

REMERCIEMENTS	3
INTRODUCTION	4
PREMIERE PARTIE.....	8
LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES CONFLITS	8
1 LES DIFFERENTS MODES ALTERNATIFS	8
1.1 La conciliation.....	8
1.1.1 La conciliation imposée aux parties	9
1.1.1.1 Par la loi.....	9
1.1.1.2 Par le contrat.....	9
1.1.2 La conciliation choisie par les parties.....	10
1.1.2.1 De leur propre initiative	10
1.1.2.2 A l'initiative du juge	11
1.1.3 Le juge conciliateur	11
1.1.4 Le juge conciliateur et médiateur	13
1.2 La conciliation de justice.....	13
1.3 La médiation.....	14
1.3.1 La médiation judiciaire.....	15
1.3.1.1 Cadre légal	15
1.3.1.2 Le droit communautaire.....	16
1.3.1.3 La médiation dans les pays de l'Union européenne autres que la France	17
1.3.1.4 Le droit national	17
1.3.1.5 Le médiateur	18
1.3.1.5.1 Conditions d'exercice	18
1.3.1.5.2 Compétence, déontologie, méthodologie	19
1.4 Conciliation - médiation - force exécutoire - extinction de l'instance - reprise de l'instance.....	19
1.4.1 Force exécutoire.....	20
1.4.2 Extinction de l'instance	20
1.4.3 Reprise de l'instance.....	21
1.5 L'amiable composition	21
1.6 L'expertise et l'arbitrage tiennent une place singulière parmi les modes alternatifs de règlement des conflits et s'interroger sur le point de savoir s'ils en font partie n'est pas une vaine question.	22
1.6.1 L'expertise	22
1.6.2 L'arbitrage.....	24
1.7 Le droit des contrats	26
2 LES MOMENTS PROPICES A LA CONCILIATION – L'INITIATIVE DU JUGE	26
2.1 Les pouvoirs juridictionnels du président et de ses délégués.....	26
2.1.1 La procédure de référé	27
2.1.2 La requête.....	27
2.2 La mise en état.....	29
2.3 L'audience du juge rapporteur.....	29
3 LE ROLE DE L'AVOCAT	30
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	31
DEUXIEME PARTIE	32
LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES CONFLITS ET L'ECONOMIE.....	32
1 LES ENTREPRISES EN DIFFICULTE	32
1.1 La détection	33
1.2 Les procédures conventionnelles	34
1.2.1 Le mandat ad hoc.....	34
1.2.1.1 Simplicité	35
1.2.1.2 Souplesse	35
1.2.1.3 Confidentialité	35
1.2.2 La conciliation.....	35
1.3 La sauvegarde.....	40
1.4 La médiation du crédit.....	42
2 LE DROIT DE LA CONCURRENCE.....	43
2.1. Le droit national	46
2.1.1. La procédure de non contestation des griefs.	46

2.1.2.	<i>La procédure de clémence</i>	47
2.1.3.	<i>La procédure d'engagement</i>	48
2.2.	<i>Le droit communautaire</i>	50
2.2.1.	<i>Les décisions d'engagement</i>	50
2.2.2.	<i>La politique de clémence</i>	51
2.2.3.	<i>La politique de transaction</i>	52
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE		54
CONCLUSION GENERALE		56
BIBLIOGRAPHIE		59
ANNEXE		61

Remerciements

Nous remercions les rapporteurs régionaux pour leur contribution et les échanges que nous avons pu avoir avec eux.

Nos remerciements vont ainsi à,

Monsieur Thierry de LAFORCADE, rapporteur de la 1^{ère} région

Monsieur Jean-François BLANC, rapporteur de la 2^{ème} région

Monsieur Jean-Claude LEMALLE, rapporteur de la 3^{ème} région

Monsieur Dominique DURAND, rapporteur de la 4^{ème} région

Monsieur Richard RENAUDIN, rapporteur des 5^{ème}, 6^{ème} et 15^{ème} régions

Monsieur Guy MEUNIER, rapporteur de la 7^{ème} région

Monsieur Eric FELDMAN, rapporteur de la 8^{ème} région

Monsieur Philippe BEZIAUD, intervenant

Monsieur Alain TAQUET, rapporteur de la 11^{ème} région

Monsieur Philippe PARIS, rapporteur de la 12^{ème} région

Monsieur Michel KUPERMAN, rapporteur de la 13^{ème} région

Nos remerciements s'adressent également à Madame Edith DEBOUDE président de chambre honoraire du tribunal de commerce de Nanterre et Monsieur Yves LELIEVRE vice-président de ce tribunal pour leurs relecture et leurs précieuses observations.

Introduction

Dans l'un des quatorze dialogues, l'écrivain grec Plutarque¹ combattait déjà "cette prétention à tout vouloir arbitrer dans les conflits entre les hommes par des règles publiques, lesquelles sont incapables par nature d'embrasser la diversité de la vie et de pourvoir par avance à ses dérèglements"² ; le besoin d'une justice qui "tranche, mais qui, dans la limite de la coopération des parties, cicatrise au lieu de mutiler"³ s'est depuis fort longtemps fait sentir.

Sous la Révolution française, la loi des 16 - 24 août 1790 avait fait sienne "l'idée très sage qu'il vaut mieux s'entendre que plaider"⁴.

Consacrée par l'ancien code de procédure civile, la conciliation rencontra cependant peu de succès sauf auprès des juges de paix qui pratiquèrent ce qu'il était convenu d'appeler la "petite conciliation". Cette expérience réussie amena le législateur à instaurer la tentative de conciliation préalable avec la loi du 25 mai 1838 puis du 2 mai 1855. Ce fut un échec et la loi du 9 février 1949 supprima cette tentative préalable de conciliation sauf devant les justices de paix, les tribunaux paritaires des baux ruraux et les conseils de Prud'hommes.

La suppression en 1959 des justices de paix et leur remplacement par les tribunaux d'instance qui ne suivirent pas l'exemple des juges de paix mit fin à la "petite conciliation".

C'est avec le nouveau Code de Procédure Civile issu du décret du 5 décembre 1975 qu'une large part était consacrée à la conciliation.

L'article 21 de ce code dispose en effet qu'"il entre dans la mission du juge de concilier les parties" et plusieurs dispositions viennent compléter ce principe. Il en est ainsi des articles 127 à 131 composant le titre VI intitulé conciliation du livre I du code. De même la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative et le décret du 22 juillet 1996 codifié sous les articles 131-1 à 131-15 du titre VI bis du livre I sont consacrés à la médiation.

La volonté du législateur de favoriser la conciliation est clairement affirmée et le courant actuel concrétisé par les rapports Coulon, Magendie et Guinchard soulignent encore les avantages de la conciliation pour l'Autorité judiciaire et les justiciables.

¹ Cité dans le rapport Coulon

La documentation française : Réflexion et propositions sur la procédure civile : rapport au ministre de la justice : Jean-Marie Coulon ; Marie-Noëlle Teiller ; Emmanuelle Serraud

² Sur les délais de la justice divine : Trad-Amyot (1572) Ed Babel 1995 introd par JF. Gautier p. 21

³ J. Cl. Fourgoux Gaz. Pal. 17 octobre 1989 jurisprudence P. 791

⁴ P. Estoup "la conciliation judiciaire, avantages, obstacles et perspectives" Gaz. Pal. 23 et 24 juin 1989

Une solution non imposée sera mieux acceptée par les plaideurs et sa bonne exécution plus assurée ; il est toujours souhaitable de conjuguer le droit et l'équité, le procès peut ne pas le permettre et à cet égard la conciliation offre des possibilités que la stricte application du droit interdit.

Mais plus encore, le juge qui tente de concilier les parties affirme son rôle dans la cité. Comme cela a été dit "le juge conciliateur n'est pas le magistrat soucieux d'appliquer la seule règle de droit, mais le magistrat devant lequel se noue un dialogue, l'arbitre attentif à un examen concret du litige dont il est saisi"¹.

C'est là sans doute un apport majeur de la recherche de conciliation menée sous l'autorité du juge. A une époque où la justice est souvent incomprise et mise en cause, l'image du juge conciliateur sera perçue différemment par l'opinion.

On doit observer que les conditions sont réunies pour promouvoir la conciliation. Dans le passé, négocier était synonyme de capituler, il n'en est plus de même aujourd'hui, le mot a une connotation positive ; c'est une qualité première pour un chef d'entreprise, pour un manager, que de savoir négocier, d'en avoir la capacité et la volonté. Avec tous les partenaires de l'entreprise, la négociation trouve sa place. Cela se vérifie lorsque l'on constate que les juristes d'entreprise prévoient maintenant dans les contrats une stipulation faisant obligation aux parties en cas de conflit de se rencontrer avant toute action judiciaire pour tenter de résoudre la difficulté. L'anticipation, bien souvent, permet d'éviter le conflit et nous savons que dans bien des domaines qui vont au-delà de la sphère juridique, la culture de l'anticipation a acquis ses lettres de noblesse.

Répondre au besoin de justice qui est partout est une œuvre passionnante pour le juge, c'est aussi une responsabilité redoutable que de la satisfaire. En a-t-il les moyens sachant que le besoin de justice est partout alors qu'il ne peut être partout et peut être même qu'il ne doit pas être partout.

Aussi, "avant la décision du juge, la présence du juge suffit parfois, c'est même l'ombre du juge qui permet de prévenir les litiges et faciliter le règlement des litiges. Le juge peut se retirer ; il suffit qu'il puisse reprendre la main en cas d'échec"².

Sous l'autorité du juge ou seulement son ombre, une justice apaisée naîtra.

¹ P. Estoup op cit.

² 3^{ème} colloque Droit et Commerce - "Où sont passés les contentieux" propos conclusifs, D. Tricot - Gaz. Pal. 27/28 juin 2007 - page 123

Dans tous les domaines de la justice, la conciliation a sa place ; et "la conciliation fait office de symbole en raison de son ancienneté, mais aussi de son universalité. Dans un sens générique, elle englobe, à elle seule, tous les autres modes de règlement amiable de conflit et en particulier, la médiation"¹.

La même observation est faite par le groupe de travail "Magendie" qui écrit sous la rubrique "la médiation, pièce d'un ensemble plus vaste" qu'"il convient d'observer tout d'abord que la médiation judiciaire n'est qu'un élément d'un dispositif plus vaste, celui des modes amiables de règlement des conflits, qui s'étend également -outre à la médiation conventionnelle- à la conciliation judiciaire (celle menée par le juge lui-même) à la conciliation de justice (établie par le décret du 20 mars 1978) ou encore aux divers préalables de conciliation posés par les textes (en matière sociale, de baux, etc...)"²

Cette conception de la conciliation placée sous l'autorité du juge, mode alternatif de règlement des conflits par excellence qui recouvre l'ensemble des autres modes nous donnera le fil conducteur de notre rapport.

Dans une première partie, la conciliation imposée par la loi ou choisie par les parties, menée avec ou sans l'intervention d'un tiers permettra d'examiner le rôle du juge et ceux du médiateur, des parties, des conseils. La conciliation judiciaire, la conciliation de justice, la médiation judiciaire seront tour à tour abordées.

Des modes de règlement des conflits relèvent par ailleurs du droit des contrats.

Les parties ont naturellement toujours la possibilité de tenter de se concilier par elles-mêmes. Elles peuvent rechercher un accord entre elles de leur propre volonté et entrer dans un processus de conciliation conventionnelle ou de médiation conventionnelle, elles pourront aussi mettre fin au litige qui les oppose par une transaction dans les termes de l'article 2044 du code civil qui nécessitent des concessions réciproques.

Ces différents cas de figure, dans la mesure où ils interviennent en dehors de l'initiative du juge, relèvent du droit des contrats et ne feront donc pas l'objet de plus amples développements.

L'expertise et l'arbitrage seront également évoqués si même la question de savoir s'ils doivent figurer parmi les modes alternatifs de règlement des conflits doit être posée.

¹ Médiation et conciliation par Méлина Douchy-Oudot et Julie Joly-Hurard, sept 2006, Rep pr civ Dalloz - p. 2 § 3

² Groupe de travail "Magendie" : médiation, chapitre 4 - pages 72 et suivantes, perspectives et propositions par Jean-Pierre Ancel, Charles Jarrosson, Jacques Pellerin, Marie-Pierre Certin, Sonia Cohen-Lang

La seconde partie sera consacrée à la relation qui existe entre les modes alternatifs de règlement des conflits et l'économie et plus précisément dans deux domaines particulièrement importants et actuels pour lesquels ils trouvent application : ceux des entreprises en difficulté et de la concurrence.

Les procédures conventionnelles issues des initiatives prétorienne et de la loi de sauvegarde feront l'objet d'un premier chapitre et les modes alternatifs de règlement des conflits relatifs au droit de la concurrence national et communautaire d'un second.

Des principes directeurs et recommandations à l'usage du juge du commerce, juge de l'économie seront dégagés en conclusion.

Première partie

Les modes alternatifs de règlement des conflits

La conciliation, la conciliation de justice, la médiation, l'amicable composition, l'expertise et l'arbitrage retiendront successivement notre attention (1). Un développement sera consacré à la force exécutoire conférée aux accords résultant de la conciliation ou de la médiation ainsi qu'à l'extinction et à la reprise de l'instance (1.4). Seront ensuite examinés, les moments propices à la conciliation (2) et le rôle de l'avocat (3).

1 Les différents modes alternatifs

1.1 La conciliation

La conciliation du latin "conciliare", mettre d'accord, se définit par l'action qui y tend et son résultat.

La conciliation qui nous intéresse ici est celle qui est intégrée à une instance judiciaire qui, par conséquent, interrompt la prescription et que l'on peut appeler conciliation judiciaire, mais il n'est pas inutile cependant de rappeler que de nombreuses structures existent dont la vocation est précisément d'éviter que les conflits soient portés au plan judiciaire. Ce sont autant de "circuits de dérivation du contentieux"¹ destinés à favoriser un règlement non judiciaire des conflits. Les commissions nationales et régionales de conciliation en matière de conflits collectifs du travail issues de la loi du 13 novembre 1982 mais dont l'origine remonte à un décret du 5 mai 1955 en sont un grand exemple. Les comités consultatifs de règlement amiable des différends en matière de marchés publics créés par un décret du 18 mars 1981 ou encore les commissions de surendettement des particuliers créées par une loi du 31 décembre 1989 modifiée le 8 février 1995 peuvent également être citées. Leur vocation est d'éviter le conflit judiciaire dans toute la mesure du possible.

Dans un cadre judiciaire, le juge, sur le fondement de l'article 21 du code de procédure civile² complété par les articles 127 à 131 remplira sa mission en conciliant les parties. La conciliation leur sera parfois imposée mais elle pourra aussi être choisie par elles.

¹ B. Oppetit. Arbitrage, médiation et conciliation - Rev arb 1984 spéc - p. 322 n° 12

² Article 21 du CPC : "il entre dans la mission du juge de concilier les parties".

