

L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation**Pascal Ancel, Professeur à l'Université Jean Monnet (Saint-Etienne), CERCRID****Marianne Cottin, Maître de conférences à l'Université Jean Monnet (Saint-Etienne), CERCRID**

**

A l'heure où il est montré que la médiation judiciaire civile ne rencontre qu'un très faible succès ⁽¹⁾, le présent arrêt de la Chambre mixte contribuera sans nul doute au développement de la médiation conventionnelle. En sanctionnant par l'irrecevabilité de la demande en justice le non-respect d'une clause prévoyant une tentative de conciliation préalable entre les parties, cet arrêt va en effet inciter les rédacteurs d'actes à insérer encore plus souvent ce type de clauses dans les contrats d'affaires.

La position de la Cour de cassation sur cette question était jusque-là particulièrement incertaine, ce qui a justifié la convocation d'une Chambre mixte. En 1992, la Cour de cassation avait nettement exclu que le non-respect de la procédure de conciliation puisse constituer une cause d'irrecevabilité ⁽²⁾. Mais certains commentateurs avaient pu interpréter en sens contraire un arrêt de la Chambre commerciale du 28 novembre 1995 ⁽³⁾ et, plus récemment, un arrêt (non publié au *bulletin*) de la deuxième Chambre civile du 6 juillet 2000 s'était prononcé sans équivoque en faveur de l'irrecevabilité ⁽⁴⁾. Depuis cet arrêt, cependant, deux décisions de 2001 émanant de la première Chambre civile et, elles, publiées au *Bulletin*, avaient semblé revenir à la solution première. Si l'une d'elles, en date du 6 mars 2001 ⁽⁵⁾, s'appuyait sur l'interprétation souveraine de la volonté des parties par les juges du fond, l'autre décision, en date du 23 janvier 2001 ⁽⁶⁾, semblait poser en principe qu'une clause imposant aux parties une tentative de conciliation préalable, « qui ne constitue pas une fin de non-recevoir, n'est pas d'ordre public et n'est assortie d'aucune sanction ». Même si certains auteurs avaient tenté de concilier ces différentes décisions ⁽⁷⁾, l'impression générale était d'une extrême incertitude de la solution ⁽⁸⁾, qui justifiait amplement l'intervention d'une formation régulatrice au sein de la Cour de cassation.

Dans l'affaire soumise à la Chambre mixte, la clause litigieuse avait été insérée dans une convention de cession d'actions. L'acte stipulait que, « pour toute contestation qui s'élèverait entre les parties relativement à l'interprétation ou à l'exécution des présentes, les soussignés s'engagent à soumettre leur différend, préalablement à toute instance judiciaire, à des conciliateurs, chacune des parties en désignant un, sauf le cas où elles se mettraient d'accord sur le choix d'un conciliateur unique ». Le cédant ayant assigné le cessionnaire devant le tribunal sans respecter le préalable de conciliation, les juges du fond avaient déclaré cette demande irrecevable. La Chambre mixte rejette le pourvoi en prenant parti, très explicitement, en faveur de l'irrecevabilité. Pour elle, « il résulte des articles 122 et 124 du nouveau code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; que, licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en oeuvre 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 ».

On écartera d'emblée, pour éviter qu'elle ne parasite la suite du commentaire, une ambiguïté terminologique. La Cour de cassation statue ici à propos d'une clause qui institue une procédure de « conciliation préalable », et il n'est pas douteux que beaucoup de lecteurs se demanderont si la solution vaut aussi pour ce qu'ils connaissent plutôt sous l'appellation de « clauses de médiation ». La distinction entre « conciliation » et « médiation » est un passage obligé de toute réflexion sur les « modes alternatifs de règlement des conflits » ⁽⁹⁾. Mais, bien qu'à une certaine époque on ait cherché à faire une différence entre les deux notions, l'opinion largement dominante est aujourd'hui que médiation et conciliation sont deux termes qui, au fond, désignent exactement la même chose : dans les deux cas, il s'agit d'une activité de règlement non juridictionnelle par laquelle un tiers (qu'on le nomme conciliateur ou médiateur) tente d'amener les parties à un acte transactionnel mettant fin à leur litige. Ce qui est vrai, c'est que le législateur utilise tantôt l'un, tantôt l'autre terme, pour désigner des procédures de règlement institutionnalisées (obligatoires ou facultatives) intégrées dans le contexte judiciaire. Mais, en dehors de ces cas, lorsque la procédure est organisée contractuellement par les parties - ce qui est l'hypothèse ici examinée - il importe peu qu'on parle de médiation ou de conciliation. Même si on peut hésiter sur le domaine exact de la solution ici posée par la Chambre mixte ⁽¹⁰⁾, il est clair que la détermination de ce domaine dépendra uniquement de la structure de la clause et des obligations qu'elle met à la charge des parties, et non du point de savoir si la clause est présentée comme une clause de médiation ou de conciliation.

Sur le fond, l'arrêt donne donc une force particulière aux clauses de médiation/conciliation en sanctionnant leur non-respect par l'irrecevabilité de la demande en justice. Mais si, mettant fin aux incertitudes antérieures, il pose clairement le principe de cette irrecevabilité (I) et si, anticipant certaines interrogations, il en précise le régime (II), il est assez elliptique sur ses conditions (III).

