

LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES ACCORDS DE RÈGLEMENT AMIABLE*

par

Béatrice GORCHS

Maître de conférences à l'université de Savoie

RÉSUMÉ

Le Code de procédure civile contient aujourd'hui diverses procédures judiciaires à l'effet d'attribuer force exécutoire aux accords de règlement amiable. Le juge doit-il contrôler les accords qu'il revêt de la forme exécutoire ? Dans les matières où les droits sont indisponibles, la question du contrôle est résolue par le caractère obligatoire de l'homologation judiciaire de l'accord qui relève de la matière gracieuse. Le juge de l'homologation vérifie que l'accord répond aux exigences fixées par la loi. En revanche, dans les matières où les droits sont disponibles, l'objet de l'intervention judiciaire est de donner force exécutoire à un accord qui a déjà force obligatoire entre les parties, sans que les textes fournissent au juge des directives. Avec la promotion des modes alternatifs de règlement des litiges, l'on est passé du simple constat de l'accord dans un acte judiciaire à une homologation judiciaire facultative. L'étude de la jurisprudence donne désormais à voir des différences de degré dans le contrôle exercé suivant le contexte dans lequel s'opère l'accord. C'est dire que la loi a plaqué la réglementation des modes alternatifs sur les dispositions existantes du Code de procédure civile sans rien repenser du modèle procédural qu'il contient.

SUMMARY

The Civil Procedure Code today contains various judicial provisions intended to allow the enforcement of amicable agreements. Must the

* A l'origine de cette étude, l'initiative de M. Jean A. Mirimanoff, juge au tribunal à Genève et secrétaire général de GEMME-Suisse, d'organiser la prochaine journée d'étude de GEMME-Suisse sur « l'homologation des accords issus de la négociation et de la médiation ».

courts verify the agreements to which they give enforceable effect? In matters where rights are not available, the question of judicial control is resolved by the compulsory nature of judicial approval of the agreement reached on a gracious basis. The judge in charge of endorsing the agreement verifies that this complies with the requirements set down by law. In contrast, in matters where rights are available, the purpose of judicial intervention is to give enforceable effect to an agreement which is already compulsory as between the parties, and where the laws provide the courts with no directives. With the promotion of various modes of alternative dispute resolution, we have moved from a simple acknowledgement of the agreement by court order to an optional form of judicial approval. A review of the case law now illustrates different degrees of control exercised depending on the context within which the agreement intervenes. It appears that the law has adopted the current provisions of the Civil Procedure Code to the regulation of ADR, without rethinking the procedural model contained within the Code.

1. En vue de renforcer l'attractivité et l'efficacité de la transaction, la conciliation et la médiation comme modes *alternatifs* de règlement des litiges, le législateur français a cru nécessaire d'ouvrir aux parties une procédure judiciaire spéciale à l'effet d'attribuer force exécutoire à leurs accords. Ce mode de solennisation des accords de règlement amiable n'apporte, *a priori*, rien de nouveau au Code de procédure civile : les parties à un procès pouvaient déjà faire *constater* leur accord par le juge dans un procès-verbal de conciliation ou un jugement de donné-acte ayant force exécutoire. L'effet recherché à l'époque était de garantir aux parties que si l'accord, ayant force obligatoire d'une convention, n'était pas spontanément exécuté, munies d'un tel titre, elles pourraient procéder directement par voie d'exécution forcée (1). La délivrance du titre exécutoire répond-elle au seul souci d'assurer aux parties un droit à l'exécution de l'accord ?

2. La diversité des procédures judiciaires mises en place pour revêtir l'accord de la forme exécutoire donne matière à discussion : le juge doit-il contrôler, et dans quelle mesure, les

(1) Le recours à une procédure au fond à l'effet d'obtenir un jugement de condamnation sur le fondement de l'accord intervenu devient ainsi inutile. Dans ce cas, le juge doit vérifier que l'acte a valeur de transaction et peut trancher la question de la validité de la transaction : Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2000, pourvoi n° G 98-12.819 ; Cass. civ. 3^e, 23 mai 2002, *Bull. civ.*, III, n° 106. En effet, le juge rend ici une décision juridictionnelle puisqu'il sanctionne un contrat et en tire les conséquences (cf. A. Tissier, S., 1909.1.305).

