



HAL
open science

La confidentialité dans le règlement amiable des litiges

Stéphane Carré

► **To cite this version:**

Stéphane Carré. La confidentialité dans le règlement amiable des litiges. Les Petites Affiches, 1994, 93,94, pp.17-25, 7-17. halshs-01337347

HAL Id: halshs-01337347

<https://shs.hal.science/halshs-01337347v1>

Submitted on 11 Sep 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA CONFIDENTIALITÉ DANS LE RÈGLEMENT AMIABLE DES LITIGES

(1^{RE} PARTIE)

De nombreux conflits sont susceptibles d'être résolus, au moins partiellement, dans un cadre seulement privé. Ainsi deux parties peuvent s'entendre sur le mode de règlement du litige qui les oppose : à défaut de trouver une solution commune à leur différend, elles définissent au moins ensemble la procédure qui va être mise en œuvre pour trouver une solution à leur différend. Les parties ont par exemple recours à un arbitre ou à un médiateur. Mais les parties peuvent aussi s'entendre directement sur la solution qu'il convient d'apporter à leur litige et conclure entre elles une transaction.

Ce faisant, les litigants évitent de montrer au grand jour leurs querelles, ce qui pourrait leur être préjudiciable. Le différend est alors normalement soumis à une procédure discrète. La solution restera généralement confidentielle. Cette discrétion ne peut que faciliter en retour les négociations. De plus, les parties semblent ainsi échapper aux investigations des magistrats. Mais c'est alors qu'une difficulté apparaît : l'Etat peut-il se désintéresser totalement des litiges qui sont résolus sur son territoire mais hors du prétoire de ses tribunaux ? De plus, n'a-t-il pas tout avantage à faciliter lui-même des solutions amiables et rapides ?

Or, la confidentialité, qui va de soi quand le règlement du litige garde un tour purement privé, risque d'être remise en cause si l'Etat intervient dans le règlement du différend. En effet, l'Etat a pour mission de faciliter la paix sociale. A ce titre, il peut intervenir comme tiers dans le règlement de litiges entre particuliers. Mais il intervient publiquement : les débats ont lieu en général en audience publique (1) et la décision est publiée quand il tranche un litige (2).

Les pouvoirs publics ont encore le devoir d'intervenir en tant que garants de l'ordre public. Les différends doivent alors être soumis au principe de

publicité puisque c'est dans l'intérêt de la collectivité que les tribunaux agissent (3). La confidentialité de principe du règlement amiable des litiges semble ainsi remise en question. D'une part, les parties n'échappent pas nécessairement à l'intervention des magistrats dans leur différend. D'autre part, la confidentialité recherchée s'oppose globalement au principe de publicité qui prévaut dans les procès.

Mais l'intervention des tribunaux de l'Etat met-il un obstacle infranchissable à la discrétion parfois recherchée par les litigants ? On constate en premier lieu que l'instance engagée n'est jamais intégralement publique. Ni les tiers, ni les parties elles-mêmes ne sont en droit de prendre connaissance du délibéré. Dans certains cas, le juge peut décider que les débats auront lieu en chambre du conseil (4). De plus, afin de renforcer la confidentialité ainsi organisée, le juge va être tenu à une obligation de secret : non seulement le principe de publicité ne s'applique pas mais il existe une interdiction de dévoiler toutes les informations apprises ou les discussions engagées en dehors de la présence des parties ou des tiers (5).

En deuxième lieu, si le caractère public de l'intervention de l'Etat est compréhensible quand ses tribunaux tranchent un litige, il reste que la

droit procédural

(1) Cf. en particulier les art. 22 et 433 N.C.P.C. : Cf. encore l'article 11-1 de la loi n° 72-626 du 5 juill. 1972. Le Conseil d'Etat a jugé que le principe de la publicité des débats était un principe général du droit applicable à l'ensemble des juridictions judiciaires (cf. C.E. 4 oct. 1974 D. 1975-369- note J.M. Auby).

Sur la question, cf. Perrot R. : « Le principe de la publicité dans la procédure civile » Ann. Fac. Droit et Sciences Eco de Toulouse t. XVI 1968 -p. 271 et s.- ; Raynaud P. : « Rapport général : le secret et la procédure » Trav. Ass. H. Capitaine XXV 1974 -p. 711 et s.- ; Kayser P. : « Le principe de la publicité de la justice dans la procédure civile » Mél. P. Hébraud 1981 -p. 504.

(2) Prononcé public au jugement : art. 451 N.C.P.C. : art. 11-2 de la loi n° 75-596 du 9 juill. 1975 ; cf. par ailleurs les articles R. 131-17 à R. 131-19 du Code de l'Org. Jud. qui instituent et réglementent la publication des arrêts de la Cour de Cassation.

(3) Ainsi en matière pénale, le principe de la publicité des débats est affirmé aux articles 306, 400, 512, 535, 601 C.P.P. Le caractère public des jugements est enfin souvent affirmé par ces mêmes articles du Code de Procédure Pénale.

En matière administrative, si le principe de la publicité n'est pas général, des textes particuliers le retiennent par exemple pour les tribunaux administratifs, les Cours Administratives d'Appel ainsi que le Conseil d'Etat (cf. R. 172 et R. 195 Code T.A. - C.A.A. et les articles 66 et 68 de l'ordonnance du 31 mai 1945).

(4) Ex. : art. 435 in fine N.C.P.C.

(5) C'est bien ce qui ressort de l'article 448 N.C.P.C. et de l'article 6 de l'ordonnance 58-1270 du 22 déc. 1958 : cf. encore C.E. 15 oct. 1965 « Mazel » J.C.P. 1966 II 14487.

(6) M. le professeur B. Oppetut constate que la doctrine ne fait pas toujours une nette distinction entre les notions de confidentialité et de secret (« Justice étatique et justice arbitrale » ét. off. à P. Bellet éd. Litec Paris 1991 -p. 423).

(7) Il en est de même pour les arbitres compétents, en vertu des articles L. 525-1 à L. 525-4 du Code du travail, pour trancher les conflits collectifs. Le recours à un arbitre est facultatif (L. 523-6 C.T.) et nécessite l'accord des parties (L. 525-1, L. 525-2 C.T.).

La situation est plus complexe pour la commission arbitrale compétente pour déterminer l'indemnité due en cas de résiliation du contrat de travail d'un journaliste professionnel (L. 761-5 C.T.). Cette commission est formée d'arbitres nommés par les organisations professionnelles de journalistes et d'employeurs. Elle est présidée par un haut fonctionnaire ou un haut magistrat en activité ou en retraite. Elle est obligatoirement saisie pour déterminer l'indemnité de licenciement. L'aspect conventionnel de cet arbitrage est donc fortement atténué.

Mais cette justice est privée parce qu'elle n'intervient pas au nom de l'Etat : les arbitres sont des particuliers désignés par les organisations professionnelles. Ils ne sont pas les gardiens de la loi mais seulement les arbitres d'une somme indemnitaire (dans le même sens : Motulsky H. : « Ecrits » Dalloz 1974 Paris -p. 20-). On peut donc en déduire la confidentialité des débats.

De plus, argument supplémentaire, le journaliste peut arguer devant cette commission de la clause de conscience, quand la résiliation intervient de son fait. Cette clause peut jouer quand, en cas de changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal, il existe une incidence sur l'honneur, la réputation ou les intérêts moraux du journaliste (L. 761-7 3° C.T.). Ces matières concernent étroitement l'intimité de la vie privée au travers du respect dû à la personne humaine. Elles méritent donc la confidentialité des débats. Par contre, on ne doit pas considérer l'inspecteur du travail comme un arbitre, quand il intervient à la suite d'un différend (ex. : l'article R. 241-31 C.T. en matière d'embauche et de licenciement d'un médecin du travail). L'inspecteur agit à la diligence des représentants des salariés ou de l'employeur, sans qu'un accord existe au préalable sur son choix. La décision qu'il prend ne semble pas être une sentence mais plutôt un acte administratif. En cas de litige sur le départ en congé-formation d'un salarié (L. 931-6 C.T.), le Conseil d'Etat ne reconnaît à l'inspecteur qu'un rôle de conciliation (C.E. 20 déc. 1985 D. 1986, I.R. -38-).

(8) Ainsi que l'article 1460 al. 1 N.C.P.C. l'envisage pour l'arbitrage interne, de même que l'article 1495 N.C.P.C. pour l'arbitrage international.

(9) Cf. l'article 1457 al. 3 N.C.P.C.

(10) Cf. Gaillard E. : « Le principe de

confidentialité de l'arbitrage commercial international » D. 1987-153 : Mais le cadre même d'un organisme spécialisé n'empêche pas que le lieu effectif de l'arbitrage soit librement défini : « Le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation des consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou des parties » (art. 20 parag. 2 loi-type de la C.N.U.D.C.I. du 21 juin 1985 -cité par Boissésou (de) M. : « Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitrage international » ét. off. à P. Bellet éd. Litec Paris 1991 -36-).

(11) Cf. Gaillard E. : « Le principe de confidentialité de l'arbitrage commercial international » D. 1987-153, 154.

(12) Par exemple, la Chambre de Commerce Internationale de Paris a mis en œuvre un référé pré-arbitral à dater du 1 janv. 1990, dont l'une des règles est la confidentialité des informations reçues par les parties durant toute la durée de la procédure (cf. Liais. Jur. Fisc. 10 déc. 1992 -4-). Mais dans le cadre de l'arbitrage en matière de conflits collectifs du travail, l'accord passé entre les parties est public puisqu'il équivaut à une convention collective du travail et pourra être publié (cf. infra).

(13) Cf. : « Régler autrement les conflits » Les études du Conseil d'Etat. La Doc. Franç. Paris 1993 -p. 87- ; Guidicelli-Delage G. : « Institutions judiciaires et juridictionnelles » P.U.F. Paris 1987 -p. 59-.

Les avantages d'une solution rapide et discrète ont entraîné un élargissement du champ de l'arbitrage à des secteurs qui ne lui étaient pas traditionnellement ouverts. En vertu de textes spéciaux de plus en plus nombreux, l'arbitrage devient ainsi possible avec des établissements et des collectivités publiques : compromis en matière de liquidation des dépenses relatives aux marchés de travaux et de fournitures de l'Etat et des collectivités locales (art. 247, 261 Code des marchés publics), loi du 30 déc. 1982 et du 2 juill. 1990 permettant à la S.N.C.F., à la Poste et à France Télécom de passer des conventions d'arbitrage, *Traité de Canterbury* du 12 févr. 1986 relatif au tunnel ferroviaire sous la Manche, prévoyant l'arbitrage des litiges entre la France et la Grande-Bretagne.

(14) Gaillard E. : « Le principe de confidentialité de l'arbitrage commercial international » D. 1987-155 : C. d'ap. Paris 18 février 1986, Rev. Arb. 1986-583-

(15) Cf. infra : II La confidentialité et le juge.

(16) Il peut s'agir d'une difficulté liée à la constitution du tribunal arbitral (art. 1444, 1454 N.C.P.C.). Il peut encore s'agir de prolonger le délai légal ou conventionnel de la mission des arbitres (art. 1456 N.C.P.C.). Il peut y avoir enfin un problème attenant à la récusation d'un arbitre (art. 1463 N.C.P.C.). Le tribunal de commerce sera saisi si les parties l'ont expressément prévu dans la convention d'arbitrage (art. 1444, 1456 N.C.P.C.). Dans le cadre de la commission arbitrale des journalistes, c'est le président du tribunal de grande instance qui est saisi en cas de difficulté (L. 761-5 al. 4 et 5 C.T.).

publicité n'apparaît pas comme nécessaire si les organes de l'Etat ne cherchent qu'à faciliter une solution amiable, dénouement qui dépend en dernière analyse des parties elles-mêmes.

En troisième lieu, afin d'assurer l'efficacité de certaines fonctions ou de certaines professions exigeant la plus grande discrétion, le secret peut être opposé dans certaines circonstances aux magistrats. N'y a-t-il pas en l'occurrence un moyen de se soustraire parfois à l'ingérence des juges dans le règlement amiable des litiges ? La notion de secret semble ainsi tout à la fois complémentaire et différente de celle de confidentialité (6).

En particulier, la discrétion recherchée dans le règlement amiable des litiges n'apparaît pas comme un droit ou à l'inverse une obligation aussi absolue que la notion de secret. Aussi, la confidentialité souvenant voulue par les parties ne semble pas pouvoir s'imposer complètement. Elle va devoir être combinée avec le droit pour les tiers de connaître dans certaines conditions le litige et sa solution (I). Elle est enfin susceptible d'entrer en conflit avec le droit pour le magistrat d'instruire éventuellement les mêmes litiges (II).

II. La confidentialité et les tiers

Le traitement amiable des litiges peut être de différentes natures. Les parties peuvent s'entendre pour porter le litige devant un arbitre. Un particulier aura alors mission de trancher le différend simplement en vertu d'une convention passée entre les parties (A). Elles peuvent enfin tenter de s'accorder directement sur le fond, avec l'aide ou non d'un tiers. Dans ce cas, non seulement les modalités de règlement du litige font l'objet d'un accord, mais le dénouement même fera l'objet d'une solution amiable (B). Cependant l'Etat, dont la mission est de préserver la paix et l'ordre social, ne peut négliger l'existence de ces tentatives.

A. La confidentialité dans l'arbitrage des litiges

Il est nécessaire d'observer avant tout comment est organisée la confidentialité des arbitrages (1). On étudiera par la

suite l'incidence de l'intervention des juridictions étatiques sur cette confidentialité (2).

1. La mise en œuvre de la confidentialité dans l'arbitrage

On différencie généralement l'arbitrage interne de l'arbitrage international. La confidentialité qui entoure ces deux modes de règlement arbitral des litiges est certaine mais se pose en des termes légèrement différents. Par ailleurs, il faut tenir compte des arbitrages organisés spécialement en certaines matières (commission arbitrale concernant les journalistes professionnels, arbitrage en matière de conflits collectifs en droit du travail...).

En arbitrage interne, certains principes directeurs du procès doivent être respectés. L'article 1460 al. 2 N.C.P.C. indique les textes concernés. Il s'agit des articles 4 à 10, de l'article 11, al. 1 et des articles 13 à 21 du nouveau Code de procédure civile. On constate donc que l'article 22 N.C.P.C. disposant que « les débats sont publics » n'entre pas dans le champ de l'article 1460. En matière d'arbitrage international, la liberté que peut prendre l'arbitre quant à la procédure civile est encore plus importante en ce sens qu'il n'est pas tenu de respecter l'article 1460 N.C.P.C. Seul le non-respect du contradictoire pourrait entraîner la réformation ou l'annulation de la sentence arbitrale (art. 1502, 1504 N.C.P.C.).

Cette confidentialité est concrètement renforcée par différents aspects de l'organisation de l'arbitrage, organisation fortement marquée par son caractère conventionnel. Ainsi l'arbitrage n'existe qu'en vertu d'un accord préalable des parties : soit dans le cadre d'une clause compromissoire en droit commercial, soit en vertu d'un compromis. Ce sont les parties elles-mêmes qui désignent les arbitres ou qui décident des modalités de leur désignation (art. 1443, 1448 N.C.P.C.) (7). La clause compromissoire et le compromis sont donc avant tout la chose des litigants : ces conventions n'ont aucun caractère public, à moins qu'elles n'en décident volontairement par exemple en retenant que l'arbitre devra respecter l'ensemble des règles de la procédure civile (8).

D'ailleurs, le lieu où se tiendra l'arbitrage est libre, masquant l'endroit où auront lieu l'instruction et les éventuels débats. Les parties pourront décider de ce lieu dans la convention d'arbitrage ou laisser à un tiers le soin de fixer l'endroit où il se tiendra, en toute discrétion (9). Il est vrai que l'organisation de l'arbitrage est aujourd'hui souvent laissée à des organismes spécialisés, notamment en droit international. Il en est ainsi de la Chambre de commerce internationale de Paris.

On peut, au travers de ces institutions, déceler l'existence de tout un contentieux arbitral (10). Cependant, les règles établies par ces organismes cherchent à préserver la confidentialité de ces litiges. Soit le nom des parties est connu mais non pas le contenu de la sentence, soit le contenu de la sentence est publié mais non pas l'identité des parties (11). Cette protection concerne la sentence et non les débats : ces derniers connaissent de toutes les façons une confidentialité qui va de soi (12). La discrétion qui entoure l'arbitrage est une des raisons qui font le succès de cette formule de règlement de litiges (13). Mais il s'agit bien de confidentialité et non d'un droit au secret.

Certes, il peut y avoir une faute contractuelle à rendre public un différend que les parties s'étaient entendues à rendre discret (14). Il n'en demeure pas moins que les tribunaux d'Etat ont un droit de regard sur le contenu des sentences arbitrales (15). Celles-ci peuvent perdre alors leur caractère confidentiel si le contrôle et la décision des magistrats ont lieu publiquement.

2. L'intervention des tribunaux de l'Etat

Trois éventualités semblent se présenter. Premièrement, une difficulté apparaît dans la mise en œuvre de la procédure arbitrale. Deuxièmement, l'une des parties engage une voie de recours à l'égard de la sentence arbitrale. Troisièmement, l'une des parties demande au magistrat une ordonnance d'exequatur.

Quand une difficulté se fait jour dans l'organisation du tribunal arbitral, l'incident doit être réglé par le président du tribunal de grande instance ou

celui du tribunal de commerce (16). On doit considérer que cette intervention d'un magistrat a généralement un caractère contentieux (17). Il y a manifestement un litige, du moins quand la difficulté survient du fait de l'attitude de l'une des parties. La décision du magistrat doit donc être prise après des débats en audience publique. Mais celle-ci intervient bien entendu avant la sentence arbitrale, qui peut rester confidentielle.