I - Le principe de l'irrecevabilité

Parce que, comme tous les accords de volonté qui organisent des « modes alternatifs de règlement des différends », les clauses de conciliation se situent à l'intersection entre le conventionnel et le juridictionnel ⁽¹¹⁾, la solution ici consacrée mérite d'être analysée tant au regard du droit des contrats (A) que des règles de la procédure civile (B).

A - Analysée du point de vue du droit des contrats, la clause de médiation semblait se prêter assez mal à la mise en oeuvre des sanctions contractuelles classiques. Certes, l'octroi de dommages et intérêts n'aurait pas ici été inconcevable : le refus de participer à la procédure de conciliation est en soi un manquement caractérisé à une obligation née du contrat, et l'autre partie peut se plaindre d'un préjudice. Même s'il n'est pas certain que la médiation aurait abouti à un accord, à tout le moins la partie qui voulait mettre en oeuvre la procédure peut-elle se plaindre de la perte d'une chance d'avoir évité le procès - lequel, on le sait, a un coût qu'il est possible de chiffrer. On pouvait cependant estimer une telle sanction irréaliste, au moins dans le cas où celui qui a refusé de se prêter à la conciliation gagne finalement son procès ⁽¹²⁾. Quant à l'exécution forcée directe de la clause de médiation, elle n'était pas sérieusement envisageable. La seule exécution forcée véritable, en effet, aurait été que la mise en place de l'organe de médiation puisse se faire contre le gré de la partie récalcitrante. Or il était plus que douteux qu'on puisse étendre par analogie à la médiation la disposition de l'article 1444 du nouveau code de procédure civile prévoyant l'intervention du juge pour régler les difficultés de constitution du tribunal arbitral. Aussi bien, à rester sur le terrain classique des sanctions de l'inexécution du contrat, on s'exposait à ce que le non-respect des clauses de médiation reste finalement sans sanction : c'est du reste à cette solution qu'était parvenue la première Chambre civile dans son arrêt déjà cité du 23 janvier 2001. Au-delà de la bizarrerie de la formule de cet arrêt ⁽¹³⁾, une telle solution pouvait choquer, en ce qu'elle aboutissait à faire des clauses de médiation des « clauses au rabais » ⁽¹⁴⁾, dépourvues de force obligatoire.

Etait-ce pourtant, au fond, si inconcevable ? A la différence de l'arbitrage, qui débouche nécessairement sur une décision quelle que soit l'attitude des parties, la conciliation (ou la médiation) est un mode de règlement qui ne peut réussir qu'avec la bonne volonté et la participation active des litigants. A quoi sert-il dans ces conditions d'imposer à une partie qui annonce d'emblée qu'elle n'a aucune intention de rechercher une solution amiable d'aller devant un médiateur ? Les méchants esprits, qui ne sont pas toujours dupes des discours enthousiastes sur les « modes alternatifs », diront que, dans ces conditions, la recherche d'une contrainte dans l'exécution des clauses s'imposait peut-être moins dans l'intérêt de la médiation elle-même que dans celui du marché de la médiation. A quoi on objectera que la nécessité de recourir à un conciliateur même si on n'en a pas envie peut ouvrir des perspectives de solution amiable qu'on n'aurait peut-être pas envisagées autrement (15). Comment par ailleurs, devant la rédaction sans ambiguïté de certaines clauses, refuser de sanctionner une obligation qui n'est par elle-même ni illicite ni impossible ?

C'est pourquoi on peut comprendre que, devant la quasi-impossibilité de trouver une sanction effective au non-respect des clauses de médiation sur le terrain contractuel, la majorité des auteurs aient prôné une sanction procédurale (16), et notamment l'irrecevabilité de la demande en justice ici consacrée par la Chambre mixte. Une telle sanction ne suscite pas de difficulté particulière du point de vue du droit des contrats. On pourrait d'abord, en restant dans le cadre d'une approche traditionnelle du contrat, relever qu'au-delà des obligations positives qu'elle génère, la clause de conciliation fait aussi naître une obligation négative, celle de ne pas agir en justice avant la tentative de conciliation (17) : l'irrecevabilité peut alors apparaître comme une forme d'exécution forcée de cette obligation - laquelle, ne portant pas atteinte directement à la liberté individuelle du débiteur, ne heurte pas la prohibition de l'article 1142 du code civil. Mais, sans même passer par le détour de l'exécution forcée, on peut rappeler que la force obligatoire d'un contrat (ou d'une clause) ne se réduit pas aux obligations qu'il fait naître (18), et qu'elle signifie, d'abord, que le contrat « tient lieu de loi » aux parties. Appliquant cette loi contractuelle, le juge peut être amené à en tirer des conséquences directes qui ne s'inscrivent pas nécessairement dans le cadre des sanctions de l'inexécution des obligations. Aussi bien, de même qu'un contrat peut transférer ou éteindre un droit, désigner la loi applicable à un rapport international, créer une personne morale..., de même l'accord des parties sur une modalité de traitement d'un différend peut-il avoir des effets procéduraux directs : c'est le cas de la transaction qui bloque toute action en justice ayant pour objet le règlement du même différend, c'est le cas des conventions d'arbitrage qui ont pour effet de rendre incompétentes les juridictions étatiques, ou des clauses attributives de compétence territoriale... Il n'y a rien d'étonnant, du point de vue contractuel, à faire produire le même type d'effets à une clause de médiation.