1.1.1 La conciliation imposée aux parties

1.1.1.1 Par la loi

Le cas de figure ne concerne pas la juridiction consulaire. La procédure préalable de conciliation obligatoire -passage obligé- se rencontre devant le tribunal d'instance, le tribunal paritaire des baux ruraux et le conseil des Prud'hommes.

1.1.1.2 Par le contrat

De plus en plus fréquemment les parties à un contrat y stipulent qu'en cas de conflit et avant toute action judiciaire, elles auront l'obligation de se rencontrer afin de tenter de résoudre la difficulté qui les oppose. La question s'est posée de savoir si cette tentative de conciliation ainsi convenue avait un caractère obligatoire et si le juge saisi sans qu'elle ait été respectée avait le pouvoir de statuer. S'agissait-il d'une fin de non recevoir ainsi qu'en disposent les articles 122¹ et 124² du code de procédure civile ?

Par un arrêt de la chambre mixte³ la Cour de Cassation a répondu par l'affirmative. Elle a jugé "qu'il résulte des articles 122 et 124 du code de procédure civile que les fins de non recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; que licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent ; qu'ayant retenu que l'acte de cession prévoyait le recours à une procédure de conciliation préalable à toute instance judiciaire pour les contestations relatives à l'exécution de la convention, la Cour d'appel en a exactement déduit l'irrecevabilité du cédant à agir sur le fondement du contrat avant que la procédure de conciliation ait été mise en œuvre". Cette solution a ensuite été reprise par la chambre commerciale⁴. Et de même, tout récemment, la Cour de Cassation, dans un arrêt publié au bulletin⁵ a dit qu'une partie à un contrat ne pouvait, par avance, refuser une procédure de médiation prévue au contrat et n'ayant prévu la saisine du tribunal qu'en cas d'échec ou de refus de la médiation ; ainsi la procédure de médiation devait être mise en œuvre avant la saisine du tribunal, fut-elle vouée à l'échec, c'était un passage obligé, et la partie qui ne le respectait pas s'exposait, comme ce fut le cas, à voir sa demande déclarée irrecevable.

¹ Article 122 : "Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée".

² Article 124 : Les fins de non recevoir doivent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief et alors même que l'irrecevabilité ne résulterait d'aucune disposition expresse.

³ Cass ch mixte 14 février 2003

⁴ Com. 17 juin 2003

⁵ Cass ch civ 1 - 8 avril 2009 n° 08-10-866

Ces arrêts permettent d'affirmer que les modes alternatifs de règlement des conflits ont les faveurs de la jurisprudence.

Cependant en cas d'urgence, l'existence d'un préliminaire obligatoire de conciliation n'exclut pas que la partie intéressée puisse saisir le juge des référés d'une demande tendant au prononcé d'une mesure relevant de ses attributions¹.

1.1.2 La conciliation choisie par les parties

1.1.2.1 De leur propre initiative

Le tribunal est saisi du litige mais lors de la procédure de mise en état, des délais lui sont demandés par les parties au motif que des discussions sont en cours en vue d'un arrangement. Le rôle du juge sera de faciliter cette recherche de conciliation, d'accorder des délais raisonnables permettant à la négociation d'aboutir.

Un retrait du rôle peut également intervenir si l'accord est trouvé, les parties pouvant se concilier d'elles mêmes tout au long de l'instance ainsi qu'en dispose l'article 127 du CPC. Un retrait du rôle pourrait également être sollicité si le temps de la négociation le rendait nécessaire.

Devant le tribunal de commerce, la conciliation des parties pourra être constatée par le juge rapporteur - l'article 863 dispose en effet que "le juge rapporteur constate la conciliation, même partielle, des parties" et il a été jugé qu'en cas de refus de l'une des parties de signer le procès-verbal, la constatation faite par le juge de la conciliation n'en est pas moins valable ; le procès-verbal signé par le juge et les parties n'a pour effet que de permettre la délivrance d'un titre exécutoire². Cette décision peut être approuvée car si elle s'écarte de la lettre de loi -art 130 et 131 du CPC- qui exige que le procès-verbal constatant l'accord soit signé par le juge et les parties pour devenir un titre exécutoire, elle en respecte l'esprit. La partie à un accord qui ne l'exécute pas et refuse que la force exécutoire lui soit conférée n'exprime-t-elle pas ainsi sa mauvaise foi. Les accords sont conclus pour être exécutés, de force si nécessaire.

¹ Paris 23 mai 2001 :Rev. Arb. 2003. 403 note Jarrosson.

² T.com. Châlons-sur-Marne, 1^{er} juin 1978 : Gaz. Pal. 1978. 2. 555, note Dedieux ; RTD civ. 1979. 198, obs. Perrot

On peut toutefois rencontrer des situations où le refus de signer le protocole constatant l'accord pour éviter que la force exécutoire lui soit attribuée est justifié. Tel serait le cas d'un accord entaché de dol ou de violence, ou comportant une erreur sur l'objet de la contestation ; la partie à l'accord, victime, serait certainement en droit d'en demander la nullité et donc d'éviter qu'il bénéficie de la force exécutoire pouvant lui causer un dommage irréversible. Ce serait au juge d'apprécier la situation et la motivation du refus de signature du procès-verbal.

1.1.2.2 A l'initiative du juge

C'est le moment privilégié que le juge devra saisir avec le discernement et la dimension psychologique qui l'accompagnent nécessairement. Dans un certain nombre de cas les parties ne sont pas véritablement opposées à rechercher un accord mais aucune d'elle ne fera le premier pas, c'est au juge de susciter l'ouverture du dialogue.

Dans d'autres circonstances l'opposition entre les parties est tranchée, les chances d'un rapprochement des positions sont faibles mais néanmoins le juge mesure les conséquences d'une décision qui risque de ne pas tenir compte d'un long passé contractuel satisfaisant et de compromettre pour l'avenir des relations qui seraient bénéfiques aux différents protagonistes ; un appel à la raison de sa part faisant ressortir qu'il y a peut être mieux à faire que de camper sur des positions incertaines et de faire trancher sans autre un litige qui mériterait au moins une tentative d'apaisement s'inscrit dans sa mission de conciliateur.

Dans les deux cas le juge usera de son autorité, de son influence pour inciter dans la limite qui convient les parties à se rapprocher, il leur témoignera l'intérêt qu'il porte à l'affaire qui lui est soumise et son souci de les aider à trouver la voie mettant un terme au conflit dans le respect des intérêts légitimes de chacune. A cette fin différents chemins peuvent être empruntés, celui du juge conciliateur, du juge médiateur, du juge faisant appel à un tiers.

1.1.3 Le juge conciliateur

Le juge conciliateur met en œuvre l'exhortation du législateur reprise à l'article 21 du code de procédure civile.

Il lui appartient de prendre les initiatives qu'il jugera utiles à l'accomplissement de cette mission.

Savoir discerner si les conditions permettant de tenter une conciliation sont réunies est la première étape de la démarche.

Proposer la conciliation aux parties et les y inciter suppose ensuite de la part du juge qu'il fasse comprendre aux justiciables leur intérêt de s'engager dans la voie de la recherche d'un accord, qu'il sache leur faire partager sa volonté d'aboutir.

Ayant obtenu l'accord des parties avec sa proposition, le juge met son autorité morale au service de la conciliation, donne du temps, fixe des audiences d'étape si nécessaire à l'occasion desquelles sa capacité d'écoute et le soutien qu'il apporte aux parties en recherche d'un rapprochement sont déterminants.

Certaines mesures peuvent être décidées par ses soins à la demande des parties afin de faciliter la négociation qu'elles mènent entre elles.

La relation d'une expérience vécue illustre l'intérêt de la conciliation menée par le juge : Une conciliation ouverte en 2008¹ par le tribunal de commerce de Nanterre a ainsi permis de trouver un accord entre les dirigeants du groupe informatique Atos Origin et ses deux actionnaires hedge funds Pardus et Centaurus qui avec 23 % du capital détenus de concert désiraient être représentés au conseil de surveillance. Saisi d'une requête afin que soit organisée une assemblée générale dont l'ordre du jour était la révocation de l'ensemble du conseil de surveillance et pouvant donc être qualifiée de brutale, une conciliation a été ouverte dans le but de permettre aux parties de se rencontrer sur un terrain neutre. Le dialogue a repris, la situation n'a pas pour autant été débloquée mais un pacte de non-agression a pu être signé.

Il fallait ensuite s'assurer que les parties ne perturberaient pas l'assemblée, que l'exercice des votes interviendrait régulièrement sans que le bureau de l'assemblée ne prive certains actionnaires de leur droit de vote et reste dans son rôle de contrôleur du bon déroulement de l'assemblée.

A cet effet un protocole d'accord homologué par le juge a prévu la désignation de deux huissiers, l'un ayant une mission classique de constat du bon déroulement de l'assemblée, l'autre ayant une mission plus originale consistant à contrôler les votes par correspondance, et à transmettre les résultats de ces votes auxquels la société a normalement seule accès aux fonds Pardus et Centaurus.

Après un rebondissement qui entraînait le report de l'assemblée, celle-ci s'est tenue le 12 juin. Elle validait l'accord homologué par le président du tribunal instituant une nouvelle gouvernance, les fonds ayant obtenu la représentation qu'ils souhaitaient. Une des plus importantes batailles actionnariales de l'année s'est ainsi terminée par un accord.

¹ Atos Origin : un accord sous protection... judiciaire Option Finance n° 988 - Lundi 7 juillet 2008

Cette conciliation a duré plusieurs mois, de nombreuses réunions se sont tenues sous la présidence du président du tribunal soit avec les conseils seuls soit avec les conseils et les parties elles-mêmes, le juge conciliateur dans la position qu'il avait adopté aurait pu reprendre l'instance dont il n'était pas dessaisi en cas d'échec de la conciliation puisqu'il était resté dans un rôle d'arbitre intervenant toujours dans le respect du principe contradictoire. Tel n'aurait pu être le cas si le juge conciliateur s'était transformé en médiateur.

1.1.4 Le juge conciliateur et médiateur

Le juge a la possibilité de s'impliquer directement dans la recherche d'un accord et, à cet effet, de mener lui-même une médiation dans le cadre de la mission qu'il tient de l'article 21 du code de procédure civile, dans la pratique ce ne peut être qu'une hypothèse rare sinon exceptionnelle en raison du temps qu'il est nécessaire de consacrer à une médiation ; mais surtout en devenant médiateur le juge, en cas d'échec, serait nécessairement dessaisi de l'affaire qui lui était soumise, la mission de médiation et l'exigence de confidentialité qui s'y attache aussi bien que les conditions de son exercice étant incompatible avec celui d'un pouvoir juridictionnel.

La médiation au service de la conciliation s'effectuera par l'intermédiaire d'un tiers.

1.2 La conciliation de justice

Dans le cadre des dispositions particulières au tribunal d'instance et à la juridiction de proximité, la tentative préalable de conciliation fait l'objet des dispositions reprises aux articles 830 et suivants du code de procédure civile.

La procédure sur assignation à toutes fins (art 836 et suivants), la requête conjointe et la présentation volontaire des parties (art 845 et suivants) et la déclaration au greffe (art 847-1 et suivants) donnent également au juge du tribunal d'instance la mission de concilier les parties soit lui-même soit en faisant appel à un conciliateur de justice dont le statut est fixé par le décret n° 78-381 du 20 mars 1978¹.

¹ L'article 1^{er} de ce décret dispose qu'"il est institué des conciliateurs de justice qui ont pour mission de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition".

La conciliation de justice ne concerne donc pas les tribunaux de commerce. Mais un projet de décret réformant la procédure orale et la conciliation en matière civile, commerciale et sociale prévoit de rendre possible la conciliation de justice devant les tribunaux de commerce.

L'article 860-2 nouveau du code de procédure civile figurant dans le titre III relatif aux dispositions particulières au tribunal de commerce serait en effet rédigé comme il suit : "si une conciliation entre les parties apparaît envisageable, la formation de jugement peut, avec l'accord des parties, désigner un conciliateur de justice à cette fin. Cette désignation peut revêtir la forme d'une simple mention au dossier".

Si ce projet voit le jour, il restera à préciser les modalités selon lesquelles la conciliation sera déléguée à un conciliateur de justice par le tribunal de commerce et sera mise en œuvre.

On peut penser que les dispositions générales du titre I du projet de décret et les dispositions relatives à la conciliation du chapitre I définissant le rôle du conciliateur trouveront application. Les dispositions du décret n°78 381 du 20 mars 1978 pourraient également s'appliquer sous réserve d'être adaptées car elles visent pour l'instant le seul tribunal d'instance comme juridiction de référence ainsi que l'indiquent les articles 4 et 9 bis du texte. Enfin, la coexistence de la médiation rémunérée et de la conciliation bénévole méritera attention. Une ligne de conduite devra être définie pour effectuer le choix entre les deux procédures.¹

1.3 La médiation

Plusieurs définitions ont été proposées, nous retiendrons trois d'entre elles.

Celle du GEMME (Groupement européen des magistrats pour la médiation), créé le 19 novembre 2003, sous la présidence de Monsieur Guy Canivet premier président de la Cour de Cassation, selon lequel "la médiation consiste à confier à un tiers impartial, qualifié et sans pouvoir de décision sur le fond "le médiateur" la mission d'entendre les parties en conflit et de confronter leurs points de vue au cours d'entretiens, contradictoires ou non, afin de les aider à rétablir une communication et à trouver elles-mêmes des accords mutuellement acceptables".

¹ Cette question dans son ensemble est spécialement suivie par un groupe de travail constitué au sein de la Conférence générale sous l'autorité du Président Jean Morin. La réflexion engagée porte essentiellement sur les aménagements souhaitables du projet de décret et la nécessaire adaptation du décret du 20 mars 1978.

Celle du professeur Michèle Guillaume-Hofnung pour qui la médiation est "un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité de l'autonomie des participants, dans lequel un tiers -impartial, sans pouvoir décisionnel ou consultatif, avec la seule autorité que lui reconnaissent les "médiateurs"- favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause"¹.

Celle encore la présentant comme "une variété de conciliation qui consiste également en un processus de règlement des litiges fondé sur la recherche d'un accord des parties mais nécessite la participation d'un tiers, le médiateur"²

La médiation apparaît ainsi, ce que relève le député Jacques Floch dans son rapport, comme "un mode de reconstruction de liens et de rétablissement de la communication"³ Elle peut être conventionnelle ou judiciaire. C'est cette dernière que nous examinerons.

1.3.1 La médiation judiciaire

Il est possible de définir la médiation judiciaire comme une médiation engagée sur proposition du juge et sous son contrôle avec l'accord des parties, à l'occasion d'une action en justice dont il est saisi et qui a interrompu la prescription. C'est elle qui retiendra notre attention.