accords qu'il revêt de la forme exécutoire ? L'ambiguïté des qualifications usitées par le législateur ne facilite guère la tâche du juge. Lorsque l'accord est le fruit d'une négociation amiable opérée en dehors de tout procès, la « force exécutoire » est conférée à l'acte, qualifié transaction, sur la requête de l'une des parties (art. 1441-4 NCPC). Lorsque l'accord est le résultat d'une médiation ou d'une conciliation opérée par un conciliateur de justice au cours du procès, c'est son « homologation » qui est conjointement demandée par les parties au juge (art. 131-12, art. 832-8 NCPC). Ces nouveaux textes issus de la promotion des modes alternatifs de règlement des litiges s'ajoutent au dispositif existant. C'est ainsi que lorsque l'accord résulte d'une conciliation, les parties, toujours, demandent au juge conciliateur de le « constater » dans un procès-verbal ayant force exécutoire (art. 129, 130, 131 NCPC). Et si l'accord est conclu hors de la présence du juge saisi du litige, la force exécutoire est donnée à l'acte par un jugement de donné-acte (art. 384, al. 3 NCPC).

3. Le régime, *a priori* établi, de l'acte constatant l'accord des parties intervenu au cours de l'instance, aurait-il évolué, de sorte qu'il prêterait aujourd'hui à controverse ? De l'interprétation de la jurisprudence et des textes, la doctrine majoritaire conclut que le juge saisi de l'affaire se borne à constater l'existence de l'accord des parties auquel il confère force exécutoire (2). L'on distingue alors aisément le rôle de simple constatation du juge de celui du juge homologateur qui procède, dans le cadre de son activité gracieuse, à une vérification de nature juridictionnelle à laquelle la validité et les effets de l'accord sont subordonnés. Avec la promotion du conciliateur et du médiateur, on passe du simple constat au jugement d'homologation alors qu'il s'agit toujours d'un accord des parties sur le litige dont la soumission au juge reste facultative. Si la demande d'homologation a pour effet de donner force exécutoire à l'accord (Loi n° 95-125 8 février 1995, art. 25), l'emploi du terme homologation et la référence à la matière gracieuse n'en suggèrent pas moins l'exercice par le juge d'un contrôle plus approfondi du contenu de l'accord. Bien que dénoncé comme abusif (3), le terme

(2) H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé, Procédure de première instance*, Tome 3, Sirey, 1991, p. 991 et s. ; Y. Muller, *Le contrat judiciaire en droit privé*, Thèse Paris 1, 1995, p. 298 et s. ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PU d'Aix-Marseille, 1992, p. 145 et s.

(3) G. Wiederkehr, « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires », in *Etudes A. Rieg*, Bruxelles, 2000, p. 892-893.

« homologation » est repris par le législateur pour décrire l'activité du juge de la mise en état auquel les parties soumettent leur accord, sans pour autant la rattacher à la matière gracieuse (art. 768, al. 2 NCPC). Est-ce à dire que le développement des modes alternatifs ferait éclore un nouveau « modèle de type procédural fait de liberté contrôlée et de solution négociée » (4) ? Par le canal de la force exécutoire, le juge reprendrait-il la main sur un mode qualifié d'alternatif par l'exercice d'un contrôle sur l'accord (5) ? L'interprétation n'est pas plus facile lorsque l'on se demande si la saisine par voie de requête du juge de l'accord conclu en dehors du procès implique l'application de la procédure sur requête et détermine la nature de l'intervention judiciaire.

4. A première vue, les nouveaux textes obscurcissent le rôle du juge. Il n'est pas plausible de tirer de ces dernières qualifications une logique procédurale de l'activité du juge. Il n'en demeure pas moins que les décisions rendues sur les accords des parties ne décrivent plus l'activité du juge dans les mêmes termes que le donné-acte, et qu'une étude comparative de celles-ci donne à voir des différences de degré suivant le contexte dans lequel s'opère l'accord.

5. En effet, en dehors des matières indisponibles, la loi ne ramasse plus les différentes hypothèses de résolution amiable d'un litige sous une même procédure judiciaire. Si les parties demeurent ou se placent hors de l'instance pour négocier un accord, l'instance est engagée ou reprise aux fins de donner force exécutoire à l'accord : le règlement amiable s'opère directement entre les parties en dehors des règles de l'instance. A l'inverse, là où la loi met en place des mécanismes de conciliation et de médiation, la négociation des parties reste conduite dans le cadre de l'instance relative au litige. La conciliation et la médiation sont traitées comme des procédures judiciaires qui débouchent sur une solution du litige (6). Cette approche de la matière est à première vue surprenante car, dès lors que l'on qualifie l'accord des parties de transaction, l'on ne voit pas ce qui impose de traiter différemment ces hypothèses. Cependant si l'on analyse la conciliation et la médiation comme une méthode judiciaire de règlement des litiges, autre que légaliste,

(4) X. Lagarde, « Transaction et ordre public », *D.*, 2000.217.