La question était peut-être plus compliquée du point de vue des règles du droit processuel.

B - Du point de vue du droit processuel, la doctrine oscillait entre plusieurs sanctions possibles : si pour les uns, la violation d'une clause de conciliation ou de médiation préalable pouvait justifier une fin de non-recevoir (19), pour les autres, elle ne pouvait donner lieu qu'à une exception de procédure (20), voire, dans le prolongement de cette dernière, à un simple sursis à statuer. Cette dernière voie, suggérée par X. Lagarde (21), consistait à voir dans les clauses de conciliation ou de médiation préalables des clauses permettant au juge d'entreprendre lui-même une conciliation ou de confier celle-ci à un tiers sans recueillir un nouvel accord des parties. La solution a pu séduire par sa souplesse (22), en particulier parce qu'elle permettait au juge de moduler la solution en fonction des circonstances, et de ne pas imposer une conciliation en cas de mauvaise volonté manifeste d'une partie de rechercher une solution amiable. Mais, précisément parce qu'elle laissait au juge le soin d'apprécier l'opportunité du sursis, cette solution pouvait paraître insuffisante au regard du respect de la force obligatoire du contrat, et c'est pourquoi la Cour de cassation a choisi de s'orienter vers une solution plus radicale.

Celle-ci, pouvait être soit l'exception de procédure, soit la fin de non-recevoir. L'intérêt réside bien sûr dans le régime applicable à l'une et à l'autre de ces sanctions, et, s'il s'était agi de ne s'en tenir qu'au régime le plus approprié à la sanction de ce type de clause, il était permis de pencher plutôt du côté de l'exception de procédure. Cette dernière présente en effet l'avantage d'être beaucoup moins radicale que la fin de non-recevoir, aussi bien dans son régime que dans ses effets. Outre le fait qu'elle ne peut être soulevée en tout état de cause - mais doit l'être avant tout autre moyen de défense (article 74 du nouveau code de procédure civile) -, elle peut également ne conduire qu'à une simple suspension de l'instance. Elle aurait donc permis tout à la fois de ne pas laisser la clause de conciliation sans sanction, tout en obligeant les parties à l'invoquer dès le début de la procédure, sans oublier de tenir compte du possible échec de la tentative de conciliation.

La difficulté venait cependant de ce que la violation d'une clause de conciliation pouvait beaucoup plus facilement entrer dans le domaine des fins de non-recevoir que dans celui des exceptions de procédure. Le nouveau code de procédure civile définit en effet la fin de non-recevoir, d'une manière générale, comme la sanction du défaut de droit d'agir en justice (article 122 du nouveau code de procédure civile), tandis que l'exception de procédure tend à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, ou à en suspendre le cours (article 74 du nouveau code de procédure civile). Il décrit ainsi plusieurs catégories d'exceptions de procédure dans lesquelles il semble difficile - et nous sommes sur ce point tout à fait en accord avec C. Jarrosson (23) - de faire entrer le cas considéré, aussi bien d'un point de vue théorique (24) que technique. Il fallait certainement exclure les exceptions de nullité. Non seulement la nullité pour vice de forme ne peut résulter que d'un texte, sauf à considérer qu'il s'agit d'une formalité substantielle, mais on voit mal comment la procédure pourrait être nulle lorsque la tentative de conciliation se situe avant l'introduction de l'instance (25). Le non-respect de la clause de conciliation ne pouvait pas davantage s'analyser en une exception d'incompétence « car il n'est pas question de l'incompétence du juge » (26). On pourrait objecter qu'en matière d'arbitrage le juge étatique saisi au mépris d'une clause compromissoire doit se déclarer incompétent (27). Cependant, outre le fait qu'ici la solution est expressément prévue par l'article 1458 du nouveau code de procédure, une doctrine majoritaire s'accorde à penser que, malgré les termes de cet article, le juge étatique n'est pas à proprement parler incompétent, mais dépourvu de pouvoir juridictionnel, ce qui devrait constituer une fin de non-recevoir (28). Et, dans le cas des clauses de conciliation, c'est bien cette absence de pouvoir juridictionnel du juge - les parties ayant renoncé à saisir un juge au moins provisoirement - qui conduit également à penser que la seule sanction concevable était, non pas l'exception de procédure, mais la fin de non-recevoir.