1.3.1.1 Cadre légal

Au plan communautaire, la directive du Parlement européen et du conseil n°2008/52/CE du 21 mai 2008 lui est consacrée. Elle devra être transposée dans le droit des Etats membres avant le 21 mai 2011 à l'exception de son article 10 relatif aux informations sur les autorités et les juridictions compétentes pour lequel la mise en conformité devra être réalisée avant le 21 novembre 2010.

Par ailleurs, la médiation se développe au sein de l'ensemble des pays de l'Union européenne de manière contrastée, il est vrai.

¹ Michèle Guillaume-Hofnung, "la médiation" que sais-je ? 2005 page 71
Définition reprise dans le Rapport d'information n°3696 enregistré à la présidence de l'Assemblée Nationale le 13 février 2007, déposé par la Délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union Européenne sur la médiation en Europe et présenté par M. Jacques Floch, député.

² Définition de la médiation - glossaire par Charles Jarrosson - groupe de travail "Magendie" médiation p. 16

³ Rapport n° 3696 précité page 16.

Au regard du droit national, la médiation judiciaire est régie par la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative et par le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 codifiés sous les articles 131-1 et suivants du code de procédure civile.

1.3.1.2 Le droit communautaire

La directive européenne du 21 mai 2008

Cette Directive selon le premier paragraphe de son article 1 "a pour objet de faciliter l'accès à des procédures alternatives de règlement des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaires". Elle s'applique aux litiges transfrontaliers mais le préambule prend soin d'indiquer que "rien ne devrait empêcher les états membres de les appliquer [les dispositions] également aux processus de médiation interne".

La Directive définit la médiation en son article 3 comme étant "un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la règlement de leur litige avec l'aide d'un médiateur.

Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un état membre. Elle inclut la médiation menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire ayant trait au litige en question. Elle exclut les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative au dit litige".

L'origine de la médiation peut donc être conventionnelle ou judiciaire. Le juge peut être médiateur sauf pour les affaires dont il est saisi.

Lorsque le juge tente de concilier les parties à un litige qui lui est soumis, il n'intervient pas dans le cadre de la Directive.

1.3.1.3 La médiation dans les pays de l'Union européenne autres que la France

Le rapport précité du député Jacques Floch comporte une synthèse du développement de la médiation dans les pays de l'Union européenne établie à partir des réponses des ambassades de France dans les pays de l'Union au questionnaire qui leur avait été envoyé¹. Il en ressort que "La suspension des délais de prescription et la confidentialité des informations recueillies pendant la médiation sont largement reconnues". Il en va différemment de l'obligation de recourir à la médiation avant l'action judiciaire ou encore de l'obligation d'information des parties sur la médiation incombant au juge.

1.3.1.4 Le droit national

Au regard du droit national, les points clefs des textes en vigueur, articles 131-1 et suivants du code de procédure civile, peuvent être résumés comme il suit.

Saisi d'un litige, le juge peut avec l'accord des parties désigner une tierce personne pour les entendre confronter leurs points de vue afin de leur permettre de trouver une solution au litige qui les oppose.

Le juge des référés a ce pouvoir en cours d'instance.

La médiation ne dessaisit pas le juge.

La durée initiale de la médiation est de trois mois au plus. Elle peut être renouvelée une fois à la demande du médiateur.

La décision qui ordonne la médiation mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur, la durée initiale de la mission et la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience. Elle fixe la provision à valoir sur la rémunération du médiateur et désigne la ou les parties qui en supportent la charge².

A défaut de consignation dans le délai imparti, la décision est caduque et l'instance se poursuit.

Le médiateur ne peut être commis, au cours de la même instance, pour effectuer une mesure d'instruction.

¹ Rapport n°3696 présenté par le député Jacques Floch. Pages 26 à 31, le questionnaire et les questions apportées dans les différents pays de l'Union.

² La décision ordonnant la médiation devra impérativement comporter ces différentes mentions qui font l'objet de l'article 131-6 du CPC.

Le médiateur tient le juge informé des difficultés qu'il rencontre dans l'accomplissement de sa mission.

A tout moment le juge peut mettre fin à la mission, l'affaire étant rappelée à une audience à laquelle les parties seront convoquées à la diligence du greffe.

A cette audience le juge, s'il met fin à la mission du médiateur, peut poursuivre l'instance.

A l'expiration de sa mission, le médiateur informe le juge par écrit de son résultat. Le jour fixé, l'affaire revient devant le juge.

A la demande des parties le juge homologue l'accord et l'homologation relève de la matière gracieuse. La Cour de Cassation (ch soc), dans un arrêt du 18 juillet 2001, a jugé que le juge n'est pas tenu d'homologuer l'accord qui lui est soumis par les parties, mais doit vérifier qu'il préserve les droits de chacune d'elles.

A l'expiration de sa mission, le juge fixe la rémunération du médiateur.

Les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni dans le cadre d'une autre instance.

Soulignons ici que tout au long de son déroulement, la médiation est placée sous l'autorité du juge qui n'est pas dessaisi, l'accord des parties pour l'engager est requis et la confidentialité de la mission est exigée. Pour une grande part, le succès de la médiation dépendra du médiateur mais également des conseils des parties.

1.3.1.5 Le médiateur

1.3.1.5.1 Conditions d'exercice

Les conditions auxquelles doit satisfaire la personne physique qui assure la médiation sont énumérées à l'article 131-5 du code de procédure civile¹. Le médiateur désigné devra donc déclarer sur l'honneur qu'il remplit ces conditions.

¹

- 1) "Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnée sur le bulletin n°2 du casier judiciaire ;
- 2) N'avoir pas été l'auteur de faits contraire à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ;
- 3) Posséder, par exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige ;
- 4) Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ;
- 5) Présenter les garanties d'indépendance nécessaire à l'exercice de la médiation."

1.3.1.5.2 Compétence, déontologie, méthodologie

Le médiateur, selon la définition qu'en donne la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 est "tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'Etat membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener la dite médiation ou dont il a été chargé de la mener."

On peut considérer que l'expression anglaise de "go - between" s'applique parfaitement au rôle imparti au médiateur¹.

Outre les qualités tenant à la personnalité et à l'expérience du médiateur sans doute déterminantes, une formation appropriée est également indispensable, des organismes de qualité² s'emploient à la dispenser et à proposer des médiateurs ; c'est une grande sécurité pour le juge que d'y faire appel lorsqu'il désignera un tiers chargé de mener une mission de médiation.

La nécessaire compétence, le respect rigoureux des règles déontologiques tenant à la confidentialité, l'impartialité, l'indépendance, le respect de l'ordre public et des lois, de l'équité et des règles du processus de médiation à observer, c'est-à-dire la méthode qui présidera au déroulement de la médiation constituent en quelque sorte la charte des médiateurs. C'est une telle charte qui est proposée par le groupe de travail "Magendie"³. Les médiateurs sont invités à y adhérer et à la faire connaître aux parties qui y trouveront le cadre de leur intervention.

1.4 Conciliation - médiation - force exécutoire - extinction de l'instance - reprise de l'instance

Les modes alternatifs de règlement des conflits reposent sur le consensualisme, c'est en effet la volonté des parties qui les conduira peut être à trouver un accord et donc à résoudre le conflit qui les oppose.

¹ Dans sa conférence intitulée "L'avocat, le juge, le médiateur" prononcée le 15.06.1998, Michel Armand-Prévost Conseiller à la Cour de Cassation en service extraordinaire - membre de l'Institut d'expertise et d'arbitrage, utilise cette expression et définit à la page 21 le médiateur comme étant "celui qui allant de l'une des parties à l'autre, va tenter de comprendre quelle perception chacune d'elles a du litige qui les oppose, en quoi ce différend affecte l'activité de chaque partie, comment renouer le dialogue, surtout quand les liens contractuels ont été maintenus par ailleurs ou que la rupture de tels liens handicape finalement les deux protagonistes et ceci afin de trouver la base de ce qui pourra devenir l'accord transactionnel recherché".

² Il faut citer ici le centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP), l'association des médiateurs européens (AME), l'institut d'expertise d'arbitrage et de médiation (IEAM) l'Institut de Formation à la médiation et à la Négociation (IFOMENE), Médiation en Seine et la chambre nationale des praticiens de la médiation. Les coordonnées de ces organismes sont données en annexe.

³ Annexe II Charte des médiateurs - groupe de travail "Magendie" médiation p. 92 et stes.

En droit commercial, l'accord trouvé, portant en principe sur des droits dont les parties ont la libre disposition, a force obligatoire puisqu'il est la loi des parties et que celle-ci s'applique nécessairement en vertu de l'article 1134 du code civil.

1.4.1 Force exécutoire

Mais la force obligatoire ne doit pas être confondue avec la force exécutoire. Conformément à l'article 384 du Code de procédure civile, "il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties, que celui-ci intervienne devant lui ou ait été conclu hors sa présence"¹.

Pour l'accord résultant d'une conciliation, la force exécutoire lui sera donnée selon les dispositions des articles 130 et 131 du Code de procédure civile. L'article 130 prévoit que "la teneur de l'accord même partiel est constaté dans un procès-verbal signé par le juge et les parties" et l'article 131 dispose que "des extraits du procès-verbal constatant la conciliation peuvent être délivrés ; ils valent titre exécutoire".

Les textes régissant la conciliation ont donc organisé les modalités selon lesquelles l'accord en résultant sera assorti de la force exécutoire, laquelle implique l'intervention du juge ².

1.4.2 Extinction de l'instance

Enfin on notera que lorsqu'un accord aura été trouvé au cours d'une instance judiciaire, celle-ci s'éteindra par l'effet du désistement d'action qui entraîne l'abandon du droit faisant l'objet de la contestation, de la transaction ou de l'acquiescement comme le prévoit l'article 384 du Code de procédure civile, l'extinction de l'instance étant constaté par une décision de dessaisissement³.

¹ Bien entendu la loi peut elle-même prévoir que certains actes seront exécutoires. Il en est ainsi des actes authentiques que sont les actes notariés (art 19 de la loi du 25 ventose an XI concernant l'organisation du notariat) ou encore dans un domaine familial au juge du commerce l'article R. 661-1 du Code de commerce qui dispose que les ordonnances rendues en matière de mandat ad hoc et de conciliation sont exécutoires de plein droit à titre provisoire.

² Par ailleurs lorsque les parties auront trouvé un accord dans le cadre d'une médiation, elles pourront en demander l'homologation ainsi que l'article 131-12 leur en offre la faculté. Le protocole d'accord pourra utilement le prévoir car si l'homologation est demandée par une seule partie, il a été jugé qu'il n'y avait pas lieu à l'homologation - Paris 7 nov. 2002 - Bull ch des avoués 2003-1-30.
Notons enfin que sous réserve du respect de l'ordre public, le juge qui homologue l'accord ne fait que le constater. Il en va différemment lorsque l'accord porte sur des droits indisponibles, par exemple en matière de médiation familiale et que l'homologation est imposée par la loi. En pareil cas, c'est l'effet même de l'accord qui est suspendu à son homologation par le juge.

³ Le retrait du rôle ordonné lorsque toutes les parties en font la demande écrite et motivée (art. 382) comme la radiation qui sanctionne un défaut de diligence (art. 381) ne sont pour leur part que des mesures d'administration

1.4.3 Reprise de l'instance

Si aucun accord n'a pu être trouvé, l'instance sera reprise étant précisé que le juge qui aurait joué le rôle de médiateur devrait être remplacé. La connaissance de l'affaire et les confidences qu'il aurait recueillies lui interdisant désormais de l'instruire et de la juger.

1.5 L'amicable composition

L'amicable composition qui permet au juge de s'affranchir des règles de droit et de statuer en équité figure parmi les modes alternatifs de règlement des conflits mais elle présente un caractère quelque peu anecdotique car elle est fort peu utilisée.

L'article 12 du code de procédure civile énonce que "le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables" et ce même article dispose en son dernier alinéa que "le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition ; conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé".

La condition visée par cet alinéa est celle qui est reprise dans l'alinéa le précédant qui interdit au juge "de changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat".

L'article 58 du code de procédure civile prévoit également que si elles ne l'ont pas déjà fait depuis la naissance du litige, les parties peuvent, par requête conjointe, conférer au juge la mission de statuer comme amiable compositeur.

judiciaire (art. 383). Et la radiation qui n'est pas susceptible de recours, laisse persister l'instance qui peut être reprise.

Ceci étant, lorsqu'un accord a été trouvé, on voit mal ce que pourrait être le défaut de diligence, motivant une radiation, défaut qui aux termes de l'article 381 doit être précisé dans la notification faite aux parties. Le retrait du rôle paraît être en ce cas la mesure appropriée, mais elle n'est qu'une mesure d'administration judiciaire qui n'a pas de raison d'être si le tribunal rend une décision de dessaisissement sur le fondement de l'article 384. L'extinction de l'instance est alors constatée par cette décision.

On doit observer que lorsque le juge est amené à appliquer un droit étranger qu'il reconnaît applicable, sa démarche pour en rechercher la teneur avec le concours des parties et donner à la question litigieuse une solution conforme à ce droit étranger se rapproche d'une mission d'amiable compositeur ; du reste, l'application qu'il fera du droit étranger échappera, sauf dénaturation, au contrôle de la Cour de Cassation¹ ;

Le quatrième alinéa de l'article 12 peut encore trouver application lorsque les parties s'accordent malgré l'existence d'une convention internationale désignant la loi compétente sur l'application de la loi française².

1.6 L'expertise et l'arbitrage tiennent une place singulière parmi les modes alternatifs de règlement des conflits et s'interroger sur le point de savoir s'ils en font partie n'est pas une vaine question.

1.6.1 L'expertise

Mentionner l'expertise parmi les modes alternatifs de règlement des conflits pourrait relever de la provocation quand on sait que selon l'article 240 du code de procédure civile "le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties". Cependant l'article 281 du même code dispose que "si les parties viennent à se concilier, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet ; il en fait rapport au juge".

La loi envisage donc cette possible conciliation des parties au cours de l'expertise et la pratique montre que les expertises bien menées et les vertus pédagogiques qui l'entourent sont à l'origine de certaines conciliations.

Dans un arrêt du 3 février 1992 (rôle n° 88.14686) la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a même estimé que "l'interdiction faite à l'expert de concilier les parties ne lui interdisait pas de conseiller aux parties, de transiger ou de leur soumettre un protocole d'accord dès lors que l'initiative d'un tel rapprochement demeurait la prérogative des parties au litige et que l'expert n'intervient pas personnellement à l'acte"³. Et la Cour de Cassation⁴ a considéré que l'hypothèse dans laquelle le tribunal a seulement donné mission à l'expert de déposer son rapport au cas où les parties ne parviendraient pas à se concilier, échappait à l'interdiction de l'article 240.

¹ Civ 1^{ère} 3 juin 2003 Bull civ I n° 133

² Civ 1^{ère} 19 avril 1988 Bull civ I n° 104

³ Extrait cité dans l'article "l'expertise une voie nouvelle" Didier Kling Gaz. Pal. 27/28 juin 2007 Bull n° 68 de janvier 2008 de la Compagnie nationale des experts comptables de justice.

