits précis Dalloz, Paris, 6ème édition, 1934, 625 pages.
- **DEBEAURIN** (Jean) : Théorie et pratique des institutions juridictionnelles, Librairie de l'Université de Aix en Provence et Presses Universitaires d'Aix Marseille, 3ème édition, 1998, 258 pages.

- **DEBBASCH** (Charles) et **RICCI** (Jean-Claude) : Contentieux administratif, Précis Dalloz, Paris, 8ème édition, 2001, 1018 pages.
- **EISENMANN** (Charles) : Cours de droit administratif, Tome II, LGDJ, Paris, 1983, 908 pages.
- **GARSONNET** (Eugène) : Traité théorique et pratique de procédure (organisation judiciaire, compétence et procédure en matière civile et commerciale), Tome I, Recueil général des lois et des arrêts, Paris, 2ème édition, 1898, 684 pages.
- **GARSONNET** (Eugène) et **CEZAR-BRU** (Charles) : Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, Tome I, Organisation judiciaire et compétence, Sirey, Paris, 3ème édition 1912, 919 pages.
- **GLASSON** (Ernest Désiré) et **TISSIER** (Albert Anatole) : Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, Tome I, Recueil Sirey, Paris, 3ème édition, 1925, 850 pages.
- **GUINCHARD** (Serge), **BANDRAC** (Monique), **DOUCHY** (Mélina), *et alii* : Droit processuel Droit commun et droit comparé du procès, Précis Dalloz, Paris, 2ère édition, 2003, 1181 pages.
- **HERON** (Jacques) : Droit judiciaire privé, Domat Droit privé, Montchrestien, Paris, 1991, 761 pages.
- **HERON** (Jacques) par **LE BARS** (Thierry) : Droit judiciaire privé, Domat Droit privé, Montchrestien, Paris, 2ème édition, 2002, 937 pages.
- **JAPIOT** (René) : Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 3ème édition, 1935, 770 pages.
- **JEULAND** (Emmanuel) : Droit processuel, LGDJ, Systèmes Droit, Paris, 2003, 229 pages.
- **JULIEN** (Pierre) et **FRICERO** (Natalie) : Droit judiciaire privé, LGDJ, Manuel, Paris, 450 pages.
- **MARTIN** (Raymond) : Théorie générale du procès (Droit processuel), Editions juridiques et techniques, Semur-en-auxois, 1984, 200 pages.
- **MOREL** (Christian) : Traité élémentaire de procédure civile (Organisation judiciaire – compétence – procédure), Sirey, Paris, 2ème édition, 1949, 606 pages.
- **MOTULSKY** (Henri) : Le droit subjectif en question, Archives de philosophie du droit, Tome IX, Sirey, Paris, 1964, 342 pages.

- **MOTULSKY** (Henri) : Ecrits Etudes et notes de procédure civile, Dalloz, Paris, 1973, préface Gérard Cornu et Jean Foyer, 392 pages.
- **MOTULSKY** (Henri) : Droit processuel, Montchrestien, Paris, 1973, 294 pages.
- **PERROT** (Roger) : Institutions judiciaires, Domat Droit privé, Montchrestien, Paris, 10ème édition, 2002, 523 pages.
- **STARCK** (Boris), **ROLAND** (Henri) et **BOYER** (Laurent) : Droit civil – Les obligations – 3. Régime général, Litec, Paris, 6ème édition, 1999, 382 pages.
- **STEFANI** (Gaston), **LEVASSEUR** (Georges) et **BOULOC** (Bernard) : Procédure pénale, Précis Dalloz, Paris, 17ème édition, 2001, 978 pages.
- **SOLUS** (Henry) et **PERROT** (Roger) : Droit judiciaire privé, Tome I, Sirey, Paris 1961, 1146 pages.
- **SOLUS** (Henry) et **PERROT** (Roger) : Droit judiciaire privé, Tome III, Procédure de première instance, Sirey, Paris, 1991, 1358 pages.
- **VINCENT** (Jean), **GUINCHARD** (Serge), **MONTAGNIER** (Gabriel) et **VARINARD** (André) : Institutions judiciaires (Organisation – Juridictions – Gens de justice), Précis Dalloz, Paris, 7ème édition, 2003, 877 pages.
- **VINCENT** (Jean) et **GUINCHARD** (Serge) : Procédure civile, Précis Dalloz, Paris, 27ème édition, 2003, 1160 pages.
- **VIZIOZ** (Henry) : Etudes de procédure, Editions Bière, Bordeaux, 1956, 667 pages.

II. OUVRAGES SPECIAUX

- **ANCEL** (Pascal) et **RIVIER** (Marie-Claire) (sous la direction de) : Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, Etudes juridiques, Economica, Paris, 2001, 154 pages.
- **BLOCK** (Guy) : Les fins de non recevoir en procédure civile, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, 2002, préface Natalie Fricero et Raymond Martin, 453 pages.
- **BRIANT** (de) (Vincent) et **PALAU** (Yves) : La médiation Définition, pratiques et perspectives, Nathan Université, Sciences sociales 128, Paris, 1999, 128 pages.
- **BELLET** (Pierre) : Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, Paris, 1991, 534 pages.
- **BONAFE-SCHMITT** (Jean-Pierre) : La médiation : une justice douce, Alternatives sociales, Syros alternatives, Paris, 1992, 279 pages.
- **BONAFE-SCHMITT** (Jean-Pierre) : La médiation, Problèmes politiques et sociaux, dossiers d'actualité mondiale, n°872, 29 mars, La documentation française, Paris, 2002, 79 pages.
- **BUFFET** (Jean) : Mélanges Jean Buffet, La procédure en tous ses états, Petites affiches, Paris, 2004, 470 pages.
- **CHAMPAUD** (Claude) : « Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du 20ème siècle », Mélange en l'honneur de Claude Champaud, Dalloz, Paris, 1997, 580 pages.
- **CHAMORRO BERNAL** (Francisco), **DANOVI** (Remo), **GALLOT LE LORIER** (Marie-Anne) et *alii* : Les procédures disciplinaires des barreaux européens au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloques du 11 mars 1998 organisé par les Instituts des droits de l'homme des barreaux de Paris, Barcelone et Bruxelles, Droit et justice, Bruylant, Bruxelles, 1999, 152 pages.
- **CHARLIER** (Robert-Edouard) :Service public et libertés, Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, 895 pages.

- **CHEVALIER** (Pierre), **DESDEVISES** (Yvon), **MILBURN** (Philip) (sous la direction de) : Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, Avant-propos Pierre CATALA et Georges FLECHEUX, Perspectives sur la justice, La documentation française, Mission de recherche Droit et Justice, Paris, 2003, 288 pages.
- **CLAM** (Jean) et **MARTIN** (Gilles) (sous la direction de) : Les transformations de la régulation juridique, LGDJ, Droit et société, Maison des sciences de l'Homme, Réseau européen Droit et Société, Paris, 1998, 454 pages.
- **Conseil d'Etat :** Rapport public 2001, Jurisprudence et avis de 2000. Les autorités administratives indépendantes, Etudes et documents n°52, La documentation française, Paris, 2001, 470 pages.
- **Conseil d'Etat** : Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, Etude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 4 février 1993, La documentation française, Paris, 1993, 147 pages.
- **Cour de cassation** : Rapport de la Cour de cassation 1996, Paris, La documentation française, 1996, 506 pages.
- **Cour de cassation** : Le nouveau Code de procédure civile : 20 ans après, actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997, La documentation française, Paris, 1998, 332 pages.
- **CORNU** (Gérard) : Ecrits en hommage à Gérard Cornu, « Droit civil, procédure, linguistique juridique », PUF, Paris, 1994, 473 pages.
- **DELMAS-MARTY** (Mireille), **MUIR WATT** (Horatia) et **RUIZ FABRI** (Hélène) : Variations autour d'un droit commun, Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris, Société de législation comparée, Paris, 2002, 485 pages.
- **DRAI** (Pierre) : Mélanges offerts à Pierre Drai, Le juge entre deux millénaires, Dalloz, Paris, 2000, 708 pages.
- **DUBOUIS** (Louis) : Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Au carrefour des droits, Dalloz, Paris, 2002, 901 pages.
- **EISENMANN** (Charles) : Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Cujas, Paris, 1977, 467 pages.
- **FARJAT** (Gérard) : Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélange en l'honneur de Gérard Farjat, Edition Frison-Roche, Paris, 1999, 587 pages.

- **FAUCHON** (Pierre) : Droits des malades et qualité du système de santé, avis, première lecture, Sénat, n°175, 2001-02, Librairie-Imprimerie Réunies, Paris, 93 pages.
- **FAVOREU** (Louis) et **PHILIP** (Loïc) : Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, Paris, 1999, 10ème édition, 1024 pages.
- **FOUCHARD** (Philippe) (sous la direction de) : Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'*American Law Institute*, Panthéon Assas, Paris, 2001, 313 pages.
- **FOYER** (Jean) : Jean Foyer, auteur et législateur. *Leges tulit, jura docuit*, Ecrits en hommage à Jean Foyer, PUF, Paris, 1997, 491 pages.
- **GARAPON** (Antoine) : Le gardien des promesses. Justice et démocratie, Odile Jacob, Paris, 1996, préface Paul Ricœur, 281 pages.
- **GARAPON** (Antoine) : Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire, Odile Jacob, Opus, Paris, 1997, préface Jean Carbonnier, 355 pages.
- **GHESTIN** (Jacques) : Etudes offertes à Jacques Ghestin, « Le contrat au début du XXIème siècle », LGDJ, Paris, 2001, 992 pages.
- **GUIGOU** (Elisabeth) et *alii* : Le service public de la justice, O. Jacob, Paris, 1998, 196 pages.
- **GUINCHARD** (Serge) (sous la direction de) : Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz action 2002/03, Dalloz, Paris, 2002, 1374 pages.
- **HEBRAUD** (Pierre) : Mélanges offerts à Pierre Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1981, 961 pages.
- **HUNYADI** (Mark) : La vertu du conflit (Pour une morale de la médiation), Cerf, Humanités, Paris, 1955, 112 pages.
- **LE NINIVIN** (Dominique) : La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile, Litec, Paris, 1983, 224 pages.
- **MARGUENAUD** (Jean-Pierre) : CEDH et droit privé, Perspectives sur la justice, La documentation française, Mission de recherche Droit et Justice, Paris, 2001, 253 pages.
- **MILBURN** (Philip) : La médiation : expériences et compétences, Alternatives sociale, La découverte et Syros, Paris, 2002, 171 pages.

- **MORINEAU** (Jacqueline) : L'esprit de la médiation, Erès, Ramonville Saint-Agne, 1998, 176 pages.
- **MOULY** (Christian) : Mélanges Christian Mouly, Tome II, Litec, Paris, 1998, 460 pages.
- **NORMAND** (Jacques) : Etudes offertes à Jacques Normand, « Justice et Droits fondamentaux », Litec, Paris, 2003, 523 pages.
- **OPPETIT** (Bruno) : Théorie de l'arbitrage, PUF, Droit éthique société, Paris, 1998, 127 pages.
- **PAVIA** (Marie-Luce) (sous la direction de) : L'équité dans le jugement, L'Harmattan, Paris, 2003, 216 pages.
- **PERROT** (Roger) : Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, « Nouveaux pouvoirs, nouveaux juges », Dalloz, Paris, 1996, 598 pages.
- **PETTITI** (Louis Edmond) : Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti, Bruylant, Bruxelles, 1998, 791 pages.
- **PEYRAT** (Didier) (sous la direction de) : La justice de proximité, Problèmes politiques et sociaux, dossiers d'actualité mondiale, n°869, 25 janvier 2002, La documentation française, Paris, 2002, 84 pages.
- **RACINE** (Jean-Baptiste) (sous la direction de) : Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit, Bibliothèque du Droit, Centre de recherche en droit économique, Université de Nice Sophia Antipolis, Centre d'études et de recherche sur les contentieux. Université de Toulon et du Var, Mission de Recherche Droit et justice, L'Hèrmes, Lyon, 2002, 317 pages.
- **RASSAT** (Michèle-Laure) : La justice en France, PUF, Que sais-je ?, Paris, 6ème édition, 1999, 128 pages.
- **RAYNAUD** (Pierre) : Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz, Paris, 1985, 854 pages.
- **RAYNOUARD** (Arnaud), **POTVIN-SOLIS** (Laurence), **LICHERE** (François) : Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?, Bruylant, Bruxelles, 2004, 242 pages.
- **RAWLS** (John) : La justice comme équité – Une reformulation de la théorie de la justice, Editions la découverte, Paris, 2003, 287 pages.

- **RIDEAU** (Joël) (sous la direction de) : Le droit au juge dans l'Union européenne, LGDJ, Paris, 1998, 230 pages.
- **ROBERT** (Jacques) : Mélanges Jacques Robert, « Libertés », Montchrestien, Paris, 1998, 569 pages.
- **ROUBIER** (Paul) : Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Théorie générale du droit et droit transitoire, Tome I, Librairies Dalloz et Sirey, Paris, 1961, 476 pages.
- **SABOLY** (Michèle) et **CAILLUET** (Ludovic) (sous la direction de) : Conflits, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2003, 555 pages.
- **SAMSON** (Claude), **McBRIDE** (Jeremy) : Solutions de rechange au règlement des conflits / *Alternative Dispute Resolution*, Les presses de l'université de Laval, Sainte-Foy, 1993, 644 pages.
- **Sénat :** Le Plaider coupable, Les documents de travail du Sénat, série législation comparée, N° LC 122, mai 2003, 33 pages.
- **SIX** (Jean-François) : Le temps des médiateurs, Seuil, Paris, 1990, 280 pages.
- **STOUFFLET** (Jean) : Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet, Presse universitaire de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne, LGDJ, Clermont-Ferrand, 2001, 426 pages.
- **SOYER** (Jean-Claude) : Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer, « L'honnête homme et le droit », LGDJ, Paris, 2000, 366 pages.
- **TERRE** (François) : « L'avenir du Droit », Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF, Editions du Juris-Classeur, Paris, 1999, 868 pages.
- **STASSINOPOULOS** (Michel) : Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos, Paris, LGDJ, 1974, 576 pages.
- **VARAUT** (Jean-Marc) : Faut-il avoir peur des juges ?, Plon, Tribune libre, Paris, 2000, 302 pages.
- **VINCENT** (Jean) : Mélanges dédiés à Jean Vincent, Dalloz, Paris, 1981, 458 pages.
- **WALINE** (Jean) : Gouverner, administrer, juger, *Liber amicorum* Jean Waline, Dalloz, Paris, 2002, 797 pages.

III. THESES

- **ALBIGES** (Christophe) : De l'équité en droit privé, Montpellier, 1997, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 329, Paris, 2000, préface Rémy Cabrillac, 383 pages.
- **BOUANHA-CAPEL** (Nathalie) : Conciliation et alternative au règlement des contestations, Toulouse, 1999, thèse dactyl., 446 pages.
- **BAUDOIN** (Anne) : La conciliation et la médiation : deux modes de règlement des différends commerciaux, Paris II, 1992, thèse dactyl., 454 pages.
- **BOILLOT** (Christine) : La transaction et le juge, Paris I, 2001, LGDJ, Presses universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne, fondation Varenne, Paris, 2003, préface Paul Le Cannu, 718 pages.
- **CAYROL** (Nicolas) : Les actes ayant pour objet l'action en justice, Tours, 1999, Economica, collection Droit civil, Série Etudes et Recherches, Paris, 2001, préface François Grua, 325 pages.
- **CLAY** (Thomas) : L'arbitre, Paris II, 2000, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, 2001, 930 pages.
- **D'AMBRA** (Dominique) : L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, Strasbourg, 1991, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 236, Paris, 1994, 339 pages.
- **DE BERNADINIS** (Christophe) : Justice administrative, justice répressive, Metz 2002, thèse dactyl., 543 pages.
- **DELICOSTOPOULOS** (Ioannis S.) : Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen, Paris II, 1999, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 401, Paris, 2003, préface Serge Guinchard, 485 pages.
- **DESDEVISES** (Yves) : Le contrôle de l'intérêt légitime (Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action), Nantes, 1973, thèse dactyl., 377 pages.
- **FOULETIER** (Marjolaine) : Recherches sur l'équité en droit public français, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 229, préface Bernard Pacteau, 298 pages.
- **FOYER** (Jean) : De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition, Paris, 1954, thèse dactyl., 345 pages.

- **JARROSSON** (Charles) : La notion d'arbitrage, Paris II, 1985, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 198, Paris, 1987, préface Bruno Oppetit, 407 pages.
- **JOLY-HURARD** (Julie) : Conciliation et médiation judiciaires, Aix-Marseille, 2002, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2003, préface Serge Guinchard, 476 pages.
- **LAGARDE** (Xavier) : Réflexion critique sur le droit de la preuve, Paris II, 1992, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 239, Paris, 1994, préface Jacques Ghestin, 448 pages.
- **MOUNDOUBOU** (Patrice) : La notion de concessions réciproques dans le contrat de transaction, Aix-Marseille III, 2003, thèse dactyl., 395 pages.
- **NIBOYET-HOEGY** (Marie-Laure) : L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé, Paris II, 1983, Economica, Paris, 1986, préface B. Goldman, 410 pages.
- **NORMAND** (Jacques) : Le juge et le litige, Lille 1961, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 65, Paris, 1965, préface Roger Perrot, 526 pages.
- **PATRIKIOS** (Apostolos) : L'arbitrage en matière administrative, 1996, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 189, préface Yves Gaudemet, 339 pages.
- **STASIAK** (Frédéric) : Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne, Nancy II, 1995, thèse dactyl., 428 pages.
- **THOMASSET-PIERRE** (Sylvie) : L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales, Lyon III, 2001, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 393, Paris, 2003, préface Frédérique Ferrand, 519 pages.
- **TOMASIN** (Daniel) : Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 143, Paris, 1975, préface Pierre Hébraud, 280 pages.