Restait cependant à la Cour de cassation à faire face à deux objections. La première, d'ordre technique, constituait le moyen principal du pourvoi. Il s'agissait de savoir si l'on pouvait reconnaître des fins de non-recevoir sans texte, autrement dit en dehors de toute disposition légale. *A priori*, la réponse semble se trouver dans les articles 122 et 124 du nouveau code de procédure civile. Le premier de ces textes définit la fin de non-recevoir comme tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable dans sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, *tels* le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée. Cette rédaction a toujours conduit à considérer que la liste dressée par l'article 122 n'était pas limitative et on trouve du reste de nombreux exemples de fins de non-recevoir en dehors des cas visés. Par ailleurs, l'article 124 du nouveau code de procédure civile dispose que les fins de non-recevoir doivent être accueillies alors même que l'irrecevabilité ne résulterait d'aucun texte. La réponse n'est cependant pas aussi évidente qu'il y paraît : l'article 124 signifie tout au plus qu'il n'est pas besoin que le texte précise qu'il s'agit d'une fin de non-recevoir ou utilise une expression voisine (29), et ne permet pas d'en déduire qu'une fin de non-recevoir peut exister en dehors de toute disposition légale. La Cour de cassation a d'ailleurs jugé que le juge ne pouvait opposer des fins de non-recevoir qui ne résultent pas des textes et en créer à son gré (30), sans trancher toutefois la question de savoir si les fins de non-recevoir pouvaient avoir une origine conventionnelle. Une nouvelle fois, la doctrine s'est montrée plutôt partagée à ce propos, les partisans des fins de non-recevoir d'origine conventionnelle citant

un arrêt, plutôt ancien, rendu en matière d'assurance démontrant qu'une fin de non-recevoir pouvait parfaitement être aménagée par les parties (31). L'incertitude est donc levée par la Cour de cassation pour laquelle il résulte des articles 122 et 124 du nouveau code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées.

La seconde objection était plus fondamentale. On pouvait se demander si, en imposant à peine d'irrecevabilité une procédure de conciliation préalable à la saisine du juge, on ne limitait pas de manière excessive la liberté d'agir en justice. On sait en effet qu'il n'est pas possible pour les parties de renoncer de façon anticipée à leur droit au juge. La question s'est bien sûr posée à propos de l'arbitrage dont la Cour européenne a admis la licéité, sous la condition assez classique que la renonciation soit libre et non équivoque (32). Il n'en demeure pas moins que, en matière d'arbitrage, les parties ne renoncent pas au juge, mais au juge étatique, et que la procédure offre par ailleurs toutes les garanties d'impartialité exigées par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La transposition de la solution aux clauses de conciliation est donc pour le moins douteuse. Reste que ces clauses, même avec l'effet procédural qui leur est désormais reconnu, n'ont pas pour effet de fermer de façon absolue le droit au juge. L'obstacle à l'action en justice n'est que temporaire, les parties conservant, en cas d'échec de la tentative de règlement amiable, la possibilité de saisir le juge. Encore fallait-il, pour que cette possibilité reste ouverte, aménager le régime de l'irrecevabilité.

II - Le régime de l'irrecevabilité

De manière fort opportune, la Cour de cassation a anticipé certaines difficultés (A), mais d'autres pourraient surgir (B).

A - La Cour de cassation ayant opté pour la fin de non-recevoir, c'est tout naturellement le régime défini aux articles 123 et suivants du nouveau code de procédure civile qui va trouver à s'appliquer. Conformément à l'interprétation qu'elle donne de l'article 125 du nouveau code de procédure civile (33), la Cour de cassation précise ainsi expressément dans son arrêt que la fin de non-recevoir s'impose au juge « si les parties l'invoquent », ce qui signifie *a contrario* que le juge n'a non seulement aucune obligation, mais n'a pas non plus le pouvoir de soulever d'office l'irrecevabilité. On peut par ailleurs penser que, comme en matière d'incompétence (34), cette faculté ne sera ouverte qu'au défendeur, celui qui prend l'initiative de saisir le juge sans mettre en oeuvre la conciliation pouvant être regardé comme y ayant renoncé (35). En revanche, le défendeur, lui, pourra le faire « en tout état de cause » (article 123 du nouveau code de procédure civile). Rien ne l'empêchera de proposer l'irrecevabilité après avoir conclu au fond, voire pour la première fois en appel, son abstention antérieure ne pouvant donner lieu qu'à une éventuelle condamnation à des dommages-intérêts (36).

Si l'irrecevabilité a été soulevée avec succès, rien n'interdira bien sûr de former une nouvelle demande après échec de la tentative de règlement amiable. Cependant, la partie désireuse de saisir le juge aurait pu risquer de se heurter à une nouvelle fin de non-recevoir tirée cette fois de l'expiration du délai de prescription. Consciente de cette difficulté, la doctrine avait suggéré au demandeur dans ce cas de figure de se prévaloir de la règle *contra non valentem agere non currit praescriptio* (37). La Cour de cassation ôte toute cette peine au plaideur en décidant expressément, par un *obiter dictum*, que la mise en oeuvre de la clause de conciliation obligatoire « suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription ». La solution est contraire à ce qui est prévu dans la procédure de conciliation du décret du 20 mars 1978, dont l'article 5 dispose expressément que « la saisine du conciliateur de justice n'interrompt, ni ne suspend la prescription, les délais de déchéance ou de recours » (38). Elle est évidemment heureuse du point de vue du droit d'agir en justice : on voit mal comment soutenir que la renonciation au droit au juge n'est que temporaire, lorsque le délai pour agir ôte, en pratique, toute possibilité de le saisir. La position adoptée par la Cour de cassation risque cependant de susciter quelques difficultés pratiques : la notion de « mise en oeuvre » de la clause de conciliation est évidemment bien vague et on peut se demander quel acte va formellement être considéré comme ayant interrompu le délai pour agir : la manifestation de volonté d'une des parties de recourir à la conciliation ? la proposition d'un nom de conciliateur ? sa saisine effective ?