⁴ Civ 2^e 21 mars 1979 Bull civ II n° 91

Sans pouvoir recevoir la mission de concilier les parties, l'expert peut, de fait, y contribuer grandement.

Nous évoquerons maintenant les cas de l'évaluation irrévocable à dire d'expert que l'on peut présenter comme destinée à éviter un conflit ou à le résoudre.

La première hypothèse sera celle de l'article 1592 du code civil et la seconde celle de l'article 1843-4 de ce code.

Selon l'article 1591 du code civil à portée générale mais, qui de fait, s'applique aux évaluations de parts ou d'actions, le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties et l'article 1592 dispose qu'"il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut pas ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente." C'est aux parties de désigner le tiers et ce n'est qu'en cas d'erreur grossière que la détermination du prix pourra être remise en cause.

S'agissant de l'article 1843-4 du code civil, celui-ci dispose que "Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible".

Cet article est d'ordre public et le viole l'arrêt qui retient que dès lors que l'associé est exclu en application des statuts et que ceux-ci comportent une clause d'évaluation des droits sociaux, ces règles statutaires l'emportent sur le texte : c'est ce qu'a décidé la Cour de Cassation dans un arrêt¹ qui a été critiqué comme remettant en cause la liberté contractuelle exprimée dans les statuts alors que la Haute juridiction a seulement sanctionné une décision qui disait qu'en présence de clauses statutaires d'évaluation de prix, il n'était pas possible de recourir à l'article 1843-4.

La Cour a donc affirmé que même en pareille hypothèse l'article 1843-4 s'applique et dans un arrêt récent² elle a dit que "l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts" et que "ce sont justement les statuts qui doivent le guider".

¹ Com 4 déc 2007 Bull civ IV n° 258

² Cass Cour 5 Mai 2009 pourvoi n° 08-17465

Ce que nous retiendrons, c'est que l'estimation faite par l'expert désigné conformément à l'article 1843-4 du code civil sera la loi des parties voulue par elles et que, sauf erreur grossière, telle qu'un dépassement de la mission, elle s'imposera.

Dans les deux cas de figure examinés, le tiers estimateur, l'expert, interviendra soit pour éviter un conflit annoncé, soit pour le résoudre.

Il est donc possible de considérer que la loi donne à l'expert choisi par les parties ou, à défaut, désigné par le juge, une mission qui n'est sans doute pas celle d'une conciliation mais qui est un mode de règlement des conflits nés ou à naître. Le résultat de son expertise, dans cette situation à caractère exceptionnel, s'imposera et il n'appartiendra pas au juge de le modifier.

1.6.2 L'arbitrage

L'arbitrage peut-il ou doit-il être considéré comme un mode alternatif de règlement des conflits ? La réponse sera affirmative si l'on considère que les modes alternatifs ont pour objet de résoudre un conflit sans saisir la justice étatique ce qui est précisément le cas de l'arbitrage, elle sera négative si l'on définit les modes alternatifs comme étant ceux qui visent à rapprocher les parties, à les aider à trouver les termes d'un accord et qui ne tranchent pas le litige. Encore faut-il ajouter que les parties qui ont recours à l'arbitrage peuvent confier à l'arbitre une mission d'amiable compositeur, auquel cas l'arbitre statuera en droit mais aussi en équité.

Rappelons qu'aux termes de l'article L 721-3 du code de commerce, "Les tribunaux de commerce connaissent :

- 1°) des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux ;
- 2°) de celles relatives aux sociétés commerciales ;
- 3°) de celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes"

et que le dernier alinéa de cet article dispose que "Toutefois les parties peuvent au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées".

Le principe du recours possible à l'arbitrage en droit commercial est ainsi posé. Les parties peuvent s'engager lorsqu'elles contractent à soumettre à l'arbitrage les conflits susceptibles de naître à l'occasion de ce contrat, cet engagement est la clause compromissoire défini à l'article 1442 du code de procédure civile¹. En l'absence d'une telle clause, les parties ont toujours la possibilité de soumettre un litige à l'arbitrage, cette faculté leur est reconnue par l'article 1447 qui définit le compromis, convention par laquelle les parties conviennent de soumettre leur litige à l'arbitrage.

Sauf le cas où une mission d'amiable compositeur lui a été confiée, "l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit" (art. 1474 du code de procédure civile). Dès qu'elle a été rendue, la sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée (art. 1476) mais ne sera susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue (art. 1477).

Enfin, sauf si les parties y ont renoncé, ou si l'arbitre a statué comme amiable compositeur², la sentence arbitrale est susceptible d'appel (art. 1482). Celui-ci étant porté devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence arbitrale a été rendue dans le mois de la signification de la sentence revêtue de l'exequatur (art. 1486).

L'arbitrage, qu'il se déroule selon le règlement d'une institution d'arbitrage³ -arbitrage institutionnel- ou selon les règles convenues par les parties -arbitrage ad hoc- consiste à confier à un tiers privé, à la place de la justice d'Etat, le règlement d'un litige. A cet égard, c'est un mode alternatif.

On soulignera enfin que le rôle du juge demeure, parfois lors de la mise en place de l'arbitrage, toujours pour assurer l'exécution forcée et, le cas échéant, lorsque les voies de recours trouvent place ; que de même lorsqu'il s'agira de reconnaître et d'assurer l'exécution forcée en France des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international, l'intervention du juge français sera nécessaire, les articles 1476 à 1479 du code de procédure civile concernant l'autorité de la chose jugée, l'exequatur et l'exécution provisoire étant applicables.

¹ Art 1442 du CPC : "la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat".

² Même dans ce cas, cependant les parties peuvent avoir expressément réservé la faculté d'appel dans la convention d'arbitrage.

³ Les institutions les plus connues sont la Cour d'arbitrage de la chambre de commerce international, l'American Arbitration Association, la London Court of Arbitration, le tribunal arbitral de la chambre de commerce de Zurich, l'institut d'arbitrage de la chambre de commerce de Stockholm.

1.7 Le droit des contrats

Les parties, nous l'avons vu, ont toujours la possibilité de se concilier elles-mêmes et en dehors du juge.

En matière de transaction, on notera toutefois qu'une contrepartie, si faible qu'elle est pratiquement inexistante, peut amener le juge à dire qu'il n'y a pas transaction¹, et, il ne faut pas oublier que pour bénéficier de la force exécutoire, le juge devra intervenir, c'est à lui en effet que l'homologation sera demandée.

L'article 1441-4 du Code de procédure civile dispose à cet effet que "le Président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté". Une seule partie peut demander l'homologation et, l'attribution de la force exécutoire peut être prise à l'insu de l'autre partie à la transaction².

2 *Les moments propices à la conciliation – l'initiative du juge*

Cette initiative peut se manifester à tout moment mais l'expérience permet de recenser ceux où elle aura le plus de chance d'être suivie d'effet. L'exercice des pouvoirs juridictionnels du président du tribunal de commerce et de ses délégués, la mise en état de la procédure et l'audience du juge rapporteur sont autant d'occasions à exploiter pour tenter de concilier les parties.

2.1 Les pouvoirs juridictionnels du président et de ses délégués

Ils sont définis aux articles 484 à 492 et 872 et suivants³ du code de procédure civile pour les ordonnances de référé et aux articles 493 à 498 et 874 et suivants⁴ pour les ordonnances sur requêtes.

¹ Civ 1^{ère} 4 mai 1976 Bull civ I n° 157

² Versailles 18 juin 2003 D 2004 1332

³ Art 872 du code de procédure civile :

"Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de commerce peut, dans les limites de la compétence du tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend"

Art 873 :

"Le président peut, dans les mêmes limites, et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans tous les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire".

⁴ Art. 875 : "Le Président [du tribunal de commerce] peut ordonner sur requête, dans les limites de la compétence du tribunal, toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement".

2.1.1 La procédure de référé peut souvent être mise à profit pour inciter les parties à se concilier ou accepter une médiation. Le conflit, à ce stade, n'est pas encore cristallisé et la pratique montre que le juge de référé peut, parfois avec succès, user de son autorité pour inviter les parties à envisager la recherche d'un accord ou saisir les signes le laissant raisonnablement espérer.

A titre d'exemple, le 16 novembre 1988, le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris¹, en la personne de son 1^{er} vice-Président, dans un conflit qui opposait le navigateur Olivier de Kersauzon à son sponsor, avait saisi à l'audience les signes permettant de tenter une conciliation et motivait son ordonnance comme il suit : "Attendu qu'il est apparu à l'audience qu'un accord pourrait être recherché et qu'il est opportun de désigner à cette fin un médiateur avec la mission qui sera précisée au dispositif".

On peut prêter attention au fait que cette ordonnance a été rendue bien avant la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et le décret n° 96.652 du 22 juillet 1996 concernant la médiation. Mais nul n'était besoin de ces textes pour ordonner une médiation et c'est au visa de l'article 21 du Code de procédure civile que le juge des référés a pris sa décision qui porte sur tous les points que l'on retrouvera plus tard dans l'article 131-6 issu du décret de 1996. L'article 21 concis et clair laissait toute latitude au juge et sans doute se suffisait-il à lui-même. A cet égard, l'ordonnance du 16 novembre 1988 est riche d'enseignements.

Enfin, la mesure ordonnée dans le cadre de l'article 873 du CPC pour prévenir un dommage imminent peut avoir pour effet de donner du temps aux parties mis à profit pour négocier. Ainsi en sera-t-il, par exemple, de l'ordonnance faisant injonction de poursuivre momentanément un contrat. Conjuré un dommage imminent en évitant les conséquences irréversibles d'une rupture brutale des relations contractuelles peut permettre aux parties d'utiliser le délai accordé pour ouvrir une négociation.

2.1.2 La requête

Lorsqu'il est saisi par requête, le président du tribunal pourra également, bien que saisi de façon unilatérale, trouver un terrain favorable lui permettant de tenter de concilier les parties.

¹ TGI Paris, référés 16 nov 1988 Gaz Pal 1989 2^e sem page 790, note Jean-Claude Fourgoux.

Les règles propres à la matière gracieuse s'appliquent et, par hypothèse, le litige n'est pas né même s'il se profile à brève échéance. Il en est ainsi lorsque les circonstances n'exigent pas que la mesure sollicitée soit prise non contradictoirement. La requête visant à obtenir l'autorisation d'assigner au fond à bref délai ou en référé d'heure à heure peut être l'occasion de faire réfléchir le requérant à l'intérêt d'ouvrir un dialogue avec la partie adverse.

Saisi d'une requête, le président peut utilement user de la faculté que lui offre l'article 27 du code de procédure civile, celle "d'entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision"¹. Confronté, par exemple, à un conflit entre actionnaires, le président pourra souhaiter entendre l'actionnaire absent et, à cet effet, organiser sous sa présidence, une rencontre entre celui-ci et le requérant. Les parties seront alors convoquées par lettre simple du greffe.

Les conflits relatifs au droit des sociétés sont un domaine qui se prête à la recherche d'une conciliation que le président doit avoir le réflexe de favoriser. La mise en œuvre des articles L 225-231 et L 225-232 du code de commerce concernant les questions posées par un ou plusieurs actionnaires au président du conseil d'administration ou au directoire sur une ou plusieurs opérations de gestion ou sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation en sont une illustration et réunir celui ou ceux qui posent la question et celui qui doit y répondre n'est pas dépourvu de sens.

De même, les conflits d'intérêts entre associés sont fréquents par exemple entre majoritaires et minoritaires lorsque le partage du profit social au sens de l'article 1832 du Code civil n'est pas ou plus respecté. La conciliation ou la médiation peuvent permettre de régler le conflit, plusieurs voies sont ouvertes, tout dépendra, ainsi que le fait observer le professeur Dominique Schmidt "de la volonté des actionnaires de poursuivre leur entreprise commune et de leur conviction qu'il existe encore entre eux un intérêt commun."². L'initiative du juge pourra se révéler déterminante.

¹ Et n'oublions pas à ce sujet que l'article 184 du CPC dispose que "le juge peut, en toute matière, faire comparaître personnellement les parties ou l'une d'elles".

² Dominique Schmidt - Les conflits d'intérêts dans la société anonyme - Joly version nouvelle n° 370 p. 363. Cet auteur cite la décision de la Cour d'appel de Paris qui avait nommé deux mandataires de justice "avec mission d'assister le conseil d'administration de la société André Courrèges dans la recherche d'une solution aux conflits subsistants entre les actionnaires majoritaires et M. et Mme Courrèges" (CA Paris 7 juin 1990 Bull Joly p. 760 note P. Le Cannu)

2.2 La mise en état

Bien que la célérité de la justice soit au nombre des objectifs prioritaires du tribunal, les parties peuvent avoir besoin de temps pour tenter de se concilier. Il est fréquent que lors des audiences de procédure de mise en état des affaires devant être plaidées, du temps soit demandé par les parties pour permettre à des discussions engagées d'aboutir.

Le tribunal ne doit pas contrarier les pourparlers en cours, il a, au contraire, le devoir d'accorder les délais sollicités et de soutenir la démarche initiée.

Dans ce contexte le juge devra trouver le bon équilibre entre les dispositions de l'article 2 du Code de Procédure Civile selon lequel "les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis" et celles de l'article 3 aux termes duquel "le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir des délais et d'ordonner les mesures nécessaires".

Cet équilibre consistera à concilier deux impératifs : ne pas compromettre les pourparlers en cours et préserver la célérité de la justice.

La procédure de mise en état peut être aussi l'occasion pour le tribunal de proposer aux parties la recherche d'une conciliation lorsque le litige soumis semble s'y prêter.

2.3 L'audience du juge rapporteur

Devant le juge du fond, les parties peuvent toujours se concilier. L'article 127 du code de procédure civile prévoit en effet que "les parties peuvent se concilier, d'elles mêmes ou à l'initiative du juge, tout du long de l'instance" et la Cour de Cassation a eu l'occasion de préciser que le juge peut tenter une conciliation au lieu et au moment qu'il estime favorable sans avoir à solliciter un mandat des parties à cette fin¹ ce qui est conforme au pouvoir que lui confie l'article 21 du code de procédure civile.

Le juge rapporteur qui aura examiné de manière approfondie le litige qui lui est soumis, sera particulièrement bien placé pour tenter de rapprocher les parties ; éclairé par les écritures des parties, les pièces produites, les plaidoiries, il aura pu déceler les points susceptibles de donner lieu à négociation et sera à même d'inviter les parties à ouvrir celle-ci avant la clôture des débats, la loi lui donnant le pouvoir de constater la conciliation².

¹ Civ I^{ère} 8 mars 2005 Bull civ I n° 122 D 2005 IR 857

² Article 863 du code de procédure civile :
"Le juge rapporteur constate la conciliation, même partielle, des parties."