UNIVERSITE DE METZ — S.C.D.

IV. ARTICLES ET CHRONIQUES

- **ALLAND** (Denis) : « Justice privée (Droit de se faire justice à soi-même) », Droits 2001, n°34, « Mots de justice », p.73-80.
- **ALMEIDA** (Paul) : « Contentieux en fiscalité », Cahier pratique Tissot 2002, août, n°7, p. 1-31.
- **AMIEL-COSME** (Laurence) : « La fonction d'homologation », Justices 1997, janvier-mars, n°5, p.135-156.
- **ANDRIANTSIMBAZOVINA** (Joël) : « Bien lus, bien compris, mais est-ce bien raisonnable ? Toujours à propos du droit à un procès équitable et du ministère public », D. 2004, Chroniques, p.886-891.
- **ANTONINI-COCHIN** (Laetitia) : « La Cour de cassation à l'épreuve du procès équitable », LPA 2000, 20 novembre, n°231, p.4-11.
- **ARMAND-PREVOST** (Michel) : « L'avocat, le juge, le médiateur », LPA 1998, 8 juillet, n° 81, p.19-26.
- **ARMAND-PREVOST** (Michel) : « L'expérience de la France dans le domaine du règlement alternatif des différends », RJcom. 2000, janvier, Doctrine, p.1-7.
- **ARMAND-PREVOST** (Michel) : « Le code de l'arbitrage en France », RJcom. 2000, p.25-30, in Numéro spécial, « Arbitrage. Droit de la concurrence. Approches française et tunisienne », Voyage d'études organisé par l'association Droit et Commerce, 23 octobre 1999, 102 pages.
- **ASSELINEAU** (Vincent) : « La transaction est-elle l'aboutissement nécessaire d'une médiation réussie ? », Les cahiers de Droit et Procédure, Droit et procédure association des anciens avoués, Paris, in Colloque du 15 octobre 1999, « Médiation, négociation, transaction ».
- **AUBY** (Jean-Marie) : « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », AJDA 1995, p.91-98, in Numéro spécial du centenaire, « Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle : bilan et perspectives d'un droit en mutation », 240 pages.
- **AUGENDRE** (Geneviève) : « La réforme de l'arbitrage. De nouveaux territoires ? », RJcom. 2002, juillet-août, p.292-308.

- **AUGENDRE** (Geneviève) : « L'exécution des sentences arbitrales », RJcom. 2000, p.53-60, in Numéro spécial, « Arbitrage. Droit de la concurrence. Approches française et tunisienne », Voyage d'études organisé par l'association Droit et Commerce, 23 octobre 1999, 102 pages.
- **AUTIN** (Jean-Louis) : « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation » ; RDpubl. 1988, p.1209-1227.
- **AYACHE** (Gérard) : « A quoi bon !!! (A propos du plaider coupable) », D. 2004, Point de vue, p.356-357.
- **BANDRAC** (Monique) : « Indications sommaires sur les principales modifications introduites dans les règles antérieures par le décret n°75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau Code de procédure civile », JCP G 1976, I, 2799.
- **BANDRAC** (Monique) : « L'action en justice, droit fondamental », Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, p.1-17.
- **BANDRAC** (Monique) : « De l'acte juridictionnel et de ceux qui ne le sont pas », Mélanges offerts à Pierre Drai, p.171-183.
- **BANDRAC** (Monique) : « Perruche et le Père Ubu. Observations sur le déni d'action par la loi », Etudes offertes à Jacques Normand, p. 1-16.
- **BARRIERE** (Claude-Philippe) : « Le juge de proximité et le conciliateur de justice partenaires ou concurrents ? », Gaz. Pal. 2002, p.3-7.
- **BAUER** (Anne) : « Les secrets de l'arbitrage international », Les Echos 2003, 17 novembre, p.10.
- **BEIGNER** (Bernard) et **BLERY** (Corinne) : « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité », D. 2001, Chronique, p.2427-2433.
- **BELLET** (Pierre) : « Le juge-arbitre », Rev. arb. 1980, p.394-406, XI^{ème} colloque des instituts d'études judiciaires, Dijon 6, 7, 8, octobre 1977.
- **BENOIN** (Gabriel) : « De la démarche commerciale à l'avis du médiateur », Banque magazine 2000, septembre, n°617, p.22-25.
- **BERG** (Rémi) : « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale », LPA 1998, 7 septembre, n°107, p.6-9.
- **BERGEL** (Jean-Louis) : « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », D. 1983, Chronique, p.165-172.

- **BERGEL** (Jean-Louis) : « La juridiction gracieuse en droit français », D. 1983, Chronique, p.153-158.
- **BERTIN** (Michel) : « La déontologie de l'avocat dans la médiation et la négociation », Les cahiers de Droit et Procédure, Droit et procédure association des anciens avoués, Paris, in Colloque du 15 octobre 1999, « Médiation, négociation, transaction ».
- **BLERY** (Corinne) : « La compétence civile du nouveau juge de proximité. De quelques questions qu'elle suscite », D. 2003, Chroniques doctrine, p.566-568.
- **BLONDEL** (Philippe) : « Le juge et le droit », p.103-159, in Le nouveau Code de procédure civile : 20 ans après, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997, Cour de cassation, 332 pages.
- **BOITELLE-COUSSAU** (Martine) : « Conditions et éléments constitutifs de la transaction », Les cahiers de Droit et Procédure, Droit et procédure association des anciens avoués, Paris, in Colloque du 15 octobre 1999, « Médiation, négociation, transaction ».
- **BONICHOT** (Jean-Claude) : « Les juridictions administratives appliquent l'article 6§1 de la CEDH dans sa lettre et dans son esprit. Entretien d'Olivia Dufour », LPA 1999, 15 janvier, n° 11, p.10-11.
- **BONICHOT** (Jean-Claude) : « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux autorités de régulation : la position du Conseil d'Etat. Entretien d'Olivia Dufour », LPA 2000, 11 mai, n°94, p.3-7.
- **BONICHOT** (Jean-Claude) et **ABRAHAM** (Ronny) : « Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la convention européenne des droits de l'homme », JCP G 1998, I, 176.
- **BORE** (Louis) : « L'action en représentation conjointe : *class action* française ou action mort-née ? », D. 1995, Chronique, p.267-271.
- **BOURRY-D'ANTIN** (Martine) : « Le rôle de l'avocat dans la médiation », Droit et Patrimoine 1999, n°77, décembre, p.58-61, in Dossier spécial, « Médiation et conciliation : de nouveaux horizons pour les professionnels du droit », p.35-71.

- **BOURRY-D'ANTIN** (Martine) : « Présentation des différents domaines et formes de la médiation », Les cahiers de Droit et Procédure, Droit et procédure association des anciens avoués, Paris, in Colloque du 15 octobre 1999 « Médiation, négociation, transaction ».
- **BOUVIER** (Vincent) : « La notion de juridiction constitutionnelle », Droits 1989, n°9, « La fonction de juger », p.119-129.
- **BOY** (Laurence) : « Réflexion sur l'action en justice », RTDciv. 1979, p.497-523.
- **BRAIBANT** (Guy) : « Nouvelles réflexions sur les rapports du droit et de l'équité », RFadm.publ. 1992, octobre-décembre, n°64, p.687-691.
- **BRISSON** (Jean-François) : « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. A propos d'une divergence entre le Conseil d'état et la Cour de cassation », AJDA 1999, novembre, Doctrine, p.847.
- **BRULLIARD** (Germain) : « L'évolution de la notion de juridiction dite gracieuse ou volontaire et celle de juridiction, d'après les récents travaux de la doctrine italienne », RIDcomp. 1957, janvier-mars, p.5-26.
- **BRUNET** (Andrée) : « Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation », Etudes offertes à Jacques Normand, p.51-60.
- **BRUNET** (Bernard) : « Les modes alternatifs de règlement des litiges ; quelques propos sur la réforme de la justice et la régulation par le droit », Gaz. Pal. 1997, 23 décembre, Doctrine, p.1674-1679.
- **BURGELIN** (Jean-François) : « Egalité, continuité, adaptabilité du service public de la justice », p.79-96, in Le service public de la justice, E. GUIGOU *et alii*, 196 pages.
- **BURGELIN** (Jean-François) : « L'avocat général à la Cour de cassation et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », Rapport de la Cour de cassation 1996, La documentation française, p.47-54.
- **CABALLERO** (Francis) : « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », RTDciv. 1985, p.247-276.
- **CADIET** (Loïc) : « Illusoire renforcement du droit des actions de groupe ? », JCP G 1992, I, 3587, n°6.
- **CADIET** (Loïc) : « L'action », JCP G 1993, I, 3678, n°11.
- **CADIET** (Loïc) : « Bibliographie commentée », RIDC 1994, 4, p.1213-1217.

- **CADIET** (Loïc) : « Du nouveau dans le droit des actions de groupe », JCP G 1994, I, 3805, n°9.
- **CADIET** (Loïc) : « Encore du nouveau dans le droit des actions de groupe », JCP G 1995, I, 3846, n°17.
- **CADIET** (Loïc) : « L'équité dans l'office du juge civil », Justices 1998, janvier-mars, n°9, « Justice et équité », p.87-107.
- **CADIET** (Loïc) : « L'avènement du nouveau Code de procédure civile, Le code », p.45-73, in Le nouveau Code de procédure civile : 20 ans après, actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997, Cour de cassation, 332 pages.
- **CADIET** (Loïc) : « Le spectre de la société contentieuse », Ecrits en l'honneur de Gérard Cornu, p.29-50.
- **CADIET** (Loïc) : « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, p.123-147.
- **CADIET** (Loïc) : « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, p.23-51.
- **CADIET** (Loïc) : « Une justice contractuelle, l'autre », Etudes offertes à Jacques Ghestin, p.177-199.
- **CADIET** (Loïc) : « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », p.89-109, in Variations autour d'un droit commun, dir. Mireille Delmas-Marty *et alii*, 485 pages.
- **CADIET** (Loïc) : « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », Etudes offertes à Jacques Normand, p.71-110.
- **CALDERARO** (Norbert) : « La recevabilité des recours devant le juge administratif », LPA 2002, 11 juillet, n°138, p.4-16.
- **CALVOT** (Michel A.) : « Le nouveau règlement d'arbitrage de la CCI. Modification substantielles et procédurales », Gaz. Pal. 1998, Doctrine, p.831-837.
- **CANIVET** (Guy) : « Pourquoi la médiation dans les conflits de la vie des affaires ? », LPA 1999, 13 juillet, n°138, p.3-5, in Numéro spécial, colloque du 15 avril 1999, « Médiation comme mode de règlement des conflits dans la vie des affaires », p.3-36.

- **CANIVET** (Guy) (entretien avec) : « La justice des années 2000 devra s'adapter aux attentes de la société », JCP G 2000, I, 192.
- **CANIVET** (Guy) : « Economie de la justice et procès équitable », JCP G 2001, I, 361.
- **CANNAC** (Yves) et **GAZIER** (François) : « Les autorités administratives indépendantes », Etudes et documents du Conseil d'Etat 1983-84, n°35, p.13-77.
- **CARBONNIER** (Jean) : « Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile », in Le nouveau Code de procédure civile : 20 ans après, actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997, Cour de cassation, 332 pages.
- **CARRA** (Jean) : « Contre la judiciarisation de la société » ; Rev. adm. 1999, janvier-février, n°307, p.41-45.
- **CAYROL** (Nicolas) : « Action en justice », Rep. civ. Dalloz, 2003, 64 pages.
- **CHABANOL** (Daniel) : « Une autre façon de juger : la conciliation dans les Tribunaux administratifs », Gaz. Pal. 1987, Doctrine, p.472.
- **CHADELAT** (Catherine) : « Le cadre juridique de la conciliation », Gaz. Pal. 1998, 4-6 octobre, p.12-14, in Numéro spécial, « Les conciliateurs de justice : la conciliation, mode pratique de résolution des conflits », 43 pages.
- **CHAPUS** (René) : « Qu'est ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, p.265-297.
- **CHARBONNEAU** (Cyrille) et **PANSIER** (Jérôme-Frédéric) : « Du renouveau dans la notion de parties », Defrénois 2000, mai, article n°37110.
- **CHARLOT** (Patrick) : « L'actualité de la notion de qualité donnant intérêt à agir », RFDA 1996, p.481-491.
- **CHAULIN** (Frédéric) : « La manie de juger », Rev. adm. 2000, septembre-octobre, n°317, p.500-501.
- **CHEVALIER** (Pierre) et **MOUSSA** (Tony) : « Le décret du 23 juin 2003 relatif à la juridiction de proximité », R.proc. 2003, octobre, Chronique, n°12, p.3-8.
- **CHEVALLIER** (Jacques) : « Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes », JCP G 1986, I, 3254.
- **CHEVALLIER** (Jacques) : « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », Justices 1995, janvier-juin, n°1, p.81-90.
- **CHEVALLIER** (Jacques) : « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos, p.275-290.

- **CHIAVARIO** (Maria) : « Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal », RIDcomp. 1997, avril-juin, n°2, p.427-435, in Colloque de Damas, 5-8 octobre 1996, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », p.313-435.
- **CLAY** (Thomas) (entretien avec) : « L'arbitre, un juge privé en devenir », Droit et Patrimoine 2001, septembre, n°96, p.20.
- **CLAY** (Thomas) : « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage. Ouverture », Droit et Patrimoine 2002, mai, n°104, p.40-45, in Dossier « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage », volet I, p.39-83.
- **CLAY** (Thomas) : « Arbitre, magistrat ou juge consulaire, il faut choisir », Droit et Patrimoine 2002, juin, n°105, p.92-103, in Dossier « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage », volet II, p.51-103.
- **CLAY** (Thomas) : « L'efficacité de l'arbitrage », LPA 2003, 2 octobre, n°197, p.4-12, in Numéro spécial, « L'arbitrage : une question d'actualité », Institut de recherche en droit privé de la faculté de droit de Nantes, 15 mars 2002, 39 pages.
- **COHEN** (Claude) : « Les habits neufs de la conciliation et de la médiation. Le décret du 28 décembre 1998 ou quand le Droit rattrape le fait », Gaz. Pal. 1999, Doctrine, p.1287-1288.
- **COHEN** (Mark) et **METAIS** (Philippe) : « Règlement des litiges : une méthode novatrice », Les Echos 2003, 17 novembre, p.12.
- **COHEN** (Mark) et **METAIS** (Philippe) : « La décision sur dernière offre (« DDO ») : une méthode novatrice de règlement des conflits », Option finance 2004, 22 mars, n°777, p.41-45.
- **COMBARNOUS** (Michel) : « L'équité et le juge administratif », Justices 1998, janvier-mars, n°9, « Justice et équité », p.77-85.
- **Comité d'Etudes Juridiques de droit local du Conseil interrégional des notaires des Cour d'appel de Colmar et de Metz :** « L'arbitrage en Alsace et en Moselle après le décret du 14 ami 1980 », Rec. jur. Est 1983, Doctrine, p.23-30.
- **COMMARET** (Dominique Noëlle) : « Une juste distance ou réflexion sur l'impartialité du juge » ; D. 1998, Chronique, p.262-264.
- **CONTAMINE-RAYNAUD** (Monique) : « La commission bancaire, autorité et juridiction », Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, p.16-20.