B - Ce n'est sans doute pas la seule difficulté qui surgira quant au régime de l'irrecevabilité. Nécessairement temporaire, cette irrecevabilité sera-t-elle aussi absolue qu'on pourrait le croire ? On peut en particulier se demander si l'obligation de tenter une conciliation, interdisant de saisir le juge du fond, ôtera également toute possibilité de saisir le juge des référés aux fins d'obtenir une mesure provisoire ou conservatoire. On sait que la question s'est souvent posée en matière d'arbitrage, où il a été admis que le juge des référés ne peut plus être saisi dès lors que le tribunal arbitral est constitué. Mais la solution se justifie alors par l'idée que l'arbitre, investi d'un pouvoir juridictionnel, peut lui-même, une fois saisi, prononcer des mesures provisoires ou conservatoires. Or cette faculté est totalement exclue pour le conciliateur. On peut donc supposer que la saisine de ce dernier, à la différence de celle de l'arbitre, n'empêchera pas de s'adresser au juge des référés. A l'inverse, et paradoxalement, la solution est plus douteuse lorsque le conciliateur n'a pas encore été saisi. Si, dans cette situation, la convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à la saisine du juge des référés (39), ne pourrait-on déjà voir, dans le seul fait de saisir ce juge avant toute tentative d'accord amiable, une méconnaissance de la clause de conciliation ? On objectera que la compétence du juge des référés est une compétence d'ordre public que la convention des parties est dès lors inapte à écarter (40), et que l'urgence des mesures peut être incompatible avec l'inévitable retard qu'entraînera la mise en oeuvre de la conciliation. On voit en tout cas qu'il est difficile de transposer ici les solutions admises en matière d'arbitrage, et il en va de même lorsqu'on envisage les conditions de l'irrecevabilité.

III - Les conditions de l'irrecevabilité

En posant que, « licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable... constitue une fin de non-recevoir », la Cour de cassation ne donne qu'une idée assez approximative des conditions de l'irrecevabilité liée aux clauses de conciliation. D'une part, ce n'est pas la clause elle-même mais son non-respect qui constituera la fin de non-recevoir (A) ; d'autre part, la validité d'une telle clause n'est peut-être pas sans limite (B).

A - Se demander dans quels cas il y a violation d'une clause de conciliation revient à s'interroger sur les obligations qu'une telle clause met à la charge des parties. Cela conduit à distinguer entre les types de clauses auxquelles la solution posée par la Cour de cassation est susceptible de s'appliquer.

La sanction de l'irrecevabilité s'appliquera sans trop de difficultés aux clauses qui, comme celle de l'espèce, prévoient l'intervention d'un tiers pour tenter d'amener les parties à une solution amiable. Il va de soi que la sanction ne sera encourue que si l'intervention de ce tiers présente un caractère obligatoire pour les parties, et non si elle est présentée comme une simple faculté : l'arrêt ne vise que la « clause instituant une procédure de *conciliation obligatoire* et préalable ». Dans un tel cas, la clause de médiation (ou de conciliation) paraît faire naître à la charge des parties deux séries d'obligations complémentaires, qu'on peut être tenté de présenter à travers la distinction traditionnelle des obligations de moyens et des obligations de résultat. Il y a d'abord obligation de résultat en ce que les parties sont tenues de concourir à la mise en place de la procédure de médiation - c'est-à-dire pour l'essentiel de nommer le ou les médiateurs dans le délai qui leur est imparti - et, au minimum, de comparaître devant le médiateur. Mais au-delà leur obligation est simplement de moyens : à l'évidence, les parties ne peuvent pas par avance s'obliger à conclure une transaction, ce qui équivaldrait à une renonciation anticipée au droit d'agir en justice parfaitement illicite. Tout au plus peut-on faire peser sur les parties, sous le couvert de la bonne foi de l'article 1134, alinéa 3, ou, si l'on préfère, de la loyauté contractuelle, l'obligation de « déployer les efforts nécessaires en vue de parvenir, en toute loyauté, à une issue négociée du litige à naître du contrat principal » (41). Il paraît difficilement concevable de sanctionner par l'irrecevabilité le manquement à une telle obligation - et même d'ailleurs d'imaginer une quelconque sanction de son non-respect (42) : comment, sans trahir la nécessaire confidentialité de la médiation, pourrait-on prouver qu'une partie s'est contentée de faire de la

figuration ? comment pourrait-on, en déclarant sa demande irrecevable, la contraindre à mieux faire ? et quel serait, dans un tel cas, la fin de la suspension de prescription édictée par la Cour de cassation ? En définitive, donc, tout ce à quoi il est possible de contraindre les parties par la menace d'une irrecevabilité, c'est à participer à la mise en place de la procédure en concourant à la nomination du médiateur et en se présentant devant lui. C'est alors le procès-verbal de non-conciliation délivré par ce dernier qui ouvrira à nouveau aux parties le droit d'agir.