(5) C. Jamin, *RTD. civ.*, 1998.226.

(6) Sur cette distinction, J.-P. Viennois, « L'amiable », *Rev. gén. proc.*, 1999.471, spéc. n° 23, n° 30.

une distinction dans l'office du juge suivant que l'accord est négocié hors de l'instance (I) ou dans le cadre de l'instance (II) n'est pas infondée, mais demande à repenser le modèle procédural que les dispositions du Code de procédure civile véhiculent.

I. – LA RÉALISATION DE L'ACCORD DE RÈGLEMENT AMIABLE EN DEHORS DU JUGE

6. Dans le droit fil du rapport Coulon, le décret du 28 décembre 1998 ouvre aux parties à une transaction hors procès une procédure spéciale sur requête devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir un titre exécutoire. Cette procédure est présentée comme une mesure concrète destinée à inciter les parties à négocier avant d'engager une instance (7). L'intervention du président du tribunal de grande instance ne devrait pas être d'une nature différente de celle du juge saisi du litige auquel il est demandé de donner force exécutoire à une transaction conclue hors sa présence. Au regard des textes, cet accord de règlement amiable est une transaction qui, mettant fin au litige, a « autorité de chose jugée » (art. 2052 C. civ.). Et l'intervention du juge est ici recherchée pour conférer à la transaction ce qu'elle n'est pas, un titre exécutoire (8). Néanmoins, l'interprétation des termes de l'article 1441-4 NCPC justifierait l'exercice d'un contrôle particulier sur le contenu de l'accord (A). Convient-il de transposer cette analyse à la transaction intervenue en marge du procès (B) ?

(7) Même si le texte ne précise pas qu'il s'applique uniquement aux transactions hors procès, cette question ne devrait pas appeler discussion au vu du rapport Coulon : en ce sens, Paris, 28 janvier 2004, RG 2003/15282, Paris 22 septembre 1999, *Procédures*, 2000, n° 119, obs. R. Perrot ; dans un sens contraire : Reims, 2 mai 2006, RG 05/0290 ; Toulouse, 19 mai 2004, RG03/05030. En ce sens, C. Boillot, *La transaction et le juge*, LGDJ, PU d'Auvergne, 2003, p. 603 et s. Mais si les parties recourent aux services d'un conciliateur de justice en dehors de toute procédure judiciaire, c'est le juge d'instance qui devra donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord par application des dispositions de l'article 9 du décret du 20 mars 1978, rarement mises en œuvre.

(8) D'ailleurs, la transaction exécutoire de l'article 1441-4 NCPC constitue depuis un titre exécutoire au même rang que les décisions de justice (loi du 22 novembre 1999, art. 3, 1° de la loi du 9 juillet 1991).

A) Le rapprochement des parties en dehors du procès : la procédure particulière de l'article 1441-4 NCPC (9)

7. L'article 1441-4 NCPC reprend les termes exacts de la proposition du rapport Coulon : « *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* » (10). En voici l'esprit : « une telle procédure de solennisation, inspirée de l'*exequatur*, aura le mérite de favoriser le développement de la transaction hors procès » ; « la voie de la procédure sur requête, justice provisoire, justifie un contrôle sommaire de la transaction n'excluant pas des contestations ultérieures sur le fondement de l'article 2053 du Code civil en cas de vice du consentement, et suffit à conférer à l'accord sa force exécutoire » (11). Si la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 mai 2007, prend position sur la nature de l'ordonnance rendue en application de l'article 1441-4 en déclarant que c'est « une ordonnance sur requête au sens de l'article 812, alinéa 1^{er}, soumise aux recours prévus par l'article 496 du même code » (12), la nature du contrôle est encore en discussion au

(9) C'est cette voie qu'il convient d'emprunter pour rendre exécutoire un accord qui résulte de la mise en œuvre d'une procédure amiable de conciliation ou de médiation instituée par un contrat : sur la licéité et la portée de ces clauses de conciliation : Cass. Ch. mixte, 14 février 2003, *Bull. civ.*, n° 1 ; *D.*, 2003, p. 2480, note P. Ancel, M. Cottin ; Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-13366.