Ce n'est que si l'incident naît du fait des arbitres, les litigants étant étrangers à cette difficulté, que l'intervention des magistrats ne paraît pas avoir un caractère contentieux. On est plutôt en face d'un acte d'administration judiciaire. C'est le cas quand, d'un commun accord entre les parties ou à l'initiative des arbitres eux-mêmes, le magistrat est saisi afin de proroger le délai initial de la procédure arbitrale. En conséquence, il semble que l'ordonnance puisse ne pas être prise en audience publique.

La solution paraît plus claire quand l'une des parties décide d'engager un recours contre la sentence arbitrale. Certains recours sont certes interdits : l'opposition et le pourvoi en cassation. Mais l'appel et la tierce-opposition sont possibles (18). Dès que l'appel est interjeté, il nous paraît évident que le principe de la publicité doit être appliqué. Enfin, la publicité des débats doit s'imposer si la sentence a enfreint une règle d'ordre public (19). En effet, la justice d'Etat se fait alors le gardien de la légalité et de l'ordre public au nom de la collectivité (20).

On peut cependant soutenir que l'ensemble des parties, en vertu de l'article 435 N.C.P.C., pourraient demander à ce que les débats aient lieu en chambre du conseil. Deux arguments peuvent légitimer une telle demande. D'une part, la convention d'arbitrage a pu vouloir cette confidentialité ; à défaut de stipulation expresse, cette discrétion peut être dégagée de la demande même des litigants. D'autre part, une interprétation extensive de l'article 433 al. 2 pourrait justifier des débats en chambre du conseil. Cette disposition du nouveau Code de procédure

civile édicte en effet qu'en matière de publicité des débats, « ce qui est prévu à cet égard en première instance doit être observé en cause d'appel ». Or, l'arbitrage est bien un organe juridictionnel. Il est un tribunal de première instance à défaut d'être une juridiction de l'ordre judiciaire (21).

Ce que l'on a pu dire en général de l'appel est applicable aussi à la tierce opposition : les débats et le jugement sont normalement publics. Le caractère public des recours en tierce opposition s'impose particulièrement car ce recours permet justement à un tiers de faire rétracter ou réformer un jugement à son profit. D'ailleurs, si le jugement initial a été rendu en matière gracieuse, et donc en chambre du conseil, le recours en tierce opposition n'en est pas moins formé, instruit et jugé « selon les règles de la procédure contentieuse » (art. 587 al. 3). Les débats et le jugement à la suite d'une tierce opposition sont donc en général publics.

On soulignera pourtant la difficulté pratique qu'il y a pour un tiers à connaître d'une sentence arbitrale généralement confidentielle. Les délais de prescription prévus à l'article 586 N.C.P.C. sont néanmoins suffisamment longs (22) pour permettre au tiers qui subit un préjudice de découvrir l'existence de la sentence.

Le troisième cas d'intervention de la justice d'Etat dans une procédure arbitrale est la demande d'exequatur. On sait que la sentence arbitrale possède l'autorité de la chose jugée (art. 1476 et 1500 N.C.P.C.) mais n'a pas la force exécutoire. Souvent, l'arbitrage va être respecté par les parties. Aucun appel n'a lieu et la partie perdante s'exécute spontanément. La confidentialité du litige est par conséquent préservée.

Si la partie perdante refuse d'appliquer la décision arbitrale, l'exécution forcée de la sentence ne peut avoir lieu qu'après une ordonnance d'exequatur décidée par le tribunal de grande instance (23). Cette ordonnance ne semble pas être un acte contentieux (24). Il ne s'agit pas en effet de trancher un différend mais plutôt d'une homologation. La décision du magistrat relève plutôt d'une procédure gracieuse

(17) Le président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce est « saisi comme en matière de référé » (art. 1457 al. 1 N.C.P.C.). C'est le président du tribunal de grande instance de Paris qui est compétent pour les arbitrages internationaux s'étant déroulés en France ou ceux pour lesquels les parties ont prévu l'application de la loi française (art. 1493 al. 2 N.C.P.C.).

(18) Sur les conditions de tels recours en matière arbitrale, cf. infra : Il La confidentialité et le juge.

(19) Cf. infra : Il La confidentialité et le juge.

(20) Il semble bien que l'on doive comprendre ainsi le caractère public des débats devant la Cour supérieure d'arbitrage (R. 525-6 C.T.), seule compétente pour recevoir un recours contre la sentence de l'arbitre désigné par les parties pour régler un conflit collectif du travail (L. 525-1 à L. 525-4 C.T.). Elle est un véritable organe juridictionnel d'Etat car elle est la gardienne de la légalité des sentences prises par l'arbitre conventionnel, cassant toute décision prise par excès de pouvoir ou en violation de la loi (L. 525-5 C.T.). La composition de la Cour supérieure d'arbitrage n'est pas entre les mains des parties mais est fixée par la loi (L. 525-6 C.T.). Ses membres sont nommés par décret. Ses sentences sont rendues « au nom du peuple français » (R. 525-16 C.T.) et publiées au Journal Officiel (R. 525-18 C.T.).

(21) On pourrait d'ailleurs encore faire valoir que l'article 433 al. 2 N.C.P.C. est une expression du principe du parallélisme des formes, appliqué aux procédures contentieuses. On notera cependant que l'article 433 est inclu dans le titre quatorzième du Livre premier du nouveau Code de procédure civile, « Le jugement » tandis que l'arbitrage forme le Livre quatrième.

(22) Prescription trentenaire si le tiers agit à titre principal contre le jugement ; aucune prescription si le tiers agit à l'occasion d'une autre instance quand le jugement initial lui est opposé. Le délai est pourtant réduit à deux mois si le jugement (en matière contentieuse ou en matière gracieuse quand il s'agit d'une décision en dernier ressort) a été au préalable notifié au tiers. Mais dans ce cas, on peut arguer que le jugement, ou la sentence arbitrale, n'est plus confidentiel pour ce tiers.

(23) L'article L. 311-11 C. de l'Org. jud. (loi n° 91-650 du 9 juillet 1991) dispose que « Le tribunal de grande instance connaît à juge unique des demandes en reconnaissance et en exequatur (...) des sentences arbitrales françaises et étrangères (...) Le juge peut toujours renvoyer une affaire en l'état à la formation collégiale ». La disposition de l'article 1477 N.C.P.C. (loi du 05 déc. 1972) qui prescrivait au juge de l'exécution de prendre les ordonnances d'exequatur a été abrogée par le décret n° 92-755 du 31 juillet 1992. De toutes les façons, les décrets d'application de la loi du 5 juillet 1972 de l'exécution continue d'être compétents (art. 1498 N.C.P.C.). Cette dernière disposition peut être effectivement mise en œuvre grâce au décret d'application du 31 mai 1992 à la loi du 9 juillet 1991.

(24) Civ. 2° 15 décembre 1977, J.C.P. 1978 IV-49.

services fiscaux. Ce mécanisme a permis un désengorgement très important des tribunaux administratifs (cf. « Régler autrement les conflits » Etude du Conseil d'Etat éd. la Doc. Franç. 1993 -p.19-). On retrouve aussi, en droit privé, un recours gracieux préalable en matière de sécurité sociale avec les commissions de recours amiable instituées au sein des conseils d'administration de chaque organisme de sécurité sociale (L. 124-1 et R. 142-1 C.S.S.). La décision du conseil d'administration, après avis de la commission de recours amiable, est notifiée au seul intéressé (R. 142-4 C.S.S.).

(30) Le caractère confidentiel de la réponse de l'administration sera d'autant plus marqué qu'un rejet de la requête effectuée par le particulier peut prendre la forme implicite d'un silence durant les quatre mois suivant la demande.

(31) Les conciliations et les médiations ne sont pas des institutions rigoureusement identiques. Alors que la mission des conciliateurs est de rapprocher les parties, sans pour autant proposer un arrangement à leur différend, les médiateurs ont pour rôle d'impulser un règlement amiable en soumettant aux parties une solution (cf. Estoup P. : « Le projet de réforme de la procédure civile », G.P. 1989 doct, p. 176 ; Cadet L. : « Droit judiciaire privé », éd. Litec, Paris 1992, p. 404). Mais il va sans dire que bien des conciliateurs s'engagent en pratique dans des tentatives de médiations (Vincent J., Guinchard S., Montagnier G., Virinard A. : « La justice et ses institutions », Dalloz, Paris 1991, p. 34) tandis que certaines personnalités qualifiées de « médiateur » limitent leur action au rapprochement des litigants.

(32) Loi modifiée par la réforme du 24.12.1976.

(33) Il est d'ailleurs permis de penser que, de façon plus générale, le médiateur de la République n'est pas à strictement parler un médiateur, tant son rôle est original. Sa fonction n'est pas pour l'essentiel de rapprocher les parties en proposant une solution amiable. Elle est plutôt de signaler à l'administration l'existence de situations spécifiques propres à certains justiciables, et qui méritent d'être prises en compte. Son rôle est concurremment de faire pression sur l'administration quand cette dernière aurait dû, en droit, prendre en considération ces circonstances particulières.

(34) Ces comités recherchent les éléments de fait et de droit qui pourraient permettre un règlement amiable entre les parties. Ils rendent un avis. Il s'agit donc d'une institution intermédiaire entre la médiation et la conciliation. Les termes du décret laissent penser qu'il s'agit plus d'une enquête que la tenue d'audiences de conciliation. S'il y a un accord amiable, il est postérieur à l'enquête car il en est la conséquence. La confidentialité de la mission de ces comités peut être déduite du caractère inquisitorial de la procédure.

(35) Commissions plus particulièrement compétentes en matière d'élaboration de schémas directeurs, de schémas de secteur, de plans d'occupation des sols... (art. R. 121-2 et s., Code de l'urbanisme, décret n° 83-810 du 9.9.1983).

se, qui a lieu en chambre du conseil (art. 25 N.C.P.C.) (25).

Si le juge refuse l'exequatur, la décision n'en garde pas moins un caractère gracieux. Il peut dans ce cas y avoir appel (art. 1489, 1501 N.C.P.C.). Or ce recours peut entraîner l'apparition d'un véritable contentieux car « la cour d'appel connaît, à la demande des parties, des moyens que celles-ci aurait pu faire valoir contre la sentence arbitrale, par la voie de l'appel ou du recours en annulation » (art. 1489 N.C.P.C.) (26). De ce fait, le litige est à l'évidence public.

B. La confidentialité dans les solutions amiables aux litiges

Les parties à un litige peuvent vouloir régler leurs contestations réciproques en scellant un accord mettant fin au différend. La solution n'est plus juridictionnelle mais contractuelle. On est souvent en face de transactions (art. 2044 à 2058 du Code civil) ou de la reconnaissance par l'une des parties des droits de l'autre.

Quand les parties s'entendent directement, sans l'entremise d'un tiers venu faciliter ou constater l'arrangement, l'accord est naturellement confidentiel (27). Les procédures par lesquelles les parties vont s'accorder sont informelles. La transaction fait certes l'objet d'un écrit (art. 2044 al. 2 C.C.), mais cette exigence n'a lieu qu'à titre de preuve, une transaction n'existant pas moins en l'absence de l'écrit (28). On aboutit à un résultat assez proche quand un administré engage une procédure gracieuse auprès de l'administration afin qu'elle révise sa position à son égard (29). A défaut d'un accord, la décision administrative unilatérale et non réglementaire est communiquée à la seule personne concernée (30).

La discrétion de ces solutions amiables peut cependant poser quelques difficultés si le déroulement de la tentative intervient dans le cadre d'une institution de conciliation ou de médiation (1). Mais c'est essentiellement si un magistrat intervient pendant ou à l'issue de la tentative de conciliation que le caractère confidentiel de ces procédures peut parfois être remis en question (2).

I. Le déroulement confidentiel des tentatives de conciliations et de médiations

Il faut distinguer le cas des conciliations et des médiations extra-juridictionnelles (a) de celui des conciliations ayant pour cadre une juridiction (b) (31).

a. Conciliations et médiations extra-juridictionnelles

Il existe de nombreuses procédures de conciliations ou médiations en dehors du cadre d'un tribunal. En droit administratif, la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 a institué un médiateur de la République afin de résoudre certains différends entre l'administration et les administrés (32). Le médiateur peut effectuer une enquête. Il rend finalement des recommandations à l'administration. L'autorité administrative n'est pas obligée de suivre les conclusions du médiateur. C'est alors que la procédure prend un aspect nouveau qui s'écarte du domaine de la médiation et lui fait perdre son caractère confidentiel (33).

En effet, le médiateur présente chaque année au président de la République un rapport d'activité, qui est publié. Or, « à défaut de réponse satisfaisante » de l'administration en présence d'une recommandation, le médiateur « peut rendre publiques ses recommandations sous la forme d'un rapport spécial publié et présenté » lors du rapport annuel. L'organisme « peut rendre publiques la réponse faite et le cas échéant, la décision prise à la suite de la démarche faite par le médiateur » (art. 9). Le médiateur doit cependant veiller à ne pas divulguer l'identité de personnes qui lui aurait été révélée lors de l'enquête (art. 13, *in fine*).

Une certaine confidentialité paraît encore s'appliquer aux comités consultatifs visant à faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux marchés passés avec les services centraux ou extérieurs de l'Etat (décret n° 91-204 du 25 févr. 1991) (34). Par contre, les décisions des commissions de conciliation en matière de documents d'urbanisme (35) opposables aux tiers sont publiques. Ces commissions sont en effet instituées afin de résoudre les différends qui

(25) La décision est prise en la forme des référés. La minute de l'ordonnance est conservée par le greffe (art. 492 N.C.P.C.). Elle n'a pas à être motivée. Seul un refus d'exequatur exige une motivation du juge (art. 1478 al. 2 J.C.P.C.). La minute de la sentence arbitrale n'est normalement pas conservée par les services du tribunal : l'exequatur est apposé sur la minute de la sentence (art. 1478 al. 1 N.C.P.C.) qui est transmise à nouveau au demandeur. Il en est de même de l'exemplaire de la convention d'arbitrage, qui n'est pas conservé par le tribunal. Il est cependant vraisemblable que le greffe du tribunal garde une copie de la sentence arbitrale.

(26) Malgré l'imprécision de la formule, « à la demande des parties », l'appréciation sur le fond de la sentence n'est pas subordonnée à l'accord des litigants. En effet, l'art. 1486 du N.C.P.C. dispose que l'appel est recevable dans le mois qui suit la signification de la sentence revêtue de l'exequatur. Donc, si le juge refuse cette exequatur, le délai d'appel courra de la date de cette ordonnance de refus. L'appel peut donc concerner logiquement tant le refus de l'exequatur (par celui qui se prévaut de la sentence arbitrale) que le fond de cette sentence. Il paraît dès lors logique que l'appel puisse être exercé par celui seulement qui entend la contester sur le fond en s'appuyant sur la motivation du juge ayant refusé l'exequatur.

(27) Les parties peuvent aussi organiser conventionnellement certaines procédures qui visent à régler leur litige, sans faire appel à un tiers : ainsi les clauses d'exécution loyale, ou d'arrangement amiable (Cadet L. : « Droit judiciaire privé » éd. Litec Paris 1992-p. 387-).

(28) Ex. : Civ. 1^{re} 18 mars 1986 Bull. I n° 74-71 : Dans certains cas, la transaction peut néanmoins faire l'objet d'une « solennisation indirecte » (cf. Le Moal R. : « Transaction » Rép. Dalloz - Procédure - 1986).

(29) Cette démarche préalable est parfois obligatoire. L'exemple le plus connu est la réclamation préalable au directeur des

naissent entre les personnes publiques associées à l'élaboration de ces documents. Il ne s'agit donc pas de différends d'ordre privé mais bien de conflits entre représentants de collectivités territoriales sur des sujets intéressant l'ensemble des citoyens (36).

En matière pénale, il ne peut y avoir logiquement de mécanismes favorisant la conciliation. Il s'agit en effet de sanctionner un trouble à l'ordre public, non de régler par une réparation un litige entre particuliers (37). D'ailleurs, on ne peut pas déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6, C.C.). Cependant, l'article 2046 C.C. énonce que l'on peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. Cette disposition n'est pas contradictoire avec l'article 6 C.C. car l'article 2046 précise : « La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public ».

De fait, la réparation du préjudice subi par la victime fait souvent l'objet d'une conciliation. Cette solution semble couramment utilisée par les magistrats. Ils délèguent alors souvent la fonction de conciliation à un service ou une association (38). Les discussions ainsi engagées et l'éventuelle transaction ne sont pas publiques, du moins quand la tentative de conciliation ne se fait pas devant le juge (39).

Il a par ailleurs été institué, de façon limitée, certaines possibilités de « conciliation » permettant d'éteindre l'action publique. Le Code de procédure pénale prévoit par exception l'existence de telles transactions quand la loi en dispose expressément (art. 6, al. 3, C.P.P.) (40). En général, la transaction ne peut avoir lieu que si l'action publique appartient à une administration. Il peut alors y avoir une tentative de conciliation directe entre l'administration et le délinquant. Ce mécanisme existe en matière d'infractions douanières (art. 350, Code des douanes) (41), d'infractions fiscales (art. L. 247 et s., *Livre Proc. Fisc.*) (42), d'infraction en matière de pêche (loi du 29 juin 1984) et en matière forestière (loi du 4 déc. 1985) (43).

Ces conciliations directes échappent au principe de la

publicité des débats alors qu'elles permettent pourtant une extinction de l'action publique. C'est le caractère extra-judiciaire du règlement amiable de ces litiges et le fait que l'administration négocie elle-même le dommage qu'elle a subi qui explique cette situation. Ces transactions sont très proches, dans leur esprit, de celles prévalant en matière civile entre deux particuliers (44). Il est d'ailleurs vraisemblable que les juridictions répressives de l'Etat ne seraient pas en droit de mener à bien une telle mission de façon confidentielle car elles agissent justement au nom de la collectivité.

En droit civil, l'une des procédures de conciliation extra-judiciaire instituées ces dernières années a vocation à faciliter l'accord des parties sur l'ensemble des droits dont elles ont la libre disposition. La mise en place de ces conciliateurs date du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 (45).