Pour les mêmes raisons, il sera bien difficile de transposer la solution de la Chambre mixte dans le cas où la clause de conciliation préalable ne prévoit pas l'intervention d'un tiers et se contente de préconiser la recherche par les parties d'une solution amiable. Non pas que ces clauses - même si elles ne sont pas visées par l'arrêt - soient, par principe, exclues du champ d'application de la solution : le souci de ne pas laisser une obligation sans sanction pourrait également valoir ici. Mais on se heurtera à une quasi-impossibilité d'application, l'« obligation » des parties se limitant alors à celle de négocier de bonne foi. Des clauses comme « les parties s'engagent, avant toute demande en justice, à rechercher une solution amiable » risquent fort, dans ces conditions, d'être purement symboliques et de valoir comme simple rappel de ce que la saisine du juge n'est jamais la première solution à laquelle il faut songer. On ne pourrait retrouver une possibilité de sanction que si les diligences mises à la charge des parties pour tenter d'aboutir à une solution négociée faisaient l'objet d'une certaine formalisation (délais et modalités de la discussion, constatation de l'échec...).

B - Encore faut-il, pour que joue l'irrecevabilité, que la clause imposant une conciliation ou une médiation préalable à la saisine du juge soit valable. Dans son principe, cette validité, que la Cour de cassation rappelle dans une simple incidente (« attendu que, licite, la clause .. ») n'a jamais fait aucun doute (43), dès lors que les clauses en question ne touchent pas au principe même de la compétence du juge étatique, et que, comme on l'a vu, elles ne font que retarder la saisine du juge sans porter atteinte à la liberté d'agir en justice. Cette validité n'est cependant pas sans limites.

Dans la mesure où le but recherché par la mise en place de la procédure de conciliation obligatoire et préalable est d'aboutir à une solution conventionnelle du litige, il va de soi que la clause ne sera licite que si le ou les litiges qu'elle vise sont susceptibles d'être réglés par transaction. Certes, la procédure mise en place ne débouchera pas nécessairement sur la conclusion effective d'un tel acte, mais il serait paradoxal de permettre aux parties de rendre obligatoire une procédure qui ne pourrait réussir qu'à travers la conclusion d'un accord sans valeur juridique. Or, on sait que, de même qu'elle s'oppose à l'arbitrabilité de certains litiges, la notion d'ordre public vient restreindre le champ de la « transigeabilité » (44). Mais, même dans les domaines où la transaction n'est pas par elle-même exclue, la clause prévoyant une conciliation préalable à la saisine du juge ne doit peut-être pas être pour autant toujours regardée comme licite. Dès lors qu'on admet avec la Chambre mixte que la clause de conciliation préalable a un effet procédural direct, et retarde l'accès au juge, on peut trouver difficilement admissible que certains contractants spécialement protégés par la loi acceptent par avance de telles contraintes : ainsi, alors même que la transaction est en principe licite pour régler les conséquences financières de la rupture du contrat de travail (dès lors qu'elle est conclue postérieurement à cette rupture), il est peu probable qu'un salarié puisse, par avance, dans le contrat, s'obliger à recourir à une médiation dans ce cas. Et, de même, à une époque où on cherche surtout à favoriser l'accès des consommateurs à la justice, on peut avoir des doutes sur la validité de telles clauses dans les contrats de consommation. Même si, faute de texte en limitant le domaine de validité, on ne peut pas transposer ici l'interdiction de principe édictée pour les clauses compromissaires, il est certain que ces clauses, dans la mesure où elles imposeraient au consommateur le passage par un médiateur, externe ou interne à l'entreprise (45), pourraient tomber sous le coup de la réglementation des clauses abusives (46).

Se pose alors la question du règlement procédural du contentieux sur la validité de la clause de conciliation. En matière d'arbitrage, on le sait, c'est en principe à l'arbitre, doté de la « compétence-compétence », de se prononcer sur la validité de la convention sur laquelle repose son pouvoir (47). Cette solution n'est évidemment pas susceptible d'être transposée aux clauses de conciliation, dans la mesure où, par hypothèse, le tiers chargé de la tentative de règlement amiable n'est investi d'aucune mission juridictionnelle. Il appartiendra donc au juge saisi de se prononcer sur la validité de la clause, mais, même s'il admet cette validité, il sera sans doute bien vain de renvoyer ensuite les parties devant le conciliateur.

Le même problème va se poser lorsque la validité de la clause de conciliation ne sera pas discutée directement, mais par répercussion si le contrat qui la contient est argué de nullité. Cela entraînera-t-il la nullité de la clause ? Cette question se pose depuis longtemps en matière d'arbitrage et elle y a reçu une réponse négative privilégiant l'efficacité procédurale sur la logique contractuelle (48). L'admission de l'autonomie de la clause de médiation semble s'imposer de manière plus impérieuse encore en raison de l'absence de pouvoir juridictionnel du conciliateur : si on considère la clause comme dépendante du contrat principal, il suffirait à une partie de soulever la nullité du contrat pour échapper à la procédure de conciliation préalable. C'est pourquoi on relèvera avec intérêt un arrêt rendu le 6 juillet 2000 par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation (49), qui admet qu'une clause de médiation peut s'appliquer alors même que le litige né entre les parties porte précisément sur la nullité du contrat qui la contient. C'est, implicitement, admettre l'autonomie de la clause. Encore faut-il, comme l'arrêt l'indique, que la volonté des parties ait été de soumettre au médiateur cette catégorie de litiges : il appartiendra aux rédacteurs d'actes de l'indiquer clairement.