(10) Faute de dispositions spécifiques dans le texte pour déterminer le juge territorialement compétent, il conviendrait de se reporter au droit commun résultant de l'article 42 (celui où demeure le défendeur) et de l'article 46 (lieu d'exécution de la prestation de service ou de livraison effective de la chose) NCPC mais ces critères ne sont pas satisfaisants : Aix-en-Provence, 24 février 2005, *D.*, 2005, p. 3068, note L. Weiller. A moins que l'on transpose désormais les règles applicables à la compétence territoriale du juge des requêtes, à savoir celui du lieu de l'exécution de la mesure : J. Héron, *Droit judiciaire privé*, 3^e éd. par T. Le Bars, Montchrestien, 2006, n° 407.

(11) J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La documentation française, 1997, p. 60 et s.

(12) Cass. civ. 2^e, 24 mai 2007, *JCP*, 2007 II 10172, note H. Croze et O. Fradin ; *D.*, 2008.129, note J.-B. Racine et P. Julien ; *Procédures*, 2007, com. 180, note R. Perrot ; *Droit et Procédures*, nov.-déc. 2007.342, obs. Y. Desdevises. Sur les difficultés antérieures posées par la qualification incertaine de l'ordonnance dans la jurisprudence et la doctrine : H. Croze et O. Fradin, « Transaction et force exécutoire », in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006, p. 95. La Cour exclut donc tout rapprochement avec la procédure d'*exequatur* des sentences arbitrales où la requête n'est qu'un mode de transmission de la sentence. Contre la qualification d'ordonnance sur requête ainsi que l'existence de voies de recours : Ch. Jarrosson, *Rev. gén. proc.*, 1999.136 et s. En ce sens, qualifiant l'ordonnance d'acte judiciaire

stade des juridictions du fond. C'est ainsi que l'on peut lire que l'ordonnance « n'est pas un simple visa apposé automatiquement mais suppose un contrôle *minimum* du juge au moins sur la *nature* de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité *apparente* avec l'ordre public » (13) ; que la procédure est « limitée à la vérification des *conditions* posées par les articles 2044 et suivants du Code civil relatives à la *validité* des accords transactionnels conclus entre les parties » et que dès lors que « la convention ne fait pas *apparaître* de violation d'une règle d'ordre public, il convient de lui donner force exécutoire » (14) ; et de dire que « donner force exécutoire à l'acte (...) ne peut relever que de l'*imperium* du juge étatique » (15). Le juge entend bien exercer un contrôle qui paraît dépasser celui opéré dans le cadre de l'*exequatur* des sentences arbitrales (16). Reste à savoir s'il est justifié.

8. Quelque indicative que soit la forme du texte, les présidents des tribunaux conviennent qu'ils ne sont pas tenus de délivrer la formule exécutoire. Et un auteur d'observer : « si un juge est sollicité, ce n'est tout de même pas pour avaliser les yeux

non juridictionnel : S. Guinchard, « L'ambition d'une justice civile renouvelée », *D.*, 1999.67, n° 18 ; J.-B. Racine, « Les incertitudes de la transaction dite « homologuée » (à propos de l'article 1441-4 du NCPC) », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La documentation française, 2003, spéc. p. 156 et s. La qualification de l'ordonnance du Président d'ordonnance sur requête ne devrait pas remettre en cause la position de la Cour de cassation qui, dans un avis, estime que l'expulsion ne peut être poursuivie en vertu d'une transaction rendue exécutoire par ordonnance du Président du tribunal de grande instance puisque ce titre ne constitue ni une décision de justice ni un procès-verbal de conciliation exécutoire visés par l'article 61 de la loi du 9 juillet 1991. En effet, selon M. le Professeur Perrot, c'est l'absence d'instance contradictoire permettant au juge de constater le libre consentement des parties et la régularité de l'accord qui explique l'exclusion de la transaction exécutoire (Cass., avis, 20 octobre 2000, *RTD. civ.*, 2001.213, n° 9, obs. R. Perrot).

(13) Versailles, 18 juin 2003, *D.*, 2004.1332, note A. Merveille et R. Thominet.

(14) Paris, 28 janvier 2004, inédit, RG N° 2003/15282.

(15) Paris, 26 septembre 2003, *D.*, 2004.1042, note H. Kenfack.