- **CONTIN** (R.) et **CHEVALLIER** (B.) : « Clause compromissoire ou compromis ? », JCP E 1999, p.8-13, in Colloque du 21 mai 1999, Rennes, « L'arbitrage en question (Chefs d'entreprise, comment organiser le règlement de vos litiges) », 35 pages.
- **CORNEVAUX** (Alain) : « Les modes alternatifs de règlement des litiges », LPA 1998, 26 juin, n°76, p.51-54, in Numéro spécial, « Pour une autre justice ; association droit et démocratie, Sénat, 21 janvier 1998 », 63 pages.
- **CORNU** (Gérard) : « Les modes alternatifs de règlement des conflits, rapport de synthèse », RIDcomp. 1997, avril-juin, n°2, p.313-323, in Colloque de Damas, 5-8 octobre 1996, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », p.313-435.
- **CORNU** (Gérard) : « Les définitions dans la loi », Mélanges dédiés à Jean Vincent, p.77-92.
- **CORNU** (Gérard) : « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des question) », Etudes offertes à Pierre Bellet, p.83-100.
- **CORNU** (Gérard) : « *Hortus deliciarum.* Au jardin des lettres latines du langage du droit », Ecrits en hommage à Jean Foyer, p.53-60.
- **COSTA** (Jean-Paul) : « Le principe du contradictoire dans l'article 6§1 de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », RFDA 2001, p.30-32.
- **COSTA** (Jean-Paul) : « Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative. Le principe vu par la Cour européenne des droits de l'homme », p.81-87, in Variations autour d'un droit commun, dir. Mireille Delmas-Marty *et alii*, 485 pages.
- **COULON** (Jean-Marie) : « Quel intérêt pour la justice civile ?», p.5-7, LPA 1999, 13 juillet, n°138, in Numéro spécial, Colloque du 15 avril 1999, « Médiation comme mode de règlement des conflits dans la vie des affaires », p.3-36.
- **COULON** (Jean-Marie) : « L'efficacité de l'accès à la justice et le contrôle de la durée des procédures », Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer, p.71-80.
- **COULON** (Jean-Marie) et **GRUMBACH** (Tiennot) : « L'égalité devant la justice » p.83-89, « Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans », Justices 1999, 161pages.
- **COUVRAT** (Pierre) et **GIUDICELLI-DELAGE** (Geneviève) : « Conciliation et médiation », J.-Cl. Procédure, volume 3, fasc. 160, 2003, 26 pages.
- **CREHANGE** (Michel) : « Du droit local qui disparaît (à propos de l'arbitrage) », Rec. jur. Est 1983, Doctrine, p.27.

- **CROZE** (Hervé) : « Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision », Etudes offertes à Jacques Normand, p. 125-139.
- **CUMUNEL** (Yves), et **TOUSSAINT** (Patrick) : « Le juge, l'avocat et le médiateur : à chacun son rôle en médiation judiciaire », Gaz. Pal. 1999, 7-8 juillet, p.13-15.
- **DAIGRE** (Jean-Jacques) : « La pratique des modes alternatifs », RJcom. 1999, p.69-76, in « Le contrat au secours de l'entreprise (les modes contractuels de résolution des conflits) », Colloque de Deauville organisé les 12 et 13 juin 1999 par l'association Droit et Commerce, 175 pages.
- **DAIGRE** (Jean-Jacques) : « La nouvelle procédure de sanction de la COB. Une réforme en clair-obscur », JCP E 2000, p.1602-1605.
- **DAVID** (Tania-Marie) : « Participation du rapporteur au délibéré et principe d'impartialité de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme : les évolutions de la jurisprudence française », LPA 2001, 26 mars, n°60, p.4-9.
- **DECOOPMAN** (Nicole) : « La mise en place de l'autorité des marchés financiers. Décret n°2003-1109 du 21 novembre 2003 », JCP G 2004, Actualité, Aperçu rapide, 1.
- **DELVOLVE** (Guillaume) : « Dualité de juridiction et autorité de la chose jugée », RFDA 1990, p.792-797.
- **DESIDERI** (Paul) : « La procédure d'indemnisation amiable des dommages médicaux », LPA 2002, 19 juin, n°122, p.67-76.
- **DESMARAIS** (Jacques) : « Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail », RIDcomp. 1997, avril-juin, p.409-419, n°2, in Colloque de Damas, 5-8 octobre 1996, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », p.313-435.
- **DESDEVISES** (Yvon) : « L'action en justice, généralités », J.-Cl. Procédure, vol. 3, fasc. 125, 1996, 11 pages.
- **DESDEVISES** (Yvon) : « L'action en justice, recevabilité, conditions objectives », J.-Cl. Procédure, vol. 3, fasc. 126-1, 1996, 4 pages.
- **DESDEVISES** (Yvon) : « L'action en justice, recevabilité, conditions subjectives, intérêt », J.-Cl. Procédure, vol. 3, fasc. 126-2, 1996, 8 pages.
- **DESDEVISES** (Yvon) : « L'action en justice, recevabilité, conditions subjectives, qualité », J.-Cl. Procédure, vol. 3, fasc. 126-3, 1996, 18 pages.
- **DESDEVISES** (Yvon) : « L'action en justice, recevabilité, conditions de régularité de l'instance, capacité », J.-Cl. Procédure, vol. 3, fasc.126-4, 1997, 10 pages.

- **DESDEVISES** (Yvon) : « Les modes alternatifs de règlement des litiges », Justices 1995, p.343-351.
- **DESDEVISES** (Yvon) : « Justice et juridiction de proximité dans la loi du 9 septembre 2002 », Droit et procédures. La revue des huissiers 2003, mars-avril, n°2, p.68-74.
- **DRAGO** (Roland) : « Le conseil de la concurrence », JCP G 1987, I, 3 300.
- **DRAGO** (Roland) : « Compétence concernant les commissaires aux comptes et incompatibilité de la procédure de sanction pécuniaire avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », JCP G 2000, II, 10 408.
- **DRAI** (Pierre) : « Libres propos sur la médiation judiciaire », Etudes offertes à Pierre Bellet, p.123-127.
- **DUCOULOUX-FAVARD** (Claude) : « L'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme : actualité jurisprudentielle », LPA 1999, 15 janvier, n°11, p.5-8.
- **DUCOULOUX-FAVARD** (Claude) : « Où en est-on avec le contradictoire et l'impartialité dans les procès boursiers », LPA 2000, 3 janvier, n°1, p.12-14.
- **DUFOUR** (Olivia) : « L'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme : la COB revoit sa procédure de sanction », LPA 2000, 31 mars, n° 65, p.3-4.
- **DUFOUR** (Olivia) : « Quand les nouveaux « juges de paix » sèment la discorde », LPA 2002, 1er août, n°153, p.3-5.
- **DUPICHOT** (Jacques) : « La gratuité et le Droit », Gaz. Pal. 1999, 26 juin 1999, p.930-938.
- **EL-HAKIM** (Jacques) : « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats », RIDcomp. 1997, avril-juin, n°2, p.347-357, in Colloque de Damas, 5-8 octobre 1996, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », p.313-435.
- **ELVINGER** (André) : « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière d'endettement », RIDcomp. 1997, avril-juin, p.359-370, in Colloque de Damas, 5-8 octobre 1996, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », p.313-435.
- **ESTOUP** (Pierre) et **LECLERQ** (Raymond-Maxime) : « Les procédures d'urgence des Cours européennes d'arbitrage et de médiation de Paris et Versailles Ile de France », Gaz. Pal. 2000, 10-11 novembre, p.12-14.

- **FAGET** (Jacques) : « La juridicisation de la médiation », p.75-88, in Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, CHEVALIER (Pierre), DESDEVISES (Yvon), MILBURN (Philip) (sous la direction de), 287 pages.
- **FIN-LANGER** (Laurence), « Médiation et droit du contrat », LPA 2002, 26 août, n°170, p.16-20, in Numéro spécial, « La médiation en débat », 79 pages.
- **FLAUSS** (Jean-François) : « Vers une évolution du contentieux disciplinaire devant la juridiction ordinale », Gaz. Pal. 1982, Doctrine, p.338-341.
- **FLAUSS** (Jean-François) : « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux procédures arbitrales », Gaz. Pal. 1986, Doctrine, p.407-409.
- **FOMMERVAULT** de (Quitterie) : « La médiation, procédure d'exception », Banque magazine 2000, n° 617, septembre, p.18-20.
- **FLECHEUX** (Georges) : « Les procédures disciplinaires et la Convention européenne des droits de l'homme », Mélanges en l'honneur de Jean Claude Soyer, p.183-188.
- **FLECHEUX** (Georges) et **LAFARGE** (Philippe) : « La médiation », Mélanges offerts à Pierre Drai, p.301-309.
- **FOURGOUX** (Jean-Claude) : « Droit de la concurrence : l'enterrement au ralenti des ordonnances de 1945 et la métapsychose de la commission de la concurrence, un projet pour hier, une proposition pour demain », Gaz. Pal. 1985, Doctrine, p.522-527.
- **FRICERO** (Natalie) : « La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, un nouvel instrument de régulation de l'éthique du juge judiciaire », Mélanges Jean Buffet, p.229-239.
- **FRISON-ROCHE** (Marie-Anne) et **HAENEL** (Hubert) : « Le service public de la justice, conclusions ouvertes », p.183-194, in Le service public de la justice, GUIGOU (Elisabeth) *et alii,* 196 pages.
- **FRISON-ROCHE** (Marie-Anne) : « L'impartialité du juge », D. 1999, p.53-57.
- **FRISON-ROCHE** (Marie-Anne) : « Les autorités de régulation confrontées à la Convention européenne des droits de l'homme ; entretien avec Marie-Anne Frison-Roche », LPA 1999, 10 février, n°29, p.17-22.
- **FRISON-ROCHE** (Marie-Anne) : « Les offices du juge », Ecrits en hommage à Jean Foyer, p.463-476.

- **FRISON-ROCHE** (Marie-Anne) : « Les divergences de vue sur l'impartialité des autorités administratives », Le Monde 18 janvier 2000, p.18.
- **FRYDMAN** (Patrick) (dossier mis en forme par) : « Justice, médiation et équité », Colloque Droit et Démocratie, Paris, La documentation française, 1992, 66 pages.
- **GAONAC'H** (Arnaud) et **LE MOAL** (Roger) : « Transaction », Rép. proc. civ. Dalloz, 2000, 30 pages.
- **GARANDERIE** de la (Dominique) : « Le rôle de l'avocat dans la conciliation », Gaz. Pal. 1998, 4-6 octobre, p.17-18, in Numéro spécial « Les conciliateurs de justice. La conciliation, mode pratique de résolution des conflits », 43 pages.
- **GARAPON** (Antoine), « La démocratie à l'épreuve de la justice », p.43-54, Justices 2000, Dalloz, « Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans », 161 pages.
- **GARAY** (Alain) : « Le conciliateur à l'hôpital », Gaz. Pal. 1998, Droit de la santé, p.1437-1441.
- **GAUDEMET** (Yves) : « Arbitrage et droit public », Droit et Patrimoine 2002, juin, n°105, p.83-87, in Dossier « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage », p.51-103.
- **GAUDEMET** (Yves) : « Le médiateur est-il une autorité administrative ? A propos des rapports du médiateur et du juge administratif », Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier, p.117-130.
- **GERVAIS** (André) : « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, p.241-252.
- **GIRARDET** (Alain) : « L'équité du juge : si on levait le voile », Justices 1998, janvier-mars, n°9, « Justice et équité », p.1-5.
- **GIRARDOT-ROUHETTE** (Estelle) : « La mission du tiers dans les modes alternatifs de règlement des conflits : une mission aux contours incertains », p.33-70, in Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit, RACINE (Jean-Baptiste) (sous la direction de), 317 pages.
- **GIVERDON** (Claude) : « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », D. 1952, Chronique, p.85-88.
- **GODET** (Romain) : « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun : l'exemple des autorités de marché », RFDA 2002, septembre-octobre, Rubrique contentieux, p.957-967.

- **GOHIN** (Olivier) : « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », Droits 1989, n° 9, « La fonction de juger », p.93-105.
- **GOLDSMITH** (J-C) : « Petite et grande histoire du règlement ADR par la CCI », Gaz. Pal. 2001, spécial arbitrage, p.1758-1760.
- **GRANDJEAN** (Philippe) : « L'expérience d'un médiateur », Gaz. Pal. 1996, p.961-964, in Conférence de Lyon 26 septembre 1995, « La médiation. Une nouvelle approche pour le règlement des différends commerciaux et administratifs des entreprises », p. 951-964.
- **GREWE** (Constance) : « Procès équitable et justice constitutionnelle », p.53-65, in Variations autour d'un droit commun, dir. DELMAS-MARTY (Mireille) *et alii*, 485 pages.
- **GRIDEL** (Jean-Pierre) : « L'impartialité du juge dans la jurisprudence civile de la Cour de cassation », Mélanges Jean Buffet, p.241-253.
- **GRIGNON** (Philippe) : « L'obligation de ne pas agir en justice », Mélanges Christian Mouly, p.115-130.
- **GUIGOU** (Elisabeth) : « La justice au service du citoyen », p.11-27, in Le service public de la justice, GUIGOU (Elisabeth) *et alii,* 196 pages.
- **GUIHAL** (André) : « Conciliation et médiation administrative », Gaz. Pal. 1996, p.954-960, in Conférence de Lyon 26 septembre 1995, « La médiation. Une nouvelle approche pour le règlement des différends commerciaux et administratifs des entreprises », p. 951-964.
- **GUILLAUME-HOFNUNG** (Michèle) : « Réflexion sur la nature juridique de la COB », RDpubl. 1982, p.1343-1382.
- **GUILLAUME-HOFNUNG** (Michèle) : « La médiation hors du champ administratif. Son avenir », RFDA 1992, p.651-661.
- **GUILLAUME-HOFNUNG** (Michèle) : « La médiation », AJDA 1997, p.30-40, in Dossier « Les modes alternatifs de règlement des litiges », p.3-63.
- **GUILLEMIN** (Jean-François) : « Les situations de nature à nécessiter un recours aux ADR », Droit et Patrimoine 1999, décembre, n°77, p.50-56, in Dossier spécial, « Médiation et conciliation : de nouveaux horizons pour les professionnels du droit », p.35-71.

- **GUILLIEN** (Raymond) : « Retours sur quelques sujets d'acte juridictionnel et de chose jugée », Mélanges dédiés à Jean Vincent, p.117-136.
- **GUINCHARD** (Serge) : « L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaire du décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 », D. 1999, Chronique, p.65-70.
- **GUINCHARD** (Serge) : « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile », LPA 1999, 12 avril, n°72, p.4-20.
- **GUINCHARD** (Serge) : « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? », Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, p.139-173.
- **GUINCHARD** (Serge) : « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », p.1135-1211, in Clés pour le siècle (Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion), Université Panthéon-Assas / Paris II, Dalloz, 2000, 1818 pages.
- **GUINCHARD** (Serge) : « Vers une démocratie procédurales », p.91-130, Justices 2000, Dalloz, « Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans », 161 pages.
- **GUINCHARD** (Serge) : « Menaces sur la justice des droits de l'homme et les droits fondamentaux de procédure », Etudes offertes à Jacques Normand, p.209-218.
- **GUYOMAR** (Matthias) : « Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative. Le principe vu par le Conseil d'Etat », p.67-80, in Variations autour d'un droit commun, dir. DELMAS-MARTY (Mireille) *et alii*, 196 pages.
- **HEBRAUD** (Pierre) : « La loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil », D. 1946, Législation, p.333-348.
- **HEBRAUD** (Pierre) : « Observation sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et le développement des systèmes juridiques », Mélanges offerts à Pierre Raynaud, p.237-253.
- **HERON** (Jacques) : « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, p.131-147.
- **HILAIRE** (Jean) : « Grandeur ou servitude de la justice consulaire : la controverse de l'équité », Justices 1998, janvier-mars, n°9, « Justice et équité », p.39-52.
- **HOCQUET-BERG** (Sophie) : « L'activité délictueuse de la victime », Resp. civ. et assur. 2002, p.8-9.

- **HOCQUET-BERG** (Sophie) et **VIALLA** (François) : « Morceaux choisis sur les premiers grincements de la machine à indemniser les accidents médicaux », JCP E 2004, n°1 supplément du 11 mars 2004, Droit des entreprises de santé, p.18-25.
- **IDOT** (Laurence) : « L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français », RJcom.1996, Doctrine, p.6-17.
- **IDOT** (Laurence) : « Droit processuel économique », RGDP 1998, p.691-709.
- **JACOMET** (Thierry) et **CHEKARNA** (Fatima) : « La médiation, "mode de règlement conventionnel des litiges", son essor, ses avantages, sa pratique », Bull. Joly 1997, §376, p.1037-1042.
- **JEAMMAUD** (Antoine) : « Conflit, différend, litige », Droits 2001, n°34, « Mots de la justice », p.15-20.
- **JARROSSON** (Charles) : « Arbitrage et juridiction », Droits 1989, n°9, « La fonction de juger », p.107-117.
- **JARROSSON** (Charles) : « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », Rev. arb. 1989, p.573-607.
- **JARROSSON** (Charles) : « Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995 », Rev.arb. 1995, n°2, p.219-229.
- **JARROSSON** (Charles) : « Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction en matière administrative », Rev.arb. 1995, n°3, p.435-439.
- **JARROSSON** (Charles) : « Médiation et conciliation : définition et statut juridique », Gaz. Pal. 1996, p.951-953, in Conférence de Lyon 26 septembre 1995, « La médiation. Une nouvelle approche pour le règlement des différends commerciaux et administratifs des entreprises », p. 951-964.
- **JARROSSON** (Charles) : « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », RJcom. 1996, Doctrine, p.1-5.
- **JARROSSON** (Charles) : « L'arbitrage en droit public », AJDA 1997, p.16-24.
- **JARROSSON** (Charles) : « Les concessions réciproques dans la transaction », D. 1997, Chronique, p.267-273.
- **JARROSSON** (Charles) : « Modes alternatifs de règlement des conflits », Justices 1997, avril-juin, n°6, p.274-282.