Manifestement, les négociations ne sont pas publiques. Ainsi l'article 1^{er} du décret du 20 mars 1978 dispose que les conciliateurs exercent leur fonction en dehors de toute procédure judiciaire. Ce texte devrait suffire à écarter le principe de la publicité des débats (46). *A fortiori*, si un juge décide, en application de l'article 21 du nouveau Code de procédure civile, de renvoyer les parties au procès devant un médiateur « ad hoc » (47), les pourparlers sont non publics. De même, si la médiation est mise en œuvre à la suite d'une initiative privée (48), les négociations sont évidemment confidentielles. Cette discrétion est souvent facilitée par les conciliateurs qui sont attentifs à s'installer dans des lieux assez retirés (49).

Mais la confidentialité qui résulte du caractère non public des pourparlers est souvent renforcée par une obligation de secret professionnel envers les tiers. Selon l'article 8 du décret du 20 mars 1978, « le conciliateur est tenu à l'obligation du secret. Les informations qu'il recueille ou les constatations auxquelles ils procède ne peuvent être divulguées ». Le médiateur du cinéma institué par le décret n° 83-86 du 9 février 1983, ainsi que les personnes qualifiées qui l'assis-

C.P.P.). Il est bien entendu nécessaire qu'existe officiellement une transaction.

(40) Le même article dispose que l'action publique peut être éteinte lorsque, pour certaines infractions, la plainte déposée a été retirée. Dans ce cas, il est évident qu'une transaction intervenue entre le délinquant et la victime va pouvoir faire disparaître l'action publique. Cette transaction peut être totalement confidentielle puisque ce n'est pas son existence qui éteint directement l'action publique mais seulement le retrait de la plainte.

(41) Cf. aussi : Crim. 10.2.1962, Bull. crim. 1962, n° 270.

(42) Cf. aussi les possibilités de modérations, de remises ou de transactions sur des créances fiscales pour les entreprises soumises à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (art. 179 du décret n° 85-1388 du 27.12.1985).

(43) Une telle possibilité existait aussi en matière économique (anc. loi du 9.7.1965). Cette disposition a été abrogée par l'ordonnance du 1.12.1986. Sur cette question, cf. Stefani G., Levasseur, Boulac B. : « Procédure pénale », Dalloz, Paris 1990 (1^{re} éd.), 155.

(44) En ces matières, les intérêts privés et ceux de la société tendraient à se confondre (cf. Dupré J.F. : « La transaction en matière pénale », éd. Litec, Paris 1977, p. 7).

(45) Modifié par le décret n° 81-583 du 18.5.1981, puis par le décret n° 93-254 du 25.2.1993.

(46) Le décret du 25.2.1993 indique que les parties qui se présentent devant le conciliateur peuvent se faire accompagner d'une personne de leur choix (art. 4). Ce tiers n'est pas une exception au caractère non public des discussions. Choisi par les parties, il est de fait le conseiller de chacune d'elles.

(47) L'article 21 N.C.P.C. ne permet pas explicitement une telle possibilité mais certains juges désireux de faciliter un accord amiable entre les parties ont su utiliser les termes généraux de ce texte (« Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ») pour nommer un médiateur (ex. : Paris 6.6.1989, G.P. 1989 2, 618). Il ne faut cependant pas que le médiateur se substitue au magistrat. Il appartient d'ailleurs au juge de constater l'accord définitif (17.12.1997, D. 1987 I.R. 27). Un projet de loi (qui n'a toujours pas abouti) prévoit de donner un fondement légal à cette institution prétorienne (Sur la question : Estoup P. : « le projet de réforme de la procédure civile », G.P. 1989, p. 176 ; Drai P. : « Libre propos sur la médiation » Mél. Bellet, Litec, Paris 1991, p. 123).

(48) Cf. Bonafé-Schmitt J.P. : « La médiation : une justice douce », éd. Syros-Alternative, Paris 1992, p. 82 et s. : ex. récent : le médiateur de la S.N.C.F., nommé depuis le 13.4.1994.

(49) Bonafé-Schmitt J.P. : « La médiation : une justice douce », éd. Syros-Alternative, Paris 1992, p. 209. Mais cette pratique peut être aussi celle de la conciliation judiciaire : Estoup P. : « Etudes et pratique de la conciliation », D. 1986, chr. XXVI, p. 163.

(36) Il est vrai que les séances de conciliation ne semblent pas être ouvertes à tout public. Leur tenue est cependant publiée (R. 121-11 Code de l'Urbanisme, décret du 9.9.1983). En effet, cette commission entend, lorsqu'ils en font la demande les représentants des associations locales d'usagers agréées (R. 121-10, al. 2). Les termes de l'accord ou les nouvelles propositions (en cas de désaccord) sont tenus à la disposition du public (R. 121-12 Code de l'Urbanisme). Il est fait mention de ces documents dans le Recueil des actes administratifs du département et par voie d'affichage (R. 121-12 in fine Code de l'Urbanisme).

(37) Le Ministère public a l'exercice de l'action publique mais n'en dispose pas car il intervient au nom de la collectivité (cf. Stefani G., Levasseur, Boulac B. : « Procédure pénale », Dalloz Paris 1990, 155).

(38) Bonafé-Schmitt J.P. : « La médiation : une justice douce », éd. Syros-Alternative, Paris 1992, p. 103.

(39) Mais les réparations accordées à la victime peuvent avoir incidence sur la condamnation pénale. Tout en condamnant sur le principe le délinquant pour les infractions commises, les juges peuvent décider d'accorder certaines circonstances atténuantes (art. 467-1, C.P.P.), ajourner ou dispenser des peines (art. 469-1 à 469-4,

(50) L'article 38 de la loi dispose que toute personne qui est appelée au règlement amiable ou qui en a connaissance du fait de ses fonctions est tenue au secret professionnel.

(51) Mais ce décret a été annulé par le Conseil d'Etat le 31.5.1989 (J.O. 23.1.1990, 553). L'exemple des conciliateurs médicaux n'en reste pas moins significatif en matière de confidentialité des règlements amiables dans litiges.

(52) Par ailleurs, la demande de règlement amiable effectuée par l'exploitant agricole est instruite devant le tribunal en chambre du conseil (art. 3, décret n° 89-339 du 29.5.1989).

(53) La commission informe pourtant le débiteur et les créanciers de sa saisine (art. 8, décret du 21.2.1990). Mais il est possible de déduire que tous les créanciers ne seront pas informés du fait que, a fortiori, le juge d'instance « peut faire publier un appel au créanciers » lors de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire civil (art. 11, al. 2, loi du 31.12.1989). Cet appel a lieu « dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du domicile du débiteur » (art. 17, décret du 21.2.1990).

(54) Conciliation « de droit commun » : art. L. 523-1 à L. 523-6 C.T. : conciliation en agriculture : L. 523-2 al. 3 C.T. : conciliation devant certains établissements publics et dans les entreprises publiques à statut : L. 523-7 à 523-11 C.T., conciliation, médiation et arbitrage pour la marine marchande et la pêche maritime (R. 742-7 à R. 742-21 C.T.) ; conciliation en matière d'indemnisation des travailleurs du bâtiment et des travaux publics en cas d'intempéries (R. 731-16 C.T.).

(55) « Les conclusions de la recommandation du médiateur et les rejets des parties ainsi que leurs motivations sont rendus publics (...) Le rapport du médiateur peut être rendu public » (L. 524-5 al. 2 et 3 C.T.).

(56) L'article L. 522-3 renvoie à l'article L. 132-10 C.T. qui dispose, in fine : « les textes sont applicables, sauf stipulations contraires, à partir du jour qui suit leur dépôt auprès du service compétent. Il peut être donné communication et délivré copie des textes déposés ».

(57) Art. 9 du décret de 1978, modifié par les décrets n° 81-583 du 18 mai 1981 et n° 93-254 du 25-1993.

(58) Art. 13 du décret du 21 févr. 1990.

(59) Certes, l'article 131 N.C.P.C., dispose que « des extraits du procès-verbal constatant la conciliation peuvent être délivrés ». Mais cette disposition ne s'applique qu'aux parties et ne concerne de

plus que les conciliations constatées par un magistrat (art. 127 et s. N.C.P.C.). Le constat du magistrat, en authentifiant le contrat, va simplement donner force exécutoire à la conciliation judiciaire.

(60) On peut déduire cette règle d'une interprétation a contrario de l'article 7 du décret du 15 mai 1981.

(61) Art. 8, loi n° 89-1010 du 31 déc. 1989.

(62) Jusqu'en 1984, il n'existait pas une telle procédure de conciliation. Quand une entreprise débitrice cherchait à obtenir des remises de dettes auprès de ses créanciers, elle pouvait passer un concordat amiable.

Cette convention suivait le droit commun des contrats. Elle était certes confidentielle mais les tribunaux exigeaient que le concordat fut conclu avec l'ensemble des créanciers. Cette exigence le rendait peu probable (cf. Gavalda C., Menez J. : « Le règlement amiable des difficultés des entreprises » J.C.P. 1985 I doctr. 3196). De simples reports de dettes pouvaient être encore obtenus. Dans ce cas, tous les créanciers n'avaient pas à être prévenus. Ces moratoires ne mettaient cependant pas le débiteur à l'abri d'action en responsabilité à la suite d'un règlement judiciaire (sur la question : cf. Chaput Y. : « Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises » P.U.F. Paris 1986 - p. 135- et s.).

(63) Chaput Y. : « Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises » P.U.F. Paris 1986 - p. 140.

(64) Chaput Y. : « Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises » P.U.F. Paris 1986 - p. 141.

(65) Civ. 22 mars 1988 D. 1988 I. R. -97- : Cf. aussi infra : II La confidentialité et le juge.

(66) A l'exclusion de la procédure pénale (cf. supra).

(67) Il s'avère que la présence des avocats peut être une gêne. Aussi leur présence n'est plus facilitée par les textes de procédure civile (cf. Desdèvises Y. : « Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile » Dalloz 1981 chr. XXXIV - p.242-).

(68) Les juges de paix devaient toujours engager une procédure préalable de conciliation. Il apparaît que le caractère non public des discussions étaient simplement conseillé (Les audiences de conciliation peuvent être publiques) mais il est préférable qu'elles ne le soient pas ». cf. Ségéral AL. : « Code pratique de la justice de paix » éd. L.L.G.S. Paris 1930 - p. 305).

(69) Deux « bureaux » séparés traitent séparément des conciliations et des jugements (L. 515-1 et L. 515-2 C.T.). Le bureau de conciliation fait l'objet de dispositions particulières quant à son organisation et aux procédures qu'il suit (ex. : les articles R. 516-13 et s. C.T.).

(70) Ces tentatives de conciliation préalables sont parfois une formalité substantielle. Ainsi, avant toute saisie sur salaire, il doit être procédé à une tentative de conciliation devant le juge d'instance, à peine de nullité (R. 145-9 C.T.).

(71) Actuel article R. 142-21 du Code de la Sécurité Sociale : « le tribunal des affaires de sécurité sociale ne statue qu'après s'être efforcé, sans résultat, de concilier les parties ».

tent, sont tenus de garder le secret sur les affaires portées à leur connaissance. De plus, « seules sont admises à participer aux réunions les personnes convoquées par le médiateur » (art. 4).

Les conciliateurs institués par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 afin de favoriser le redressement d'entreprises en difficulté (art. 35 à 38 de la loi) sont également tenus au secret. Mais l'obligation de secret est ici élargie à tous ceux qui participent au règlement amiable du litige (50). La situation est identique pour l'institution des conciliateurs médicaux (art. 6, al. 2), créée en vertu du décret n° 81-582 du 15 mai 1981 (51).

On retrouve enfin les mêmes dispositions pour les conciliateurs nommés par le tribunal de grande instance afin de favoriser un règlement amiable en cas de difficultés financières dans une exploitation agricole (art. 28, loi n° 88-1202 du 30 déc. 1988) (52) et pour les commissions d'examen des situations de surendettement des particuliers, instituées par la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 (art. 7). Dans ce dernier cas, on peut penser que la confidentialité de la procédure de règlement amiable a pour conséquence de ne pas entraîner l'information de certains créanciers s'ils ne sont pas parties au plan conventionnel de redressement (53).

Mais la solution adoptée pour les conciliateurs et médiateurs en cas de conflits collectifs du travail est par contre plus nuancée (54). En réalité, du fait de leur nature, les conflits collectifs du travail sont notoires. Par exemple, un arrêt concerté du travail a pu avoir lieu, une manifestation sur la voie publique se dérouler. Le caractère non public des discussions engagées sous l'égide de la commission de conciliation paraît néanmoins nécessaire, ne serait-ce que pour faciliter un accord.

Si le déroulement des négociations devant le médiateur semble, sur le moment, confidentiel, les résultats négatifs de celles-ci sont par contre publics (55). Si l'issue d'une conciliation, d'une médiation ou d'un arbitrage en matière de conflits collectifs du travail est positive, l'accord est public puisque cet accord équivaut à une convention collective (L. 522-3 C.T.)

(56). Mais pour bon nombre de procédures de conciliation et de médiation, l'accord ne fait l'objet d'aucune publicité par rapport aux tiers.

Certes, les conciliateurs institués par le décret du 20 mars 1978 déposent un exemplaire de l'accord passé au secrétariat-greffe du tribunal d'instance (57). La solution est identique pour le plan conventionnel de règlement adopté par la commission d'examen des situations de surendettement des particuliers (58). Cependant, il semble qu'aucune communication de l'accord ne doit être spontanément opérée auprès des tiers : les négociations sont confidentielles et il n'y a pas de jugement rendu publiquement au nom d'une quelconque souveraineté. Les transactions conclues devant une institution extra-judicielle sont finalement des contrats faisant l'objet d'un simple acte sous seing privé (59).

D'ailleurs, l'article 10 du décret du 29 mai 1989 en application de la loi du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social dispose que « l'accord ne peut être communiqué qu'aux parties ». Les conciliateurs médicaux devaient délivrer un exemplaire à chacune des parties de l'accord intervenu. Le conciliateur n'était pas tenu de signer la convention (60). Aucun dépôt auprès d'une juridiction ou d'une autorité administrative n'était prévu. Quant aux commissions d'examen des situations de surendettement des particuliers, elles informent simplement le juge d'instance du contenu du plan conventionnel (61). On peut en déduire que cette communication ne vise qu'à renseigner l'autorité judiciaire et non à permettre l'information des tiers.

Si de telles institutions de conciliation et de médiation extra-judiciaires visent essentiellement à terminer rapidement et paisiblement les litiges elles permettent encore d'éviter toute publicité de l'accord passé. Les conciliateurs institués par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 dans le cadre du règlement amiable des entreprises en difficulté sont un exemple caractéristique de cette volonté (62).

La procédure vise « à concilier l'information de l'autorité

judiciaire avec la confidentialité indispensable au crédit » (63). Le président du tribunal de commerce désigne un conciliateur. Le président agit en tant que notable et non comme un juge. Seuls certains créanciers peuvent être prévenus. Il n'y a pas d'homologation judiciaire. L'accord est seulement l'affaire des parties et suit le droit commun des contrats. Le président du tribunal est simplement informé (art. 37 de la loi) (64).

Les contrats passés sous l'égide d'un conciliateur extrajudiciaire confèrent donc généralement une grande discrétion à l'accord. Mais il s'agit bien d'une confidentialité plus que d'une convention réputée secrète. Les magistrats ont en effet un droit de regard sur toutes les conventions, même si les pourparlers ont été confidentiels (65). Dès lors, on ne peut plus appliquer la notion de secret professionnel envers les tiers. Certes, une publicité n'a pas à être aménagée, mais il reste qu'une tierce personne va pouvoir obtenir une communication de la transaction par voie judiciaire.

Par exemple, comme tout contrat, la transaction peut être opposable à un tiers. Or la transaction est susceptible d'appauvrir l'une des parties, débitrice de ce tiers. Si la tierce personne cherche à s'opposer aux conséquences de l'accord sur son patrimoine, il va être nécessaire d'apprécier le contenu de la convention en justice.

b) La conciliation devant les tribunaux

Les procédures de conciliation organisées dans le cadre d'une juridiction sont courantes. A tel point d'ailleurs, que l'on doit considérer cette possibilité comme relevant du droit commun processuel (66). Intégrées dans le déroulement de l'instance, les tentatives de conciliation, qui ont besoin d'être menées de façon discrètes, vont souvent se heurter à l'application du principe de la publicité des débats. C'est là l'une des difficultés inhérentes à ces procédures.

Il semble a priori que les tentatives de conciliation ne soient pas assujetties au principe de publicité. La procédure de conciliation cherche à favoriser un accord entre les seules parties (67). Le juge ne tranche

nul différend au nom de l'Etat ; il officie en tant que conciliateur au moment des négociations et n'est pas partie prenante à la convention (68). Aucun prononcé public de l'accord n'a donc lieu. Pourtant, si la démarche amiable débute dans le cadre d'une audience publique, elle risque de se continuer ainsi en dépit du caractère dorénavant conventionnel, et non juridictionnel, des discussions.

Quand il existe une claire distinction entre la phase de conciliation et la phase proprement juridictionnelle, on peut séparer aisément ce qui est public de ce qui ne l'est pas. Ce moyen est mis en œuvre en particulier dans la procédure prud'homale. L'article L. 511-1 C.T. établit une nette distinction entre la mission essentielle de concilier les parties, puis de trancher « les différends à l'égard desquels la conciliation n'a pas abouti » (69). L'article R. 515-1 *in fine* du Code du travail dispose que les séances du bureau de conciliation « ne sont pas publiques ».