On ne s'étonnera pas de voir surgir ici un certain nombre de questions très techniques du droit de l'arbitrage, ni de constater la difficulté qu'il y a à en transposer la solution à la conciliation. L'opinion, encore trop répandue, qui voit dans la médiation/conciliation une justice en quelque sorte « déjuridicisée », dégagee des pesanteurs du formalisme, de la procédure, et de l'artifice supposé des règles, s'en trouve naturellement quelque peu ébranlée. La recherche d'une solution amiable, en ce qu'elle est organisée par le droit, n'échappe de toute façon pas au droit. Elle y échappera d'autant moins que l'effet procédural ici reconnu aux clauses de médiation ou de conciliation poussera les rédacteurs d'actes, en l'absence d'une réglementation analogue à celle qu'on rencontre en matière d'arbitrage, à une formalisation plus grande de la procédure prévue par ces clauses. Le risque n'est-il pas alors de compromettre la souplesse nécessaire de ce mode de règlement non juridictionnel ?

Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Clause de conciliation * Fin de non-recevoir * Prescription * Suspension
PROCEDURE CIVILE * Fin de non-recevoir * Clause de conciliation
PRESCRIPTION CIVILE * Suspension * Contrat * Clause de conciliation * Mise en oeuvre

(1) Cf. C. Moreau, B. Munoz-Perez, E. Serverin, La médiation judiciaire civile en chiffres, Ministère de la justice, décembre 2002.

(2) Cass. 2e civ., 15 janv. 1992, Rev. arb. 1992, p. 646, obs. D. Cohen.

(3) Rev. arb. 1996, p. 616, obs. C. Jarrosson.

(4) Cet arrêt approuvait une cour d'appel qui, « ayant relevé que les conventions contenaient une clause de conciliation par laquelle les parties s'étaient engagées à soumettre leur différend à deux conciliateurs avant toute action

contentieuse (avait retenu), à bon droit, que l'action en justice introduite sans observation de cette procédure prévue par cette clause est irrecevable », D. 2001, Somm. p. 3088, obs. J. Penneau .

(5) Cass. 1re civ., 6 mars 2001, Bull. civ. I, n° 58 ; D. 2001, Jur. p. 1868, note B. Edelman .

(6) Bull. civ. I, n° 11.

(7) J. Mestre et B. Fages, obs. RTD civ. 2001, p. 359 , observant que l'arrêt du 23 janvier 2001 concernait une conciliation institutionnelle de médecins par l'autorité ordinale. Mais on voit assez mal en quoi cela pouvait être de nature à en retirer le caractère obligatoire.

(8) C. Jarrosson, note Rev. arb. 2001, p. 760 s.

(9) V. Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ? Rapp. CERCRIID sous la dir. de M. C. Rivier, mai 2001, spéc. n° 55.

(10) V. *infra* III A.

(11) Cf. Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, actes du colloque organisé par le CERCRIID en décembre 1998 à la faculté de droit de Saint-Etienne, *Economica*, 2001.

(12) Comp X. Lagarde, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, Rev. arb. 2000, p. 377, spéc. p. 390 s.

(13) Il est pour le moins surprenant de lire sous la plume des Hauts magistrats qu'une clause « n'est pas d'ordre public ». La qualification d'ordre public ne peut s'appliquer qu'aux règles de droit lorsqu'on se demande si les conventions peuvent y déroger - et non à ces conventions elles-mêmes.

(14) C. Jarrosson, note préc.

(15) Dans ce sens C. Jarrosson, note préc.

(16) V. spéc. X. Lagarde, art. préc.

(17) P. Grignon, L'obligation de ne pas agir en justice, Mélanges Mouly 1998, p. 115.

(18) P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999, p. 771 s .

(19) L. Cadiet, Droit judiciaire privé, Litec, 3e éd., 2000, n° 1014 ; C. Jarrosson, note sous Cass. 2e civ., 6 juill. 2000, Rev. Arb. 2001, p. 749 s.

(20) S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde, M. Douchy, Droit processuel, Précis Dalloz, 2e éd., 2003, n° 589 ; G. Block, Les fins de non-recevoir en procédure civile, Bruxelles Paris, Bruylant, 2002, n° 176.

(21) X. Lagarde, *op. cit.* ; S. Guinchard (sous la dir. de), Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz Action 2002/2003, n° 2033.

(22) S. Guinchard (sous la dir. de), *op. et loc. cit.* ; G. Block, préc.

(23) C. Jarrosson, note préc.

(24) Pour une analyse contraire, G. Block, *op. cit.*, n° 176.

(25) Il en irait différemment lorsque la tentative de conciliation n'est pas un préalable à l'action, c'est-à-dire lorsqu'elle se situe après l'introduction de l'instance contentieuse. - V. ainsi à propos du non-respect de la procédure de conciliation préalable en matière prud'homale : Cass. soc., 12 déc. 2000, Bull. civ. V, n° 422 - *adde* S. Guinchard (sous la dir. de), Droit et pratique de la procédure civile, ouvrage préc., n° 3330 s.