- **JARROSSON** (Charles) : « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », RIDcomp. 1997, avril-juin, p.325-345, in Colloque de Damas, 5-8 octobre 1996, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », p.313-435.
- **JARROSSON** (Charles) : « Le régime juridique de la conciliation », Gaz. Pal. 1998, 4 et 6 octobre, p.10-12, in Numéro spécial « Les conciliateurs de justice, la conciliation, mode pratique de résolution des conflits », 43 pages.
- **JARROSSON** (Charles) : « La médiation et la conciliation ; essai de présentation », Droit et Patrimoine 1999, décembre, n°77, p.36-41, in Dossier « Médiation et conciliation : de nouveaux horizons pour les professionnels du droit », p.35-71.
- **JARROSSON** (Charles) : « Rapport de synthèse », JCP E 1999, supplément n°3, 14 octobre 1999, Cahiers de Droit de l'entreprise, p.34-35, in Colloque du 21 mai 1999, Centre de droit des affaires de Rennes, « L'arbitrage en questions (Chefs d'entreprise, comment organiser le règlement de vos litiges ?) », 35 pages.
- **JARROSSON** (Charles) : « Modes alternatifs de règlement des conflits », RGDP 1999, p.133-142.
- **JARROSSON** (Charles) : « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation », RGDP 1999, p.764-767.
- **JARROSSON** (Charles) : « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », JCP G 2001, I, 333.
- **JARROSSON** (Charles) : « Réflexion sur l'*imperium* », Etudes offertes à Pierre Bellet p.245-279.
- **JOLY-HURARD** (Julie) : « Le nouveau pouvoir d'injonction du juge en matière de conciliation judiciaire », D. 2003, Chronique, p.928-930.
- **JOLY-HURARD** (Julie) : « Médiation et conciliation », Rép. proc. civ. Dalloz, 1999, 48 pages.
- **KARILA DE VAN** (Juliana) : « Chose jugée », Rép. civ. Dalloz, 1996, 42 pages.
- **KAYSER** (Pierre) : « La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables », Justices 1996, janvier-juin, n°3, p.203-222.
- **KERNALEGUEN** (Francis) : « Choses jugées entre elles », Etudes offertes à Jacques Normand, p.261-274.

- **KHATCHADOURIAN** (Minas) : « L'arbitrage à deux vitesses existe-t-il ? », RJcom. 2002, p.212-218.
- **KITAMURA** (Ichiro) : « L'avenir de la justice conciliationnelle », Mélanges en hommage à François Terré, p.801-818.
- **KITAMURA** (Ichiro) : « Audiences de débats et de conciliation », Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, p.191-204.
- **KLAOUSSEN** (Paul) : « Réflexion sur la définition de la notion de juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », LPA 1993, 30 juillet, n°91, p.22-29.
- **KLEIN** (Théo) : « La fonction de juge », Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti, p.507-512.
- **KOERNING-JOULIN** (Renée) : « La notion européenne de tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme », Rev. sc. crim. 1990, p.765-774.
- **KOVAR** (Robert) : « La notion de juridiction en droit européen », *Liber amicorum* Jean Waline, p.607-628.
- **KRINGS** (E.) et **MATRAY** (L.) : « Le juge et l'arbitre », Revue de droit international et de droit comparé 1982, p.227-260, in Colloque du 18 mars 1982, « Juge et arbitre ».
- **LACHAUD** (Jacques) : « La médiation est-elle une solution ? », Gaz. Pal. 2003, Libres propos, p.4-5.
- **LACORDAIRE** (Colette) : « Le juge d'instance et le conciliateur de justice 20 ans après », Droit et Patrimoine 1999, décembre, n°77, p.48, in Dossier « Médiation et conciliation, de nouveaux horizons », p.35-71.
- **LAGARDE** (Xavier) : « Les effets de la transaction », Les cahiers de Droit et Procédure, Droit et procédure association des anciens avoués, Paris, in Colloque du 15 octobre 1999 « Médiation, négociation, transaction ».
- **LALIGANT** (Marcel) : « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », RDP 1971, p.43-82.
- **LALIVE** (Pierre) : « Le choix de l'arbitre », Mélanges Jacques Robert, p.353-363.
- **LAMBERT-FAIVRE** (Yvonne) : « La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. III – L'indemnisation des accidents médicaux », D. 2002, Chroniques doctrine, p.1367-1374.

- **LAMY** de (Bertrand) : « La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Crime organisé – Efficacité et diversification de la réponse pénale) », D.2004, Chroniques doctrine, 1ère partie, p.1910-1918.
- **LAMY** de (Bertrand) : « La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (suite et fin), D. 2004, Chroniques doctrine, 2ème partie, p.1982-1990.
- **LAPOULE** (Jean-Christophe) : « Une nouvelle autorité administrative indépendante : le Conseil de prévention et de lutte contre le dopage (Loi n°99-223 du 23 mars 1999 relative à la protection de la santé des sportifs et à la lutte contre le dopage) », Dr. adm. 2000, avril, n°4, p.8-12.
- **LATOURNERIE** (Dominique) : « Médiation et justice », Etudes et documents du Conseil d'Etat 1983-84, n°35, p.79-86.
- **LEBRETON** (Gilles) : « Y a-t-il un progrès du droit ? », D. 1991, Chronique, p.99-104.
- **LE FLOCH** (Paul) : « Comment choisir l'arbitrage ? », JCP Cahiers de Droit de l'entreprise 1999, n°3, p.13-16, in Colloque du 21 mai 1999, Centre de droit des affaires de Rennes, « L'arbitrage en questions (chefs d'entreprise, comment organiser le règlement de vos litiges ?) », 35 pages.
- **LE FOYER de COSTIL** (Huguette) : « Le rôle, la psychologie et la déontologie du médiateur », Les cahiers de Droit et Procédure, Droit et procédure association des anciens avoués, Paris, in Colloque du 15 octobre 1999 « Médiation, négociation, transaction ».
- **LE GALL** (Arnaud) : « Précisions sur la compétence de la Commission de régulation de l'électricité », D. Cahier droit des affaires 2002, 7 novembre, Chronique, p.2997-2998.
- **LE GARS** (Jean-Marc) : « Conciliation et médiation en matière administrative », AJDA 2000, Doctrine, p.507-512.
- **LEGER** (Philippe) : « De la nature de l'avocat général à la Cour de justice des communautés européennes », Mélanges en l'honneur de Jean Soyer, p.261-278.
- **LEMAIRE** (Philippe) : « Le statut du conciliateur de justice », Gaz. Pal. 1998, 4-6 octobre, p.14-17, in Numéro spécial « Les conciliateurs de justice. La conciliation, mode pratique de résolution des conflits », 43 pages.

- **LEMOULAND** (Jean-Jacques) : « La loi du 26 mai 2004 relative au divorce », D. 2004, Chroniques Doctrine, p.1825-1837.
- **LEMPEREUR** (Alain) : « Les techniques de médiation », Les cahiers de Droit et Procédure, Droit et procédure association des anciens avoués, Paris, in Colloque du 15 octobre 1999 « Médiation, négociation, transaction ».
- **LE NINIVIN** (Dominique) : « Matière et procédure gracieuses. Généralités », J.-Cl. Procédure, vol. 3, fasc. 115, 2003, 7 pages, (refondu par Yvon DESDEVISES et Jean-Marc LE MASSON).
- **LE NINIVIN** (Dominique) : « Matière et procédure gracieuses. Matière », J.-Cl. Procédure, vol.3, fasc 116, 2003, 22 pages, (refondu par Yvon DESDEVISES et Jean-Marc LE MASSON).
- **LE NINIVIN** (Dominique) : « Matière et procédure gracieuses. Procédure », J.-Cl. Procédure, vol. 3, fasc. 117, 2003, 17 pages, (refondu par Yvon DESDEVISES et Jean-Marc LE MASSON).
- **Les documents de travail du Sénat** : « Le plaider coupable », Série législation comparée, n° LC 122, mai 2003, 33 pages.
- **LEVEL** (Patrice) : « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, p.259-276.
- **LIBCHABER** (Rémy) : « Une nouvelle lutte pour le droit », RTDciv. 1999, n°4, in Sources du droit en droit interne, p.738-741.
- **LONGIN** (Claude) : « A propos du procès civil et des droits du justiciable », Gaz. Pal. 2002, Doctrine, p.1097-1100.
- **LOQUIN** (Eric) : « Législation : les métamorphoses de la clause compromissoire », RTDcom. 2001, p.642-647.
- **LOQUIN** (Eric) : « Les garanties de l'arbitrage », LPA 2003, 2 octobre, n°197, p.13-24, in Numéro spécial, « L'arbitrage : une question d'actualité », Institut de recherche en droit privé de la faculté de droit de Nantes, 15 mars 2002, 39 pages.
- **LORIEUX** (Alain) : « De la recherche préalable de l'accord à l'efficacité du procès civil », Gaz. Pal. 1996, Doctrine, p.1268-1272.
- **LORTHE** (Jean-Claude) : « Le contrôle administratif français des concentrations économiques », RDpubl. 1980, p.471-521.

- **LUCAS DE LEYSSAC** (Claude) : « Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ? », RJcom.1992, p.273-281.
- **LUCAS DE LEYSSAC** (Claude) et **GAVALDA** (Christian) : « Commentaire de la loi du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence. Fin ou levée de rideau ? », D. 1986, Chronique, p.185-196.
- **LYON-CAEN** (Arnaud) : « Sur la transaction en droit administratif », AJDA 1997, p.48-51, in Dossier spécial « Les modes alternatifs de règlement des litiges », 63 pages.
- **LYON-CAEN** (Arnaud) : « Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif », RIDcomp. 1997, avril-juin, n°2, p.421-425, in Colloque de Damas, 5-8 octobre 1996, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », p.313-435.
- **MAGENDIE** (Jean-Claude) : « L'exigence de qualité de la justice civile dans le respect des principes directeurs de l'*euro-procès.* La démarche parisienne », Mélanges Jean Buffet, p.319-333.
- **MANDELKERN** (Dieudonné) : « Le service public de la justice et ses moyens », p.123-135, in Le service public de la justice, E. GUIGOU *et alii*, 196 pages.
- **MARGUENAUD** (Jean-Pierre) : « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes à l'épreuve de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme », Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet, p.231-229.
- **MARINI** (Philippe) : « Arbitrage, médiation et marchés financiers », RJcom. 2000, p.155-177.
- **MARTEL** (Jean-Pierre) : « Quelles condition pour une médiation réussie ? », LPA 1999, 13 juillet, n°138, p.17-27, in Numéro spécial, colloque du 15 avril 1999, « Médiation comme mode de règlement des conflits dans la vie des affaires », p.3-36.
- **MARTIN** (Raymond) : « Les contradiction de la chose jugée », JCP G 1979, I, 2938.
- **MARTIN** (Raymond) : « La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence », JCP G 1990, I, 3469.
- **MARTIN** (Raymond) : « Un autre procès ou est-il interdit de rêver », RTDciv. 1994, p.557-562.
- **MARTIN** (Raymond) : « Un virus dans le système des défenses du nouveau Code de procédure civile », RGDP 1998, p.419-426.

- **MARTIN** (Raymond) : « Principes directeurs du procès », Rép. proc. civ. Dalloz, 2000, 32 pages.
- **MARTIN** (Raymond) : « L'action en justice : petite histoire d'un concept inutile », Droit et Procédures, La revue des huissiers de justice 2002, janvier-février, n°1, p.14-16.
- **MARTIN** (Raymond) : « Des juges qui battent en retraite », Gaz. Pal. 2002, Doctrine, p.1629-1631.
- **MATHIEU-BOUYSSON** (Marie-Elisabeth) : « La transmission de la clause compromissoire au cessionnaire de la créance », JCP G 2003, I, 116.
- **MATSOPOULOU** (Haritini) : « L'incidence d'une procédure collective sur l'exercice de l'action civile », JCP G 1998, I, 164.
- **MATTEI** (Jean-Pierre) : « Quel intérêt pour la justice commerciale ? », LPA 1999, 13 juillet, n°138, p.8-11, in Numéro spécial, colloque du 15 avril 1999, « Médiation comme mode de règlement des conflits dans la vie des affaires », p.3-36.
- **MAZEAUD** (Henri) : « La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile », D. 1954, Chronique, p.39-44.
- **MERGELIN** (Francis) : « Médiation et arbitrage : des convergences dans le règlement des différents ? », LPA 2002, n°170, p.10-15, in Numéro spécial, « La médiation en débat », 79 pages.
- **MESTRE** (Jacques) : « L'arbitrage mode utile de règlement des litiges », Droit et Patrimoine 2001, juin, n°94, p.32-34.
- **MEULDERS-KLEIN** (Marie-Thérèse) : « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale. Analyse comparative », RIDcomp. 1997, avril-juin, n°2, p.383-407, in Colloque de Damas, 5-8 octobre 1996, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », p.313-435.
- **MONTERAN** (Thierry) : « Le respect des clauses contractuelles de médiation », RJcom. 2003, mai, n°5, p.203-210.
- **MOREAU** (Bertrand) : « Comment s'exécute une sentence arbitrale », JCP E 1999, supplément n°3, 14 octobre 1999, Cahiers de Droit de l'entreprise p.10-15, in Colloque du 21 mai 1999, Centre de droit des affaires de Rennes, « L'arbitrage en questions (chefs d'entreprise, comment organiser le règlement de vos litiges ?) », 35 pages.

- **MOREAU** (Bertrand) : « La pratique de l'arbitre », RJcom. 1999, p.77-106, in « Le contrat au secours de l'entreprise (les modes contractuels de résolution des conflits) », Colloque de Deauville organisé les 12 et 13 juin 1999 par l'association Droit et Commerce, 175 pages.
- **MOREAU** (Jean-François) : « Qui a peur de la médiation ? », Gaz. Pal. 2001, Doctrine chronique, p.786-787.
- **MOUTOUH** (Hugues) : « La juridiction de proximité : une tentative attendue de déconcentration judiciaire », D. 2002, Chronique, p.3218-3223.
- **MOURRE** (Alexis) : « L'impact de la réforme de la clause compromissoire sur les litiges relatifs aux sociétés », Gaz. Pal. 2002, Doctrine, spécial arbitrage, p.1776-1781.
- **MOURY** (Jacques) : « De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* », Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, p.299-311.
- **MUNOZ** (Frédérique) : « Pour une logique de la conciliation », AJDA 1997, p.41-48, in Dossier spécial « Les modes alternatifs de règlement des litiges », p.3-63.
- **NGO** (Mai-Anh) : « La conciliation sportive obligatoire devant le Comité National olympique et sportif français », p.227-272, In Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit, Centre de recherche en droit économique, Université de Nice Sophia Antipolis, L'Hèrmes, Lyon, 2002, 317 pages.
- **NIBOYET** (Marie-Laure) : « Action en justice », Droits 2001, n°34, « Mots de justice », p.81-90.
- **NILS ROBERT** (Christian) : « Naissance d'une image : la balance de l'équité », Justices 1998, janvier-mars, n°9, « Justice et équité », p.53-64.
- **NEROT** (Chantal) : « Le mini-trial, procédure souple de règlements des conflits », LPA 1987, 21 octobre, n°126, p.33-34.
- **NORMAND** (Jacques) : « La composition et le fonctionnement des juridictions au regard de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme », RTDciv. 2000, p.618-628.
- **NORMAND** (Jacques) : « Principes directeurs du procès. L'office du juge. Introduction. Déclenchement et extinction de l'instance », J.-Cl. Procédure, fasc. 150, 1995, 9 pages.

- **NORMAND** (Jacques) : « Principes directeurs du procès. L'office du juge. Détermination des éléments de l'instruction. Les parties. L'objet du litiges », J.-Cl. Procédure, fasc. 151, 1995, 9 pages.
- **NORMAND** (Jacques) : « Principes directeurs du procès. L'office du juge. Fondement des prétention litigieuses », J.-Cl. Procédure, fasc 152, 1995, 36 pages.
- **OLIVIER** (Michel) : « La conciliation et la médiation judiciaire en matière civile (aspects anciens et actuels) », Gaz. Pal. 1996, Doctrine, p.1257-1267.
- **OPPETIT** (Bruno) : « Arbitrage, médiation et conciliation », Rev. arb. 1984, p.307-324.
- **OPPETIT** (Bruno) : « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », Justices 1995, janvier-juin, n°1, p.53-59.
- **OPPETIT** (Bruno) : « Justice étatique et justice arbitrale », Etudes offertes à Pierre Bellet, p.415-426.
- **PARC** du (Jean) : « La procédure d'arbitrage en droit interne français », RJcom. 2000, p.31-45, in Numéro spécial « Arbitrage. Droit de la concurrence. Approches française et tunisienne », Voyage d'études organisé par l'association Droit et Commerce du 23 octobre 1999, 102 pages.
- **PAILLUSSEAU** (Jean) : « L'arbitrage en droit ou en amiable composition », JCP E 1999, supplément n°3, 14 octobre 1999, Cahiers de Droit de l'entreprise, p.23-28, in Colloque du 21 mai 1999, Centre de droit des affaires de Rennes, « L'arbitrage en questions (chefs d'entreprise, comment organiser le règlement de vos litiges ?) », 35 pages.
- **PEKAR-LEMPEREUR** (Alain) : « Structuration et rôle du processus dans les compétences de médiation : le cas du notaire-médiateur », Droit et Patrimoine 1999, décembre, n°77, p.62-70, in Dossier « Médiation et conciliation : de nouveaux horizons pour les professionnels du droit », p.35-71.
- **PEKAR-LEMPEREUR** (Alain) : « Les techniques de médiation », Les cahiers de Droit et Procédure, Droit et procédure association des anciens avoués, Paris, in Colloque du 15 octobre 1999, « Médiation, négociation, transaction ».