Mais généralement, la tentative de conciliation et la phase juridictionnelle ne font pas l'objet d'une séparation si nette. Il est vrai que les juridictions d'exception de l'ordre judiciaire connaissent bien souvent l'existence d'une procédure préalable de conciliation. Cette tentative a lieu avant que ne soit effectivement engagée la phase juridictionnelle. Elle ne s'inscrit pas néanmoins dans le cadre d'une organisation distincte : le magistrat qui a la charge de trancher l'affaire a la charge de tenter une conciliation dans la phase initiale de l'instance (70).

On trouve un tel mécanisme devant les tribunaux des affaires de la sécurité sociale (art. 18, Décret n° 58-1291 du 22.12.1958) (71) et devant le tribunal paritaire des baux ruraux (art. 887 N.C.P.C.) (72). Une tentative préalable de conciliation doit être aussi menée par le juge du tribunal d'instance (art. 829 N.C.P.C.).

Devant ce tribunal, si la demande a lieu afin de tenter une conciliation (art. 829 N.C.P.C.), la tentative a lieu avant assignation et donc hors instance. On doit en déduire que la séance de conciliation est en ce cas nécessairement non publique (73). La demande

aux fins d'une tentative de conciliation avant assignation n'est cependant pas la procédure ordinaire. Or l'article 840 N.C.P.C. dispose que lors de l'audience préliminaire de conciliation, suite à une assignation à toutes fins, « la tentative de conciliation peut avoir lieu dans le cabinet du juge ». C'est donc qu'elle peut aussi avoir lieu en audience publique. Le caractère non public des tentatives préalables de conciliation est par conséquent mal établi.

Le mécanisme d'une tentative préalable de conciliation est encore présent, de façon plus marquée, dans les procédures de divorce pour rupture de la vie commune ou pour faute (art. 251 C.C.) (74). Dans les procédures de divorce, l'existence d'une démarche préalable de conciliation n'a cependant pas l'incidence sur l'application du principe de publicité car ces procédures ne sont de toutes les façons pas publiques (75).

Dans les autres cas, la tentative préalable de conciliation peut débiter et même se prolonger en audience publique. Il n'y a pas en effet de disposition légale s'appliquant à tous les tribunaux imposant que la tentative de conciliation ait lieu hors la présence du public (76). Mais si le juge perçoit qu'un arrangement entre les parties est possible, il a le pouvoir d'ordonner le huis clos afin de favoriser la négociation. L'application de l'article 435 N.C.P.C. paraît en l'occurrence possible, d'office ou à la demande des parties. Il peut aussi suspendre l'audience ou surseoir à statuer pour permettre aux litigants de trouver par eux-mêmes un terrain d'entente, *ipso facto*, il n'y a plus de débats publics.

La difficulté est la même et les solutions similaires quand une conciliation est recherchée à un moment quelconque de la procédure contentieuse. En procédure administrative, une réforme récente (loi du 6 janv. 1986) a introduit la possibilité d'une tentative de conciliation en cours d'instance (L. 3, al. 2, Code T.A., C.A.A.) (77). Il n'est pas expressément prévu que la tentative de conciliation doive se faire en dehors de la présence du public.

En procédure judiciaire, il résulte de l'article 127 N.C.P.C. que « les parties peu-

(72) On trouve également devant la formulation des référés des conseils de prud'hommes une solution assez proche. Si l'affaire qui lui est présentée excède ses pouvoirs et si la demande n'en est pas moins urgente, la formation des référés peut, avec l'accord des parties, procéder elle-même à une tentative de conciliation, puis renvoyer l'affaire directement à la formation de jugement (R. 516-33 C.T.).

(73) Une procédure similaire existe devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Les débats ne sont alors pas publics (cf. Berger V. : « Le règlement amiable devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme » D. 1990 chro. - p. 122-).

(74) En cas de demande de divorce par un époux et acceptée par l'autre, la tentative de conciliation a lieu directement lors de « l'instance judiciaire » (art. 251 C.C.). Elle n'en demeure pas moins préalable (art. 1134 et 1110 N.C.P.C.). Dans le divorce par demande conjointe, il n'y a pas explicitement une phase de « conciliation » (art. 1090 N.C.P.C.). Les époux n'ont-ils pas fait le choix commun d'engager la procédure pour des motifs qu'ils n'ont pas à dévoiler ? (cf. Estoup P. : « Etude et pratique de la conciliation » D. 1986 chr. XXVI - p. 165-).

Pourtant, dans les faits, une tentative préalable de conciliation existe. « Le juge entend les époux d'abord séparément, puis ensemble, et leur adresse les conseils qu'il estime opportuns » (art. 1093 al. 1 N.C.P.C. : cf. aussi l'article 231 al. 1 C.C.). « Si les époux persistent en leur intention de divorcer, le juge leur indique que leur demande doit être renouvelée après un délai de déflexion de trois mois » (art. 231 al. 2 C.C.). Ces tentatives préalables n'empêchent pas une conciliation ultérieure : cf. les dispositions de l'article 251 C.C.

(75) Les débats sur la cause, les conséquences du divorce et les mesures provisoires ne sont pas publics » (art. 248 C.C.). Seul le dispositif de la décision judiciaire est lu en public (art. 1081 N.C.P.C.). Cette lecture publique n'est pas même nécessaire dans le divorce sur requête conjointe puisque cette procédure relève de la matière gracieuse (art. 1088 N.C.P.C.). Dans le divorce pour faute, les motifs du jugement peuvent se limiter à la mention qu'il existe des faits constituant une cause de divorce (art. 248-1 C.C.).

(76) On trouve par contre une telle disposition en matière prud'homale quand la formation des référés assure la tentative de conciliation en lieu et place de la formation de conciliation (R. 516-34, C.T.).

(77) La tentative de conciliation s'applique tant au plein contentieux qu'à celui de l'excès de pouvoir (« Régler autrement les conflits », *Etudes du Conseil d'Etat*, éd. la Doc. Franç., 1993, p. 40). Bien qu'aucun décret d'application ne soit paru, le Conseil d'Etat a jugé que cette disposition était applicable en l'état (C.E. 23.6.1989), « Verrier », A.J. 1989, p. 424).

Précédemment, seules certaines juridictions d'attribution avaient le pouvoir de concilier les parties : commissions d'arrondissement des dommages de guerre, commission du contentieux de l'indemnisation des rapatriés...

vent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance ». Si la conciliation a lieu à l'initiative du juge, les négociations qui s'engagent peuvent avoir lieu en audience publique, à moins que le juge ne décide le huis clos ou une suspension d'audience ou d'instance.

C'est évidemment quand la tentative de conciliation intervient en dehors des audiences que la discrétion des négociations sera en pratique la plus facile à préserver. Le juge de la mise en l'état devant le tribunal de grande instance peut de cette façon constater l'accord des parties (art. 768, N.C.P.C.). Le juge rapporteur du tribunal de commerce (art. 863, N.C.P.C.), le conseiller rapporteur d'un conseil de prud'hommes ont la possibilité de faire de même (art. R. 516-24, C.T.). Devant les juridictions administratives, la confidentialité de l'accord pourrait être facilitée quand il intervient durant l'instruction préalable de l'affaire.

2. Les incidences de l'intervention d'un magistrat dans le règlement amiable du litige

L'intervention du juge ne fait pas tomber nécessairement la confidentialité des pourparlers. Le magistrat a d'ailleurs la possibilité de l'organiser (cf. *supra*). Par contre, le fait qu'il intervienne peut suspendre momentanément le cours des négociations.

Le juge qui tente une conciliation n'en garde pas moins des pouvoirs juridictionnels. Il peut décider de mesures provisoires (mesures conservatoires, mesures d'instruction, provisions) (78). Dès lors qu'il décide de recourir à ces mesures, il doit le faire en présence du public. La publicité de la décision du juge sera particulièrement marquée si elle intervient au cours d'une phase spécialement consacrée à la tentative de conciliation. A la confidentialité des négociations va faire place une audience publique (79).

Si un accord est passé entre les parties, il peut être constaté par le juge (art. 129, N.C.P.C.). Ce dernier signe le procès-verbal, ainsi que les parties (art. 130). Cette possibilité existe même si la convention a été conclue en dehors de l'instance. En effet, les parties « peu-

vent se concilier d'elles-mêmes (...) tout au long de l'instance » (art. 127, N.C.P.C.). On parlera plutôt d'un contrat judiciaire ou d'un jugement de donné-acte quand les parties, s'étant entendues de façon directe, demandent au juge de constater simplement leur accord. Néanmoins, il n'existe aucune différence de nature entre un procès-verbal de conciliation et un jugement de donné-acte : il est aujourd'hui admis qu'il s'agit d'un acte d'administration judiciaire et non pas d'un acte juridictionnel (80).

La situation est différente si le juge rend un « jugement d'expédient ». Dans ce cas, bien qu'il y ait eu un accord entre les parties, le magistrat donne à sa décision la forme d'un jugement : elle comporte une motivation et un dispositif. Il s'agit certes d'une simulation mais l'existence d'une motivation et de sa conclusion engagerait le juge : il trancherait officiellement un différend, même s'il suit en cela la volonté commune des parties. Bien que cette qualification soit discutable, il s'agirait d'un acte contentieux. On en conclut qu'il doit être lu en public et qu'il peut en être délivré copie à tous.

Finalement, à moins qu'il ne s'agisse d'un jugement d'expédient, la solution amiable constatée par le magistrat reste donc confidentielle. Il n'y a pas un prononcé public de l'accord. De plus, en vertu de l'article 131 N.C.P.C., seuls « des extraits du procès-verbal constatant la conciliation peuvent être délivrés » aux parties (81). On peut s'en étonner.

Plusieurs considérations militent pour une communication, au moins partielle, des conciliations constatées par un magistrat. Certes, le juge intervient simplement comme un officier public authentifiant l'acte qui lui est soumis (82). Mais comme nous l'avons vu pour les constats de conciliation extra-judiciaire déposés devant un tribunal, la confidentialité de l'accord n'emporte pas un devoir de secret (83). Ainsi, le tiers qui se considère lésé par les conséquences de la transaction sur son patrimoine peut obtenir par voie judiciaire communication du document attestant de la convention.

De plus, certaines conditions semblent réunies qui pourraient

justifier encore la communication du document indépendamment d'un contentieux particulier. Les magistrats ont pour mission première de trancher les différends au nom du peuple français et en vertu de la loi en vigueur. Pour cela, il est nécessaire que les parties saisissent le juge. Si les litigants se sont entendus sur une solution amiable mais souhaitent la faire constater judiciairement, ils vont le faire parallèlement à l'instance. Il y a donc eu une demande en justice. Une instance a ainsi été introduite (art. 54, N.C.P.C.) (84).

Le juge peut donc difficilement constater une transaction sans porter une appréciation juridique sur la validité et la licéité de l'accord. Enfin, les parties qui entendent faire constater leur accord devant le juge le font parce qu'il s'agit précisément d'un magistrat : n'ont-elles pas à l'origine saisi la justice afin de voir effectivement leur différend trancher par ce dernier ? On peut donc soutenir que le juge intervient officiellement dans le cadre général de sa fonction judiciaire. Agissant dans l'intérêt général, il semble paradoxal qu'il ne puisse jamais communiquer une copie de la transaction à la demande d'un tiers (85).

La tentative de règlement amiable d'un litige peut avoir pour mobile la volonté de soustraire le différend à la décision d'un magistrat. La confidentialité recherchée par les parties s'applique donc à l'encontre de l'intervention des juges. On peut cependant s'interroger sur la possibilité pour les parties d'échapper complètement au contrôle des juridictions étatiques, qui sont les garantes du respect de la loi et de l'ordre public.

Quel que soit le mode de règlement amiable envisagé par les parties, la solution au litige ne reste pas sans recours devant les tribunaux de l'Etat (A). De plus, si la tentative de conciliation a lieu devant un magistrat, on peut indiscutablement penser que le juge refusera de constater un accord qui contrairait une règle de droit impérative.

La discrétion des pourparlers nécessaires à la recherche d'une solution amiable peut se

(78) Art. 144 N.C.P.C. ; le juge de la mise en l'état (art. 771 et s., N.C.P.C.), le juge rapporteur du tribunal de commerce (art. 865, N.C.P.C.) ou le conseiller rapporteur du conseil de prud'hommes (R. 516-23, C.T.) ont bien entendu ce pouvoir. C'est aussi le cas de la formation de conciliation de la juridiction prud'homale (R. 516-18, C.T.).

(79) Cette solution est explicitement prévue en matière prud'homale où l'on sait qu'il existe une formation spécifique chargée de la conciliation des parties (R. 516-18, in fine, C.T.).

(80) Cf. Paris 6.6.1980, G.P. 1981 1, 254, note Angeli ; cf. aussi Vincent J., Guinchart S. : « Procédure civile », Dalloz, Paris (21^e éd.) 1987, p. 139, 140) ; Desdevises Y. : « Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile », Dalloz 1981, chr. XXXIV, p. 247 ; Le Moal R. : « Transaction », Rép. Dalloz, Procédure, 1986 (cet auteur montre que l'ensemble des contrats judiciaires connaissent certaines particularités qui peuvent les rapprocher d'un acte juridictionnel, même s'ils sont avant tout des conventions).

(81) Disposition reprise pour certaines juridictions spécifiques. Ex. : pour les conseils de prud'hommes (R. 516-41, C.T.).

(82) Chambéry 2.3.1896, D. 1898 2, p. 393.

(83) Cf. *supra* : « Conciliations et médiations extrajudiciaires ».

(84) Seule la demande aux fins de conciliation devant le tribunal d'instance ne serait pas une véritable demande en justice (Cadiet L. : « Droit judiciaire privé », éd. LITEC, Paris 1992, p. 699). Les formes procédurales de la demande en justice qui semblent les plus adéquates en l'espèce (déclaration au greffe ou requête conjointe) introduisent bien une instance. Une situation proche s'est présentée lors d'une affaire récente (Paris 28.3.1991, D. 1992, somm., p. 124, note P. Julien) : un magistrat a accepté d'être le médiateur commun des parties à la suite de leur requête conjointe. Mais il n'en reste pas moins qu'un médiateur, sans pouvoirs juridictionnels.

heurter par ailleurs au droit du juge d'intervenir dans la recherche des faits et de trancher éventuellement le litige (B).

A. Les recours devant les tribunaux de l'Etat

On distinguera entre les recours contre les sentences rendues par un arbitre (1) et les recours contre une solution amiable débouchant sur la conclusion d'une transaction (2).

1. La contestation des sentences arbitrales

Selon qu'il s'agisse d'un arbitrage en droit interne (a) ou en droit international (b), les possibilités pour chacune des parties de contester la sentence arbitrale, ou corrélativement d'échapper à une telle contestation, ne sont pas les mêmes.

a) Les sentences de l'arbitrage interne

Dans l'arbitrage interne, l'article 1482 N.C.P.C. dispose que « La sentence est susceptible d'appel ». Et s'il ne peut y avoir directement un recours en cassation puisqu'il ne peut y avoir de sentence rendue en dernier ressort, l'arrêt de la Cour d'appel peut néanmoins faire l'objet d'un pourvoi. Ces dispositions peuvent aller à l'encontre de la volonté des parties qui ont vraisemblablement voulu éviter l'intervention d'un magistrat en recourant à l'arbitrage.

Aussi les parties peuvent-elles, dans la convention d'arbitrage (compromis ou clause compromissoire), décider qu'aucun appel ne sera interjeté de la sentence arbitrale (art. 1482 N.C.P.C.). L'autonomie des sentences arbitrales par rapport au droit interne et au contrôle exercé par les magistrats peut être encore renforcée si les parties ont demandé aux arbitres de trancher en amiable compositeur (art. 1474 N.C.P.C.). En vertu de l'article 1482 N.C.P.C., il ne peut pas y avoir dans ce cas appel, à moins que les litigants aient entendu réserver cette possibilité dans la convention d'arbitrage. Par ailleurs, la réformation de la sentence par la voie de l'appel n'est pas possible dans le cas d'une commission arbitrale de journalistes (86). La sentence est en conséquence

soustraite au regard des magistrats. Cela paraît conforme à la philosophie de l'arbitrage qui se présente justement comme une alternative, voulue par les parties, au recours devant la justice d'état.

Les litigants ne peuvent cependant pas empêcher une tierce opposition. Cette dernière a lieu « devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage » (art. 1481 N.C.P.C.). C'est donc l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire qui peuvent connaître d'une tierce opposition à l'encontre d'une sentence arbitrale (87). La sentence peut encore faire l'objet d'un recours en révision dans les mêmes conditions qu'un jugement (art. 1491 N.C.P.C.) (88). De plus, singulièrement, les parties ne sont pas à l'abri d'un recours en annulation de la sentence si la convention d'arbitrage ou la décision arbitrale remet en question des règles impératives.

En effet, en application de l'article 1484 N.C.P.C., l'appel reste dans certaines conditions possible afin d'annuler la sentence arbitrale (89). On constate que la confidentialité de la sentence envers la justice d'état n'est donc jamais totale. Il s'agit d'éviter que le tribunal arbitral ne se réunisse ou statue sans respecter certaines conditions imposées par la loi. Ainsi, puisque l'on ne peut compromettre que sur les droits dont on a la libre disposition (90), le magistrat doit annuler les sentences remettant directement en cause une réglementation d'ordre public (91). Il doit aussi annuler une sentence fondée sur une clause compromissoire portant sur une matière non commerciale (art. 632 C. Com.). Il doit faire de même si l'une des parties est une personne de droit public (art. 2060 C.C.) (92). Pour l'ensemble de ces cas, la sentence est annulée parce que la convention d'arbitrage est elle-même nulle.

Le magistrat doit aussi annuler la sentence si certaines formes procédurales de l'instance arbitrale ne sont pas respectées : irrégularités dans la désignation et la composition du tribunal arbitral, non respect de la mission fixée par la convention arbitrale, non respect du principe du contradictoire, absence des mentions que doit obligatoirement porter la

sentence arbitrale (93). On note que ces obligations procédurales sont de celles qui, en procédure civile, font partie des principes directeurs du procès ou doivent être appliquées sous peine de voir le jugement ou l'arrêt remis en cause. Par exemple, un magistrat ne doit juger ni *ultra* ni *infra petita* (art. 5 N.C.P.C.) et le respect du contradictoire est un principe général du droit.