(16) La sentence arbitrale reste un acte juridictionnel, aussi le rôle du juge de l'*exequatur* est-il limité : le juge, qui se borne à vérifier si l'acte qui lui est soumis est bien une sentence arbitrale et si ses dispositions ne sont pas manifestement contraires à l'ordre public, ne contrôle pas le contenu de la sentence. Il n'est pas certain qu'il en soit de même pour le contrôle de la qualification de l'acte de transaction quand on sait que l'existence de concessions réciproques est un élément de la définition de la transaction. Pour un avis plus nuancé comparant au contrôle exercé par le juge de l'*exequatur* : H. Croze et O. Fradin, cité *supra*, note 12, p. 102 n° 27.

fermés la requête qui lui est présentée » (17). C'est que selon cet auteur, les présidents entrevoient dans la requête unilatérale un refus d'exécution spontanée de l'autre partie à la transaction. Le juge saisi sur simple requête peut-il anticiper sur une éventuelle contestation de la transaction, en se livrant à un contrôle apparent de sa validité ? Les décisions précitées paraissent l'admettre lorsqu'elles reconnaissent aux présidents le pouvoir de vérifier, à travers un contrôle de la nature de la convention, la présence formelle de concessions réciproques (mais jusqu'à quel degré ?), ainsi que la conformité apparente de ses dispositions à l'ordre public. C'est là que la distinction délicate entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection pourrait entrer en jeu. En effet, si la règle méconnue relève de l'ordre public de protection, seule la partie protégée peut faire sanctionner sa violation. Elle peut tout aussi bien renoncer à son bénéfice. Encore faut-il qu'elle ait agi en connaissance de cause. Si l'examen des termes de la transaction ne permet pas au juge, saisi par la partie forte, de conclure que la partie faible, absente à la procédure, était informée de ces règles de protection, il peut rejeter la requête, à moins qu'il ne décide de la convoquer pour s'en assurer (18). En déclarant que c'est la procédure sur requête qui s'applique, la Cour de cassation lui donne les moyens d'opérer un tel contrôle (19) et accroît sa légitimité au regard de l'efficacité redoutable de l'ordonnance sur requête (20). Le président devra en conséquence motiver son

(17) R. Perrot, « L'homologation des transactions (NCPC, art. 1441-4) », *Procédures*, 1999, chron. 10, p. 4 n° 4.

(18) Le contraire obligerait les parties à se soumettre à la loi de protection alors que, d'un commun accord, elles ont décidé de ne pas l'appliquer. Cf. sur l'ordre public, P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2^e éd., 2005, n° 648 et s. ; X. Lagarde, « Office du juge et ordre public de protection », *JCP*, 2001 I 312 ; « Transaction et ordre public », *D.*, 2000.217, spéc. n° 12 et s., « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », *Rev. arb.*, 2001.423, n° 18 et s. ; Th. Revet, « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 1996, spéc. p. 54 n° 18 et s.

(19) Pour une application de la procédure gracieuse, qui alourdirait le contrôle : R. Perrot, cité *supra*, note 17, p. 4, n° 5. Mais le choix entre la procédure contentieuse et la procédure gracieuse n'est pas évident car si le caractère unilatéral de la requête implique l'absence d'adversaire, la charge contentieuse de la requête rend présente une partie adverse même si elle n'est pas appelée. Sur cette dualité de procédure : S. Guinchard, F. Ferrand, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Dalloz, 28^e édition, 2006, n° 944 b).

(20) Comparer avec l'analyse du texte du Professeur Perrot qui semble suivie par la jurisprudence : R. Perrot, cité *supra*, note 17. En effet, puisque l'on applique le régime des ordonnances sur requête, l'ordonnance du Président du

ordonnance. La portée d'un tel contrôle n'en demeure pas moins limitée : justice rapide, le contrôle s'arrête à l'évidence ; justice provisoire, la vérification n'a pas autorité de la chose jugée au principal. Si le président pressent une difficulté sérieuse sur la validité de la transaction, il peut rejeter la requête ouvrant au requérant la voie de l'appel ; si elle lui échappe, libre au partenaire contractuel de lui en référer par l'exercice d'un recours en rétractation ou de saisir la juridiction compétente sur le fond pour statuer sur la validité de la transaction et remettre en cause sa force exécutoire (21). Aussi ne peut-on affirmer que, dans le cadre de la procédure de l'article 1441-4 NCPC, la délivrance de la formule exécutoire relève de l'*imperium merum, imperium* à l'état pur, puisque le président exerce bien une *jurisdictio* provisoire qui ne lie pas le juge du principal. Conférer force exécutoire à la transaction hors procès ressortit plutôt à l'*imperium mixtum* car l'*imperium* est ici indissociable d'une forme de *jurisdictio* (22). C'est ce qui justifie que le président du tribunal de grande instance soit le seul titulaire de l'*imperium* (23). Le caractère juridictionnel de l'ordonnance sur requête apposant sur la transaction la formule exécutoire ne devrait pas remettre en cause sa nature contractuelle ni la purger de ses vices : le juge ne tranche rien mais procède simplement à un contrôle de l'acte avant sa mise à exécution (24). Est-ce le caractère unilatéral de

Tribunal de grande instance peut être exécutoire sur minute, sous réserve de la communication de l'ordonnance au débiteur : cf. TGI Paris (JEX), 20 mars 2000, *Procédures*, 2000, n° 145, obs. H. Croze.