3 *Le rôle de l'avocat*

Le rôle de l'avocat pour le succès de la conciliation ou de la médiation est de première importance¹. Elles ne peuvent pas être menées sans lui. Son rôle se manifeste avant la médiation afin d'expliquer à son client ce qu'est cette procédure et d'examiner avec lui l'intérêt de l'accepter, pendant la médiation pour favoriser la recherche d'un accord en sachant s'effacer et laisser à la partie concernée le soin de s'exprimer et après la médiation pour mettre en forme de manière précise l'accord conclu, éviter les nullités susceptibles d'être encourues comme pourrait l'être par exemple un accord signé en période suspecte ou un déséquilibre manifeste dans les concessions réciproques, enfin surveiller la phase d'homologation qui donnera force exécutoire à l'accord.

Soulignons que "l'avocat aide son client à dépasser le problème, objet de la confrontation, pour, le cas échéant, trouver d'autres contreparties en élargissant le débat. D'autres thèmes permettront peut être de découvrir les pistes d'une solution globale dépassant l'objet de la confrontation initiale. Aider à dépasser les émotions, c'est aussi savoir recevoir une proposition adverse, même peu intéressante, en la positivant par le simple fait qu'elle existe et qu'elle témoigne d'un effort vers une solution"²

Nombreux sont les avocats qui ont conscience de leur rôle déterminant pour que les modes alternatifs de règlement des conflits progressent. Ainsi, commentant³ le texte relatif à "l'exécution des décisions de justice et aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées" adopté en première lecture le 11 février 2009 par le Sénat, l'ancien Bâtonnier du Barreau d'Angers soulignait qu'il avait été enrichi à l'occasion de son passage en Commission des lois de dispositions destinées à instituer une "procédure participative de négociation assistée par avocat" et se félicitait de son rôle ainsi reconnu à l'avocat pour que "cette procédure collaborative" aboutisse. Ce commentaire souligne qu'une telle procédure assure la participation éclaircies des parties à la résolution de leur conflit dans le respect des règles d'ordre public, que l'accès à la justice n'est pas compromis et que les exigences de célérité et d'efficacité d'une justice moderne sont satisfaites.

*

* *

¹ Médiation commerciale : rôle de l'avocat par Thierry Montéran - Gaz Pal n°257 à 259 14-16 sept 2003 page 2.

² Extrait de l'article "Médiation commerciale : rôle de l'avocat" de Thierry Montéran.

³ "Le temps révolu de l'avocat gladiateur" Philippe Tuffreau ancien Bâtonnier du Barreau d'Angers, ancien président du CNB - Gaz. Pal. 15-17 fév. 2009 Libres propos.

Conclusion de la première partie

Cette première partie générale nous permet d'affirmer que directement ou indirectement, le juge doit avoir à cœur de remplir sa mission de conciliateur, d'incitateur à la conciliation.

Son image et celle de la justice s'en trouveront grandies.

Chaque fois qu'un conflit peut être apaisé c'est un service qui est rendu aux justiciables. Mais c'est aussi un intérêt économique en termes d'économie de temps, de coûts et de maintien des relations qui résulte du recours aux modes alternatifs de résolution des conflits ainsi qu'il ressort d'une récente et intéressante enquête initiée en novembre 2008¹ qui montre malheureusement que le rôle moteur des juridictions en faveur des modes alternatifs de règlement des conflits est encore très faible.

Naturellement, la règle de raison et le discernement président à la recherche de la conciliation.

La nature du litige sera déterminante, il est des litiges qui ne se prêtent pas à la conciliation, qui ne doivent pas s'y prêter. A cet égard, la loyauté, la morale des affaires ne saurait être perdues de vue par le juge, la recherche d'un accord ne saurait les occulter.

Enfin, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal dans les termes de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'incitation à la conciliation doit donc rester une incitation sauf à encourir le grave reproche de déni de justice.

Il est heureux qu'elle soit placée sous l'autorité du juge dépositaire de la sagesse et de la pondération que requiert la justice. Mais la justice est œuvre commune et le rôle de l'avocat demeure essentiel.

Nous verrons maintenant que les modes alternatifs de règlement des conflits se développent dans deux domaines de l'économie d'une grande actualité.

¹ Dispute wise management - vers un management optimisé des litiges. Améliorer les résultats économiques et non économiques de l'entreprise par une gestion avisée des conflits. Enquête initiée en novembre 2008 par la Direction Internationale de FIDAL en partenariat avec l'American Arbitration Association (AAA). Il n'est pas sans intérêt de citer le commentaire suivant -page 22- qui laisse apparaître que l'incitation du juge en faveur de la conciliation reste faible. "L'étude confirme le caractère "volontariste" des MARC et notamment de la médiation, puisque la volonté des parties (48 %) et l'introduction d'une clause dans leur contrat commun (33 %) sont les deux raisons principales motivant leur recours à la médiation (soit au total 81 %). On observe par ailleurs que les conseils ont, pour 15 % des répondants, joué un rôle moteur dans le déclenchement du processus de médiation. Le rôle des juridictions reste mineur, puisque seuls 4 % des répondants ont mentionné que la juridiction saisie du litige les a incités à engager un processus de médiation".

Deuxième partie

Les modes alternatifs de règlement des conflits et l'économie

Un domaine d'une grande importance, celui de l'économie, est aujourd'hui un terrain où se développe avec succès les modes alternatifs de règlement des conflits sous leurs différentes formes.

Il en est ainsi des entreprises en difficulté (1) et du droit de la concurrence (2).

1 Les entreprises en difficulté

La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a eu le grand mérite de promouvoir la culture de l'anticipation et d'inviter les opérateurs économiques à user de la prévention en lui donnant toute son ampleur¹. Les modes alternatifs de résolution des conflits ou destinés à les éviter trouvent toute leur place dans les procédures conventionnelles prévues par la loi, aussi bien que dans la procédure de sauvegarde proprement dite.

La loi de sauvegarde porte en elle un changement culturel profond qui concerne l'ensemble des acteurs : les entreprises, les créanciers et les tribunaux de commerce, juges de l'économie.

L'accomplissement de la volonté du législateur suppose que la démarche préventive s'effectue dans l'esprit de la loi, que sa finalité qui est de sauvegarder l'entreprise, d'assurer sa continuité, de préserver les emplois et les droits des créanciers ne soit jamais occultée.

Pour permettre le changement culturel précédemment évoqué, la rencontre du droit et de la psychologie s'impose ; tout au long de la chaîne que constitue la détection des entreprises en difficulté, la mise en œuvre des moyens mis à disposition par la loi et le suivi des mesures convenues, la conciliation et dans une certaine mesure la médiation seront présentes.

¹ L'amélioration de la prévention - Isabelle ROHART-MESSAGER - Gaz. Pal. Numéro spécial n° 65 à 66 - 6,7 mars 2009

1.1 La détection

Un développement peut être consacré à la détection prévue par la loi car sa mise en œuvre prépare la phase conventionnelle qui, le cas échéant, suivra.

Nombreuses sont aujourd'hui les démarches spontanées des chefs d'entreprises qui s'adressent au tribunal afin de bénéficier des dispositions légales de sauvegarde et en particulier des procédures conventionnelles, les hommes du droit et du chiffre, relais indispensables pour donner à la loi toute sa mesure, sont en effet de plus en plus sensibilisés à l'intérêt qu'elles offrent aux entreprises.

C'est très heureux et il nous appartient de poursuivre les efforts de communication que nos tribunaux ont déjà mené en ce sens à travers les multiples conférences, colloques, congrès, tables rondes auxquels ils participent, publications qu'ils réalisent ou interviews qu'ils accordent ; il faut cependant admettre que l'information des entreprises est encore très insuffisante et que la détection prévue par l'article L 611-2 1^{er} alinéa¹ du code de commerce a toute sa raison d'être.

Le président du tribunal de commerce doit user de la faculté que lui offre le I de cet article chaque fois qu'une entreprise semble connaître des difficultés et donc convoquer le dirigeant pour un entretien. A cet effet, l'étude du bilan sera précieuse² comme seront observés avec attention tous les autres éléments révélant une difficulté tels que les prises de garantie, ordonnances d'injonction de payer à répétition, non dépôt des comptes annuels, courriers des administrations, du Parquet, des représentants du personnel, des salariés et naturellement alertes des commissaires aux comptes.

A l'issue de cet entretien ou si le dirigeant ne s'est pas rendu à la convocation, il pourra recueillir tous renseignements utiles auprès des administrations, commissaires aux comptes, membres et représentants du personnel de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise.

Les termes de la lettre de convocation, peut être serait-il plus judicieux d'employer le terme d'invitation, en expliquant les raisons et le but qui est "d'envisager les mesures propres à redresser la situation" ont toute leur importance pour vaincre les réticences. Souligner que la confidentialité préside à cette procédure l'est tout autant.

¹ Article L 611-2 1^{er} alinéa du code de commerce :

"Lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale, ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, ses dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation."

² L'analyse des comptes des entreprises que font réaliser les greffes des tribunaux de commerce est, à cet égard, d'une grande utilité.

L'entretien avec le juge de la prévention sera déterminant ; l'esprit dans lequel est abordée la démarche préventive apparaîtra aux yeux du dirigeant reçu avec tout ce que ce terme signifie, sorti de son isolement, ayant pu s'exprimer sur la situation présente de son entreprise et son avenir au terme d'un exercice de maïeutique qui ne se confond en aucune manière avec une consultation qu'il n'appartient jamais au juge de la prévention de donner, le dirigeant sera à même de mettre à profit l'éclairage, l'information, l'orientation qu'il aura reçus. Il aura pu exposer également certaines mesures propres à redresser la situation. C'est une première démarche salutaire.

Eventuellement, une seconde étape suivra, celle de la mise en œuvre des procédures conventionnelles mettant en œuvre les outils de la prévention. Elle aura été préparée dans les meilleures conditions par le juge de la prévention lors de la phase initiale, celle de la détection.

1.2 Les procédures conventionnelles

Il s'agit du mandat ad hoc, de la conciliation et de la sauvegarde, ces procédures ayant en commun d'être volontaires, dont l'initiative est laissée par le législateur au chef d'entreprise.

1.2.1 Le mandat ad hoc

L'article L 611-3 du code de commerce dispose en son premier alinéa que "le président du tribunal peut à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission. Le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire ad hoc".

La construction prétorienne avait été confirmée par la loi de sauvegarde et, avec sagesse, l'ordonnance du 18 décembre 2008 se contente de n'apporter qu'une légère modification consacrant la pratique permettant au débiteur de proposer le nom d'un mandataire, ce qui est cohérent avec l'indispensable relation de confiance qui doit exister entre le chef d'entreprise et le mandataire désigné.

Cette procédure simple, souple et confidentielle connaît un succès certain qui témoigne que ce moyen reposant sur la négociation dans le but de rapprocher les points de vue est particulièrement approprié pour assister le chef d'entreprise et l'aider à surmonter les difficultés de toutes sortes, conjoncturelles ou structurelles, de l'entreprise qu'il dirige.

1.2.1.1 Simplicité

Le formalisme est des plus réduit. Sur simple requête, le dirigeant, assisté si possible de ses conseils mais sans que ce soit une obligation, sera reçu par le président du tribunal ou son délégataire ; disponibilité et réactivité sont essentielles. Le temps est souvent compté.

1.2.1.2 Souplesse

Au vu du dossier documenté présenté et des explications recueillies lors de l'audition du chef d'entreprise, la mission confiée au mandataire ad hoc sera définie. Les aspects particuliers de chaque dossier seront donc pris en compte et c'est d'entente avec le dirigeant que la mission sera arrêtée. La durée de celle-ci sera souvent d'un mois dans un premier temps pour permettre au mandataire de prendre connaissance du dossier ou de la parfaire et suivie d'une période de trois mois reconductible.

L'accord préalable entre le dirigeant et le mandataire sur sa rémunération étant intervenu¹, l'ordonnance sera signée et la mission pourra immédiatement commencer.

1.2.1.3 Confidentialité

La confidentialité fait l'objet de l'article L 611-15 du code de commerce selon lequel "Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc, ou qui par ses fonctions, en a connaissance, est tenue à la confidentialité". Elle est fondamentale et explique, pour une large part, le succès des procédures conventionnelles. Elle n'est pas sans soulever certaines difficultés et interrogations sur lesquelles nous reviendrons.

1.2.2 La conciliation

Cette procédure a été instituée devant le tribunal de commerce par l'article L 611-4 du code de commerce à l'intention des commerçants et artisans "qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours".

¹ La pratique montre que cette rémunération est basée sur un taux horaire, assortie d'un plafond, complétée dans certains cas par un honoraire de succès. Le tout sous contrôle du juge.

Favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers et, le cas échéant, ses cocontractants habituels d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise est la mission du conciliateur telle qu'elle est définie à l'article L 611-7 du code de commerce. Il s'y ajoute que le conciliateur peut également "présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi".

Proche du mandat ad hoc, la conciliation est cependant plus encadrée, sa durée ne peut excéder quatre mois, éventuellement prorogée d'un mois à la demande du conciliateur et une nouvelle conciliation ne peut être ouverte qu'à l'expiration d'un délai de trois mois ; communiquée au ministère public, la décision d'ouvrir une conciliation peut être frappée d'appel de sa part.

Après l'ouverture de la procédure de conciliation, toutes informations destinées à lui donner une exacte information sur la situation économique de l'entreprise peuvent être obtenues par le président qui peut également charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur et de recueillir les renseignements appropriés auprès des banques et établissements bancaires ou financiers¹.

Certains aspects importants différencient la conciliation du mandat ad hoc, ainsi :

- l'accord de conciliation peut être soumis à l'homologation du tribunal avec le bénéfice des dispositions de l'article L 611-11 de la loi, communément appelé "privilège de new money" qui permet en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à toute personne qui avait consenti dans l'accord homologué un nouvel apport en trésorerie à l'entreprise lui permettant de poursuivre son activité d'être payée pour le montant de cet apport par privilège avant toutes autres créances².
- la conciliation fait obstacle, pendant sa durée, à l'ouverture d'une procédure collective,
- le débiteur peut désormais solliciter des délais de paiement dans le cadre des articles 1244-1 et suivants du code civil dès sa mise en demeure et donc avant d'être poursuivi judiciairement,

¹ Art L. 611-6 dernier alinéa : "le président du tribunal peut charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur et, nonobstant toute disposition législative et réglementaire contraire, obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de celui-ci". Ces pouvoirs s'ajoutent à ceux qui lui sont attribués par le second alinéa au I de l'article L. 611-2.

² A l'exception toutefois de celles garanties par le privilège établi par le code du travail concernant les créances résultant du contrat de travail et des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure.

- Pendant la durée de son exécution, l'accord constaté ou homologué interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur, dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet (art L 611-10 1),
- Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie, peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué (art L 611-10 2, 1^{er} alinéa), il y a donc lieu de souligner que les garants bénéficient maintenant des dispositions de l'accord, qu'il soit homologué ou simplement constaté.