Finalement, la sentence doit être annulée si « l'arbitre a violé une règle d'ordre public ». Cette disposition qui clôt l'article 1484 N.C.P.C. a un domaine d'application beaucoup plus large que les précédents cas d'annulation d'une sentence. Elle indique l'orientation générale du contrôle des juridictions de l'Etat. Elle délimite aussi le rôle de l'arbitrage interne : celui-ci est certes une alternative au recours judiciaire mais il n'est pas un moyen d'échapper aux règles impératives du droit national. On retrouve d'ailleurs un tel objectif dans le cadre de l'exequatur.

En présence d'une demande d'exequatur, le juge ne porte pas une appréciation sur la solution donnée par la sentence. Mais il doit vérifier que ni la convention d'arbitrage, ni la sentence elle-même ne remettent en cause des règles d'ordre public. En cas de refus d'exequatur, l'ordonnance doit être motivée et il peut y avoir appel de cette décision de refus (94). Par contre, il ne peut pas y avoir de tierce opposition vis-à-vis de l'ordonnance d'exequatur (95).

(à suivre)

Stéphane CARRÉ

Docteur en droit
ATER Université de Rennes 2

(85) D'autres arguments sont susceptibles d'être développés en faveur de la communication au public des conciliations constatées par un juge. On notera d'abord que cette communication ne permet pas nécessairement aux tiers de connaître le fond du litige concilié. S'il est évident que l'identité des litigants est reprise dans les documents ainsi que les contre-parties réciproques, les faits à l'origine du litige et les motifs de l'arrangement n'ont pas à être consignés.

Par ailleurs, le contrôle de la légalité d'un acte, en l'absence d'un litige, est l'une des opérations habituelles du juge en matière gracieuse. La constatation de l'accord par le magistrat et son action en matière gracieuse se ressemblent donc beaucoup. Dans ce cas, la communication aux tiers des décisions gracieuses est fort limitée mais existe. Un tiers peut se faire délivrer copie du « dossier » après autorisation du juge et s'il justifie d'un intérêt général (art. 29, N.C.P.C.). Or, la notion de « dossier » recouvre bien autre chose que la décision gracieuse ou qu'une constatation de conciliation, et concerne en particulier les pièces où peuvent être décrits des événements confidentiels. On pourrait donc envisager a fortiori la communication aux tiers de la seule « copie » du constat judiciaire d'une transaction.

(86) L. 761-5 in fine C.T. : rappelons que les décisions de cette commission n'ont autorité de la chose jugée qu'en ce qui concerne l'indemnité de licenciement (Soc. 8 juil. 1992 D.S. 1992 - p.840-).

(87) A l'exception de la Cour de cassation.

(88) Pour les conditions de recevabilité d'un recours en révision, cf. les articles 594 N.C.P.C. et s.

(89) Cela est vrai aussi de la commission arbitrale des journalistes (cf. Veaux D. : « Arbitrage : procédure d'arbitrage » Rép. civil 1990-6- : Paris 1^{er} ch. sect. suppl. 18 déc. 1987 Juris-Data n° 028917).

(90) Art. 2059 et 2060 C.C.

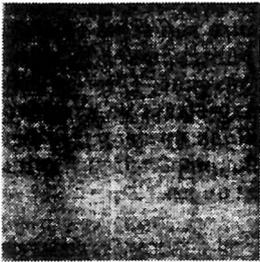
(91) Mais, il est possible de compromettre sur le montant de dommages et intérêts résultant de l'annulation d'une convention dès lors que le compromis ne porte pas sur les règles impératives régissant les conditions de formation d'un contrat (Colmar, 29 nov. 1968, J.C.P. 1970, II, 16246).

(92) Y compris l'Etat, bien que l'article 2060 C.C. ne fasse mention que des collectivités publiques et des établissements publics (ex : C.E. 3 mars 1989) « Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes », Rec. Lebon 1989, p. 69).

(93) Art. 1484, N.C.P.C.

(94) Art. 1478, al. 2 et art. 1489 N.C.P.C.

(95) Art. 1488, 1489 N.C.P.C.



LA CONFIDENTIALITÉ DANS LE RÈGLEMENT AMIABLE DES LITIGES

(SUITE ET FIN) (*)

b) *Les sentences de l'arbitrage international*

Dans l'arbitrage international les parties ont plus aisément la possibilité de se soustraire au contrôle des magistrats. Premièrement, les parties peuvent décider de ne pas appliquer la plupart des règles de procédure civile en vigueur en France. Alors que dans l'arbitrage interne plusieurs des principes directeurs du procès doivent être respectés, dans l'arbitrage international « la convention d'arbitrage peut (...) régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale ; elle peut aussi soumettre celle-ci à la procédure qu'elle détermine » (art. 1494 al. 1 N.C.P.C.).

Le caractère subsidiaire du droit procédural français apparaît clairement en deux circonstances. D'une part, même si la convention ne prévoit rien en la matière, l'arbitre n'est pas obligé de suivre la procédure civile française. Selon l'article 1494 al. 2 N.C.P.C., il règle alors la procédure, soit directement, soit par référence à une loi ou un règlement d'arbitrage. D'autre part, si un arbitrage suit les règles de procédure française, il est toujours possible de moduler leur application par voie conventionnelle (art. 1495 N.C.P.C.).

Deuxièmement, la mission de l'arbitre n'est pas enfermée dans le respect des règles matérielles du droit français. Certes, comme dans l'arbitrage interne, l'arbitre peut juger en amiable compositeur. Cette disposition de l'article 1497 N.C.P.C. n'apporte donc rien. Par contre, « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées » (art. 1496 N.C.P.C.). Or, il apparaît bien que la liberté dont disposent les parties et les arbitres internationaux permet de s'affranchir des règles impératives du droit interne français. En effet, seule la voie du recours en annulation devant une Cour d'appel

est ouverte et pour cinq raisons uniquement (art. 1502 N.C.P.C.).

Quatre d'entre elles sont identiques aux cas d'annulation d'une sentence prévus pour l'arbitrage interne à l'article 1484 N.C.P.C. (96). Il n'est cependant pas obligatoire que la sentence comporte le nom des arbitres et leur signature, ainsi que la date de la décision arbitrale. Il n'est surtout pas nécessaire de respecter les règles d'ordre public internes au droit français. En vertu de l'article 1502 N.C.P.C., l'appel en vue d'une annulation n'est possible que si la sentence est contraire à l'ordre public international (97).

Le droit pour un arbitre international de ne pas motiver explicitement sa décision est caractéristique des libertés qu'il peut prendre par rapport aux règles juridiques en vigueur, avec l'accord des parties (98). De plus, l'article 1504 N.C.P.C. dispose que l'annulation à l'égard de la sentence ne peut avoir lieu que si cette dernière a été rendue en France. Les parties peuvent donc apparemment échapper au contrôle d'un magistrat français en organisant la procédure d'arbitrage à l'étranger.

Néanmoins en cas de difficulté d'exécution sur le territoire français, il va être nécessaire à l'une des parties d'obtenir la reconnaissance puis l'exequatur de la sentence. En cas de refus du tribunal, il peut être interjeté appel de cette décision. Mais le juge doit accueillir et rendre exécutoire la sentence dès lors que son existence est prouvée et que la reconnaissance de la sentence « n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international » (art. 1498 N.C.P.C.). Si le juge accueille la sentence dans l'ordre juridique français et donne force exécutoire à la sentence, il pourra alors y avoir aussi un recours devant une Cour d'appel à l'encontre de l'ordonnance. Les difficultés d'exécution risquent donc de remettre en cause la confidentialité de la

droit procédural

(*) Voir 1^{re} partie parue dans les Petites Affiches, n° 93 du 5 août 1994.

(96) 1° Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ; 2° Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ; 3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ; 4° Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté (art. 1502 N.C.P.C.).

(97) Mais la notion d'ordre public international correspond à celle qu'en donnent les tribunaux français. Aussi « le réseau jurisprudentiel qui se tisse d'une décision à l'autre tend à déterminer à la fois la légitime exigence de la nature internationale de l'opération et la limite que le même ordre juridique national se doit de lui imposer » (cf. Robert J., Moreau B. : « Arbitrage international », Rép. Dalloz, 16).

Certains auteurs considèrent néanmoins que le respect de l'ordre public international devrait permettre à une Cour d'appel de contrôler l'application de certains principes directeurs du procès, apparemment délaissés dans le cadre de l'arbitrage international (cf. Jugault J. : « Le particularisme de l'arbitrage international », 361, « La terre, la famille, le juge », ét. off à II, D. Cosnard, éd. Economica, Paris 1990).

(98) Contrairement à l'article 1484, 5^e, N.C.P.C. qui fait référence à l'article 1480 N.C.P.C. où il est prescrit que la sentence doit être motivée (référence à l'alinéa 2 de l'article 1471 N.C.P.C.), l'article 1502 N.C.P.C. passe sous silence ce cas d'annulation de la sentence.

sentence au travers de l'appel dont sont susceptibles les décisions du juge de l'exequatur.

2. Les recours à l'encontre d'une transaction

Qu'il y ait eu directement un accord entre les parties afin de mettre fin à un litige ou que celles-ci se soient présentées devant un tiers faisant office de conciliateur, la convention qui en résulte est souvent considérée comme une transaction (99). La finalité d'une transaction est justement de terminer un litige en évitant un procès. Il est en conséquence difficile de remettre en cause une transaction devant un juge (a). Les magistrats sont cependant en droit d'intervenir pourvu qu'ils soient informés de l'existence de la convention (b).

a) Les cas de recours

« Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ». De plus, « elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur ni pour cause de lésion (art. 2052 C.C.). On constate d'ailleurs que la clause pénale que l'on peut insérer d'une transaction (100) a souvent pour objet de sanctionner un recours en justice qui s'avérerait non fondé (101). Dès lors, les parties peuvent donner une solution originale à leur différend, solution que n'aurait pas suivi un magistrat statuant en droit. Elles peuvent garder un caractère confidentiel à leur accord, si la transaction a eu lieu en l'absence de tiers.

Encore faut-il que la transaction soit valide et ait une cause et un objet licites, puis qu'elle soit appliquée de bonne foi. Une action en justice est donc possible afin d'annuler une transaction viciée ou non appliquée : c'est l'exception de transaction. L'une des parties peut demander aussi l'exécution forcée d'une transaction. Mais c'est bien entendu en présence d'une convention viciée ou illicite que se pose précisément la question de la confidentialité de la transaction par rapport au rôle du magistrat. Les litigants (ou l'un d'eux) ont pu vouloir discrètement conclure une transaction parce qu'ils la savaient contraire à une règle impérative. Les parties à la transaction peuvent aussi de bonne foi demander à un tiers de constater leur

accord, qui s'avère finalement entaché d'une grave anomalie.

On ne peut pas déroger par un contrat aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6 C.C.). Plusieurs dispositions rappellent les conditions de validité d'une transaction. De la sorte, l'article 2045 C.C. dispose que pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. Il est aussi indiqué au même texte que les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation du président de la République, ce qui empêche toute confidentialité à l'accord. On peut rescinder une transaction s'il y a erreur sur la personne ou sur l'objet de la contestation (102) et encore s'il y a eu dol ou violence (art. 2053 C.C.). Pareillement, doit être rescindée une transaction en exécution d'un titre nul (103) ou faite sur pièces reconnues fausses postérieurement (art. 2055 C.C.)... En présence de telles circonstances, l'une des parties peut donc toujours demander la nullité de la transaction.

Si les parties désirent voir la transaction constatée par un tiers, le juge ou un simple conciliateur doit refuser la constatation s'il découvre une anomalie viciant ou rendant illicite l'accord. Il n'est cependant pas certain qu'un tiers sans compétence juridique particulière soit capable de remarquer à chaque fois le vice qui entache la transaction. Il en est ainsi des particuliers nommés conciliateurs en vertu du décret du 20 mars 1978. De plus, s'il s'agit d'une constatation judiciaire, un magistrat du siège ne peut pas prendre l'initiative d'annuler immédiatement la convention. La saisine d'office par un juge statuant au civil est l'exception en droit français (104).

Le vice peut n'entacher la convention que d'une nullité relative (105). En pratique, cette circonstance risque d'être rarement découverte par le tiers dès lors qu'il n'a pas participé aux discussions ayant précédé la conclusion de la transaction. Quoi qu'il en soit, le magistrat ne peut alors qu'attendre une saisine à la diligence de la partie lésée. Il s'agit là d'une situation inconfortable pour le juge à qui l'on avait demandé de constater l'accord, surtout si

les parties décident de passer outre son refus et d'appliquer spontanément la transaction convenue. L'intervention des magistrats va prendre néanmoins un caractère beaucoup plus impératif si l'ordre public est en jeu.

b) L'intervention des magistrats

Si l'accord est manifestement illicite, le magistrat à qui l'on demande de constater la transaction a la possibilité de communiquer l'information au ministère public. Celui-ci va pouvoir agir pour la défense de l'ordre public (art. 423 N.C.P.C.). Néanmoins, cette situation n'est concevable que si les parties étaient de bonne foi au moment de la conclusion de la transaction.

La situation est similaire quand un tribunal reçoit la communication d'une transaction constatée par un conciliateur extra-judiciaire. Nous avons en effet déjà observé que certaines conciliations extra-judiciaires font l'objet d'une communication à un tribunal mais que ce dépôt n'a pas pour raison de permettre une publicité ultérieure auprès des tiers (106). L'utilité première de ces communications est bien de permettre un contrôle par l'autorité judiciaire de la licéité des transactions constatées par un conciliateur ou un médiateur extra-judiciaire.

La transaction contraire à l'ordre public va être communiquée par le juge au ministère public (art. 423 et 427 N.C.P.C.) qui peut engager une action visant à l'annuler (107). Le magistrat a aussi la possibilité de faire connaître son opposition aux parties si ces dernières lui demandent encore de constater leur accord afin de lui donner force exécutoire. Ce mécanisme est prévu à l'article 6 du décret du 18 mai 1981 modifiant le décret du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs. Si le magistrat a cherché à faciliter une transaction sur le préjudice subi par la victime d'une infraction pénale, il peut refuser de prendre en compte l'accord conclu et ne pas accorder les circonstances atténuantes, ajourner ou dispenser de peine le délinquant (108).

Au cas où la transaction serait contraire non seulement à une norme impérative mais encore à une disposition pénale, le ministère public peut

(99) Les transactions supposent des concessions réciproques. Mais le litige peut être résolu conventionnellement par l'acquiescement de l'une des parties aux droits de l'autre. Il n'y a pas alors de transaction (Civ. 1^{re} 4 mai 1976, Bull. civ. 1, n° 157, p. 124).

(100) Art. 2047 C.C.

(101) Cf. Boyer L. : « Transaction », Encyclopédie Dalloz VIII, § 250.

(102) La jurisprudence donne à la notion d'erreur sur la personne ou sur l'objet de la contestation une large acception (Civ. 24 mai 1966, J.C.P. 1966, II, 14769, note R.L.).

(103) A moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité (art. 2054 C.C.).

(104) Art. 1 N.C.P.C. : exemple d'une telle exception, l'art. 1244, al. 2 N.C.P.C. dispose que le juge des tutelles peut se saisir d'office afin de décider de l'ouverture de la tutelle pour un majeur.

(105) Ainsi qu'il en est souvent d'un contrat extorqué par violence ou obtenu par dol.

(106) Cf. supra, I, La confidentialité et les tiers.

(107) Le juge peut encore communiquer officieusement l'affaire au Ministère public, en vertu de l'article 426 N.C.P.C. (Cf. Cadet L. : « Droit judiciaire privé », éd. Litec, Paris 1992, p. 179).

(108) Sur la question, cf. supra I, La confidentialité et les tiers.

prendre l'initiative d'engager l'action publique, en vertu de l'article 1^{er} du Code de procédure pénale. En l'occurrence, les parties à la transaction ne peuvent plus échapper au contrôle judiciaire, à moins que le ministère public n'ait pas eu connaissance de la convention illicite. Et il est vrai que cette connaissance reste problématique si l'accord est resté dans un cadre strictement privé. La confidentialité de la convention peut être affirmée par l'absence d'écrit ou l'existence d'une contre-lettre. En conséquence, c'est généralement sur une plainte que l'action publique va être engagée. Indépendamment de l'action du ministère public, il est enfin permis de penser qu'il sera tenu compte des manquements du conciliateur lors du renouvellement de la fonction (109).

Si la transaction résulte d'une conciliation ou d'une médiation extra-judiciaire, le contrôle du ministère public semble plus aisé dès lors qu'existe une communication du constat devant une juridiction étatique. Les conciliateurs créés en vertu du décret du 20 mars 1978 n'étaient pas obligés de consigner un accord par écrit. Si la conciliation, même partielle, était reprise dans un document, ce n'était qu'à l'échéance des fonctions du conciliateur que le constat était déposé au secrétariat-greffe d'un tribunal d'instance. La réforme du 18 mai 1981 a cependant amélioré l'information de l'autorité judiciaire : les constats doivent être communiqués « sans retard » au tribunal d'instance (art. 6-I du décret) (110). Finalement, le décret du 25 février 1993 impose la rédaction d'un écrit. De plus, le conciliateur doit présenter au premier président et au procureur général de la Cour d'appel dans le ressort de laquelle il exerce ses fonctions un rapport annuel d'activité (111).

Pareillement, les commissions d'examen des situations de surendettement des particuliers doivent communiquer les conciliations conclues sous leur égide au juge de l'exécution (112). Le conciliateur nommé dans le cadre du règlement amiable des difficultés des entreprises rend compte de sa mission au président du tribunal de commerce (art. 37 de la loi du 1^{er} mars 1984). L'écrit reprenant l'accord amiable est

déposé au greffe et communiqué au procureur de la République (art. 38, décret du 1^{er} mars 1985). Dans ces cas du moins, il ne semble pas que des conventions illicites puissent échapper à la vigilance du ministère public.