(21) En ce sens, Metz, 14 mars 2006, RG 03/02923, www.legifrance.gouv.fr.

(22) Analyse confortée par Cass. civ. 2^e, 24 mai 2007, cité *supra*, note 12 : cf. les notes citées sous cet arrêt, H. Croze et O. Fradin, Y. Desdevises. Voir sur ces différentes formes de l'*imperium* : Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Etudes P. Bellet*, Litec 1991, p. 245. Selon ce même auteur, la mission du président ressortit à l'*imperium* le plus pur, aussi son contrôle minimum devrait s'inspirer de celui du juge qui est saisi d'une requête aux fins d'*exequatur* des sentences arbitrales : Ch. Jarrosson, *Rev. gén. proc.*, 1999.139. En ce sens, X. Lagarde, « Office du juge et ordre public de protection », cité *supra*, note 18, p. 748 n° 8-9, C. Boillot, *op. cit. supra*, note 7, n° 1221 et s., n° 1228 et s. Pour un contrôle minimum, J. Héron, *Rev. gén. proc.*, 1999, p. 73 et s., L. Cadiet, *JCP*, 1999 I 130, n° 18.

(23) Comparer pour une troisième voie : Y. Desdevises, « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? », *D.*, 2000.284, spéc. n° 14 et s.

(24) La demande en rétractation n'y change rien car elle provoque seulement devant le président qui a rendu l'ordonnance contestée un débat contradictoire qui permet à l'adversaire de faire valoir ses arguments pour faire échec à la mise en exécution de l'acte. Et c'est après débat contradictoire que le juge décide de réviser ou non sa position.

la requête qui justifie d'alourdir le contrôle de l'acte (25) ? Le juge qui donne force exécutoire à la transaction que lui présentent conjointement les parties au cours du procès paraît opérer un contrôle plus léger.

B) Le rapprochement des parties en marge du procès : la procédure commune de l'article 384, alinéa 2 NCPC

9. Après saisine au fond d'un juge (26), le texte pertinent pour apposer la formule exécutoire sur la transaction, serait-elle conclue durant une suspension conventionnelle de l'instance (27), est l'article 384, alinéa 3 NCPC selon lequel « *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* » (28). Le juge saisi de l'affaire qui donne force exécutoire à l'accord des parties qu'il constate au moyen d'un jugement de donné-acte opère-t-il un contrôle sur l'acte ? L'objet de ce donné-acte est moins de constater un accord des parties que de lui donner force exécutoire ; de là, l'utilisation de l'expression ambiguë « contrat judiciaire » pour désigner ce type d'accord et, ainsi, le distinguer du banal donné-acte (29). Si le juge, après avoir vérifié les consentements, se borne à « enregistrer » une opération contractuelle « sans connaissance de cause » (30), c'est son intervention qui produit,

(25) Sur ce point, l'article 1441-4 NCPC n'est pas conforme à la directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, adoptée le 9 novembre 2007 par le Parlement européen et le Conseil de l'Europe (texte non encore publié), qui, dans sa version provisoire, prévoit à l'article 5.1 relatif au caractère exécutoire des accords issus de la médiation : « Les Etats membres veillent à ce que les parties, ou l'une d'entre elles avec le consentement exprès des autres, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire (...) ». Une mise en conformité du texte pourrait avoir une incidence sur l'étendue du contrôle judiciaire.

(26) Mais les juges ayant le pouvoir de constater l'accord des parties sont plus nombreux : juge chargé de suivre la procédure, juge de la mise en état, juge des référés... Voir sur ce point, A. Laude, *op. cit. supra*, note 2, n° 229.

(27) Retrait du rôle demandé par les parties (art. 382 NCPC).

(28) L'article 281 NCPC, qui prévoit qu'en cas de conciliation au cours de l'expertise les parties « peuvent demander au juge de donner force exécutoire à l'acte exprimant leur accord », renvoie à l'article 384, al. 3 NCPC.

(29) Y. Muller, « Contrat judiciaire », *Rép. proc. civ. Dalloz*, 1996, n° 20.