La simplicité, la souplesse et la confidentialité qui sont les vertus de la procédure du mandat ad hoc se retrouvent à l'identique pour la conciliation, que celle-ci soit plus encadrée et que ses effets aillent au-delà de ceux du mandat n'y changent rien.

S'agissant de la confidentialité, les deux procédures sont soumises aux mêmes impératifs et assorties des mêmes difficultés et interrogations.

La règle impérative est celle de l'article L 611-15 du code de commerce qui instaure la règle de la confidentialité à laquelle sont tenues les personnes appelées à l'une ou l'autre des procédures ou qui, par ses fonctions, en a connaissance.

Cette règle doit être d'autant plus respectée que c'est elle qui assure le succès des procédures conventionnelles. Elle est source de confiance pour le chef d'entreprise et favorise le changement culturel qu'implique la culture d'anticipation que nous avons évoquée.

Il y a donc lieu d'être très prudent lorsque l'on aborde ce sujet et mieux vaut pêcher par excès de scrupule.

Ceci étant, les difficultés ne sauraient être niées, le fait et le droit y ont leur part.

Dans les faits, la confidentialité est évidemment d'autant plus difficile à préserver que les intervenants sont nombreux et la communication intense.

En droit, comment concilier la confidentialité et l'information et la consultation des instances représentatives du personnel, mandataires du personnel, leur mandant, à qui elles sont tenues de rendre compte.

A ce jour, c'est le pragmatisme qui l'emporte en fonction de la situation de chaque entreprise.

En droit encore, la confidentialité requise par l'article visé continue-t-elle de s'imposer à tous ceux qui en ont connu lorsque le mandat ad hoc ou la conciliation ont pris fin ? Afin de ne pas ruiner l'indispensable capital confiance, la réponse ne peut être qu'affirmative.

L'information financière donnée au marché par les entreprises en difficulté illustre encore la contradiction à laquelle sont confrontées les entreprises cotées qui bénéficient d'une procédure conventionnelle de prévention, mandat ad hoc ou conciliation. L'Autorité des marchés financiers rappelle, dans une recommandation mise en ligne le 28 juillet 2009¹, que le déclenchement d'une procédure de prévention, et son exécution dans le temps ne suspend pas, par principe, les obligations d'informations imposées par la réglementation boursière, mais ajoute que si le marché n'a pas à être informé du déclenchement d'une procédure de prévention dès lors qu'elle reste confidentielle, le marché doit connaître la situation financière générale de l'entreprise et son évolution récente.

L'entreprise cotée bénéficiaire d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation pourrait donc ne pas les révéler, mais elle ne serait pas pour autant exonérée d'un devoir d'information au marché sur sa situation financière avec toutefois une exception qui est pour l'entreprise, émetteur de l'information, la "mise sous embargo" de l'information pour un temps limité afin de ne pas porter atteinte à ses intérêts légitimes².

Très justement l'Autorité des marchés financiers observe que les procédures de prévention font apparaître des obligations contradictoires, respect de la confidentialité en application de l'article L. 611-15 du code de commerce et obligation de transparence découlant des articles 223-1 et suivants de règlement général de l'AMF.

Et l'Autorité de recommander de l'informer de l'existence d'une procédure de prévention. Cette recommandation est certainement à retenir³.

¹ Site de l'AMF : www.amf-france.org

² "danger grave et imminent menaçant la viabilité financière de l'émetteur".

³ Sociétés cotées en bourse et procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, Dominique Bonpoint et François Kopf - Journal des sociétés, septembre 2009.

Une étude approfondie récente intitulée "Sociétés cotée en bourse et procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire" souligne le "télescopage explosif" qui existe entre le droit boursier et le droit des procédures collectives mais également l'évolution "qui pourrait avoir rendu désormais moins complexe la réalisation d'une opération de sauvetage portant sur une société cotée en bourse". Il en est ainsi par exemple de certaines solutions de conversion de créances en titre de capital dont la validité a été entérinée par l'ordonnance du 18 décembre 2008.

Appliquées au domaine économique touchant à l'entreprise en difficulté, les procédures conventionnelles s'inscrivent à l'évidence dans le cadre des modes alternatifs de règlements des conflits, elles reposent en effet sur la négociation menée avec les partenaires de l'entreprise, les créanciers institutionnels, banques, fournisseurs, clients et bien d'autres en fonction de la nature des difficultés à résoudre par les mandataires ou conciliateurs désignés par le président du tribunal, les missions sont menées sous son autorité, il lui en est obligatoirement rendu compte tant au regard de leur avancement que des obstacles rencontrés.

Le président a toute possibilité avec le discernement et la prudence qui s'imposent d'imaginer des pratiques innovantes destinées notamment à soutenir l'action des mandataires et conciliateurs et donc,

- il peut, le mandataire ou le conciliateur à ses côtés, présider une réunion à laquelle les banques auront été invitées,
- il a de même la possibilité d'appuyer les mandataires et conciliateurs dans leurs interventions auprès des donneurs d'ordres qui commandent l'activité de l'entreprise et aussi des principaux fournisseurs,
- il peut rencontrer les actionnaires en conflit afin de les inviter à coopérer avec le conciliateur ou encore les représentants de personnel pour lever d'éventuels malentendus,
- il peut appuyer les démarches faites auprès du médiateur du crédit, du Trésorier-Payeur Général, de L'URSSAF,

le président doit prendre connaissance avec attention des rapports que lui adressent les mandataires et conciliateurs qu'il a désignés et, plus généralement, leur apporter la preuve, par l'intérêt qu'il manifeste aux affaires dont ils ont la charge, qu'ils ont son entier et permanent soutien.

Il remplit alors directement la mission de conciliateur qu'il tient de l'article 21 du code de procédure civile.

Par ailleurs, les personnalités que le président a désignées par voie d'ordonnance, sont des médiateurs ou conciliateurs mettant sous l'autorité et l'aura du tribunal, leurs qualités professionnelles, leurs compétences, et leur expérience au service d'un objectif, celui d'assurer la continuité de l'entreprise en évitant le conflit ou en lui trouvant une solution.

Nommés par le président du tribunal dans le cadre d'une procédure consacrée par la loi et agissant sous son autorité, lui rendant compte régulièrement de l'avancement de leur mission, ils apportent aux créanciers et notamment aux banques avec lesquelles la négociation s'engagera, la légitime sécurité qu'ils sont en droit d'attendre.

Nous verrons qu'avec la sauvegarde le même objectif est poursuivi et que la procédure étant ouverte, une large place est offerte à la négociation et à la conciliation d'intérêts opposés.

1.3 La sauvegarde

La procédure de sauvegarde peut être considérée comme un très bel exercice de recherche de conciliation.

Dans le but d'améliorer l'accessibilité et l'attractivité de la sauvegarde, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a assoupli les conditions de son ouverture et renforcé les pouvoirs des dirigeants sur l'administration et la réorganisation de l'entreprise¹.

Le dirigeant, dont l'entreprise n'est pas en cessation des paiements, qui a seul le pouvoir de demander au tribunal l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, devra justifier des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter, mais n'aura plus à démontrer qu'elles sont de nature à conduire l'entreprise à la cessation des paiements. On observera que la responsabilité du juge s'en trouve accrue, il lui faudra en effet veiller à ce que la procédure ne soit pas dévoyée, qu'elle soit donc utilisée, pour réorganiser l'entreprise et assurer sa continuité, et non pour la mettre à l'abri de ses créanciers et devenir ainsi un moyen de concurrence déloyale.

Le tribunal ayant ouvert la procédure de sauvegarde à la requête du dirigeant de l'entreprise, c'est ensuite un processus fondé pour l'essentiel sur la négociation et la consultation des partenaires de l'entreprise qui va se dérouler en vue d'aboutir, si possible, à l'adoption par le tribunal du plan proposé par le dirigeant au terme d'une large concertation.

¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant sur la réforme du droit des entreprises en difficulté - JORF 19 déc 2008.

Tout d'abord le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel et le mandataire judiciaire qui représente les créanciers et agit dans leur intérêt collectif sont "informés et consultés sur les mesures que le débiteur envisage de proposer dans le projet de plan au vu des informations qu'il aura reçues¹. Ils le seront également ainsi que le ou les contrôleurs, sur le bilan économique et social et sur le projet de plan qui leurs sont communiqués par l'administrateur et complétés, le cas échéant, de ses observations"²

Les remises de dettes et l'octroi de délais de paiement seront sollicités par le débiteur lors de la consultation des créanciers. Les délais obtenus permettront de déterminer la durée du plan.

S'agissant des créances publiques, c'est également par la négociation qu'un résultat heureux pourra être espéré.

Celui-ci sera facilité par la nouvelle rédaction de l'article L 626-6 dont le premier alinéa a été amputé de la phrase "concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers". Les créanciers publics devraient donc pouvoir effectuer des remises de dettes même lorsque d'autres créanciers n'ont pas consenti d'effort ou tout simplement parce qu'il n'y avait pas d'autres créanciers.

Dans les entreprises dont les comptes sont certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable et dont le nombre des salariés est supérieur à 150 ou le chiffre d'affaires de plus de 20 millions d'euros, la constitution et la consultation des comités de créanciers sont obligatoires³.

Les comités de créanciers des établissements de crédit et des fournisseurs et, le cas échéant, l'assemblée des obligataires sont consultés sur le projet de plan, de plus, tout créancier membre d'un comité peut également soumettre au débiteur des propositions concernant l'élaboration du plan et c'est lorsque le projet de plan a été adopté que le tribunal, après s'être assuré que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés, arrêtera le plan⁴.

¹ Art L 626-8 - 1^{er} alinéa du code de commerce

² Art L 626-8 - 2^{ème} alinéa du code de commerce

³ Art L 626-29 et R 626-52

⁴ Le cas échéant si une modification du capital est prévue par le plan, le tribunal devra vérifier que l'assemblée ou les assemblées compétentes ont approuvé le projet de plan (art L 626-31 et L 626-3)

Soulignons ici qu'une phase de discussion entre le débiteur, l'administrateur et les comités est expressément prévue par l'article L 626-30.2 3^{ème} alinéa qui précise que c'est après discussion que les comités se prononcent sur le projet de plan "le cas échéant modifié" : et rien n'interdit que le projet de plan puisse être modifié après la discussion mentionnée¹

Ce cheminement effectué sous l'autorité du tribunal traduit la recherche d'un consensus fondé sur une large concertation source d'éclairages multiples et bénéfiques.

Des intérêts opposés peuvent ainsi devenir convergents.

Et nous ajouterons qu'en ce domaine il y a place pour des pratiques innovantes qui pourront faciliter la démarche négociée et son aboutissement. Le juge ne doit pas être timoré et c'est toujours la finalité de la loi qui doit le guider. C'est ainsi que le premier "prepackaged plan" ou plan apprêté a été approuvé par le tribunal de commerce d'Evry² permettant dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ouverte le 18 février 2009 d'arrêter le 6 avril un plan voté par les comités des créanciers et l'assemblée des obligataires le 20 mars. C'est la préparation du plan en amont de l'ouverture de la procédure qui a permis cette rapidité réduisant d'autant ses effets négatifs. Si le plan apprêté n'est pas consacré par la loi, celle-ci ne l'interdit pas et le tribunal en a tiré les conséquences utiles.

1.4 La médiation du crédit

Cette procédure d'exception instaurée par les pouvoirs publics et destinée à répondre aux profondes turbulences du moment s'inscrit dans un contexte où des solutions négociées seront recherchées.

Les entreprises doivent user de la médiation du crédit en cas de besoin, les banques n'y voient nullement un geste inamical.

Cette procédure s'inscrit dans le cadre des nombreuses mesures mobilisant l'ensemble des décideurs économiques des départements et notamment le Trésorier-Payeur Général, le Directeur de la Banque de France, le Président de la Fédération bancaire, le médiateur du crédit, le directeur du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle. Elles font l'objet d'un suivi mensuel sous la présidence du Préfet. C'est ainsi un réseau de confiance qui a été créé, le tribunal de commerce y a sa place.

¹ En ce sens "les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 - Christine LEBEL Gaz. Pal. Numéro spécial - n° 65 à 66 du 6-7 mars 2009

² TC Evry 6 avril 2009 n° 2009L00935 François Xavier Lucas - Sauvegarde d'Autodistribution : le premier "prepackaged plan" à la française. L'essentiel, n°4, juillet 2009.

On soulignera l'importance de la médiation du crédit aux yeux des pouvoirs publics. L'accord de place la pérennisant jusqu'à la fin de l'année 2010 et pouvant être prorogé ensuite, signé à l'Élysée le 27 juillet 2009¹ en apporte la preuve. Les tribunaux de commerce, premiers concernés par la sauvegarde des entreprises, ne peuvent que se réjouir de l'existence d'un tel accord qui confortera leur action et celle des mandataires et conciliateurs qu'ils désignent.

L'engagement des banques d'accompagner les entreprises sur la recommandation du médiateur fondée sur une analyse technique individuelle de chaque cas doit être salué.

2 *Le droit de la concurrence*

Les modes alternatifs de règlement des conflits s'y développent. Le juge de l'économie doit connaître cette tendance lourde.

Il est possible d'affirmer que l'économie libérale et la concurrence sont consubstantielles. Ce principe est vérifié lorsque l'on observe la situation qui prévaut dans les pays industriels et démocratiques.

Le concept de concurrence préside aux travaux de l'organisation mondiale du commerce, il est au cœur du droit des États-Unis d'Amérique, du droit communautaire et de notre droit national.

Les éléments constitutifs de la concurrence sont pour les entreprises, l'accès au marché qui doit être libre, les entreprises pouvant pénétrer sur le marché sans se heurter à des obstacles artificiels. Elles doivent disposer d'une liberté d'action et disposer ainsi d'une autonomie dans la détermination de leur politique sur le marché.

Enfin les utilisateurs et les consommateurs doivent disposer d'une liberté de choix qui passe par l'intermédiaire des offreurs².

¹ Lors de cette réunion présidée par Madame Lagarde ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, messagère de monsieur le Président de la République, l'accord de place a été signé par le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, le médiateur du Crédit, le Gouverneur de la Banque de France, le Président de la Fédération bancaire française et les présidents ou directeurs généraux du Crédit Agricole, du Crédit Mutuel, de Dexia, du groupe Banques Populaires, de la Banque fédérale des banques populaires, de la Caisse nationale des Caisses d'Épargne, de la Société Générale et de la BNP Paribas.
Au 20 juillet 2009, la médiation du crédit avait permis de débloquer 1,16 milliards d'euros de crédit au profit de 6015 entreprises, préservant ainsi 118.012 emplois.