On peut néanmoins s'interroger sur la volonté du législateur d'assurer à chaque fois l'information de l'autorité judiciaire sur le contenu des transactions conclues auprès de personnalités extérieures. Certains constats ne font pas systématiquement l'objet d'une communication. Par exemple, l'accord et le rapport d'expertise « peuvent être communiqués » à l'autorité judiciaire par le conciliateur désigné dans le cadre de l'adaptation des exploitations agricoles à leur environnement économique et social (loi du 30 déc. 1988). Les conciliateurs médicaux n'étaient pas tenus de transmettre les transactions conclues devant eux à une quelconque juridiction (113). Il est vrai que les fonctions de conciliateurs médicaux étaient tenus par des magistrats honoraires. On peut dès lors supposer particulièrement compétentes ces personnalités et penser qu'il n'y a pas eu d'accord contraire aux règles d'ordre public.

En tout état de cause, le droit français n'admet pas l'existence de conventions secrètes qui empêcherait toute divulgation, y compris au juge. Si une instance est engagée, les parties au contrat ne pourront pas arguer du caractère confidentiel de leur convention pour refuser un contrôle judiciaire sur l'acte qu'ils ont passé. D'ailleurs, le contrat tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait (art. 1134, C.C.). L'une des parties peut donc toujours invoquer la convention devant le juge pour en obtenir l'application. De plus, l'efficacité d'un contrat tient aussi à son opposabilité aux tiers tandis que ces derniers sont, par exemple, en droit d'invoquer une transaction en soutien d'une action paulienne (art. 1167, C.C.). Enfin, un contrat ne peut être secret, ne serait-ce que pour vérifier la conformité de la convention à l'ordre public et aux bonnes mœurs (art. 6, C.C.) (114).

Ainsi les avocats ne peuvent arguer du secret professionnel pour refuser de communiquer au juge un arrangement défini-

tif qui aurait été conclu entre les parties, et par l'intermédiaire de leur conseil respectif (115). L'une des parties au procès peut demander à ce que la transaction soit produite à titre de preuve. Puisque « Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort » (art. 2052, C.C.), le juge doit en prendre connaissance pour constater si nécessaire la résolution du litige et la fin de l'instance.

Mais *a contrario*, la solution devrait être différente si un magistrat désire prendre connaissance des propositions et des confidences préalables à l'accord, et dont les avocats des parties se sont fait les messagers. Plus généralement, quand une tentative de conciliation a eu lieu en présence d'un tiers extérieur à l'institution judiciaire, on peut s'interroger sur le droit pour un magistrat d'obtenir toutes les informations détenues par la personne faisant office de conciliateur (116).

B. Les tentatives de règlement amiable des litiges

Quels que soient les pouvoirs d'un magistrat afin de découvrir la vérité (117), la situation s'avère différente si la tentative de règlement amiable a lieu devant un tiers dont ce sera la seule mission ou devant un juge chargé en outre d'instruire l'affaire.

Les informations divulguées devant une personnalité extérieure aux juridictions de l'Etat restent normalement confinées à ce cadre. Si le litige entre ultérieurement dans une phase judiciaire, ces renseignements peuvent, dans certaines conditions, échapper aux pouvoirs d'investigation du magistrat (1). Il est au contraire très difficile de créer un espace facilitant une libre discussion lors des tentatives de conciliation devant les tribunaux d'Etat (2).

1. La confidentialité des tentatives externes de règlement amiable

Dans certaines circonstances, l'existence d'une tentative de conciliation externe est nécessairement connue du magistrat. C'est évidemment le cas si un tribunal, en application de l'article 21 N.C.P.C., a décidé d'une tentative préalable de conciliation auprès d'un médiateur désigné pour la circonstance. De façon similaire,

(109) Les conciliateurs institués par le décret du 20 mars 1978 sont nommés par une ordonnance du premier président de la Cour d'appel sur proposition du procureur général et « après avis du conseil départemental de l'aide juridique » (réforme du 25 févr. 1993). Ils sont nommés une première fois pour un an, puis peuvent voir leurs fonctions renouvelées tous les deux ans (art. 3, décret du 18 mai 1981) « Il peut être mis fin à ses fonctions ayant l'expiration de leur terme par ordonnance motivée du premier président après avis du procureur général, l'intéressé ayant été préalablement entendu » (art. 3, al. 2, décret du 18 mai 1981).

Les conciliateurs médicaux sont désignés chaque année par arrêté ministériel (art. 2, décret du 15 juin 1981). Les membres de commissions départementales de conciliation en matière de baux d'habitation sont désignés par les organisations de bailleurs et de locataires mais nommés pour trois ans renouvelables par le commissaire de la République (art. 2, décret du 26 juin 1987). Ici, le fonctionnement des institutions de conciliation est contrôlé par une autorité administrative.

(110) Le manque de liens institutionnels avec les juridictions d'Etat avait fait l'objet de sévères critiques de la part de la doctrine et des milieux judiciaires. Ces reproches ont abouti à la suspension provisoire du recrutement des conciliateurs en 1982 (circ. du 14 mai 1982), cf. Estoup P. :

« Conciliation judiciaire et extra-judiciaire dans les tribunaux d'instance », G.P. 1986, p. 288.

(111) Art. 5 et 6 du décret du 25 février 1993 mod. l'art. 9 du décret du 20 mars 1978 et créant les articles 9 bis et 9 ter.

(112) Art. 8 de la loi du 21 décembre 1989 mod. par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991.

(113) Le décret du 15.5.1981 reste silencieux sur ce point. Rappelons que ce décret a été annulé par le Conseil d'Etat le 31.5.1989.

(114) Un exemple classique d'accord confidentiel sont les ententes entre entreprises. Mais afin de vérifier si ces ententes ne remettent pas en cause le droit de la concurrence, les parties ne peuvent refuser d'en communiquer les clauses aux organismes chargés d'en contrôler les modalités (cf. Sain Alary R. : « Le secret en droit français », Trav. Ass. H. Capitant XXV 1974, p. 274).

(115) Soc. 24.4.1985, G.P. 1985, Pan. jur., p. 293 ; Civ. 22.3.1988, D. 1988 I.R. 97.

(116) Cf. infra.

(117) Cf. Le Masson J.M. : « La recherche de la vérité dans le procès civil », thèse Nantes 1991.

1878 5, 442 ; Crim. 7.3.1924, D.H. 1924, 244.

(124) Civ. 1^{re} ch., 29.4.1970, Bull. civ. I, n° 139.

(125) *Les avocats tout comme les conciliateurs sont les détenteurs de confidences faites par les parties à un litige. Les avocats ainsi que les conciliateurs vont être amenés parfois à tenter une conciliation entre ces parties. Ils le feront néanmoins dans des conditions différentes. Premièrement, les avocats sont souvent les mandataires de leur client tandis que le conciliateur est véritablement un tiers. En second lieu, les tractations entre parties se font généralement par une correspondance entre avocats tandis que le conciliateur ou la commission de conciliation est un intermédiaire unique.*

(126) Décret n° 91-204 du 25 février 1991.

(127) Cf. les alinéas 2, 3 et 4 de l'article 378 C.P.

(128) Limoges, 30 mai 1985, D. 1985, I.R. 501.

(129) Cf. Gulphe P. : « Le secret professionnel en droit français », T.A.H.C. XXV, 1974, p. 112 ; Hamelin J., Damien A. : « Les règles de la profession d'avocat », éd. Dalloz, Paris 1992 (7^e éd.), p. 406.

Il y a d'ailleurs là une justification supplémentaire à l'absence de contrat secret juridiquement protégé en droit français.

(130) Cf. Hamelin J., Damien A. : « Les règles de la profession d'avocat », éd. Dalloz, Paris 1992 (7^e éd.), p. 427.

(131) Civ. 22 mars 1988, D. 1988, I.R. 97.

(132) Civ. 26 juin 1974, Bull. I, n° 210, p. 181 ; Cour d'app. Caen, 23 juin 1988, G.P. 1988, 18 octobre 1988, 714 (même si le règlement intérieur du barreau interdit la divulgation de tels documents).

(133) Plus généralement, sur le déclin du secret professionnel des avocats : Damien A. : « Feu le secret professionnel », G.P. 1985, I, doct., p. 344.

(134) Crim. 30 septembre 1991, G.P., 18 février 1992, 119 (note J.P. Doucet).

(135) *En devenant le mandataire d'une partie, l'avocat ne se pose plus véritablement en tiers. En représentant son client, il perd la liberté d'action que lui aurait laissé le rôle de simple conseiller. S'il reste le confident de son client, il n'est plus aussi clairement le tiers qui, entrant en relation avec un autre tiers, donne à la correspondance entre avocats le caractère d'une relation privée contenant des informations reçues sous le sceau du secret. Aussi, la correspondance entre avocats mandataires risque-t-elle d'être avant tout une relation entre les parties adverses, non soumise au secret professionnel.*

Sur la question, cf. Hamelin J., Damien A. : « Les règles de la profession d'avocat », éd. Dalloz (7^e éd.) 1992, p. 427 et s. ; cf. aussi Merle R. : « Le secret et la procédure en droit français », Trav. de l'Ass. H. Capitain, 1974, XXV, p. 768.

D'autres professions n'ont pas été reconnues dépositaires de secrets parce que leurs représentants étaient justement les mandataires de leurs clients : les agents d'affaires (Paris, 6 nov. 1916, D.P. 1917-2-128), les conseillers juridiques et fiscaux (Besançon, 11 déc. 1953, D. 1954-260).

118) Art. 16, loi n° 77-1453 du 29.12.1977 ; cf. aussi l'art. L. 249, Livr. Proc. Fisc., en matière de contribution indirecte.

(119) Pour les conciliateurs institués par le décret du 20.3.1978 : art. 8 ; pour les commissions d'examen de surendettement des particuliers : art. 7 de la loi du 31.12.1989 ; pour les conciliateurs dans le cadre de l'adaptation des exploitations agricoles à leur environnement économique et social : art. 28 de la loi n° 88-1202 du 30.12.1988 ; pour le médiateur du cinéma : art. 4 du décret du 9.2.1983 ; pour les conciliateurs médicaux : art. 6 du décret du 15.5.1981 ; pour les conciliateurs nommés dans le cadre du règlement amiable des difficultés des entreprises : art. 38, loi n° 84-148 du 1.3.1984.

(120) Art. 9, in fine, loi du 3.1.1973 modif. par la loi du 24.12.1976.

(121) Art. 11, loi du 24.12.1976.

(122) Nous en déduisons que l'article 3 de la loi du 3.1.1973 qui dispose que « le médiateur ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions qu'il émet ou des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions » ne s'applique pas quand le médiateur sort du cadre de ses obligations en trahissant un secret.

(123) Cf. Assises Seine 10.4.1877, D.P.

en cas de poursuite judiciaire à la suite d'une infraction, le magistrat peut favoriser un accord amiable sur l'intérêt civil résultant de cette infraction (art. 2046, C.C.). En matière de conciliation directe entre une administration titulaire de l'action publique et un délinquant, l'autorité judiciaire doit souvent au préalable en admettre le principe (118).

Mais la confidentialité des pourparlers tient essentiellement à l'obligation de secret qui s'attache, semble-t-il, à la mission des conciliateurs (a). Encore faut-il en préciser le contenu (b).

a) Le rôle de l'obligation de secret

Nous avons déjà signalé, au titre de la non publicité des procédures de conciliation, que nombre de dispositions particulières retiennent explicitement cette obligation de secret (119). Il existe cependant le cas où le tiers ne semble pas devoir respecter explicitement les secrets qui lui sont communiqués.

De la sorte, ce n'est qu'incidemment que le médiateur de la République y est soumis. Effectivement, « en vue d'assurer le respect des dispositions relatives au secret professionnel, il veille à ce qu'aucune mention permettant l'identification des personnes dont le nom lui aurait été (...) révélé ne soit faite dans les documents publiés ». Aussi le respect du secret professionnel se limite apparemment à l'identité des personnes qui sont citées ou évoquées dans des documents confidentiels, dès lors que le médiateur publie les résultats de son enquête. Or, cette publication est l'exception. Il est nécessaire que les recommandations du médiateur n'aient pas fait l'objet d'une réponse satisfaisante (120) ou qu'une injonction soit restée sans effet (121). A contrario, en l'absence de ces observations publiques, il doit respecter complètement l'obligation de secret professionnel (122).

Les commissions de conciliation en matière de documents d'urbanisme opposables au tiers et les commissions départementales de conciliation en matière de baux d'habitation ne sont pas soumises précisément à une obligation de secret. Bien entendu, les médiateurs « ad hoc » désignés par les tribunaux afin de favoriser un arran-

gement et les conciliateurs institués à l'initiative d'une organisation privée ne font l'objet d'aucune réglementation particulière en ce sens.

Mais là même où aucune disposition particulière n'existe, les termes généraux du nouvel article 226-13 C.P. peuvent rendre applicable cette obligation à l'ensemble des conciliateurs. Ce texte dispose en effet que « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 100.000 F d'amende ». Les conciliateurs devraient ainsi pouvoir opposer au juge le respect des secrets dont ils sont les dépositaires et faire application de l'article 206 N.C.P.C. pour refuser de témoigner, même s'ils doivent prêter serment (123).

Mais en définitive, ce sont les caractéristiques de l'information divulguée au conciliateur qui feront ou non du renseignement communiqué un secret juridiquement protégé.

b) Le contenu de l'obligation de secret

Il faut, par exemple, que l'information soit suffisamment précise (124). Mais l'on peut, semble-t-il, tenter une comparaison avec les solutions jurisprudentielles en matière de secret professionnel des avocats pour tenter de poser quelques règles (125). Il est cependant nécessaire de repartir des conditions concrètes de la négociation. Il est en effet difficile de transposer telles quelles aux procédures de conciliation externe les solutions dégagées pour les avocats.

On doit en premier lieu constater qu'une information secrète ne peut être qu'une information concernant personnellement son détenteur original, connue de cette seule personne ou d'un entourage réduit. Il est par conséquent difficilement imaginable d'appliquer l'article 226-13 C.P. aux commissions de conciliation en matière de documents d'urbanisme opposables aux tiers. Le différend oppose des personnes publiques sur une matière qui est d'intérêt général. Il en est pareillement des comités consultatifs visant à faciliter le

règlement amiable des litiges relatifs aux marchés passés avec les services centraux ou extérieurs de l'Etat (126).

De façon plus générale, il se peut que le domaine de l'information secrète varie en fonction du domaine sur lequel porte la conciliation. Le conciliateur médical aurait pu se voir opposer les exceptions au secret que la loi ou la jurisprudence reconnaît en matière de secret médical (127). De même, le secret des affaires ne peut pas être invoqué si sa divulgation ne cause plus aucun préjudice au maître du secret (128). A l'évidence, des faits touchant à la vie privée d'une personne seront beaucoup plus intangibles.

En deuxième lieu, ne semble pouvoir être un secret que l'information divulguée à un confident, dans le but de ne pas être communiquée ultérieurement pas cette personne auprès d'un nouveau tiers (129). En conséquence, la correspondance qui s'instaure entre deux avocats afin de tenter une transaction ne peut pas être normalement comprise dans un secret juridiquement protégé en vertu de l'article 226-13 C.P. (130). Effectivement, les renseignements que s'échangent les avocats visent à être communiqués à chacune des parties afin d'arriver à un accord.

On peut donc penser que seules les confidences faites par chaque litigant au conciliateur afin d'expliquer sa position, en l'absence de l'adversaire, sont alors considérées comme des secrets. Le conciliateur peut alors s'opposer à les divulguer au juge. On est cependant dans un cas de figure proche quand les parties s'entretiennent séparément avec le conciliateur après quoi ce dernier propose des solutions à chacun des adversaires. Ces propositions sont certes conditionnées par les discussions antérieures, mais néanmoins marquées de l'initiative personnelle du conciliateur.

Mais au-delà du cercle étroit de ces confidences secrètes, la jurisprudence avait pu considérer que la correspondance échangée entre avocats afin d'arriver à son accord entre les parties ne pouvait pas être versée aux débats (131). Néanmoins, si cette correspondance permettait de faire la preuve d'une transaction, elle

pouvait être produite en justice (192). Cette jurisprudence a cependant connu un certain déclin (133). La Cour de cassation a en particulier décidé que si un avocat intervenait à titre de négociateur et non dans l'exercice des droits de la défense, le secret professionnel ne pouvait lui être applicable (134).

Si les parties, en présence du conciliateur, s'entretiennent directement de différentes propositions, l'information est immédiatement reçue par chacun des adversaires qui a la possibilité de l'utiliser à nouveau lors des débats ultérieurs devant un magistrat. Aucune difficulté ne se pose s'il s'agit donc d'une information consignée par écrit. Il faut cependant être conscient qu'au delà des propositions faites par chacun, la plupart des informations vont être vraisemblablement communiquées oralement. Si les échanges sont oraux, le conciliateur doit-il s'abstenir de témoigner devant le juge afin de faire la preuve de ce qu'il a entendu ?

On peut le penser, malgré la solution retenue pour les avocats. Le conciliateur n'est effectivement le mandataire d'aucune des parties, ce que peut être un avocat (135). Dès lors, si l'information divulguée à l'adversaire n'entre pas dans le cadre d'un secret entre les parties, peut-être l'est-elle pour le tiers chargée de faciliter un arrangement. Les parties ne pourraient d'ailleurs pas avoir confiance dans le conciliateur et son rôle serait inopérant, s'il devait céder à l'obligation de témoigner en justice (136). Là réside la justification principale au maintien du secret des négociations pour un conciliateur.