(30) En ce sens, H. Solus, R. Perrot, *op. cit. supra*, note 2, n° 1184 ; Y. Desdevises, « Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de la procédure civile », *D.*, 1982.247 ; A. Laude, *op. cit. supra*, note 2, n° 217 et s. ;

en dehors de toute manifestation de volonté de sa part, un titre exécutoire (31). La difficulté est que si le juge opérant un quelconque contrôle de la légalité de l'accord, l'acte, de nature définitive, acquerrait une valeur juridictionnelle. Aussi déduit-on de la possibilité d'agir en nullité contre les contrats judiciaires et de l'exclusion de tout recours contre le jugement de donné-acte l'absence de tout contrôle. En outre, l'accord des parties qui a pour objet de résoudre le litige est une « transaction » qui a « autorité de chose jugée », voire, indépendamment de cette qualification procédurale, un « contrat » dont la « force obligatoire » et « l'effet extinctif » s'imposent au juge (32).

10. Cette analyse n'est pas pleinement satisfaisante car l'effet propre du donné acte est de conférer force exécutoire à l'accord des parties, donc de mettre à exécution un acte. Parce que les parties soumettent *conjointement* l'acte au constat du juge, il n'a pas à se prononcer sur la validité de l'acte qui n'est pas contestée. Si, ensuite, l'une des parties entend contester l'accord, elle devra saisir par voie d'action la juridiction compétente pour se prononcer sur sa validité. Voilà pourquoi le juge qui dresse un donné-acte constate simplement l'existence de la transaction qui résulte d'un protocole d'accord rédigé par les parties ou d'une convergence de leurs conclusions. Autre chose est de lui conférer force exécutoire laquelle ne peut résulter de la simple constatation judiciaire de l'accord mais suppose la manifestation d'une volonté propre du juge. Aussi convient-il de distinguer entre la question de la validité de la transaction couverte par la « force obligatoire » et la question de l'exécution conditionnée par la « force exécutoire ». Il n'est alors pas insensé de penser que l'apposition de la formule exécutoire sur l'acte suppose un contrôle de sa conformité aux dispositions d'ordre

S. Guinchard, F. Ferrand, *op. cit. supra*, note 19, n° 242 et s. ; G. Wiederkehr, cité *supra* note 3, p. 891. Comp. Y. Muller, thèse citée *supra*, note 2, spéc. n° 135 et s., n° 274 et s., qui reconnaît au juge un pouvoir de contrôle mais qu'elle relie à la décision de dessaisissement : « il doit contrôler la réalité même de l'accord, en cerner l'objet et en définir la portée afin de mesurer l'étendue de son dessaisissement » (n° 135).

(31) L'on en déduit que l'acte n'est pas un jugement mais s'apparente à un procès verbal (J. Héron, T. Le Bars, *op. cit. supra*, note 10, n° 307) ou à une mesure d'administration judiciaire (Ch. Jarroson, *Rev. gén. proc.*, 1999.140). Cf. Cl. Brenner, « Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée », *Procédures*, 2007, Etudes 13, n° 7 et s.

(32) P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. civ.*, 1999.781.

public qui lui sont applicables (33). D'ailleurs, une lecture de la convention suffit à débusquer les stipulations contractuelles contraires à l'ordre public qu'elle contient (par exemple, celles par lesquelles les parties renonceraient à des droits d'ordre public non acquis ou contreviendraient à des règles impératives) (34), sans que le juge n'ait à se prononcer sur la façon dont le litige est résolu par la transaction, ou encore sur la valeur des concessions que les parties se consentent. C'est en ce sens qu'un tel contrôle n'empêche pas les parties d'attaquer ensuite la validité de l'acte et d'anéantir sa force exécutoire. Et l'on peut penser que refuser de donner force exécutoire à un acte contraire à l'ordre public ne procède pas d'une vérification juridictionnelle (35). Peut-on exécuter par la force un acte contraire à l'ordre public ? La décision du juge relève ici de l'*imperium* à l'état pur (36). La seule difficulté qui se pose est celle des conséquences d'un refus de conférer la force exécutoire à l'acte qui viole l'ordre public. Comme cette question rejaille sur la validité de la transaction, l'exercice d'un recours contre la décision du juge paraît d'un intérêt limité. Dans cette hypothèse, les parties, qui persistent dans leur volonté, peuvent se passer du titre exécutoire et mettre à exécution spontanée leur transaction — puisqu'au fond elles sont libres de disposer de leurs droits litigieux —, tout en prenant soin de se désister de l'instance. Si l'une des parties, avisée du problème, regimbe à l'exécuter, l'autre pourra demander à la juridiction compétente d'en affirmer la validité et de la condamner à exécuter. Tant que la transaction n'est pas annulée, elle a « force obligatoire » et