² Droit commercial européen, Berthold Goldman, Antoine Lyon-Caen, Louis Vogel, précis Dalloz 5^{ème} édition page 368 et 369 paragraphe 494

Les pratiques anticoncurrentielles prohibées sont définies aux articles L 420-1 du code de commerce¹, de même le sont l'exploitation abusive d'une position dominante ou de l'état de dépendance économique d'un client ou d'un fournisseur (art L420-2).

Sous l'angle du droit communautaire, le même souci de protéger la concurrence se retrouve. La concurrence est le fondement de l'économie européenne. Le traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la communauté économique européenne a posé les règles de concurrence applicables aux entreprises.

L'article 81² du traité interdit les pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres sachant que le paragraphe 3 de cet article prévoit de déclarer inapplicable cette interdiction aux accords, décisions ou pratiques générateurs de progrès économiques, les restrictions apportées à la concurrence étant limitées à ce qui est indispensable à l'atteinte des objectifs et sans élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

¹ L 420-1 : "Sont prohibées, (L. n°2001-420 du 15 mai 2001, art. 52) "même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France," lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement

² Art. 81 (ancien art. 85)

- 1 Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :
 - a) Fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;
 - b) Limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;
 - c) Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;
 - d) Appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
 - e) Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.
- 2 Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.
- 3 Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :
 - à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
 - à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
 - à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées, qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :
 - a) Imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;
 - b) Donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

L'article 82 déclare pour sa part "incompatible avec le marché commun et interdit dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci".

Aux termes de l'article L 461-1 du code de commerce résultant de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 "l'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante. Elle veille au libre jeu de la concurrence. Elle apporte son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international".

La préservation de la concurrence au regard du fonctionnement du marché est de la compétence de l'Autorité de la concurrence. Les tribunaux judiciaires et en l'occurrence les tribunaux de commerce ainsi qu'en dispose l'article L. 420-7¹ sont compétents pour connaître des litiges relatifs à l'application des règles contenues dans les articles L 420-1 à L 420-5 ainsi que dans les articles 81 et 82 du traité instituant la communauté européenne "

Le droit de la concurrence pièce maîtresse de l'économie libérale concerne directement le juge du commerce appelé à connaître des litiges concernant ce droit.

L'Autorité de la concurrence peut être amenée, pour sa part, dans sa mission de défense de l'ordre public économique à mettre en œuvre des procédures alternatives ou accessoires aux sanctions. Au plan européen la commission peut agir de même, le droit de la concurrence est donc un domaine où les modes alternatifs de règlement des conflits peuvent s'exprimer, qu'il s'agisse du droit national ou du droit communautaire.

¹ Article L 420-7 : "sans préjudice des articles L 420-6 [prévoyant une sanction pénale], L 462-8, L 463-1 à 463-4, L 463-6, L 463-7 et L 464-1 à L 464-8 [c'est-à-dire les articles concernant l'Autorité de la concurrence] les litiges relatifs à l'application des règles contenues dans les articles L 420-1 à L 420-5 ainsi que dans les articles 81 et 82 du traité instituant la communauté européenne et ceux dans lesquels ces dispositions sont invoquées, sont attribuées selon le cas et sous réserve des règles de partage de compétence entre les ordres de juridiction, aux tribunaux de grande instance ou aux tribunaux de commerce dont le siège et le ressort sont fixés par décret en conseil d'Etat. Ce décret détermine également le siège et le ressort de la ou des cours d'appel appelées à connaître des décisions rendues par ces juridictions".
Pour l'application de l'art. L 420-7, l'article R 420-3 a retenu les tribunaux de commerce de Marseille, Bordeaux, Lille, Fort de France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes.

2.1. Le droit national

La procédure de non contestation des griefs, la procédure de clémence et la procédure d'engagements sont les procédures alternatives aux sanctions ou accessoires à celles-ci.

2.1.1. La procédure de non contestation des griefs.

L'article L 464-2 III du code de commerce modifié par l'ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 dispose que "lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction".

La non contestation des griefs assortie d'engagements de modification de comportement pour l'avenir acceptés par l'Autorité de la concurrence peut donc aboutir à une diminution sensible de la sanction pécuniaire. Cette procédure présente un avantage certain quand on sait que le montant maximum de la sanction prévu par l'article L 464-2 I 4^{ème} alinéa est de 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

La réforme de novembre 2008 dissocie la non contestation des griefs de la prise d'engagements comportementaux permettant d'obtenir une réduction supplémentaire de la sanction pécuniaire.

Cette procédure est considérée comme de plus en plus attractive. Selon le rapport annuel 2008 de l'Autorité de la concurrence, un taux de réduction d'amendes de 10% est envisageable dans les cas de non contestation simple sans prise d'engagements allant au-delà de l'adoption d'un programme de conformité minimum de formation et d'information interne. Des engagements touchant aux structures et allant, par conséquent, au-delà de simples mesures de formation et d'information peuvent autoriser des réductions dont le taux peut être de l'ordre de 15% à 30%.

La procédure de non contestation des griefs a été appliquée dans six décisions en 2008.

2.1.2. La procédure de clémence

Cette procédure est régie par les dispositions de l'article L 464-2 IV qui dispose q'"une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont le conseil ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. A la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, l'Autorité de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l'économie, adopte à cette fin un avis de clémence qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée, après que le commissaire du gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné ont présenté leurs observations ; cet avis est transmis à l'entreprise ou à l'organisme et au ministre, et n'est pas publié. Lors de la décision prise en application du I du présent article, l'Autorité peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder des exonérations de sanctions pécuniaires proportionnés à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction."

Un membre de l'entente s'en sépare, apporte des éléments permettant d'identifier ceux qui en font partie et sollicite la clémence dans les termes de l'article visé. Cette démarche est effectuée auprès du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence. (art R 464-5 du code de commerce).

Cette procédure a sans doute un mérite, celui de l'efficacité.

Le conseil de la concurrence a fait application de cette procédure deux fois en 2008 comme précédemment en 2007 et 2006¹.

Les modes alternatifs de résolution des conflits mis en œuvre auprès de différentes instances ou juridiction peuvent se contrarier.

Nous avons connu pareille situation en 2005 lorsqu'une procédure de clémence engagée devant le conseil de la concurrence et une conciliation ouverte par le juge des référés ont été concomitantes.

Trois importantes sociétés dont deux pétrolières étaient concernées.

L'une d'elle avait dénoncé l'entente concurrentielle qui existait entre elles et rompu le contrat dont elle résultait.

¹ Rapport annuel 2008 de l'Autorité de la concurrence.

L'autre contestait cette rupture brutale aussi bien que l'entente dénoncée et demandait au juge des référés d'ordonner la continuation du contrat afin de conjurer un dommage imminent dont elle serait victime.

A l'initiative du juge les parties se déclarèrent prêtes à rechercher les termes d'une conciliation. Mais pour aboutir et mener la négociation, un minimum de temps était nécessaire pendant lequel les accords litigieux devaient rester en vigueur, ce qui était incompatible avec la procédure de clémence et l'obligation dont elle était assortie de faire cesser immédiatement l'entente.

Les audiences de référé se sont tenues dès la première en présence du rapporteur général du conseil de la concurrence.

Une première ordonnance a dit que les parties engageraient sans délai une négociation destinée à aménager les conséquences d'une rupture contractuelle afin de préserver leurs intérêts dans le strict respect du droit de la concurrence.

Cette même décision a ordonné la suspension des effets de la lettre portant cessation d'application des contrats pendant une durée de deux mois.

Il a été donné acte à la société bénéficiant de la procédure de clémence de son opposition à la dite suspension et la date d'une audience d'étape a été fixée.

Les négociations se sont déroulées sur une période de deux mois. Elles ont abouti et un protocole d'accord transitoire a été signé.

Lors de la dernière audience de référé, il a été constaté que les parties s'étaient conciliées, le protocole d'accord transitoire a été homologué.

Dans un contexte particulièrement délicat et avec le souci de préserver tous les intérêts en présence, le pragmatisme a prévalu.

2.1.3. La procédure d'engagement

Aux termes de l'article L 464-2 I § 1 du code de commerce modifié par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 "l'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi accepter les engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux préoccupations de concurrence.

Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions, soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés".

Le terme "pratiques anticoncurrentielles" a été remplacé par celui de "préoccupations de concurrence" ce qui est pour le moins assez flou.

Toujours est-il qu'en contrepartie d'engagements acceptés par l'Autorité de la concurrence et tenus, cette dernière peut ne pas prononcer de sanctions pécuniaires. Le détail de la procédure est défini par l'article R 464-2 du code de commerce. On retiendra qu'après une évaluation préliminaire des pratiques en cause effectuée par le rapporteur et communiquée aux entreprises concernées puis à l'auteur de la saisine et au commissaire du gouvernement, les entreprises, formaliseront leurs engagements qui seront communiqués à l'auteur de la saisine et au commissaire du gouvernement. Un résumé de l'affaire sera publié par le rapporteur général afin que tout tiers intéressé puisse présenter ses observations, lesquelles seront versées au dossier.

Les engagements souscrits auront à répondre à chacune des préoccupations de concurrence énoncées par l'Autorité. Parmi les engagements susceptibles d'être pris figurent les programmes de conformité. Ceux-ci s'inscrivent parfaitement dans la démarche négociée destinée à résoudre ou éviter un conflit. Si la loi en tant que telle doit naturellement être respectée, l'intérêt que les opérateurs économiques ont de s'y conformer est aussi un puissant moteur. Afin d'éviter les conséquences financières lourdes de la sanction en cas d'infraction, il sera intelligent et profitable de l'éviter. Tel sera l'objectif des programmes de conformité qui s'attachent au comportement. La volonté affichée de respecter la loi et donc l'engagement de la Direction, l'information et la formation des salariés, la mise en place de procédures de contrôle et l'évaluation, le tout placé sous l'autorité d'un dirigeant responsable, sont le gage du succès. Plusieurs expériences en apportent la preuve ; elles sont nombreuses aux Etats-Unis.

Ce mode alternatif de règlement des conflits connaît un succès grandissant et quatre nouvelles décisions d'acceptation d'engagements ont été rendues en 2008.

L'étude thématique¹ publiée dans le rapport annuel 2005 du Conseil de la Concurrence observait à ce sujet que "la concertation [était] un moyen probablement plus efficace que la voie autoritaire des injonctions, qui risquent d'être contestées, contournées ou appliquées à minima".

¹ Etude thématique : sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence : les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence, rédacteurs Christophe Lemaire, Denis Lescop, Irène Luc, Nadine Mouly - rapport annuel 2005 page 177.

2.2. Le droit communautaire

La même panoplie de modes alternatifs de règlement des conflits se retrouve dans le droit communautaire de la concurrence. Ce sont les décisions d'engagements, la politique de "clémence" et la politique de "transaction".

2.2.1. Les décisions d'engagement

La pratique des solutions négociées est ancienne mais le règlement n°1/2003¹ donne désormais une base légale aux décisions que peut prendre la commission lorsqu'elle envisage de prendre une décision rendant obligatoire les engagements pris par les entreprises.

Son considérant 13 indique que la commission doit pouvoir par décision rendre obligatoires les engagements pris par les entreprises concernées par une procédure susceptible de déboucher sur l'interdiction d'un accord ou d'une pratique. Le considérant ajoute qu'une telle décision devrait constater qu'il n'y a plus lieu que la commission agisse sans établir s'il y a eu ou s'il y a toujours infraction. Le même considérant précise encore que la décision de la commission est sans préjudice de la faculté qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des Etats membres de faire une telle constatation et de statuer sur l'affaire.

On imagine mal cependant qu'une autorité ou une juridiction d'un Etat membre statue dans un sens différent de celui de la commission, le principe d'application uniforme du droit communautaire de la concurrence qui fait l'objet de l'article 16 du règlement s'y oppose.

Nous retiendrons ici, selon les termes de l'article 9 1^{er} alinéa du règlement que "lorsque la commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la commission agisse".

¹ Règlement 1/2003 du conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité - JOCE 4-1-2003.

Le second alinéa de l'article 9 permet à la commission de rouvrir la procédure, sur demande ou, de sa propre initiative :

- "a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important
- b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements, ou
- c) si la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties".

La négociation permettant d'arriver à un accord présente certainement un intérêt indéniable pour les entreprises, encore faut-il être attentif aux conditions dans lesquelles cette négociation interviendra, et notamment le risque pour l'entreprise de devoir payer une amende¹ ne doit pas devenir une pression inacceptable.

Les droits des tiers sont protégés, ils sont informés préalablement à la décision de la commission et peuvent présenter des observations², ils disposent d'un recours en annulation contre la décision d'engagement devant les juridictions communautaires et surtout, la commission quelle que soit la marge d'appréciation dont elle dispose dans le cadre de l'article 9 du règlement pour prendre une décision contraignante d'engagement, est soumise au respect du principe de proportionnalité.

Un tiers qui serait indûment affecté par une décision d'engagement pourrait la contester ainsi qu'il ressort de l'arrêt *Alrosa/De Beers*.³

2.2.2. La politique de clémence

Incitée à devenir "repentante" pour bénéficier d'une exonération ou d'une réduction d'amende, l'entreprise qui va collaborer avec la commission et se déclarer coupable, va également dénoncer les agissements de ses concurrents ; à cet égard, la vigilance s'impose car la dénonciation peut aller au-delà de la réalité dans le but d'affaiblir les concurrents en les exposant à supporter une amende forte et peut être excessive.

Ce mode de règlement des conflits est à coup sûr efficace comme l'expérience le montre, mais sa mise en œuvre doit être encadrée.

¹ Si même le considérant 13 du règlement n°1/2003 dispose que "De telles décisions [de rendre les engagements obligatoires] ne sont pas opportunes dans le cas où la commission entend imposer une amende" mais qui n'est qu'une déclaration d'intention.

² Article 24 paragraphe 4 du règlement 1-2003

³ TPI 11 juillet 2007 cité par Denis Waelbroeck dans son intervention "le développement en Europe des solutions négociées - engagements, clémence, non contestation des griefs - que va-t-il rester aux juges ? Gaz. Pal. du 22-26 août 2008 n° 235 à 239"

2.2.3. La politique de transaction

La commission a naturellement un intérêt évident à traiter rapidement bon nombre d'affaires qui, sauf procédure de transaction, nécessiteraient une procédure longue et la mise en œuvre de moyens lourds et dispendieux.

De plus, lorsque la politique de clémence est en cours et que la négociation est engagée avec l'entreprise dénonciatrice, il n'y a plus de possibilité pour la commission de négocier avec les entreprises dénoncées, sauf le cas où elles pourraient apporter un complément utile à l'enquête diligentée par la commission.

L'intérêt de transiger existe également pour l'entreprise qui peut espérer éviter une amende et en terminer rapidement sans exposer des dépenses non négligeables liées au déroulement d'une procédure complexe.