Si les avocats voient le champ d'application du secret professionnel diminuer au fil des années, c'est peut-être parce que la profession d'avocat s'est transformée progressivement (137). En réalité, par son arrêt du 30 septembre 1991, la Cour de cassation juge qu'un avocat sort de ses attributions traditionnelles quand il agit en tant que négociateur. Certes, depuis la réforme du 31 décembre 1990 réformant certaines professions judiciaires et juridiques, il est clairement admis que les avocats peuvent avoir un autre rôle que de défendre les justiciables devant

les tribunaux (138). Cependant, quand l'avocat remplit cette fonction, il participe de l'exercice des droits de la défense et donc d'une mission d'intérêt général pour laquelle il peut bénéficier d'un droit au secret professionnel (139).

Mais le rôle du conciliateur est justement de favoriser un accord entre les parties en cas de litige. La négociation est au cœur de sa mission. Les dispositions qui visent à rendre applicable aux conciliateurs l'article 226-13 C.P. ont donc certainement pour objectif de lui permettre l'exercice de celle-ci. Dans le même sens, on remarque que certains tribunaux se sont opposés jadis à ce qu'un juge de paix témoigne des faits dont il avait eu connaissance lors d'une tentative de conciliation : « l'ordre public » serait autrement remis en cause (140).

Que le conciliateur soit l'intermédiaire passif des relations entre les parties ou qu'il intervienne activement dans le processus de négociation, qu'il agisse en présence des litigants ou au contraire qu'il écoute et intervienne successivement auprès de l'un et de l'autre, il est toujours le confident nécessaire. Il serait particulièrement délicat de faire la part entre les informations secrètes et celles qui ne le sont pas en fonction de modalités de conciliation, nécessairement très variables.

Il paraît judicieux de s'attacher plutôt à la place conférée concrètement au conciliateur par les parties. Si elles n'entendent reconnaître au conciliateur que le rôle d'un messenger, sa médiation n'entre plus dans le cadre d'une conciliation (141). Pareillement, si elles le prennent explicitement à témoin, le conciliateur n'est plus tenu au secret. Il faut en définitive que le conciliateur ait un droit de regard sur les échanges entre les parties. Il doit temporiser ou refuser de communiquer certains propos quand il les considère, par exemple, injurieux ou diffamatoires.

On peut cependant ajouter que le conciliateur sera tenu de témoigner si l'une des parties soutient qu'il y a bien eu un accord, même partiel, durant ces pourparlers (142). Il s'agira d'attester d'un accord verbal. De même, le conciliateur sera encore dans l'obligation de verser aux débats certains docu-

(136) Un projet de loi (n° 636) soumis au Parlement en 1990, visant à la mise en place de médiateurs devant les tribunaux prévoyait justement que « Les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent pas, contre la volonté des parties, être évoquées devant le juge saisi du litige » (cf. Solus H., Perrot R. : « Traité de droit judiciaire privé », t. 3, éd. Sirey, Paris 1991, p. 990).

(137) Cf. les propos d'André Damien (« La déontologie de l'avocat hors du prétoire », méf. off. à P. Hébraud 1981, p. 267-268) et les constatations de Loïc Cadieu (« Droit judiciaire privé », éd. Litec, Paris 1992, p. 207-208).

(138) Cf. l'article 1^{er} I de la loi du 31 décembre 1971 modifié par la loi du 31 décembre 1990.

(139) Sur le fondement du secret, qui serait l'intérêt général : cf. Brethe de la Gressaye J. : « Secret professionnel » Encycl. Dalloz, V. pénal, 1977-2 ; Hamelin J., Damien A. : « Les règles de la profession d'avocat », éd. Dalloz, Paris (7^e éd.), 1992, p. 404 ; Gulphre P. : « Le secret professionnel en droit français », Trav. Ass. H. Capitaine XXV, 1974, p. 107.

(140) Trib. civ. Ruffec, 6 avril 1905, *Moniteur de la Justice de Paix*, 1906-27 (cité par Ségéral Ab., Ségéral Al. : « Code pratique de la justice de paix », éd. L.L.G.S., Paris 1930, p. 308).

(141) De façon similaire, un notaire qui transmet un télégramme injurieux de son client à une tierce personne n'agit pas sous couvert du secret professionnel (Civ. 7 mars 1908, S., 1911-1-598). Manifestement, l'information transmise au notaire n'a pour objectif que d'être transmise à une troisième personne. Par contre, le notaire faisant office de conciliateur ne peut relater les pourparlers ayant eu lieu devant lui (Civ. 18 juin 1963, G.P. 1963-2-267).

(142) Si l'une des parties soutient qu'un accord a été conclu, les pourparlers visant à conclure une transaction ne sont plus secrets, les tribunaux ne pouvant constater le contrat qu'à travers de ces échanges (cf. Hamelin J., Damien A. : « Les règles de la profession d'avocat », éd. Dalloz (7^e éd.), 1992, p. 428, 429).

(143) Ainsi qu'il est admis pour tout détenteur d'un secret médical (Crim. 20 déc. 1967, Bull. crim., n°338) et plus généralement de tout détenteur d'un secret professionnel (cf. Gulphe P. : « Le secret professionnel en droit français », Trav. Ass. H. Capitant, XXV, 1974, p. 117).

(144) Loi des 16 et 24.8.1790.

(145) Anc. art. 48 à 58 : préalable de la conciliation applicable devant les « tribunaux civils » ; cf. aussi le décret-loi du 30.10.1935.

(146) Pour un rapide historique des procédures préalables de conciliation devant les juridictions civiles ; cf. Estoup P. : « La conciliation judiciaire : avantages, obstacles et perspectives », G.P. 1989 doctr., 300 ; Bolard G. : « De la déception à l'espoir : la conciliation », méf. P. Hébraud 1981, p. 47.

(147) A l'origine, les juges de paix n'avaient aucune obligation de rechercher préalablement une conciliation parce que, justement, toute la philosophie de la mission des juges de paix était d'arriver à un accord amiable. Afin d'atteindre ce but, certains juges de paix prirent l'initiative d'organiser une tentative préliminaire de conciliation. Le législateur consacra la pratique en instituant un préalable facultatif de conciliation (loi du 25.5.1838) puis en l'imposant par la loi du 2.5.1855 (cf. Bolard G. : « De la déception à l'espoir : la conciliation », méf. P. Hébraud 1981, p. 47). On appela ce préalable la « petite conciliation » que l'on distinguait de la « grande conciliation » préliminaire des tribunaux civils.

(148) Rappel : L. 511-1 C.T. (conseil de prud'hommes), art. 887 N.C.P.C. (tribunal paritaire des baux ruraux), R. 142-21 C.S.S. (tribunal des affaires de la sécurité sociale), art. 829, art. 840 et 841 N.C.P.C. (tribunal d'instance).

On a pu voir dans le préliminaire de conciliation devant les tribunaux d'instance une simple faculté (cf. Bolard G. : « De la déception à l'espoir : la conciliation », méf. P. Hébraud 1981, p. 49). En fait, si l'assignation à toutes fin est la procédure normale et qu'une demande à fin de conciliation, avant assignation, apparaît comme une voie secondaire, le juge doit cependant tenter au préalable une conciliation (cf. art. 840 et 841, N.C.P.C.). Néanmoins, cette phase possède une réalité toute relative puisque, à défaut de conciliation, « l'affaire est immédiatement jugée » si elle est en état de l'être (Desdevises Y. : « Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile », D. 1981, chr. XXXIV, p. 245). Enfin, il est vrai qu'il n'existe aucun préliminaire de conciliation à la suite des autres modes de demande en justice devant le tribunal d'instance (requête conjointe, présentation volontaire des parties, déclaration au greffe).

(149) 22 % des affaires présentées au bureau de conciliation en 1971 ; 130 % en 1979 (Perrot R. : « Institutions judiciaires », éd. Montchrétien, Paris 1986).

(150) Art. L. 3, al. 2, Code T.A.-C.A.A.

(151) Chaput R. : « Droit du contentieux administratif », éd. Montchrétien, Paris 1990, p. 534.

(152) Tant pour les tentatives préalables que tout au long de l'instance : Bolard G. : « De la déception à l'espoir : la conciliation », méf. P. Hébraud 1981, p. 50 ; Estoup P. : « La conciliation judiciaire avantages, obstacles et perspectives », G.P. 1989, p. 300 ; Estoup P. : « Conciliation judiciaire et extra-judiciaire dans les tribunaux d'instance », G.P. 1986, p. 288 ; Estoup P. : « Etudes et pratique de la conciliation », D. 1986, chr. XXVI, p. 161.

(153) Vincent J., Guinard S., Montagnier G., Varinard A. : « La justice et ses institutions », Dalloz, Paris 1991, p. 33. Mais le phénomène est aussi mondial, ainsi que le montrent certains auteurs : Estoup P. : « Conciliation judiciaire et extra-judiciaire dans les tribunaux d'instance », G.P. 1986, p. 288 ; Guillaumond R. : « Sur la conciliation interne et internationale », J.C.P. éd. E., 1983 14021, p. 387.

(154) A ces conciliations et médiations spécifiquement extra-judiciaires, il faut bien entendu ajouter les récentes institutions de règlement amiable extra-jurisdictionnelles en matière administrative dont nous avons aussi fait état par exemple, le règlement amiable des litiges relatifs aux marchés passés avec les services centraux ou extérieurs de l'Etat (1991).

(155) Certains magistrats ont pu y voir la mise en place d'une institution concurrente qui, de plus, ne répondait pas à leurs yeux aux critères de professionnalisme nécessaires à l'application d'une bonne justice. Sur la question : Estoup P. : « Conciliation judiciaire et extra-judiciaire dans les tribunaux d'instance », G.P. 1986, p. 288 ; « La relance des conciliateurs », G.P. 1987, libre propos, p. 504.

(156) Les débuts de l'institution ont pourtant semblé prometteurs : Barjot A. : « L'expérience de cinq mois de médiation » D.S. 1956 -p.72-. L'échec a été constaté par la suite : Touzard P. : « Propositions visant à améliorer l'efficacité de la médiation dans les conflits du travail » D.S. 1977 -p.87- ; Vincent J., Guinard S., Montagnier G., Varinard A. : « La justice et ses institutions » Dalloz Paris 1991 -p. 35-.

(157) Estoup P. : « La relance des conciliateurs » G.P. 1987 libre propos -p. 504 ; Perrot R. : « Institutions judiciaires » éd. Montchrétien Paris 1986 -p. 470.

(158) Estoup P. : « La conciliation judiciaire : avantages, obstacles et perspectives » G.P. 1989 -p. 301- ; Estoup P. : « Etudes et pratiques de la conciliation » D. 1986 chr. XXVI -p. 161.

(159) Sur la contradiction entre l'instruction du litige par le juge et les procédures de conciliation judiciaire, cf. les propos de H. Solus et R. Perrot « Droit judiciaire privé » t. 3 éd. Sirey Paris 1991 -p. 988-.

Certains auteurs soulignent aussi la gêne que peut occasionner la présence des avocats, surtout s'il y a représentation des justiciables par ces professionnels du droit (Desdevises Y. : « Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile » D. 1981 chr. XXXIV -p. 242-).

ments si ces écrits sont susceptibles de reprendre l'accord ou d'en montrer l'existence. On appliquera alors le régime de la preuve découlant de l'article 1341 du Code civil. Le conciliateur serait enfin en droit de divulguer un secret s'il devait le faire afin d'échapper à des poursuites judiciaires (143).

2. Les tentatives de conciliation devant les tribunaux d'Etat

Il est tout d'abord utile de rappeler la place qu'occupe en pratique la conciliation judiciaire. Celle-ci s'avère restreinte (a). Il faut en conséquence s'interroger sur les raisons de cet échec (b).

a) La place limitée des conciliations dans le règlement des litiges

La pratique de la conciliation devant les tribunaux concerne avant tout les juridictions de l'ordre judiciaire. Le principe d'une tentative préalable de conciliation devant les tribunaux de district avait été posé dès la Révolution française (144). Puis, l'ancien code de procédure civile retint la nécessité du préliminaire de conciliation (145). Mais ces procédures furent un échec et on les supprima par la loi du 9 février 1949 (146). La disparition dix ans plus tard des justices de paix contribua à réduire encore le champ des procédures préalables de conciliation devant les juridictions civiles. Effectivement, les juges de paix étaient (avec les juridictions prud'homales) l'archétype d'une juridiction tournée prioritairement vers la conciliation des justiciables (147).

On retrouve encore aujourd'hui une tentative préalable de conciliation pour quelques contentieux et pour certaines juridictions d'exception : conseils de prud'hommes, tribunaux paritaires des baux ruraux, tribunaux des affaires de sécurité sociale, tribunaux d'instance (148). Mais il est manifeste que les conseils de prud'hommes qui ont gardé ce préliminaire avec une force particulière ne réussissent actuellement à concilier qu'une faible partie des affaires (149).

Parallèlement, les tribunaux de l'ordre judiciaire se sont vus confier une mission générale de conciliation tout au long de l'instance. Ce mouvement trouve son aboutissement actuel dans le pouvoir reconnu aux

juges administratifs de concilier les justiciables (150). La possibilité de tenter une conciliation devant les juridictions administratives est certes trop récente pour que l'on puisse porter une appréciation solide. On peut simplement noter que les conciliations risquent d'être peu courantes, la matière administrative ne s'y prêtant guère (151). Il est enfin patent que les conciliations judiciaires sont peu courantes, en particulier devant les juges d'instance (152).

On constate ainsi un échec récurrent des tentatives de conciliation judiciaire. Mais dans le même temps, les procédures de conciliations et médiations extra-judiciaires se sont faites de plus en plus nombreuses (153) : d'abord les conciliateurs institués par le décret du 20 mars 1978, puis les conciliateurs médicaux (1981), les commissions départementales des rapports locatifs (loi du 22 juin 1982) devenues par la suite les commissions départementales en matière de baux d'habitation (1989), le médiateur du cinéma (1983), la mise en place de conciliateurs extra-judiciaires dans le cadre de la loi du 1^{er} mars 1984 sur le règlement amiable des entreprises en difficulté, la conciliation de nature similaire pour les exploitations agricoles (1988), les commissions d'examen des situations de surendettement (1989) (154).

Certes, ces institutions n'ont pas toutes connu le succès. Les conciliateurs institués par la loi de 1978 n'ont pas tenu toutes leurs promesses (155). On connaît l'échec relatif des procédures de conciliations et de médiation en matière de conflits collectifs du travail (156). Cependant, ces difficultés ne paraissent pas liées à l'inadéquation des tentatives de règlement amiable aux modes de résolutions des litiges dans notre société. De la sorte, il est probable que les conciliateurs mis en place par la loi de 1978 aient eu à souffrir d'une certaine hostilité de la part du corps judiciaire et que peu de choses aient été entreprises pour mieux les faire connaître (157). Quant aux conciliations et médiations en matière de conflits collectifs du travail, leur échec n'est que l'envers de la pratique généralisée des négociations directes entre employeurs et représentants des salariés.

Tout au contraire, la difficulté persistante à réussir des conciliations au cours d'une instance judiciaire semble en partie due au cadre juridictionnel dans lequel ont lieu ces tentatives. Il existe une contradiction interne entre l'esprit dans lequel doit être mené le règlement amiable, qui réclame de la discrétion, une grande disponibilité et une relative confiance entre les protagonistes (158), et le déroulement d'un procès public qui catalyse les oppositions et exige du juge qu'il tranche le litige après avoir mené l'instruction (159). Certains professionnels du droit (juges, avocats...) ont donc été réticents aux modes de règlement amiable des litiges devant les tribunaux (160).

b) Les raisons d'un échec

Déjà, la nécessité où se trouve les tribunaux de vider un contentieux important et d'assurer une justice rapide ne prédispose pas les juges à tenter un lent et hypothétique rapprochement entre les positions de chacun (161). L'évolution générale de la procédure civile va d'ailleurs en ce sens : tout est mis en œuvre pour limiter les incidents d'instance et réduire les délais de procédure (162).

L'antinomie tiendrait aussi au fait que les parties, en présence du juge, ne se feraient pas toutes les confidences (et bien entendu, les aveux) indispensables à l'exploration d'une solution amiable. De façon quelque peu paradoxale, la même antinomie résulterait de la connaissance par le magistrat des éléments de fait suffisants pour dégager une solution en fonction des règles de droit en vigueur. Dès lors, à moins que l'une des parties acquiesce pour l'essentiel aux demandes de l'autre, aucun des litigants n'a véritablement intérêt à transiger. Si le jugement reste incertain, chaque partie peut espérer gagner sur le principal. Si l'un des adversaires se considère en position de force, il peut vouloir remporter le succès supposé en refusant toute concession.

La connaissance par le juge des éléments essentiels à la résolution du litige est permise l'abord par le jeu des audiences et la communication

réciroque des pièces et des conclusions entre les parties. Elle est renforcée par les pouvoirs juridictionnels du magistrat qui peut prendre des mesures conservatoires ou d'instruction.

Pour éviter ces difficultés, on a pu faire des tentatives de conciliation une procédure préalable nettement détachée du reste de l'instance. Le cas le plus tranché est celui des conseils de prud'hommes. Il existe un bureau de conciliation distinct du bureau de jugement. Bien que les conseillers prud'hommes d'une même action peuvent siéger tout autant dans l'un ou l'autre bureau, il est rare en pratique que pour une même affaire un conseiller siège successivement dans les deux formations. Par conséquent, un conseiller prud'homme du bureau de jugement n'a en général aucune connaissance des propos tenus devant le bureau de conciliation.

De plus, l'article R. 516-15 C.T. dispose que « à défaut de conciliation totale, les prétentions qui restent contestées et les déclarations que les parties font alors sur ces prétentions sont notées au dossier ou au procès-verbal par le greffier sous le contrôle du président ». Il s'avère que seules les déclarations postérieures à la tentative de conciliation vont pouvoir être consignées au dossier, ainsi qu'il est prévu à l'article 727 N.C.P.C. A moins que les révélations faites pendant la phase de conciliation ne soient réitérées après la constatation de l'échec de cette tentative, le bureau de jugement ne peut donc pas connaître par ce moyen les dires des parties (163).