- **PERCEROU** (Roger) : « Quel est le coût de l'arbitrage », JCP E 1999, supplément n°3, 14 octobre 1999, Cahiers de Droit de l'entreprise, p.18-22, in Colloque du 21 mai 1999, Centre de droit des affaires de Rennes, « L'arbitrage en questions (chefs d'entreprise, comment organiser le règlement de vos litiges ?) », 35 pages.
- **PERDRIAU** (André) : « Une action en justice peut-elle être déclarée à la fois irrecevable et mal fondée ? », JCP G 1998, I, 162.
- **PERDRIAU** (André) : « La fonction du juge est de juger », Gaz. Pal. 1999, Doctrine, p.531-532.
- **PERRIN** (Marie-Daphné) : « Conciliation-médiation », LPA 2002, 26 août, n°170, p.4-9, in Numéro spécial, « La médiation en débat », 79 pages.
- **PERROT** (Roger) : « Le rôle du juge dans la société moderne », Gaz. Pal. 1977, Doctrine, p.91-99.
- **PERROT** (Roger) : « Chose jugée », Rép. Proc. civ. Dalloz, 1978, 34 pages.
- **PERROT** (Roger) : « Justice de proximité : conciliation et médiation », R.proc 1995, n°1, avril, Chroniques, p.1-2.
- **PERROT** (Roger) : « L'arbitrage, une autre justice ? », LPA 2003, 2 octobre, n°197, p.32-39, in Numéro spécial, « L'arbitrage : une question d'actualité », Institut de recherche en droit privé de la faculté de droit de Nantes, 15 mars 2002, 39 pages.
- **PERROT** (Roger) : R.proc.2004, mai, Repères, p.3.
- **PLUYETTE** (Gérard) : « La médiation judiciaire en matière civile », Gaz. Pal. 1994, Doctrine, p. 1098-1111.
- **PLUYETTE** (Gérard) : « Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaire », Rev. arb. 1997, n°4, p.505-526.
- **PLUYETTE** (Gérard) : « La médiation judiciaire », Mélanges offerts Pierre Drai, p.463-472.
- **POLLET** (Diégo) : « Principe de contradiction et médiation », Gaz. Pal. 1999, Doctrine, p.683-687.
- **PRADEL** (Jean) : « Défense du plaidoyer de culpabilité. A propos du projet de loi sur les évolutions de la criminalité », JCP G 2004, Actualité, Aperçu rapide, 58.

- **RACINE** (Jean-Baptiste) : « L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits ? (Contribution à la définition du terme " alternatif ") », LPA 2001, 28 mai, n°105, p.16-18.
- **RACINE** (Jean-Baptiste) : « Les garanties de loyauté dans les modes alternatifs de règlement des conflits », p.71-96, in Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit, Centre de recherche en droit économique, Université de Nice Sophia Antipolis, L'Hèrmes, Lyon, 2002, 317 pages.
- **RAIMON** (Michaël) : « L'abus du droit d'action dans les litiges internationaux », JCP G 2000, I, 256.
- **REYMOND** (Claude) : « Réflexion sur quelques problèmes de l'arbitrage international. Faiblesses, menaces et perspectives », Mélanges en hommage à François Terré, p.787-799.
- **RIBS** (Jacques) : « L'accès au droit », LPA 1998, 26 juin, n°76, p.55-59, in Numéro spécial, « Pour une autre justice ; association droit et démocratie, Sénat, 21 janvier 1998 », 63 pages.
- **RIBS** (Jacques) et *alii* : « Pour mieux réparer les préjudices collectifs. Une "*class action*" à la française », Table ronde organisé par Droit et démocratie, Gaz. Pal. 2001, 28-29 septembre, Doctrine, p.1469-1481.
- **RICHER** (Laurent) : « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », AJDA 1997, p.3-9, in Dossier « Les modes alternatifs de règlement des litiges », p.3-63.
- **RIVIER** (Marie-Claire) : « La réforme de la clause compromissoire », LPA 2003, 2 octobre, n°197, p.26-31, in Numéro spécial, « L'arbitrage : une question d'actualité », Institut de recherche en droit privé de la faculté de droit de Nantes, 15 mars 2002, 39 pages.
- **ROBERT** (Christian-Nils) : « Naissance d'une image : la balance de l'équité », Justices 1998, janvier-mars, n°9, « Justice et équité », p.53-64.
- **ROCHEFOUCAULT** de la (Béatrice) : « La conciliation et l'accès au droit », Gaz. Pal. 1998, 4-6 octobre, p.19-20, in Numéro spécial « Les conciliateurs de justice. La conciliation, mode pratique de résolution des conflits », 43 pages.
- **RONDEAU-RIVIER** (Marie-Claire) : « Arbitrage. La sentence arbitrale », J.-Cl. Procédure, fasc. 1042, 1996, vol. 9, 28 pages, (refondu par Eric Loquin).

- **RONTCHEVSKY** (Nicolas) : « L'arbitrage et les baux commerciaux depuis la loi NRE », AJDI 2002, avril, p.270-275.
- **ROUHETTE** (Georges) : « L'ordre juridique processuel. Réflexion sur le droit du procès », Mélanges offerts à Pierre Raynaud, p.687-718.
- **ROUSSEAU** (Monique) : « Le juge d'instance et le conciliateur de justice dans le décret du 28 décembre 1998 », Droit et Patrimoine 1999, décembre, n°77, p.46-47, in Dossier « Médiation et conciliation : de nouveaux horizons pour les professionnels du droit », p.35-71.
- **ROZES** (Simone) : « Un profil nouveau pour les juges », Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, p.435-441.
- **RUELLAN** (François) : « Les modes alternatifs de règlement des conflits : pour une justice plurielle dans le respect du droit », JCP G 1999, I, 135.
- **SABOURIN** (Paul) : « Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle », AJDA 1983, Doctrine, p.275-295.
- **SALAS** (Denis) : « L'équité ou la part maudite du jugement », Justices 1998, janvier-mars, n°9, « Justice et équité », p.109-122.
- **SALAS** (Denis) : « Le procès », Droits 2001, n°34, « Mots de justice », p.29-38.
- **SALAS** (Denis) : « Le juge aujourd'hui », Droits 2001, n°34, « Mots de justice », p.61-71.
- **SALOMON** (Renaud) : « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière. Conformité aux garanties fondamentales », JCP G 2000, I, 264.
- **SAUVE** (Jean-Marc) : « La justice dans la théorie française du service public », p.65-78, in Le service public de la justice, GUIGOU (Elisabeth) *et alii,* 196 pages.
- **SERINET** (Yves-Marie) : « La qualité du défendeur », RTDciv. 2003, avril-juin, n°2, p.203-227.
- **SERVERIN** (Evelyne) : « Le médiateur civil et le service public de la justice », RTDciv. 2003, avril-juin, n°2, p.229-246.
- **SIRE-MARIN** (Evelyne) : « L'inquiétude de professionnels du monde judiciaire devant la création des "juges de proximité" », D. 2002, Point de vue, p.3275-3276.
- **SOTO** de (Jean) : « La notion de juridiction (A propos du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz) », D. 1956, Chronique, p.45-50.

- **STASI** (Mario) : « Pourquoi l'arbitrage », », JCP E 1999, supplément n°3, 14 octobre 1999, Cahiers de Droit de l'entreprise, p.2-7, in Colloque du 21 mai 1999, Centre de droit des affaires de Rennes, « L'arbitrage en questions (Chefs d'entreprise, comment organiser le règlement de vos litiges ?) », 35 pages.
- **STASIAK** (Frédéric) : « Autorités administratives indépendantes (AAI) », Rép. pén. Dalloz, février 2004, 36 pages.
- **STIRN** (Bernard) : « Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation », AJDA 1990, Doctrine, p.591-594, in Dossier « Juridiction administrative et juridiction judiciaire, 200 ans après la loi de 1790 », p.579-600.
- **SUDRE** (Frédéric) : « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », JCP G 2001, I, 335.
- **SUDRE** (Frédéric) : « Le droit à un procès équitable, " hors les juridictions ordinaires " », Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, p.205-220.
- **TAORMINA** (Gilles) : « Brèves remarques sur quelques difficultés pratiques rencontrées dans le cadre de la procédure d'exequatur des transactions de l'article 1441-4 du nouveau Code de procédure civile », D. 2002, Doctrine, p.2353-2358.
- **TARABEUX** (Xavier) : « La pratique de la médiation judiciaire devant la Cour d'appel de Paris », Droit et Patrimoine 1999, décembre, n°77, p.42-45, in Dossier « Médiation et conciliation : de nouveaux horizons pour les professionnels du droit », p.35-71.
- **TEITGEN** (Francis) : « La médiation : déjudiciarisation ou reconnaissance d'un "droit au droit" », Les cahiers de Droit et Procédure, Droit et procédure association des anciens avoués, Paris, in Colloque du 15 octobre 1999 « Médiation, négociation, transaction ».
- **TEYNIER** (Eric) : « Régler les litiges commerciaux grâce à l'arbitrage », Option finance 2003, 10 juin, n°740, et 11 juin, n°741.
- **THERY** (Philippe) : « La justice entre l'exigence de la durée et la contrainte de l'urgence », Droits 1999, n°30, « Temps, interprétation et droit », p.89-95.
- **THOMASSET-PIERRE** (Sylvie) : « Création de l'Autorité des marchés financiers. Commentaire de la loi du 1er août 2003 et du décret du 21 novembre 2003 », D. 2003, Cahier droit des affaires, Chroniques doctrine, p.2951-2958.

- **THOMASSET-PIERRE** (Sylvie) : « L'autorité des marchés financiers (AMF) quelques aspects procéduraux », R.proc. 2003, décembre, Chronique, n°14, p.3-5.
- **THOURET** (Sylvain) : « Les mécanismes procéduraux issus de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce », R.proc. 2004, juin, Etudes, n°8, p.6-12.
- **TIMSIT** (Gérard) : « Le concept de procès équitable ou la place du tiers en droit entre zéro et l'infini », p.25-42, in Variations autour d'un droit commun, dir. Mireille Delmas-Marty *et alii*, 485 pages.
- **TIMSIT** (Jean) : « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », Gaz. Pal. 2001, spécial « Les cahiers de l'arbitrage », p.1773-1782.
- **TRUCHE** (Pierre) : « Eléments pour une réforme en perspective du service public de la justice », p.175-180, in Le service public de la justice, GUIGOU (Elisabeth) *et alii*, 196 pages.
- **TRUCHET** (Didier) : « La justice comme service public », p.31-45, in Le service public de la justice, GUIGOU (Elisabeth) et *alii,* 196 pages.
- **TUDELA** (Roger) : « Pour un déplacement du lieu de règlement des conflits en amont de l'institution judiciaire. La conciliation préalable », Gaz. Pal. 1996, Doctrine, p.696-698.
- **ULLMO** (Yves) : « La conciliation avant tout », Banque magazine 2000, septembre, n°617, p.33-35.
- **VAISSIERE** de la (François) : « Vous avez dit...impartial ? », Gaz. Pal. 2003, Doctrine, p.1530-1532.
- **VALETTE** (Bernard) : « Quelles perspectives pour la médiation », LPA 1999, 13 juillet, n°138, p.12-17, in Numéro spécial, colloque du 15 avril 1999, « Médiation comme mode de règlement des conflits dans la vie des affaires », p.3-36.
- **VAN COMPERNOLLE** (Jacques) : « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les effectivités d'un droit processuel autonome », Etudes offertes à Jacques Normand, p.471-483.
- **VARAUT** (Jean-Marc) : « La médiation ou la justice non violente », Gaz. Pal. 1994, Doctrine, p.1094-1098.
- **VATIER** (Bernard) : « La justice est-elle un service public ? », Mélanges offerts Pierre Drai, p.141-147.

- **VERICEL** (Marc) : « Pour une véritable justice de proximité en matière civile », JCP G 2003, I, 114.
- **VERIN** (Jacques) : « Le règlement extra-judiciaire des litiges », Rev. sc. crim. 1982, n°1, p.171-183.
- **WALINE** (Marcel) : Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, préface de la première édition 1978, p.XI-XIX in Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc).
- **WIEDERKEHR** (Georges) : « De la distinction des actes juridictionnels et non juridictionnels », Justices 1995, janvier-juin, n°1, p.246-248.
- **WIEDERKEHR** (Georges) : « Limites de l'autorité de la chose jugée », Justices 1995, juillet-décembre, n°2, p.288-291.
- **WIEDERKEHR** (Georges) : « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », Mélanges offerts à Pierre Hébraud, p.949-958.
- **WIEDERKEHR** (Georges) : « Qu'est-ce qu'un juge ? », Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, p.575-586.
- **WIEDERKEHR** (Georges) : « L'évolution de la justice gracieuse », Mélanges offerts à Pierre Drai, p.483-491.
- **WIEDERKEHR** (Georges) : « Sens, signifiance et signification de l'autorité de chose jugée », Etudes offertes à Jacques Normand, p.507-518.
- **WOOG** (Jean-Claude) : « Les mérites des modes alternatifs de règlement des conflits : la pratique de l'amour obligé et les risques de l'acharnement conciliatoire », Gaz. Pal. 1999, Doctrine, p.10-14.

V. NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS

- **ANCEL** (Pascal) et **COTTIN** (Marianne) : « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation et de médiation », note sous l'arrêt de la Chambre mixte du 14 février 2003, *M. Poiré c/ M. Tripier et a.*, D. 2003, Jurisprudence, p. 1386-1391.
- **ANDRIANSIMBAZOVINA** (Joël) **LABAYLE** (Henri) et **SERMET** (Laurent) : « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », RFDA 1998, p.1203-1222.
- **AUTIN** (Jean-Louis) et **SUDRE** (Frédéric) : « La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat en question devant la Cour européenne des droits de l'homme ; à propos de l'arrêt *Procola c/ Luxembourg* du 28 septembre 1995 », RFDA 1996, p.777-796.
- **AUTIN** (Jean-Louis) et **SUDRE** (Frédéric) : « Juridiquement fragile, stratégiquement correct », RDFA 2001, septembre-octobre, p.1000-1018, in Dossier « Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable [L'arrêt *Kress* de la CEDH du 7 juin 2001] », p.991-1018.
- **AVENA-ROBARDET** (Valérie) : Observations sous CE 29 novembre 1999, « La commission bancaire doit respecter le principe de publicité des audiences », D. Cahier droit des affaires 2000, n°4, p.52-53.
- **AZIBERT** (Michel) et **BOISDEFFRE** (Martine) : « Chronique générale de jurisprudence », AJDA 1987, p.332-340.
- **BEGUIN** (Jacques) : Note sous TGI Paris, ord. réf., 8 octobre 2002, *SARL Euroconsultaudit c/ Thomann et Windenberger Jenner ès qual.*, JCP G 2003, I, 164, n°1.
- **BENOIT-ROMMER** (Florence) : Note sous l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 septembre 1995 *Procola c/ Grand Duché du Luxembourg*, D. 1996, Jurisprudence, p.301-305.
- **BLANCHARD** (Bernard) : « La procédure disciplinaire des avocats à l'épreuve de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme », note sous Civ. 1ère 5 octobre 1999 (*n°97-15.277 et 96-19.291*), D. 2000, Jurisprudence, p.312-314.

- **BOIZARD** (Martine) : « La procédure devant la COB condamnée par la Cour de cassation pour violation du principe d'impartialité », note sous Ass. plén. 5 février 1999, *COB c/ Oury,* D. Aff. 1999, p.410-411.
- **BON-GARCIN** (Isabelle) : Note sous l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 5 février 1999, *COB c/ Oury*, D. 1999, Sommaire, p.249-250.
- **BORE** (Louis) : Note sous Com. 1er décembre 1998, *Sté BDDP et a. c/ Fédération nationale de la Fourrure et a.* et 19 janvier 1999, *Association professionnelle de lamanage des ports français c/ Sté Hoverspeed*, D. 1999, Jurisprudence, p.331-334.
- **BREILLAT** (Jean-Christophe) : Observations sous CA Paris 8 avril 2003, *Fédération française de handball c/ Club Livry-Gargan handball*, D. 2003, Jurisprudence Sommaires commentés, p.2537.
- **BURGELIN** (Jean-François) : « Quand le juge des référés prend parti », conclusions du procureur général près la Cour de cassation sous Ass. Plén. 6 novembre 1998, *Sté Bord Na Mona c/ SA Norsk hydro azote* et *Guillotel c/ Sté Castel et Fromaget*, D. 1999, Jurisprudence, p.1-7.
- **CADOU** (Eléonore) : « La participation des rapporteurs au délibéré du conseil de la concurrence est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme » (Com. 5 octobre 1999, *SNC Campenon Bernard SGEC/ Ministre de l'économie*), JCP G 2000, II, 10 255.
- **CHABAS** (François) : Note sous Crim. 17 octobre 2000 (*n°99-86.157*), Revue juridique Personnes et Famille 2001, février, n°2, p.26-27.
- **CHABOT** (Gérard) : « Exigence d'impartialité du juge et faculté de récusation : la subsidiarité de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme », note sous l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 novembre 2000, *Mme Delpech c/ Sté Delpech et fils*, LPA 2001, 11 mai, n°94, p.16-20.
- **CHABOT** (Gérard) : « Amiable composition : l'arbitre doit s'expliquer sur la conformité de l'application de la règle de droit à l'équité », note sous Civ. 2ème 15 février 2001, *Halbout et a. c/ Epoux Hanin*, JCP G 2002, II, 10 038.
- **CHEVALLIER** (Jacques) : Note sous la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 n° 86-224 DC, AJDA 1987, Jurisprudence, p.345-350.