(26) C. Jarrosson, préc.

(27) Cass. 2e civ., 22 nov. 2001, Bull. civ. II, n° 168 ; D. 2002, IR p. 42 . Par conséquent, le moyen tiré de l'existence d'une clause compromissoire doit être soulevé avant tout autre moyen de défense.

(28) En ce sens M. Douchy, note sous Cass. 2e civ., 22 nov. 2001, Droit et procédures, mars-avr. 2002, p. 108 ; J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile, Dalloz, 26e éd., 2001, n° 145.

(29) L'article 124 fait en effet écho à l'article 114 selon lequel aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'est pas expressément prévue par la loi.

(30) Cass. 2e civ., 10 févr. 1988, Bull. civ. II, n° 41 ; RTD civ. 1988, p. 577, obs. R. Perrot.

(31) Cass. civ., 24 oct. 1951, D. 1952, Jur. p. 105, note Besson.

(32) Sur la question, S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde, M. Douchy, *op. cit.* n° 589.

(33) L'article 125 dispose que « les fins de non-recevoir *doivent* être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public (...). Le juge *peut* relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt ». En application de ce principe, l'article 1458 du nouveau code de procédure civile dispose d'ailleurs, en matière d'arbitrage, que « la juridiction ne peut relever d'office son incompétence ».

(34) Cass. 2e civ., 7 déc. 2000, Bull. civ. II, n° 163 qui présente la solution comme valable pour tous les moyens de défense ; D. 2001, IR p. 178 .

(35) Dans ce sens, C. Jarrosson, *op. cit.* n° 23.

(36) Cf. art. 123 NCPC - Il semble en revanche difficile de dire que le fait de ne pas soulever immédiatement l'irrecevabilité pourrait valoir, de la part du défendeur, renonciation à le faire (dans ce sens C. Jarrosson, *op. et loc. cit.*). L'argument réduirait à néant la possibilité ouverte par l'article 123 NCPC.

(37) C. Jarrosson, art. préc., p. 763. L'auteur précise que la solution lui a été à lui-même soufflée.

(38) Une solution identique a été adoptée par la Cour de cassation à propos d'une requête aux fins de conciliation en application des dispositions relatives à la procédure de saisie-arrêt des rémunérations du travail, au motif que pour être interruptives de prescription la citation en justice ou la saisie doivent être signifiées à la requête du créancier à celui que l'on veut empêcher de saisir : Cass. 2e civ., 8 juin 1988, JCP 1989, II, n° 21199, note J.-J. Taisne.

(39) Tant sur le fondement des articles 808 et 809 que de l'article 145 du nouveau code de procédure civile - V., pour des arrêts récents, Cass. 2e civ., 13 juin 2002, Bull. II, n° 130 ; D. 2002, Jur. p. 2439, note I. Najjar  ; Cass. 2e civ., 7 mars 2002, Bull. civ. II, n° 31 ; D. 2002, IR p. 1113 .

(40) En ce sens, G. Couchez, note sous Cass. 2e civ., 9 juill. 1979, JCP 1980, II, n° 19389.

(41) X. Lagarde, art. préc., p. 389 qui critique cependant une telle présentation.

(42) X. Lagarde, préc. On peut douter que l'exigence de bonne foi dans l'exécution des contrats se cristallise ici en une véritable « obligation ».

(43) L. Cadiet, Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges, Petites affiches, 5 mai 2000.

(44) Sur ces limites, V., notamment X. Lagarde, Transaction et ordre public, D. 2000, Chron. p. 217  ; L. Cadiet, art. préc.

(45) Il est vrai qu'en pratique, les procédures de conciliation ou de médiation mises en place par les entreprises se présentent le plus souvent comme des procédures facultatives, où, à l'inverse de la solution ici retenue, le médiateur ne peut être saisi que si aucune demande en justice n'a été formée. Sur ces pratiques, V. la riche thèse d'E. Camous, Règlements non juridictionnels des litiges de la consommation, Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlement des conflits, LGDJ 2002, spéc. p. 161 s.

(46) Le « q » de l'annexe à l'article 132-1 c. consom. cite parmi les clauses pouvant être déclarées abusives celles qui ont pour objet ou pour effet « de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice du consommateur ». La nécessité d'une conciliation préalable constitue indiscutablement une telle « entrave ». Il est vrai qu'on peut tirer de ce texte la conclusion que de telles clauses ne sont pas nulles de plein droit ; elles ne le sont que si le juge estime qu'elles entrent dans la définition générale des clauses abusives.

(47) Art. 1466 NCPC.

(48) L'autonomie de la clause compromissoire en matière internationale a été admise par Cass. 1re civ., 7 mai 1963, *Sté Gosset*, D. 1963, Jur. p. 545, note Robert ; elle a été récemment étendue à l'arbitrage interne : Cass. 2e civ., 4 avr. 2002 et Cass. com., 9 avr. 2002, Bull. civ. II, n° 68 et IV, n° 69 ; D. 2003, Jur. p. 1117, note L. Degos  ; JCP éd. E 2002, p. 1555, obs. O. Gout.

(49) Pourvoi n° 98-17.627.