Mais il n'existe pas actuellement d'autres exemples d'une séparation aussi marquée entre les procédures de conciliation judiciaire et les procédures de jugement, si ce n'est la faculté pour le demandeur devant un tribunal d'instance de provoquer une tentative de conciliation avant d'assigner. Quand il existe une procédure préalable de conciliation, le même magistrat va d'abord tenter de favoriser un accord entre les parties puis, en cas d'échec, va être appelé à trancher le litige. Il peut donc apprendre au moment de la tentative de

conciliation des renseignements nécessaires à l'instruction ultérieure de l'affaire. Comment éviter qu'il ne les utilise ?

La difficulté est encore plus grande si la tentative de conciliation a lieu à un moment quelconque de l'instance. Le juge est toujours susceptible de se voir confier des faits allant finalement à l'encontre des intérêts de l'une des parties en cas d'échec de la conciliation. Par ailleurs, la logique conflictuelle mise en œuvre lors des débats contradictoires ne peut guère inciter les parties à modifier leurs dires ou à faire des confidences supplémentaires au moment d'une tentative de conciliation (164).

Il est vrai que les propos des parties, au moment de la tentative de conciliation, ne peuvent pas être retenus d'emblée comme un élément du débat (165). Singulièrement, les confidences de chacun ne doivent pas être considérées comme des aveux judiciaires si les faits reconnus sont susceptibles de desservir la personne qui les allègue. Si l'une des parties reconnaît devant le juge un événement qui lui est imputable, il ne le fait pas dans le cadre de l'instruction de l'affaire. La tentative de conciliation suppose une parenthèse dans l'instance en cours. Aucune règle de procédure civile ne vient au demeurant préciser le rôle respectif des parties et du magistrat lors d'une audience de conciliation. Cette liberté contraste avec les dispositions en vigueur lors des débats qui visent à informer le juge, non à promouvoir un arrangement.

Les parties ont non seulement la charge d'alléguer les faits propres à fonder leurs prétentions (art. 6 N.C.P.C.) mais elles ont encore la charge de les prouver (art. 9 N.C.P.C.). Le juge peut inviter les parties à fournir des explications de fait ou de droit qu'il estime nécessaire ou à préciser ce qui paraît obscur (art. 8 et art. 442 N.C.P.C.). Le magistrat a donc la possibilité d'interroger directement les parties. Plusieurs dispositions particulières favorisent leur audition informelle par le juge, y compris en dehors de l'audience (166).

Aucune de ces règles ne prédispose évidemment à la conciliation car chaque déclaration est susceptible de produire un

(160) Estoup P. : « La conciliation judiciaire : avantages, obstacles et perspectives » G.P. 1989 - p. 301.
(161) On reproche régulièrement aux procédures de conciliation, dès lors que l'échec des tentatives se répète trop souvent, de ralentir le cours de l'instance. De plus, les juges manqueraient de temps pour tenter effectivement de rapprocher les parties (Bolard G. : « De la déception à l'espoir : la conciliation » méf. P. Hébraud 1981 - p. 50, 52 ; Desdevises Y. : « Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile » D. 1981 chr. XXXIV - p. 246-).

(162) Richevaux M. : « De la justice à la gestion des stocks » D.O. août 1987 - p. 295- ; Caratini M. M. : « Les réponses de la justice à l'accroissement du contentieux » G.P. 1987 Doctr. - p. 36 ; Estoup P. : « Le projet de réforme de la procédure civile » G.P. 1989 - p. 176 et 179-.

(163) Une solution similaire existait pour les juges de paix. En cas de non conciliation, le procès-verbal ne devait relater aucune des déclarations ou des aveux des parties (Ségeral A. et Ab. : « Code pratique de la justice de paix » J.L.G.S. Paris 1930 - p. 310-).

(164) Le recul des procédures préalables de conciliation et l'instauration d'une possibilité de se concilier tout au long de l'instance ont d'ailleurs été perçus comme le signe du retrait de cette faculté (cf. Hébraud P. : « Commentaire de la loi du 9 février 1949 », D. 1949. 269 ; Desdevises Y. : « Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de conciliation est maintenue, son application est souvent d'ordre public (ainsi en matière prud'homale » Soc. 23.01.1959, J.C.P. 1959. II. 11505) alors que la tentative de conciliation à tout moment de l'instance n'est que facultative (Giudicelli-Delage G. : « Institutions judiciaires et juridictionnelles », PUF, Paris 1987, p. 57).

(165) Ainsi, un conseiller prud'homme ayant fait partie successivement du bureau de conciliation et du bureau de jugement pour une même affaire ne peut pas prendre en compte les faits divulgués lors de l'audience de conciliation, et non repris sur le procès-verbal (Soc., 26.06.1986, Bull. civ. V, n° 343).

(166) Le juge de la mise en l'état devant le tribunal de grande instance peut « même d'office, entendre les parties » (art. 767 N.C.P.C.). Le juge d'instance « peut inviter les parties à fournir les explications qu'il estime nécessaires » (art. 844 N.C.P.C.). Il en est pareillement du juge rapporteur du tribunal de commerce (art. 862 N.C.P.C.) et du conseiller-rapporteur du conseil de prud'hommes (art. R. 516-23 C.T.).

avantage ou au contraire d'être par la suite opposée à la partie qui l'a faite (167). De plus, si le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans les débats, « il peut prendre en considération même des faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions » (art. 7 N.C.P.C.) (168). Certaines informations se trouvent alors conservées indépendamment des questions que le juge aurait pu poser. Les éléments de faits collectés ainsi par le magistrat valent comme de simples renseignements ou des présomptions (169).

Dans un tel contexte, une conciliation ne peut être engagée que si la tentative se trouve donc précisément distinguée des débats. Cela va permettre de rétablir une relative confiance entre les parties et de marquer le moment où le juge prend exclusivement le rôle de conciliateur. Mais certaines difficultés demeurent. Le juge peut de fait avoir connaissance de renseignements allant à l'encontre des intérêts de l'une des parties. En cas d'échec de la séance de conciliation, il ne sera pas difficile à la partie adverse de convaincre le magistrat d'une mesure d'instruction qui fera apparaître ce que déjà tous savaient.

Le juge peut aussi de sa propre initiative orienter les débats afin de mettre officiellement à jour ce qui avait été pressenti lors de la tentative de conciliation. Ces pratiques sont en tout cas préférables à l'absence de toute prise en considération dans les débats des faits divulgués lors d'une audience de conciliation. Même si le juge ne peut alors retenir ces faits dans le jugement (art. 7 al. 1 N.C.P.C.), il peut être influencé par leur existence sans qu'un débat contradictoire ne s'engage à leur propos.

La possibilité pour le juge de prendre de nombreuses mesures d'instruction, y compris d'office, est susceptible d'accentuer l'antinomie existante entre le débat judiciaire et la recherche d'une solution amiable. Certaines mesures d'instruction permettent d'ailleurs d'entendre directement les parties. Quand un magistrat désire prendre une connaissance personnelle des

faits litigieux (art. 179 N.C.P.C.), il peut « à l'audience ou en tout autre lieu (...) entendre les parties elles-mêmes » (art. 181 N.C.P.C.) (170).

Si les parties ne sont pas présentes en personne à l'audience, le juge peut ordonner une comparution personnelle afin de les entendre (art. 184 et s. N.C.P.C.) (171). Dans ce cas, « le juge peut tirer toute conséquence de droit des déclarations des parties, de l'absence ou du refus de répondre à l'une d'elles et en faire état comme équivalant à un commencement de preuve par écrit » (art. 198 N.C.P.C.). Les propos des parties, ou leur refus de parler, peuvent donc être considérés comme une présomption, un commencement de preuve par écrit sinon un aveu judiciaire (172).

Mais la contradiction entre les pouvoirs juridictionnels du juge et sa mission de conciliation dans le cadre de l'instance prend un caractère particulièrement marqué quand le magistrat décide d'une mesure d'instruction alors même qu'il pourrait officier comme un conciliateur. Les pouvoirs inquisitoriaux du juge semblent par conséquent reléguer les tentatives de conciliation à une simple opportunité qu'il est bon de savoir saisir quand les circonstances s'y prêtent.

Ce déclin est d'autant plus marquant que le juge a aujourd'hui la possibilité de prendre d'office une mesure d'instruction à l'issue de l'échec d'une tentative préalable de conciliation (173). La possibilité d'instruire l'affaire dès ce moment de la procédure est certes un effet de ce déclin (174) mais il en est aussi une cause : Les parties vont-elles se confier librement si elles savent que le juge peut prendre ultérieurement une mesure provisoire sous l'influence de leurs révélations ? Seule une mesure d'instruction décidée avec l'accord des deux parties serait en fait susceptible de favoriser ultérieurement un accord.

Seul le juge d'instance saisi d'une demande aux fins d'une tentative préalable de conciliation semble éviter le concours de cette mission avec les pouvoirs juridictionnels qu'il détient. En effet, dans ce cas, la tentative de conciliation a lieu

hors instance : c'est seulement en cas d'échec qu'une assignation devant le tribunal peut avoir lieu (art. 829 N.C.P.C.), les parties pouvant être aussi jugées immédiatement après la tentative selon les modalités de la présentation volontaire (art. 834 N.C.P.C.).

La confidentialité du règlement amiable des litiges reste donc toute relative. Elle est de plus en pratique très variable car elle dépend d'abord de l'attitude des parties. En premier lieu, les litigants doivent l'organiser en choisissant la procédure de règlement et la forme conventionnelle qui leur paraissent les plus adéquates. De ce point de vue, une transaction directe entre les parties, sans la présence d'un intermédiaire reste la solution la plus discrète.

Mais si la présence d'un tiers semble nécessaire pour la recherche d'une solution ou afin de simplement la constater, la sentence arbitrale ou l'accord conclu ne reste en général confidentiel que si les parties savent respecter les règles d'ordre public et appliquer spontanément la solution retenue. Effectivement, l'absence d'un contentieux devant les juridictions de l'Etat préserve la sentence ou la transaction du contrôle du magistrat et du regard du public.

Mais cette confidentialité n'est alors que relative. A chaque fois, les magistrats peuvent avoir un droit de regard sur les faits et les parties elles-mêmes sont en droit de rompre le silence. Il n'y a pas à proprement parlé de secret. Il est pourtant vrai que l'on parle souvent du « secret » de la vie privée ou d'un contentieux « secret » simplement parce qu'il n'y a pas de débats publics. On introduit alors une polysémie source d'ambiguïtés.

Car il n'y a un secret opposable à tous, y compris parfois au magistrat qui cherche à le connaître, que là où il sert l'intérêt général. Dans ce cas, le secret est accessoirement un droit et avant tout une obligation : son détenteur n'a pas la liberté de le révéler. Seules certaines catégories de secrets entrent dans cette définition. Le secret professionnel en est l'exemple. Il permet de proté-

(167) Cf. Le Gall E. : « Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés » thèse, Paris 1967).

(168) Quand la procédure est orale, le nouveau Code de procédure civile indique que les prétentions des parties ou la référence qu'elles font aux prétentions qu'elles auraient formulées par écrit sont notées au dossier ou consignées dans un procès-verbal par le greffier (art. 727 N.C.P.C.). Ces dispositions sont reprises pour différentes juridictions d'exception : art. 843 N.C.P.C. (tribunal d'instance), art. 871 N.C.P.C. (tribunal de commerce), R. 516-7 C.T. (Conseil de prudhommes).

(169) Cf. Solus H., Perrot R. : « Droit judiciaire privé », t. 3, éd. Sirey, Paris 1991, p. 679 et 701.

(170) Il va être dressé un procès-verbal de leurs déclarations (art. 182 N.C.P.C.)

(171) La comparution personnelle des parties s'organise autour d'un interrogatoire par le juge (art. 189 N.C.P.C.) auquel les parties ne peuvent répondre par la lecture d'un « projet » (art. 191 N.C.P.C.), puis d'une suite de questions posées par le magistrat à l'initiative de chacun des adversaires (art. 193 N.C.P.C.). Les propos sont de nouveau consignés dans un procès-verbal. Puis, il est fait lecture de ce procès-verbal aux parties qui doivent le certifier conforme à leurs déclarations (art. 194 N.C.P.C.).

ger certaines activités dans l'intérêt de tous. Le secret de l'instruction et du délibéré visent essentiellement à protéger la fonction juridictionnelle. Si le secret naît d'une activité juridictionnelle ou conciliatrice, il ne concerne en général que le juge ou le conciliateur, non les parties. Mais le secret se double évidemment d'une procédure non publique, à défaut de quoi il n'aurait plus aucune signification.

Stéphane CARRE

Docteur en droit
ATER Université de Rennes 2

(172) Le juge peut considérer que le refus du salarié de répondre ou son absence alors qu'il y a une mesure de comparation personnelle équivaut à un aven (Soc., 14.05.1987, Bull. civ. V, n° 328, p. 209).

(173) Cela est vrai en particulier des conseils de prud'hommes mais encore, à notre sens, à l'issue des préliminaires de conciliation existant devant le tribunal paritaire des baux ruraux, le tribunal des affaires de sécurité sociale, le tribunal d'instance (dans le cas d'une assignation à toutes fins).

Parfois, la mise en l'état de l'affaire prend une telle importance devant cette formation que la mission de conciliation paraît être placée au second rang des préoccupations des juges. C'est en particulier le cas en matière de licenciement économique devant les conseils de prud'hommes (cf. le décret n° 87-452 du 29.06.1987, art. R. 516-45 à R. 516-48 C.T.).

(174) Concernant la juridiction prud'homale : Desdevises Y. : « Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile », D. 1981, chr. XXXIV, p. 245 ; Supiot A. : « Les juridictions du travail », Traité de droit du travail, t. 9, éd. Dalloz, Paris 1987, p. 529.

REVUE DES REVUES

Jean-Paul COSTA

« Le Conseil constitutionnel et l'aide des collectivités territoriales aux investisseurs des établissements d'enseignement privés », AJDA n° 2, 20 février 1994.

Michel VASSEUR

« Crédit documentaire transférable. Rôle de la banque intermédiaire notificatrice », Recueil Dalloz Sirey n° 3, 20 janvier 1994.

Hubert GENCE

« Protection de l'environnement : de la contrainte au contrat » (Interview du président du Conseil supérieur du notariat), Les Petites Affiches n° 31, 14 mars 1994.

Christophe JAMIN

« La cession judiciaire des contrats de franchise n'est pas autorisée » (C.A. Paris, 15 déc. 1992), La Sem. Jurid. (éd. G) n° 5, 2 février 1994.

G. TIXIER

« L'évolution de la jurisprudence au regard de l'article 238 A du C.G.I. », Droit fiscal n° 12, 23 mars 1994.

David KESSLER

« La qualité pour agir au nom des groupements » (C.E., 7 avr. 1993), Droit administratif (éd. Techniques) n° 1, janvier 1994.

P.M.E.

« L'acheteur d'actions d'une valeur est tenu d'en payer le prix, même si ces actions ont perdu toute valeur, à condition que cette perte ne puisse être imputée à la faute de ce vendeur » (Cass. com., 23 nov. 1993), Le Quotidien Juridique n° 22, 17 mars 1994.

Louis MARTIN

« Les limites de l'exonération des immeubles neufs d'habitation en matière de droits de succession », J.C.P. n° 6, 11 février 1994.

Eric DESMORIEUX

« L'impôt sur le revenu est-il applicable dans toute la France ? », Les Petites Affiches n° 32, 16 mars 1994.

Michel VION

« Eléments de choix, pour un commerçant locataire, entre l'extension de son activité commerciale et la vente de son fonds de commerce », Répertoire du notariat Defrénois n° 4, 28 février 1994.

Jean-Claude et Jean-Louis FOURGOUX

« La concurrence des compétences en matière de droit de la

concurrence interne et communautaire », La Sem. Jurid. (entreprise) n° 4, 27 janvier 1994.

Pierre BERGER

« La donation indirecte de valeurs mobilières », Droit de patrimoine n° 14, mars 1994.

Philippe COURSIER

« L'obligation de rapatriement et de reclassement du salarié mis à la disposition d'une filiale à l'étranger », Droit social n° 11, janvier 1994.

Bernard BEIGNIER

« Le fondement juridique du contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire » (Cass. civ., 26 mai 1993), Les Petites Affiches n° 29, 9 mars 1994.

Ronny ABRAHAM

« L'opposition à l'acquisition de la nationalité française à raison du mariage », AJDA n° 2, 26 fév. 1994.

Yves GUYON

« L'ancien salarié d'une société mère devenu administrateur d'une filiale ne peut conclure un nouveau contrat de travail avec celle-ci » (Cass. soc., 6 oct. 1993), La Sem. Jurid. (entreprise) n° 4, 27 janvier 1994.

Daniel MAYER

« La responsabilité pénale du fonctionnaire qui suit les indications d'une circulaire ministérielle illégale », Recueil Dalloz Sirey n° 10, 10 mars 1994.

Philippe BENOIT-CATTIN

« Division de terrain et lotissement (à propos de l'article R. 315-1 du Code de l'urbanisme) », J.C.P. n° 5, 4 février 1994.

Georges JENSELME

« Le commissaire-priseur, l'administrateur judiciaire... et la contrefaçon de logiciels », Les Petites Affiches n° 30, 11 mars 1994.

Pierre SIMON

« Une approche pragmatique : les paiements transfrontières, en réponse à la position de la Commission européenne, et le projet T.B.F. », Banque n° 546, mars 1994.

B.V.

« L'action paulienne en droit fiscal » (Cass. com., 1^{er} mars 1994), Le Quotidien Juridique n° 23, 22 mars 1994.

Gilles FOREY

« Approche méthodologique du diagnostic financier concurrentiel dans les P.M.E. », L'Actualité fiduciaire n° 772, mars 1994.