- **CHEVRIER** (Eric) : « Conseil de la concurrence, mesures conservatoires et procès impartial », note sous Com. 9 octobre 2001 *Société Unibéton c/ Société Béton travaux*, D. 2001, Actualité jurisprudentielle, p.3505-3531.
- **CLAY** (Thomas) : Observations sous CA Paris 16 janvier 2003, *Sté Intelcam c/ Sté France Télécom*, D. 2003, Jurisprudence, Sommaires Commentés, p.2479-2480.
- **COMBREXELLE** (Jean-Denis) : « Le principe d'impartialité et les autorités de régulation », conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 décembre 1999, *Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, RFDA 2000, mai-juin, p.574-583.
- **COURBE** (Patrick) : Note sous Civ. 1ère 16 mars 1999, *Etat du Qatar c/ Sté Creighton Limited*, D. 1999, Jurisprudence, p.497-500.
- **CROZE** (Hervé) : Note sous Ch. Mixte 14 février 2003, *M. Poiré c/ M. Tripier et a.*, R.proc.2003, avril, n°96, p.22-23.
- **DEGOS** (Louis) : « La Cour de cassation consacre l'autonomie de la clause compromissoire en droit français de l'arbitrage interne », note sous Civ. 2ème 4 avril 2002, *Sté Barbot CM c/ Sté Bouygues bâtiment* et Com. 9 avril 2002, *Toulousy c/ Sté Philam*, D. 2003, Jurisprudence, p.1117-1123.
- **DEYGAS** (Serge) : « Le rôle du commissaire du gouvernement devant les juridictions administratives françaises confronté à la notion de procès équitable », commentaire sous CEDH 7 juin 2001, *Kress c/ France*, R.proc. 2001, novembre, n°223, p.18-20.
- **DONNEDIEU de VABRES** (Jean) : Conclusions sous CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, Gaz. Pal. 1953, Jurisprudence, p.300-303.
- **DRAGO** (Roland) : « Compétence concernant les commissaires aux comptes et incompatibilité de la procédure de sanction pécuniaire avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », note sous CA Paris 7 mars 2000, *Société KPMG Fiduciaire de France*, JCP G 2000, II, 10 408.
- **DUCOULOUX-FAVARD** (Claude) : « Remarques à propos de l'affaire *Oury* (C.cass. Ass. plén. 5 février 1999) », D. Aff. 1999, 25 février, n°150, p.317, entretien réalisé par Alain LIENHARD.
- **DUCOULOUX-FAVARD** (Claude) : « La COB et les droits de l'homme (à propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 5 février 1999) », LPA 1999, 10 février, n°29, p.14-16.

- **DUCOULOUX-FAVARD** (Claude) : « Les autorités administratives indépendantes et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme : actualité jurisprudentielle », LPA 1999, 15 octobre, n°206, p.4-10.
- **DUBOIS** (Louis) : Note sous CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, RTDeuro. 1979, p.169-180.
- **DUFAU** (Jean) : Note sous CE 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes (AREA)*, AJDA 1989, Jurisprudence, p.391-393.
- **EISENMANN** (Charles) : Note sous CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, D. 1953, Jurisprudence, p.683-687.
- **FAGES** (Fabrice) : « Application dans le temps du nouveau régime de la clause compromissoire », note sous TGI Paris, ord. réf., 8 octobre 2002, *SARL Euroconsultaudit c/ Thomann et Windenberger Jenner ès qual.*, JCP G 2004, II, 10 014.
- **FOURGOUX** (Jean-Claude) : « Est-ce contraire au principe de l'égalité des armes prévu par la Convention européenne des droits de l'homme la participation des rapporteurs au délibéré de la décision du Conseil de la concurrence (Cour d'appel Paris 15 juin 1999, *SA Canal Plus c/ SNC Télévision par satellite*) », JCP G 2000, II, 10 254.
- **FOURGOUX** (Jean-Claude) : « La participation du rapporteur au délibéré de la décision du Conseil de la concurrence est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme » (Cour de cassation, Chambre commerciale 5 octobre 1999, *SNC Campenon Bernard SGE c/ Ministre de l'économie*), JCP E 1999, p.2016-2018.
- **FRADIN** (Olivier) : Note sous Civ. 3ème 19 février 2003, *Sté immobilière de l'industrie hôtelière de Paris*, R.proc. 2003, avril, Commentaires, n°94, p.20-21.
- **GENEVOIS** (Bruno) : Conclusions sous CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, RTDeuro. 1979, p.157-168.
- **GENEVOIS** (Bruno) : « Réconfortant et déconcertant », note sous CEDH 7 juin 2001, *Kress*, RFDA 2001, septembre-octobre, p.991-999, in Dossier « Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable [L'arrêt *Kress* de la CEDH du 7 juin 2001] », p.991-1018.

- **GERMAIN** (Michel) et **FRISON-ROCHE** (Marie-Anne) : Note sous Com. 9 avril 1996, *Haddad,* et Com. 18 juin 1996, *M. Conso*, Revue de droit bancaire et de la bourse 1996, p.177.
- **GOYET** (Charles) : « Remarques sur l'impartialité du tribunal », note sous CEDH 6 juin 2000, *Morel c/ France*, §40 à 49, D. 2001, Chroniques doctrine, p. 328-331 et p.339-340.
- **GUINCHARD** (Serge) : Note sous Com. 25 octobre 1983 *Epoux Lejeune c/ Lefranc et autres*, Gaz. Pal. 1984, Sommaire, p.65.
- **GUINCHARD** (Serge) : « L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire. (A propos de quelques décisions rendues en 1996) », Rev. arb. 1997, p.185-198.
- **GUYOMAR** (Mattias) et **COLLIN** (Pierre) : « Droits fondamentaux : applicabilité de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CE 3 décembre 1999, trois arrêts : *M. Didier ; M. Léríche c/ Conseil national de l'ordre des médecins ; Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf et GIE Fédéral Service*) », AJDA 2000, Doctrine, p.126-136 et p.172-176.
- **GUYOMAR** (Mattias) et **COLLIN** (Pierre) : Chronique générale de jurisprudence administrative française, Conseil d'Etat 23 février 2000 *Société Labor Métal*, AJDA 2000, Doctrine, p.404-410 et p.464.
- **HEBRAUD** (Pierre) et **RAYNAUD** (Pierre) : « Notion de juridiction et nature de l'acte juridictionnel », obs. sous CE 31 juillet 1948, *Cie industrielle des pétroles de l'Afrique du Nord*, RTDciv. 1948, p.498-499, n°2.
- **HEBRAUD** (Pierre) et **RAYNAUD** (Pierre) : « De l'intérêt et du droit dans l'action en justice ; à propos de l'action en nullité d'une décision irrégulière du comité d'entreprise, exercée par les membres de l'entreprise », obs. sous Soc. 9 janvier 1954, RTDciv. 1954, p.343-345, n°2.
- **JARROSSON** (Charles) : Note sous Com. 28 novembre 1995, *Peyrin et a. c/ Sté Polyclinique des Fleurs*, Rev. arb. 1996, n°4, p.613-619.
- **JOURDAIN** (Patrice) : « La victime indigne ou en situation illicite peut-elle encore prétendre à l'indemnisation de son dommage ? », note sous Civ. 1ère 17 novembre 1993, *Groupe Drouot c/ Rumeau et a.*, RTDciv. 1994, p.115-118.
- **JAPIOT** (René) : Jurisprudence française en matière de procédure civile, RTDciv. 1912, p.1043-1050.

- **KENFACK** (Hugues) : « Le juge n'a pas le pouvoir de modifier les termes de la transaction pour dol ou pour fait nouveau », note sous Civ. 1ère 17 décembre 2002, *Sieurac c/ CRCAM Charente-Périguord*, JCP G 2003, II, 10 081.
- **KENFACK** (Hugues) : « Première application jurisprudentielle de l'article 1441-1 du nouveau Code de procédure civile à la force exécutoire des transactions extra judiciaires », note sous CA Paris 26 septembre 2003, *Leforestier c/ Sztulman*, D. 2004, Jurisprudence Commentaires, p.1042-1045.
- **LACAMP-LEPLAE** (Odile) : « L'intérêt à agir en justice : droit commun et procédures collectives », note sous Soc. 31 janvier 2001, *Laurent c/ Galivel*, D. 2001, Jurisprudence, p.2404-2405.
- **LAMAZEROLLES** (Eddy) : « Irrégularité de l'action en justice de la société en formation », note sous Com. 30 novembre 1999, *Progressif c/ Ugo*, D. 2000, Jurisprudence, p.627-630.
- **LAMBERT** (Christian) : Note sous CAA Paris 21 octobre 1999, *Territoire de la Polynésie française*, AJDA 2000, Doctrine, p.233.
- **LASCOMBE** (Michel) et **VION** (Daniel) : Note sous CE Ass. 14 février 1996 *Maubleu*, JCP G 1996, II, 22 669.
- **LASSERRE** (Bruno) et **TIBERGHIEN** (Frédéric) : Chronique générale de jurisprudence administrative française, observations sous CE 10 juillet 1981, *Rétail*, AJDA 1981, Doctrine, p.467-470.
- **LEVEL** (Patrice) : Observations sous CE 3 mars 1989, *Sté des autoroutes de la région Rhône-Alpes (AREA)*, JCP G 1989, II, 21 323.
- **L'HUILLIER** (Jean) : Note sous CE Ass. 27 mai 1955, *Electricité de France*, D. 1956, Jurisprudence, p.308-312.
- **MAGNIER** (Véronique) : « La notion de justice impartiale. A la suite de l'arrêt *Oury*, Cass. Ass. plén. 5 février 1999 », JCP G 2000, I, 252.
- **MAHINGA** (Jean-Grégoire) : « La transaction en droit public (A propos de l'avis de l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002) », LPA 2003, 16 juin, n°119, p.12-19.
- **MARTIN** (Raymond) : Note sous Civ. 1ère 23 mai 2000, *P. c/ Proc. gén. près CA Besançon et a.*, JCP G 2000, II, 10 400.

- **MATSOPOULOU** (Haritini) : « Nécessité de séparer les fonctions d'instruction et de jugement », note sous Ass.plén. 5 février 1999, *COB c/ Oury*, JCP G 1999, II, 10 060.
- **MESTRE** (Jacques) : « L'arbitre amiable compositeur doit avoir le droit...équitable », note sous Civ. 2ème 15 février 2001, *Halbout et a c/ Epoux Hanin*, Droit et Patrimoine 2001, mai, n°93, p.122-123.
- **MESTRE** (Jacques) et **FAGES** (Bertrand) : « La clause de conciliation a-t-elle pour effet de rendre irrecevable l'action en justice ? », note sous Civ. 2ème 6 juillet 2000, *Sté Polyclinique des fleurs c/ M. Peyrin et a.* et Civ. 1ère 23 janvier 2001, *Clinique du Morvan c/ Vermuseau*, RTDciv. 2001, avril-juin, p.359-360, n°6.
- **MESTRE** (Jacques) et **FAGES** (Bertrand) : « Conciliation au plus haut niveau en faveur...des clauses de conciliation », note sous Ch. mixte 14 février 2003, *M. Poiré c/ M.Tripier et a.*, RTDciv. 2003, avril-juin, p.294-295, n°9.
- **MOREAU** (Bertrand) et **SIHVOLA** (Sani) : « L'application dans le temps de la loi NRE en matière d'arbitrage », note sous TGI Paris, ord. réf., 8 octobre 2002, *SARL Euroconsultaudit c/ Thomann et Windenberger Jenner ès qual.*, D. 2003, Jurisprudence, p.1928-1931.
- **POULET** (Laurent) : « Procédure d'indemnisation amiable et droit d'accès au juge : le cas de la loi de 1985 », note sous Civ. 2ème 9 octobre 2003, *Mutuelle des motards c/ Poulain*, D. 2004, Jurisprudence Commentaires, p.371-374.
- **PRADEL** (Xavier) : « Cession de créance et transfert de la clause compromissoire (A propos de l'arrêt Civ. 2ème 20 décembre 2001) », *Sté Quille Le Trident c/ Sté CEE Euro Isolation*, D. 2003, Chroniques doctrine, p.569-574.
- **PENNEAU** (Jean) : « Quelle autorité donner aux clauses de conciliation figurant dans les contrats d'exercice médical ? », note sous Civ. 2ème 6 juillet 2000 (*Société Polyclinique des fleurs c/ Peyrin*) et Civ. 1ère 23 janvier 2001, (*Société Clinique du Morvan c/ Mme Vermuseau)*, D. 2001, Jurisprudence sommaires commentés, p.3088.
- **PERROT** (Roger) : Note sous Civ. 3ème 9 octobre 1996, *Eurofis c/ Maulin immobilier*, R.proc. 1996, décembre, Commentaires, n°348, p.7.
- **PERROT** (Roger) : Note sous Com. 17 juin 2003, *Godonier et a. c/ Cité des Antiquaires*, R.Proc. 2003, octobre, Commentaires, n°213, p.9-10.
- **PERROT** (Roger) : Note sous Civ. 1ère 27 janvier 2004, R.proc. 2004, mars, Commentaires, n°47, p.7-8.

- **P. F.** et **J.-G. M.** : Note sous CA Paris 13 décembre 1995, *Me X... c/ Conseil de l'Ordre des avocats*, Gaz. Pal. 1996, Jurisprudence, p.38-40.
- **P.M.** : « L'arrêt de l'Assemblée plénière du 5 février 1999 relatif à la procédure de sanction observé par la COB », *COB c/ Oury*, LPA 1999, 10 février, n°29, p.3-13.
- **PUTMAN** (Emmanuel) : Note sous Com. 7 décembre 1993, *SA Jules Roy c/ SA Belani et a.*, JCP G 1994, II, 22 285.
- **PUTMAN** (Emmanuel) : « Une association peut agir contre une publication portant atteinte aux sentiments religieux de ses membres », note sous Civ. 1ère 14 novembre 2000 (*n°99-10.778*), Revue juridique Personnes et Famille 2001, mars, n°3, p.13-14.
- **REIFEGERSTE** (Stephan) : « L'autonomie, en droit interne de l'arbitrage, de la clause compromissoire par rapport au contrat dit principal », note sous Civ. 2ème 4 avril, 2002 *SA Barbot CM c/ Société Bouygues Bâtiment et a.* et Com. 9 avril 2002, *Toulousy c/ SNC Philam*, JCP G 2002, II, 10 154.
- **ROLLAND** (Patrice) : Note sous CEDH 10 février 1983, *Albert et Le Compte*, Série A, n°58, JDI 1985, p.212-214.
- **ROLLAND** (Patrice) : Note sous CEDH 26 octobre 1984, *De Cubber*, Série A, n°86, JDI 1986, p.1072-1074.
- **ROLLIN** (Frédéric) : Note sous CEDH 7 juin 2001, *Kress c/ France*, AJDA 2001, Actualité jurisprudentielle, p.675-684.
- **ROUL** (Anne-Françoise) : « La publicité des débats devant les juridictions universitaires », Concl. Sous CE 3 novembre 1999, *M. Zurmely*, RFDA 2000, septembre-octobre, p.1079-1083.
- **SAINT-ROSE** (Jerry) : « Régularité de la composition du Conseil de l'Ordre des avocats statuant en matière disciplinaire », conclusions sous Civ. 1ère 5 octobre 1999, deux arrêts, *C. / Proc. gén. près CA Basse-Terre*, et *D. c/ Proc. gén. près CA Douai*, JCP G 1999, II, 10 203.
- **SAINTE-ROSE** (Jerry) : « La représentation en justice des associations », conclusions sous Civ. 1ère 19 novembre 2002, *Association des opticiens du Cher c/ Mutuelle du Cher*, D. 2003, Jurisprudence, p.21-22.
- **SALOMON** (Renaud) : Note sous CE 22 novembre 2000, *Sté Crédit Agricole Indosuez Chevreux*, JCP G 2001, II, 10 531.