Ceci étant, il y a lieu de souligner que le règlement (CE) de la commission du 30 juin 2008¹ dispose en son article 1 insérant un nouvel article 10 bis dans le règlement (CE) 773/2004 modifié que si les parties ont manifesté leur intérêt à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction et si les discussions progressent, la commission pourra leur impartir un délai pour s'engager à suivre la procédure de transaction en présentant des propositions de transaction et en reconnaissant leur participation à une infraction à l'article 81 du traité ainsi que leur responsabilité.

La question se pose de savoir si une telle procédure de "transaction" prévoyant une reconnaissance de culpabilité dans laquelle les entreprises sont invitées à renoncer à l'essentiel de leurs droits procéduraux -sous peine d'amendes- est compatible avec les droits de la défense et le principe de non auto-incrimination².

En d'autres termes, une procédure de transaction peut-elle priver le justiciable de son droit au juge ? La convention européenne des droits de l'homme dispose en effet, en son article 6, que "toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle".

¹ Règlement (CE) n° 6221/2008 de la commission du 30 juin 2008 modifiant le règlement (CE) n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente - Journal Officiel de l'Union européenne - 1^{er}.07.2008.

² Telle est la question posée par Denis Waelbroeck dans son intervention "le développement en Europe des solutions négociées" précitée.

L'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose de même que "toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi préalablement par la loi".

Or le considérant 37 du règlement 1/2003 énonce que "le présent règlement respecte les droits fondamentaux et les principes reconnus en particulier par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En conséquence, il doit être interprété et appliqué dans le respect de ces droits et principes".

Quand bien même le droit pour l'entreprise ayant accepté la transaction existerait il de faire un recours devant le juge, on voit cependant mal ses chances de succès puisqu'elle combattrait un accord accepté par elle pour une infraction que, par hypothèse, elle aurait reconnue.

La transaction, mode alternatif de règlement d'un conflit, n'est en l'occurrence, pas sans soulever certaines interrogations et critiques.

Une conclusion mesurée s'impose et, sur ce point, nous citerons le Président Hubert Legal, intervenant lors du colloque consacré au développement en Europe des solutions négociées : "Peut-être ne faut-il pas pour autant jeter la pierre aux transactions, au moins dans les cas réels où elles produisent un surplus économique pour l'intérêt général" et de plus, il ne faut pas oublier que "le contrôle de légalité a posteriori, est un système très efficace si l'administration accepte d'être soumise pour toute son action, à des règles claires, non ambiguës, universelles et d'application homogène dont le non respect entraîne la nullité de ses actes"¹.

*

* *

¹ Hubert Legal, conseiller d'Etat, ancien Président de chambre au tribunal de première instance des Communautés européennes - intervention lors du colloque "pour une justice économique efficiente en Europe - le développement en Europe des solutions négociées" précité - Gaz. Pal. 22/26 août 2008 n° 235 à 239.

Conclusion de la seconde partie

En conclusion de cette seconde partie il apparaît que, dans le domaine de l'économie, l'intérêt des procédures conventionnelles n'est plus à démontrer, le taux de réussite des mandats ad hoc et des conciliations est élevé, de l'ordre de 65 à 70 % et l'association pour le retournement des entreprises (ARE) indique, pour sa part, que sur 90 dossiers ouverts durant le premier trimestre 2009, 30 ont été clos sur la même période et 28 sauvés¹.

Mais, surtout, il faut souligner que ces procédures conventionnelles dont le dirigeant de l'entreprise peut seul prendre l'initiative, ont pour objectif la recherche d'un accord que la négociation permettra souvent de trouver et, qu'à ce titre, elles ont toutes leur place parmi les modes alternatifs de règlement des conflits.

Notons ici que le domaine délicat des sanctions laisse une place ouverte à la prise en compte par le tribunal de la contribution suffisante au paiement du passif apportée par le dirigeant pour le relever de tout ou partie des déchéances et interdictions et de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective (art. L. 653-11 3^{ème} alinéa).

De même le dirigeant pourra être relevé par le tribunal de l'interdiction de gérer, administrer ou contrôler une entreprise s'il apporte la preuve d'une capacité acquise (art. L. 653-11 4^{ème} alinéa).

La justice apaisée fera, ici encore, utilement son œuvre.

Pour ce qui est du droit de la concurrence et donc dans un contexte particulier puisque c'est avec l'Autorité de la concurrence ou la Commission de Bruxelles que l'entreprise assistée de ses conseils mettra un terme aux actions prohibées et négociera des engagements, les procédures alternatives connaissent également un succès grandissant.

Leur efficacité au regard de la voie autoritaire est établie.

¹ La lettre de l'ARE - Retours - n° 6 juin 2009 - Indicateur ARE avancé des difficultés des entreprises. Les procédures amiables de prévention permettent aux entreprises de surmonter leurs difficultés financières (page 2).

Le juge du commerce qui a à connaître des atteintes à la concurrence ne saurait ignorer le développement des modes alternatifs de résolution des conflits en ce domaine.

De plus, la conciliation ouverte sous son autorité peut, nous l'avons vu, se heurter à celle qui est menée au sein d'une autre instance que le tribunal.

Le juge de l'économie se doit d'être attentif au développement des modes alternatifs de résolution des conflits dans la sphère du droit de la concurrence dont l'intérêt pour les entreprises et le marché ne sont plus à démontrer.

CONCLUSION GENERALE

Le juge a reçu de la loi, l'article 12 du code de procédure civile, la mission de trancher les litiges¹ mais également celle de concilier les parties selon l'article 21² de ce même code.

La première a pris le pas sur la seconde. Aujourd'hui une réflexion est engagée avec le souci de mettre en lumière le rôle de conciliateur du juge et de l'inviter à agir.

Peut être est-ce là un signe de maturité de notre temps comme le droit comparé nous le montre ; cette tendance se rencontre en effet dans de nombreux pays européens notamment³.

La dynamique de la conciliation est engagée et dans son sillage celle de la médiation, moyen privilégié de la conciliation.

Amener les parties à prendre le recul nécessaire, retirer du débat la passion qui aveugle avec ou sans l'intervention d'un tiers est le devoir du juge. Celui-ci leur permettra peut être de comprendre que faire valoir leur droit ne doit pas les empêcher de discerner leur intérêt. A l'unanimité, les rapporteurs régionaux partagent cet avis et l'ont brillamment exprimé dans leurs rapports respectifs.

A l'époque où l'autorité est contestée, s'efforcer de régler les conflits dans un contexte apaisé évitant l'enlisement est, pour le juge, une mission noble qui donne à la justice toute sa crédibilité.

En aucune manière les modes alternatifs de règlement des conflits ne désengagent le juge. Bien au contraire, il lui appartient d'être présent et disponible tout au long du déroulement de la procédure alternative. Souvent à l'initiative de sa mise en œuvre le juge restera présent jusqu'à son aboutissement. C'est à lui encore qu'il reviendra de donner, par son homologation, la force exécutoire à l'accord trouvé.

Les pratiques innovantes lui sont ouvertes -ce qui n'est pas interdit est autorisé- pour autant qu'il les initie prudemment. Les procédures conventionnelles de la loi de sauvegarde des entreprises en difficulté sont, à cet égard, un terrain propice aux initiatives constructives que les circonstances susciteront. La pratique en apporte l'illustration.

¹ Art. 12 1^{er} alinéa CPC "le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables".

² Supra page 5

³ Rapport J. Floch n° 3696 Le développement de la médiation dans les pays de l'Union européenne pages 13 et suivantes et Annexe 3 : réponses aux questionnaires envoyés aux ambassades de France dans les pays de l'Union.

Le juge consulaire aura à cœur de saisir les moments propices à l'ouverture d'une conciliation -c'est un réflexe qu'il doit acquérir- et il importe que les conseils soient convaincus que leur mission aux côtés de leur client est aussi de construire les termes d'un accord et non d'exacerber le conflit. C'est avec eux et leurs barreaux que la promotion des modes alternatifs de règlements des conflits doit être poursuivie¹ comme elle le sera par l'attitude du juge, son ouverture d'esprit, son charisme, sa disponibilité.

De plus en plus fréquemment les grandes entreprises prévoient contractuellement, en cas de litige, une rencontre avant toute action judiciaire, étape précisément réservée à la recherche d'un règlement amiable. C'est un signe révélateur de l'intérêt manifesté par les entreprises contractantes de se rapprocher en pareille situation pour comprendre la difficulté et si possible l'aplanir. Et par sa jurisprudence la Cour de Cassation a marqué sa faveur envers une telle démarche.

Naturellement les modes alternatifs de règlement des conflits ne permettent pas de faire la jurisprudence qui, elle seule, est à même de créer le corpus juridique de référence, facteur de sécurité par la connaissance qu'il apporte aux acteurs de l'économie²; et de plus, il est des situations où la négociation doit être exclue pour des raisons de simple morale ou lorsque l'ordre public est concerné.

Mais le juge du commerce, juge de l'économie, doit avoir à cœur de remplir sa double mission, celle de trancher les litiges et donc de créer la jurisprudence et celle de concilier, dans un souci d'apaisement et de célérité et d'humanisation des relations.

Il lui revient de préserver le consensualisme qui fonde la démarche conciliatrice et le caractère alternatif des modes de règlement des conflits examinés.

J'aimerais encore, mes chers collègues, mettre en lumière un point qui me paraît le mériter. Avec l'article 21 de Code de procédure civile amplement évoqué, nous disposons d'un texte de 11 mots. A l'époque où, à juste titre, l'empilement des textes à la rédaction parfois incertaine est déploré, une disposition claire, ouverte nous est offerte.

Comme les juges ont su construire notre droit de la responsabilité sur le fondement de six articles du Code civil et tout particulièrement du célèbre article 1382, sachons développer la conciliation, faire vivre un texte trop longtemps laissé en déshérence alors qu'il nous ouvre la porte des initiatives innovantes.

¹ On peut rappeler à ce sujet la proposition de loi adoptée par le Sénat le 11 février 2009 instituant une "procédure participative de négociation assistée par avocat" Gaz. Pal. 15/17 février 2009 qui donnerait toute sa place à ce dernier.

² Le recours au juge naturel : le tribunal de commerce - JB. Drummen Gaz. Pal. N° 178/179 27/28 juin 2007 page 29.

Nous avons montré que notre action, dans le domaine des entreprises en difficulté et de la prévention, avait permis aux procédures conventionnelles reposant sur la négociation et la conciliation d'acquiescer leur lettre de noblesse, il nous appartient aujourd'hui et d'une manière générale d'inculquer la culture de l'apaisement.

En oeuvrant en ce sens, le juge du commerce sera l'artisan d'une révolution culturelle ou peut être retrouvera-t-il un rôle qui était sans doute le sien lorsqu'au siècle du Chancelier Michel de l'Hospital, reconnu par ses pairs et respecté il rendait oralement la justice sur les foires.

Enfin et surtout, à l'instar de ce que fit Jean Monnet, il aura la grande satisfaction d'avoir contribué à "unir les hommes".

Jean-Bertrand DRUMMEN

Docteur en droit

Président du Tribunal de Commerce de Nanterre

Bibliographie

- 1) Réflexion et proposition sur la procédure civile : rapport au ministre de la justice : Jean-Marie Coulon ; Marie-Noëlle Teiller ; Emmanuelle Serraud, la documentation française - 9 janvier 1997
- 2) Célérité et qualité de la justice - la médiation : une autre voie - groupe de travail "Magendie" : médiation - 15 juin 2004
- 3) Rapport Serge Guinchard président de la commission sur la répartition du contentieux - 30 juin 2008
- 4) Conseil de la Concurrence - rapport annuel 2005 - la documentation française
- 5) Médiation et conciliation par Melina Douchy-Oudot et Julie Joly-Hurard, sept. 2006, Rép pr civ Dalloz
- 6) Rapport d'information n° 3696 déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union Européenne sur la médiation en Europe et présenté Monsieur Jacques Floch, député - 13 février 2007
- 7) Association Droit et Commerce. Où sont passés les contentieux ? 31^{ème} colloque, 31 mars-1^{er} avril 2007 - Gazette du Palais n° 178 à 179 des 27,28 juin 2007
- 8) Le dirigeant de société et le "nouveau" droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008 - Philippe Roussel Galle, revue des sociétés - février 2009
- 9) Autorité de la Concurrence - rapport annuel 2008 - la documentation française
- 10) Ecole Nationale de la Magistrature - Les modes alternatifs de règlement des conflits : le juge et la mise en œuvre de la médiation - session des 4 et 5 mai 2009 - Directeur de la session : Monsieur Jean-Claude Magendie, Premier Président de la Cour d'appel de Paris
- 11) Ecole Nationale de la Magistrature - Les modes alternatifs de règlement des conflits : les techniques de la conciliation - session des 4 et 5 mai 2009 - Directrice de la session : Madame Béatrice Brenneur, Présidente de chambre à la Cour d'appel de Lyon

- 12) Pour une justice économique différente en Europe - Enjeux et perspectives d'une harmonisation, colloque organisé par le centre de recherche sur le droit des affaires (CREDA) à la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris le 4 décembre 2007 - 1^{ère} et 2^{ème} partie, Gazette du Palais n° 233 à 234 des 20 et 21 août 2008 et n° 235 à 239 du 22 au 26 août 2008
- 13) Droit Commercial européen, Berthold Goldman, Antoine Lyon-Caen, Louis Vogel - précis Dalloz, 5^{ème} édition
- 14) Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Dominique Schmidt - Joly
- 15) Sociétés cotées en bourse et procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, Dominique Bonpoint et François Kopf - Journal des Sociétés, septembre 2009.

Annexe

Associations au service de la médiation

CMAP (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris)

39 avenue Franklin Roosevelt

75008 Paris

Tel : 01 44 95 11 40

Mail : cmap@mediationetarbitrage.com

Site : www.mediationetarbitrage.com

IEAM (Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation) *anciennement Compagnie des Arbitres-Rapporteurs et des Experts près le Tribunal de Commerce de la Seine*

47 rue de Monceau

75008 Paris

Tel : 01 53 75 08 53

Mail : ieam-paris@ieam.eu

Site : <http://www.ieam.eu>

IFOMENE (Institut de Formation à la Médiation et à la Négociation)

21 rue d'Assas

75270 Paris Cedex 06

Tel : 01 44 39 52 18

Mail : ifomene@icp.fr

Site : www.icp.fr

AME (L'Association des Médiateurs Européens)

Maison du Barreau

2-4 rue de Harlay

75001 Paris

Tel : 06 31 03 03 23

Mail : associations@avocatparis.org

Site : <http://www.mediateurseuropeens.org>

Médiation en Seine

Immeuble Ellipse

1 rue Pierre Curie

92600 Asnières sur Seine

Tel : 01 56 04 22 22

Mail : contact@mediation-en-seine.org

Site : mediation-en-seine.org

C.N.P.M.
Chambre Nationale des Praticiens de la Médiation
23 rue Terrenoire
42100 Saint Etienne
Tel : 06 08 82 02 75
Mail : cnpm@orange.fr
Site : cnpm-mediation.org