- **SANSON** (Marc) : « Les règles du procès équitable et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », conclusions sous CE Ass. 14 février 1996, *Maubleu*, RFDA 1996, p.1186-1194.
- **SARGOS** (Pierre) : Note sous Civ. 1ère 23 mai 2000 *M.P.*, AJDA 2000, n°9, p.762-764.
- **SEBAN** (Alain) : Conclusions sous CE 23 février 2000, *Société Labor Métal et autres*, RFDA 2000, mars-avril, p.435-451.
- **SEBAN** (Alain) : « Le principe d'impartialité et les autorités de régulations. Le cas du Conseil des marchés financiers », conclusions sous CE 3 décembre 1999, *Didier*, RFDA 2000, mai-juin, p.584-600.
- **SERAGLINI** (Christophe) : Note sous Civ. 2ème 4 avril 2002, *Société Barbot c/ Société Bouygues* et Com. 9 avril 2002, *Toulousy c/ Société Philam*, JCP G 2003, I, 105, n°2.
- **SERAGLINI** (Christophe) : Note sous CA Paris 28 novembre 2002, *Société Voith Turbo c/ SNCFT*, JCP G 2003, I, 164, n°3.
- **SERAGLINI** (Christophe) : Note sous Ch. Mixte 14 février 2003, *M. Poiré c/ M. Tripier et a.*, JCP G 2003, I, 164, n°9.
- **SERRA** (Yves) : « La notion de parties à l'action en concurrence déloyale », note sous Com. 30 mai 2000, *Société Europe Sailing c/ Association Europe nautisme*, D.2001, Jurisprudence, p.2587-2590.
- **SOLER** (Stéphanie) : « Du caractère "équitable" de la procédure devant la Cour de cassation », note sous CEDH 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France*, JCP G 1999, II, 10 074.
- **SUBRA DE BIEUSSES** (Pierre) : Note sous CE 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Ltd*, AJDA 2000, Jurisprudence, p.1071-1076.
- **SUDRE** (Frédéric) : « La participation du commissaire du gouvernement au délibéré du Conseil d'Etat viole l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme », note sous CEDH 7 juin 2001, *Kress c/ France*, JCP G 2001, II, 10 578.
- **TARVERNIER** (Paul) : Note sous CEDH 1er octobre 1982, *Piersack*, Série A, n°30, JDI 1985, p.210-212.
- **TARVERNIER** (Paul) : Note sous CEDH 22 octobre 1984, *Sramek*, Série A, n°84, JDI 1986, p.1069-1071.

- **VELARDOCCHIO** (Dominique) : Note sous Civ. 3ème 9 octobre 1996, *Eurofis c/ Société Maulin immobilier*, RJcom. 1998, p.16-19.
- **VIZIOZ** (Henry) et **RAYNAUD** (Pierre) : Jurisprudence française en matière de procédure civile, RTDciv. 1948, p.94-97.
- **WIEDERKEHR** (Georges) : Note sous Civ. 1ère 17 octobre 1995, *M. Aguilar c/ Crédit Mutuel*, Justices 1996, n°4, juillet-décembre, p.266.

VI. DÉCISIONS DE JURISPRUDENCE CITÉES

– Décisions de la Cour de cassation :

- Soc. 9 janvier 1954, RTDciv. 1954, p.343-345, n°2.
- Com. 25 octobre 1983, *Epoux Lejeune c/ Lefranc et autres*, Gaz. Pal. 1984, Sommaire, p.65.
- Civ. 1ère 17 novembre 1993, *Groupe Drouot c/ Rumeau et a.*, RTDciv. 1994, p.115-118.
- Com. 7 décembre 1993, *SA Jules Roy c/ SA Belani et a.*, JCP G 1994, II, 22 285.
- Com. 28 novembre 1995, *Peyrin et a. c/ Sté Polyclinique des* Fleurs, Rev. arb. 1996, n°4, p.613-619.
- Civ. 1ère 17 octobre 1995, *M. Aguilar c/ Crédit Mutuel,* Justices 1996, n°4, juillet-décembre, p.266.
- Com. 9 avril 1996, *Haddad,* Revue de droit bancaire et de la bourse 1996, p.177.
- Com. 18 juin 1996, *M. Conso,* Revue de droit bancaire et de la bourse 1996, p.177.
- Civ. 3ème 9 octobre 1996, *Eurofis c/ Maulin immobilier* :
  - R.proc. 1996, décembre, Commentaire, n°348, p.7.
  - RJcom. 1998, p.16-19.
- Ass. Plén. 6 novembre 1998 (deux arrêts), *Société Bord Na Mona c/ SA Norsk hydro azote,* et *M. Guillotel c/ Sté Castel et Fromaget* :
  - D. 1999, Jurisprudence, p.1-7 et Chronique, p. 53-57.
  - JCP G 1998, II, 10 198.
  - RTDciv. 1999, p.183-190 et p.193-197.
- Com. 1er décembre 1998, *Sté BDDP et a. c/ Fédération nationale de la Fourrure et a.*, D. 1999, Jurisprudence, p.331-334.
- Com. 19 janvier 1999, *Association professionnelle de lamanage des ports français c/ Sté Hoverspeed,* D. 1999, Jurisprudence, p.331-334.

- Ass. Plén. 5 février 1999, *COB c/Oury* :
  - D. 1999, Sommaire, p.249-250.
  - D. Aff. 1999, 25 février, n°150, p.317.
  - D. Aff. 1999, 11mars, n°152, p.410-411.
  - JCP G 1999, II, 10 060.
  - JCP G 2000, I, 252.
  - LPA 1999, 10 février, n°29, p.3-13.
  - LPA 1999, 10 février, n°29, p.14-16.
- Civ. 1ère 16 mars 1999, *Etat du Qatar c/ Sté Creighton Limited*, D. 1999, Jurisprudence, p.497-500.
- Civ. 1ère 5 octobre 1999, *C. c/ Proc. gén. près CA Basse-Terre*, JCP G 1999, II, 10 203.
- Civ. 1ère 5 octobre 1999, *D. c/ Proc. gén. près CA Douai*, JCP G 1999, II, 10 203.
- Civ. 1ère 5 octobre 1999, *SNC Campenon Bernard SGEC c/ Min. de l'économie* :
  - D. 2000, Jurisprudence, p.312-314.
  - JCP G 2000, II, 10 255.
  - JCP E 1999, p.2016-2018.
  - LPA 1999, 15 octobre, n°206, p.4-10.
- Com. 30 novembre 1999, *Progressif c/ Ugo*, D. 2000, Jurisprudence, p.627-630.
- Civ. 1ère 23 mai 2000, *M.P.* :
  - JCP G 2000, II, 10 400.
  - AJDA 2000, n°9, p.762-764.
- Com. 30 mai 2000, *Sté Europe Sailing c/ Association Europe nautisme*, D. 2001, Jurisprudence, p.2587-2590.
- Civ. 2ème 6 juillet 2000, *Sté Polyclinique des fleurs C/ Peyrin* :
  - RTDciv. 2001, avril-juin, p.359-360, n°6.
  - D. 2001, Jurisprudence sommaires commentés, p.3088.
- Crim. 17 octobre 2000, *n°99-86.157*, Revue juridique Personnes et Famille 2001, n°2, p.26-27.
- Civ. 1ère 14 novembre 2000, *n°99-10.778*, Revue juridique Personnes et Famille 2001, mars, n°3, p.13-14.
- Ass. Plén. 24 novembre 2000, *Mme Delpech c/ Sté Delpech et fils*, LPA 2001, 11 mai, n°94, p.16-20.

- Civ. 1ère 23 janvier 2001, *Sté Clinique du Morvan c/ Mme Vermuseau et a.* :
  - BC I, n°11.
  - RTDciv. 2001, avril-juin, p.359-360, n°6.
  - D. 2001, Jurisprudence sommaires commentés, p.3088.
- Soc. 31 janvier 2001, *Laurent c/ Galivel* : D. 2001, Jurisprudence, p.2404-2405.
- Civ. 2ème 15 février 2001, *Halbout et autres c/ Epoux Hanin* :
  - JCP G 2002, II, 10 038.
  - Droit et Patrimoine 2001, mai, n°93, p.122-123.
- Civ. 1ère 6 mars 2001, *Syndicat national de l'édition phongraphique et a. c/ Syndicat national des artistes musiciens de France et a.*, BC I, n°58.
- Com. 9 octobre 2001, *Sté Unibéton c/ Sté Béton travaux*, D. 2001, Actualité Jurisprudentielle, p. 3505-3531.
- Civ. 2ème 20 décembre 2001, *Sté Quille Le Trident c/ Sté CEE Euro Isolation*, D. 2003, Chronique doctrine, p.569-574.
- Civ. 2ème 4 avril 2002, *SA Barbot CM c/ Sté Bouygues Bâtiment* :
  - D. 2003, Jurisprudence, p.1117-1123.
  - JCP G 2002, II, 10 154.
  - JCP G 2003, I, 105, n°2.
- Com. 9 avril 2002, *Toulousy c/ SNC Philam* :
  - D. 2003, Jurisprudence, p.1117-1123.
  - JCP G 2002, II, 10 154.
  - JCP G 2003, I, 105, n°2.
- Civ. 1ère 19 novembre 2002, *Association des opticiens du Cher c/ Mutuelle du Cher*, D. 2003, Jurisprudence, p.21-22.
- Civ. 1ère 17 décembre 2002, *Sieurac c/ CRCAM Charente-Périguord*, JCP G 2003, II, 10 081.
- Chambre mixte 14 février 2003, *M. Poiré c/ M. Tripier et a.* :
  - D. 2003, Jurisprudence, p.1386-1391.
  - JCP G 2003, I, 164, n°9.
  - RTDciv. 2003, avril-juin ; p.294-295, n°9.
  - R.proc. 2003, avril, n°96, p.22-23.
- Civ. 3ème 19 février 2003, *Sté immobilière de l'industrie hôtelière de Paris*, R.proc. 2003, avril, n°94, p.20-21.

- Com. 17 juin 2003, *Godonier et a. c/ GIE La Cité des Antiquaires* :
  - R.proc. 2003, octobre, Commentaires, n°213, p.9-10.
  - D. 2003, Jurisprudence Informations rapides, p.1945.
- Civ. 2ème 9 octobre 2003, *Mutuelle des motards c/ Poulain*, D. 2004, Jurisprudence Commentaires, p.371-374.
- Civ. 2ème 6 mai 2004, *Serre e ta. c/ Serra*, Dictionnaire permanent Droit des affaires, Bull. 620, p.6690, n°9.
- Civ. 2ème 27 mai 2004, *Association de sauvegarde église de Castels et château de Fages*, Dictionnaire permanent Droit des affaires, Bull. 621, p.6666, n°11.

– **Décisions des tribunaux et cours d'appel :**

- CA Paris 13 décembre 1995, *Me X...c/ Conseil de l'ordre des avocats*, Gaz. Pal. 1996, Jurisprudence, p.38-40.
- CA Paris 15 juin 1999, *SA Canal plus c/ SNC TPS*, JCP G 2000, II, 10 254.
- CA Paris 7 mars 2000, *Sté KPMG Fiduciaire de France*, JCP G 2000, II, 10 408.
- CA Paris 28 novembre 2002, *Sté Voith Turbo c/ SNCFT*, JCP G 2003, I, 164, n°3.
- CA Paris 8 avril 2003, *Fédération française de handball c/ Club Livry-Gargan handball*, D. 2003, Jurisprudence Sommaires commentés, p.2537.
- TGI Paris 8 octobre 2002 (ord. réf.), *SARL Euroconsultaudit c/ Thomann et Windenberger Jenner ès qual.*, :
  - D. 2003, Jurisprudence, p.1928-1931.
  - JCP G 2003, I, 164.
  - JCP G 2004, II, 10 014.
- CA Paris 16 janvier 2003, *Sté Intercalm c/ Sté France Télécom*, D. 2003, Jurisprudence, Sommaires Commentés, p.2479-2480.
- CA Paris 26 septembre 2003, *Leforestier c/ Sztulman*, D. 2004, Jurisprudence Commentaires, p.1042-1045.

– **Décisions du Conseil d'Etat :**

- CE 31 juillet 1948, *Cie industrielle des pétroles de l'Afrique duNord*, RTDciv. 1948, p.498-499, n°2.
- CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac :*
  - Gaz. Pal. 1953, Jurisprudence, p.300-304.
  - D. 1953, Jurisprudence, p.683-687.
- CE Ass. 27 mai 1955, *Electricité de France*, D. 1956, Jurisprudence, p.308-312.
- CE 4 octobre 1974, *Dame David* :
  - Rec. p.464.
  - JCP G 1975, II, 177967.
- CE Ass. 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, RTDeuro 1979, p.157-180.
- CE 10 juillet 1981, *Rétail*, AJDA 1981, Doctrine, p.467-470.
- CE 3 mars 1989, *Sté des autoroutes de la région Rhône-Alpes (AREA)* :
  - AJDA 1989, Jurisprudence, p.391-393.
  - JCP G 1989, II, 21 323.
- CE avis 31 mai 1995, *Ministre du budget c/ Sarl auto Meric,* Rec. 1995, p.154.
- CE Ass. 14 février 1996, *Maubleu* :
  - JCP G 1996, II, 22 669.
  - RFDA 1996, p.1186-1194.
- CE 4 mai 1998 *Société de bourse Patrice Wargny,* Rec. p.192-194.
- CE 3 novembre 1999, *M. Zurmely*, RFDA 2000, septembre-octobre, p.1079-1083.
- CE 29 novembre 1999, *Sté Rivoli Exchange c/ Commission bancaire*, D. Cahier droit des affaires 2000, n°4, p.52-53.
- CE 3 décembre 1999, *M. Didier* :
  - AJDA 2000, Doctrine, p.126-136 et p.172-176.
  - RFDA 2000, mai-juin, p.584-600.
- CE 3 décembre 1999, *Caisse de Crédit mutuel Bain-Tresboeuf*:
  - RFDA 2000, mai-juin, p.574-583.
  - AJDA 2000, Doctrine, p.126-136 et p.172-176.

- CE 3 décembre 1999, *Lériche c/ Conseil national de l'ordre des médecins*, AJDA 2000, Doctrine, p.126-136 et p.172-176.
- CE 23 février 2000, *Sté Labor Métal* :
  - AJDA 2000, Doctrine, p.404-410 et p.464.
  - RFDA 2000, mars-avril, p.435-451.
- CE 20 octobre 2000, *Sté Habib Bank Ltd*, AJDA 2000, Jurisprudence, p.1071-1076.
- CE 22 novembre 2000, *Crédit Agricole Indosuez*, JCP G 2001, II, 10 531.
- CE Avis 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les Roses*, LPA 2003, 16 juin, n°119, p. 12-19.
- CE Avis 12 mai 2004, *Commune de Rogerville*, D. 2004, IR, p.1561-1562.

– **Décisions des cours administratives d'appel :**

- CAA Paris 21 octobre 1999, *Territoire de la Polynésie française*, AJDA 2000, Doctrine, p.233.

– **Décisions de la Convention européenne des droits de l'homme :**

- CEDH 5 novembre 1981, *X c/ Royaume-Uni,* Série A, n°46.
- CEDH 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et Meyer c/ Belgique*, Série A, n°43.
- CEDH 1er octobre 1982, *Piersack*, Série A, n°53, JDI 1985, p.210-212.
- CEDH 10 février 1983, *Albert et Le Compte*, Série A, n°58, JDI 1985, p.212-214.
- CEDH 22 octobre 1984, *Sramek*, Série A, n°84, JDI 1986, p.1069-1071.
- CEDH 26 octobre 1984, *De Cubber*, Série A, n°86, JDI 1986, p.1072-1074.
- CEDH 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, Série A, n°154.

- CEDH 28 septembre 1995, *Procola c/ Luxembourg* :
  - RFDA 1996, p.777-796.
  - D. 1996, Jurisprudence, p.301-305.
- CEDH 26 septembre 1995, *Diennet*, Série A, n°325A.
- CEDH 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France*, JCP G 1999, II, 10 074.
- CEDH 6 juin 2000, *Morel c/ France*, D. 2001, Chronique doctrine, p.328-331 et p.339-340.
- CEDH 7 juin 2001, *Kress c/ France* :
  - AJDA 2001, Actualité jurisprudentielle, p.675-684.
  - JCP G 2001, II 10 578.
  - Procédures 2001, novembre, n°223, p.18-20.
  - RFDA 2001, dossier spécial, p.991-1018.

– **Décisions du Conseil constitutionnel :**

- Cc 23 janvier1987 n°86-224 DC, AJDA 1987, Jurisprudence, p.345-350.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffrent renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Acte gracieux : 141 et suiv.

- qualification : 145 et suiv.
- dépassement du gracieux et du contentieux : 150.
- autorité de chose jugée : 168 et suiv.

Action :

- attitrée : 72 et suiv., 335 et suiv.
- banale : 71.
- civile : 7, 29.
- conservatoire : 42.
- déclaratoire : 43.
- de groupe : *V. Class action.*
- interrogatoire : 40.
- préventive : 39 et suiv.
- provocatoire : 41.
- publique : 7, 29.

Action en justice :

- et matière pénale : 7, 352 et suiv.
- et matière administrative : 8, 16.

Aide juridictionnelle : 285 et suiv.

Alsace-Moselle :

- action préventive : 44.
- clause compromissoire : 210.

Arbitrage : 197 et suiv.

- amiable composition : 203.
- arbitrabilité : 205 et suiv.
- clause compromissoire : 202, 208 et suiv.
- compromis : 202.
- définition : 199 et suiv.
- institutionnalisation : 219 et suiv.
- judiciarisation : 217 et suiv.
- libre disponibilité : 205.
- loi NRE : 211 et suiv.
- ordre public : 206.
- qualité : 336.

Autorités administratives indépendantes : 186 et suiv.

- applicabilité de l'article 6§1 de la CEDH : 293 et suiv.
- notion : 186 et suiv.
- pouvoirs :
    - diversité des pouvoirs : 191.
    - faculté de trancher les litiges : 192 et suiv.
- rapprochement avec les juridictions étatiques : 193 et suiv.

Autorité de la chose jugée : 163 et suiv.

- actes gracieux : 168 et suiv.
- définition : 164 et suiv.
- transaction : 263.

Autorité des marchés financiers (AMF) : 188, 191, 194 et suiv., 320 et suiv.

C

Célérité : 134.

Class action : 84 et suiv.

- définition : 84.
- et consommateurs : 85.
- et investisseurs : 86.
- et protection de l'environnement : 87.
- obstacles et remèdes : 89.

Clauses relatives aux litiges :

- clause de conciliation et de médiation :
  - notion : 236 et suiv.
  - difficulté d'application : 266 et suiv.
- clause d'arbitrage :
  - clause compromissoire : *V. Arbitrage.*
  - compromis : *V. Arbitrage.*

Commission de conciliation :

- en matière médicale : 326 et suiv.
- pour le loyer des baux d'habitation et mixte : 231.
- d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation : 231.

Compromis : *V. Arbitrage.*

Conflit : 33 et suiv.

Conciliateur : 233 et suiv., 247 et suiv.

Conciliation :

- extra judiciaire : 236 et suiv.
- judiciaire : 233 et suiv.
- facultative : 232 et suiv.
- obligatoire : 230 et suiv.

Contradictoire (principe du) : 130 et suiv.

- et modes alternatifs de règlement des conflits : 291 et suiv.

D

Délai raisonnable : 134.

Demande :

- et action en justice : 57 et suiv.

Décision sur dernière offre (DDO) : 237.

E

Equité : 154 et suiv.

- amiable composition : 160.
- dans le comportement du juge : 161.
- *equity :* 154
- prévue par le législateur : 158 et suiv.

Equitable : *V. Procès équitable.*

Exequatur : 218.

F

Fins de non recevoir : 271 et suiv.

G

Garanties procédurales : 109 et suiv.

- célérité : *V ce mot.*
- contradictoire : *V. ce mot.*
- impartialité : *V. ce mot*
- indépendance : *V. ce mot.*
- motivation : *V. ce mot.*
- publicité : *Voir ce mot.*

Gratuité de la justice : 285 et suiv.

I

Impartialité :

- autorités administratives indépendantes : 293 et suiv.
- définition : 116.
- en matière civile : 121.
- en matière pénale : 120.
- juridiction : 116 et suiv.
- objective : 119 et suiv., 123.
- subjective : 117 et suiv., 123.

Imperium : 172 et suiv.

- et processus loyal : 281 et suiv.
- *jurisdictio* : 174.
- limites : 176.
- notion : 173.

Indépendance : 112 et suiv.

- définition : 112.
- fonctionnelle : 114.
- organique : 113.

Intérêt à agir : 37 et suiv.

- collectif : 48 et suiv.
- légitime : 51 et suiv.
- né et actuel : 38 et suiv., *V. également Action préventive.*
- notion : 37.
- personnel et direct : 45 et suiv.

J

Juridiction :

- approche de la jurisprudence administrative : 103.
- approche des jurisprudences européennes : 104.
- définition : 96 et suiv.
- fonction : 136 et suiv.
- de proximité : 344 et suiv.
  - attributions : 348 et suiv.
    - en matière civile : 349 et suiv.
    - en matière pénale : 352 et suiv.
  - organisation : 346 et suiv.

Jurisdictio : 152 et suiv.

L

Litige : 33 et suiv.

M

Matière :

- contentieuse : 26.
- gracieuse : 26, 142 et suiv.
  - notion : 142 et suiv.
  - qualification : 145 et suiv.

Médiateur : 235, 247 et suiv.

Médiation :

- administrative : 242 et suiv.
- civile : 229 et suiv.
- décision sur dernière offre : 237.
- extra judiciaire : 236 et suiv.
- facultative : 232 et suiv.
- judiciaire : 233 et suiv.
- obligatoire : 230 et suiv.
- pénale : 239 et suiv.

Modes alternatifs de règlement des conflits :

- contradiction : *V. ce mot*
- conciliation : *V. ce mot*
- équité : *V. ce mot*
- garanties procédurales : *V. Processus loyal.*
- médiation : *V. ce mot*
- notion : 224 et suiv.
- qualité : 337.
- transaction : *V. ce mot*
- et juridiction étatique : 255 et suiv.

Motivation des décisions de justice : 133.

P

« Plaider coupable » : 241.

Prétention : 25 et suiv.

- en droit judiciaire privé : 27 et suiv.
- en matière administrative : 30 et suiv.
- en matière pénale : 29 et suiv.
- proposition de définition : 35.

Procès équitable : *V. Garanties procédurales.*

Processus loyal : 277 et suiv.

- contradictoire : 291 et suiv.
- impartialité : 293 et suiv.
- indépendance : 293 et suiv.
- position de la Cour de cassation : 297 et suiv.
- position du Conseil d'Etat : 295 et suiv.

Publicité : 125 et suiv.

Q

Qualité pour agir : 37 et suiv., 335 et suiv.

- et action attitrée : 72 et suiv.
- et arbitrage : 336.
- et autorités administratives indépendantes : 338.
- et modes alternatifs de règlement des conflits : 337.
- notion : 67 et suiv.

R

Recours :

- droit administratif : 8.
- recours administratif préalable : 243.

S

Service public de la justice :

- principe de continuité : 288 et suiv.
- principe d'égalité : 284.
- principe de gratuité : 285 et suiv.

Syllogisme : 161.

T

Transaction :

- autorité de chose jugée : 263.
- concessions réciproques : 261.
- en matière administrative : 264 et suiv.
- notion : 259 et suiv.
- régime : 262 et suiv.

Tribunal (notion de) :

- Cour européenne des droits de l'homme : 104.
- comp. *Juridiction.*

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION *1*

§1. Importance de la notion d'action en justice dans toutes les branches du droit 5
§2. Evolution de la notion d'action en justice en droit judiciaire privé 6
§3. Evolution des conditions d'existence de l'action en justice 11

Partie I : Regard sur les insuffisances de la notion actuelle d'action en justice 18

Titre I : Insuffisances des éléments subjectifs attachés à l'action en justice 20

Chapitre I : La prétention 21

Section I : Notion de prétention 21

§1. La prétention en droit judiciaire privé 21
§2. La prétention au-delà des frontières du droit judiciaire privé 24

Section II : Proximité de la prétention avec des notions voisines 26

Chapitre II : L'intérêt pour agir 29

Section I : Eléments constants de la notion d'intérêt 30

§1. Élément de certitude de l'intérêt 30
A. Irrecevabilité de principe des actions préventives 31
B. Recevabilité de certaines actions préventives 32
§2. Élément d'individualisation de l'intérêt 33
A. Difficultés d'appréciation de l'intérêt direct et personnel 34
B. Applications particulières en droit judiciaire privé 35

Section II : Controverses autour de la légitimité de l'intérêt 37

§1. Interprétations diverses de la légitimité 37
A. De l'intérêt légitime juridiquement protégé à l'intérêt légitime 38
B. Difficultés d'interprétation de la légitimité de l'intérêt 40
§2. Confusion entre action en justice et demande 42
A. Positions doctrinales diversifiées 42
1. Position fluctuante de la doctrine majoritaire 43
2. Position spécifique de la doctrine minoritaire 46
B. Rapprochement inévitable de l'action en justice et de la demande en pratique 47

Chapitre III : La qualité pour agir **51**

Section I : Une notion difficile à appréhender *51*

§1. Tentative de définition de la qualité pour agir 52
A. Position diversifiée de la doctrine 52
B. Distinction originale entre action attitrée et action banale 53
§2. Importance de la qualité dans le cadre des actions attitrées 54
A. Qualité pour agir des personnes physiques 55
B. Qualité pour agir des personnes morales 56

Section II : Place de la qualité dans la théorie de l'action en justice *58*

§1. Rôle de liaison joué par la qualité 59
§2. Particularité des actions de groupe 60
A. Développement timide des actions de groupe 61
B. Prospective autour de l'action de groupe 63

Titre II : Insuffisances de l'élément objectif attaché à l'action en justice **67**

Chapitre I : Contours de la notion de juridiction **69**

Section I : Définition fluctuante de la notion de juridiction *69*

§1. Approche doctrinale hétérogène de la notion de juridiction 69
A. Prédominance du critère matériel 70
B. Prédominance du critère formel 72
C. Combinaison des critères matériels et formels 73
§2. Approche jurisprudentielle diversifiée de la notion de juridiction 75
A. La position du Conseil d'Etat 76
B. La position de la jurisprudence européenne 77
1. Définition de la juridiction proposée par la Cour de justice des communautés européennes 78
2. Définition de la juridiction proposée par la Cour européenne des droits de l'homme 79

Section II : Conséquences attachées à la qualification de juridiction *80*

§1 Les garanties du procès équitable et le juge 82
A. Indépendance du juge 82
B. Impartialité du juge 83
1. Impartialité subjective 84
2. Impartialité objective 85
§2 Les garanties du procès équitable entourant la décision de justice 89
A. Principe de publicité 90
1. Affirmation du principe de publicité 90
2. Atténuations au principe de publicité 91
B. Principe de la contradiction 93
C. Nécessaire motivation des décisions de justice 95
D. Principe de célérité 95

Chapitre II : Fragilité de la fonction juridictionnelle **97**

Section I : Fragilité décelée dans la jurisdictio *97*

§1. La place du règlement des litiges dans la fonction juridictionnelle 97
A. Le règlement des litiges, fonction principale de la juridiction 98
B. Le règlement des litiges, une fonction non exclusive 99
1. Notion de matière gracieuse 100
2. Qualification des actes gracieux 102
a. Exclusion du caractère juridictionnel pour les actes gracieux 102
b. Reconnaissance du caractère juridictionnel aux actes gracieux 104
c. Position hésitante 106
§2. Les limites d'un règlement des litiges sur la base du droit 108
A. Importance du droit dans la fonction juridictionnelle 108
B. Place de l'équité dans la fonction juridictionnelle 109
1. L'équité prévue par le législateur 112
2. L'équité dans l'appréciation des faits par le juge 115

Section II : Fragilité confirmée dans les effets de la décision du juge *117*

§1. Fragilité de l'autorité de la chose jugée 118
A. Définition incertaine de l'autorité de la chose jugée 118
B. Spécificité des actes gracieux 121
1. Problème de l'autorité de la chose jugée des décisions gracieuses 122
2. Nuances apportées à la position doctrinale et jurisprudentielle 123
§2. Fragilité de l'*imperium* 124
A. La notion d'*imperium* 125
B. L'empreinte étatique apposée par l'*imperium* 126

Partie II : Vision renouvelée de la notion d'action en justice **131**

TITRE I : Délimitation des nouveaux contours de l'action en justice **133**

CHAPITRE I : Elargissement bienvenu aux autorités administratives indépendantes et à l'arbitrage **135**

Section I : Intégration des autorités administratives indépendantes dans la vision renouvelée de l'action en justice *135*

§1. Notion d'autorités administratives indépendantes 136
A. Précisions terminologiques 136
B. Raisons de la création des autorités administratives indépendantes 139
§2. Pouvoir de trancher les litiges reconnu aux autorités administratives indépendantes 141
A. Rapprochement perceptible des juridictions étatiques et des autorités administratives indépendantes 141
B. Singularité du pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes 144

Section II : Iintégration de l'arbitrage dans la vision renouvelée de l'action en justice 146

§1. Freins à l'insertion de l'arbitrage dans la notion d'action en justice 146
A. Une opposition traditionnelle entre les deux modes juridictionnels de traitement des différends 147
B. Une mise en œuvre difficile de l'arbitrage 148
1. Liberté d'organisation de la juridiction arbitrale 149
2. Liberté d'exercice de la mission de l'arbitre 150
3. Conditions d'application restrictives 151
§2. Eléments favorables à l'insertion de l'arbitrage dans la notion d'action en justice 153
A. Extension du champ d'application de l'arbitrage 154
B. Phénomènes de rapprochement entre juridiction arbitrale et juridiction étatique 159
1. Judiciarisation de l'arbitrage 160
2. Institutionnalisation de l'arbitrage 162

Chapitre II : Elargissement incertain aux modes alternatifs de règlement des conflits 165

Section I : Intégration improbable des modes alternatifs de règlement des conflits dans la notion d'action en justice 165

§1. Une catégorie hétéroclite 166
A. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière civile 169
1. Cas de médiation et conciliation obligatoires 169
2. Cas de médiation et conciliation facultatives 174
a. Conciliation et la médiation judiciaires 175
b. Conciliation et médiation extra-judiciaires 179
B. Les modes alternatifs de règlement des conflits en dehors de la matière civile 181
1. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale 181
2. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière administrative 185
a. Le recours administratif préalable 186
b. Mise en œuvre de la médiation et de la conciliation en matière administrative . 187
§2. Un règlement original des différends 189
A. Rôle du tiers départiteur 189
B. Rôle prépondérant des parties 192
1. Litiges réfractaires aux modes alternatifs de règlement des conflits 193
2. Litiges propices au développement des modes alternatifs de règlement des conflits 193

Section II : Intégration souhaitable des modes alternatifs de règlement des conflits dans la notion d'action en justice 195

§1. Rapprochement entre les modes alternatifs de règlement des conflits et les juridictions étatiques 196
A. Lien direct avec la juridiction étatique 196
B. Spécificité de la transaction 200
1. Critères de qualification de la transaction 200
2. Régime juridique de la transaction 202
3. Particularités de la transaction en matière administrative 205
§2. Amorce d'un changement des mentalités 207
A. Evolution jurisprudentielle néfaste aux modes alternatifs de règlement des conflits.. 208
B. Solution actuelle plus protectrice des modes alternatifs de règlement des conflits..... 210

Titre II : Incidences pratiques de la vision renouvelée de l'action en justice 218

Chapitre I : Emergence d'un processus loyal 219

Section I : Une protection accrue des justiciables 220

§1. Règles procédurales exclues du processus loyal 220
A. Imperium et processus loyal 220
B. Service public de la justice et processus loyal 222
1. Principe d'égalité de la justice 223
2. Principe de gratuité de la justice 224
3. Principe de continuité de la justice 226
§2. Règles procédurales découlant du processus loyal 227
A. Principe de la contradiction appliqué aux modes alternatifs de règlement des conflits 227
B. Principes d'indépendance et d'impartialité appliqués aux autorités administratives indépendantes 230
1. Position stricte du Conseil d'Etat limitant les droits des justiciables 231
2. Position évolutive de la Cour de cassation 233

Section II : Aménagement nécessaire des règles du processus loyal 236

§1. Approches différentes du processus loyal préjudiciables aux justiciables 238
A. Assimilation par la Cour de cassation du processus loyal au procès équitable 238
B. Maintien de la spécificité du processus loyal par le Conseil d'Etat 241
1. Revirement de jurisprudence opéré par le Conseil d'Etat 242
2. Divergence persistante entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation 244
§2. Importance d'un rapprochement des positions jurisprudentielles 245
A. Dialogue entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation 246
B. Pour un dialogue entre les juridictions nationales et les juridictions européennes 249

Chapitre II : Optimisation des choix offerts aux justiciables 253

Section I : Limitation des interventions législatives parcellaires 253

§1. Législation relative aux marchés financiers 254
A. Principes posés épisodiquement par le législateur 254
B. Interrogations découlant de l'intervention du législateur 258
§2. Législation relative à la procédure de règlement amiable des litiges en matière médicale 260
A. Présentation des commissions instituées par la loi du 4 mars 2002 261
B. Problèmes posés par l'application de la loi du 4 mars 2002 263

Section II : Apports de la diversification des modes de traitement des différends 266

§1. Mise en valeur des spécificités des modes de traitement des différends 266
A. Restauration de la place de la qualité 267
B. Choix du mode de règlement des conflits, fonction des attentes des justiciables 269
§2. Opportunité de la création d'un nouveau mode de règlement des différends 274
A. Création législative des juges de proximité 274
1. Organisation de la juridiction de proximité 275
2. Attributions du juge de proximité 276
a. Attributions du juge de proximité en matière civile 276
b. Attributions du juge de proximité en matière pénale 279
B. Place des juridictions de proximité parmi l'ensemble des modes de règlement des conflits 281

CONCLUSION GENERALE *289*
BIBLIOGRAPHIE *293*
INDEX ALPHABETIQUE *349*
TABLE DES MATIERES *358*