(33) En ce sens, de la jurisprudence : Limoges, 22 janvier 2002, RG N° 99/1903 : « Au vu des deux protocoles d'accord transactionnel (...), il n'apparaît pas dans le contenu de cette transaction, de clauses prohibées par la loi ou contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » ; Y. Muller, thèse citée *supra* note 2, n° 142, mais la question n'est pas claire (n° 280-281), é.g. Y. Muller, « Contrat judiciaire », cité *supra*, note 29, n° 69. En ce sens, B. Faucher, *La conciliation judiciaire*, Thèse Paris II, p. 388-389.

(34) Encore que le contenu de cet ordre public renvoie à la distinction ordre public de direction et ordre public de protection, et invite le juge, en cas de méconnaissance d'une disposition d'ordre public de protection, à s'assurer auprès de la partie protégée qu'elle y a renoncé en connaissance de cause : Cf. *supra*, n° 8, note 18. Reste que, selon un auteur, la notion d'ordre public n'est pas toujours utilisée à bon escient : W. Dross, « Ordre public et transaction », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, cité *supra*, note 12, p. 63.

(35) Cf. I. Balensi, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD. civ.*, 1978.58, n° 29.

(36) Cf. Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'*imperium* », cité *supra*, note 22, p. 268 n° 56 et s.

« autorité de la chose jugée ». Le refus de donner force exécutoire à l'acte est sans effet sur sa validité.

11. Que penser dès lors du nouvel article 768, alinéa 2, NCPC (37) qui, tombant dans le piège des habitudes de langage, déclare que, dans l'hypothèse d'un accord conclu en cours d'instruction de l'affaire, le juge de la mise en état du tribunal de grande instance « homologue » l'accord que lui soumettent les parties à cet effet ? Bien sûr que l'on ne devrait pas parler d'homologation dans ce cas-là car l'activité n'a rien de gracieux. Et le législateur se garde bien cette fois de faire référence à la matière gracieuse. Pussions-nous discerner dans l'emploi de cette expression, devenue floue, que le juge fait plus que dresser acte, il donne force exécutoire.

12. En somme, dans les matières disponibles, le juge n'est saisi que de l'exécution d'un accord *a priori* valable auquel il lui est demandé d'attribuer force exécutoire : il confère force exécutoire à l'accord dès lors qu'il ne viole pas l'ordre public. Dans le contrôle qu'il exerce, c'est l'*imperium* qui est en cause, non la *jurisdictio*. Aussi est-ce une erreur d'établir une différence de degré dans l'exercice du contrôle suivant que l'accord est conclu hors procès ou passé en marge du procès : dans le premier cas, le caractère unilatéral de la requête provoque un renforcement du contrôle qui relève davantage de l'*imperium mixtum* ; dans le deuxième cas, le caractère conjoint de la demande autorise à s'en tenir à un contrôle sommaire qui relève de l'*imperium merum*. La procédure sur requête n'a pas à s'appliquer dans le cadre de l'article 1441-4 NCPC car il n'est pas demandé au juge qui rend exécutoire un accord d'exercer une quelconque *jurisdictio*. Le juge doit-il appréhender différemment l'accord par lequel les parties mettent fin à leur litige à l'issue d'une conciliation ou d'une médiation ? Il existe, à première vue, une différence de nature dans le contrôle exercé sur ces accords. Dans les matières indisponibles, le juge est saisi de la validité de l'accord au regard des exigences légales et opère un contrôle de nature juridictionnelle : il ne donne effet qu'à un accord qu'au fond il approuve et, ainsi, rend exécutoire. Par contre, dans les matières disponibles, le juge n'est saisi que de l'exécution d'un accord *a priori* valable auquel il lui est demandé d'attribuer force exécutoire. Dans ce dernier cas, rien légalement ne devrait autoriser à traiter différemment un accord issu d'une médiation-conciliation

(37) Art. 768, al. 2, NCPC, issu du décret n° 2005-1678 du 25 décembre 2005 : « Il homologue, à la demande des parties, l'accord qu'elles lui soumettent. »

d'un accord né d'un rapprochement des parties. Pour autant, le contexte procédural n'est pas le même : la médiation-conciliation est intégrée à la procédure judiciaire alors que la transaction reste en dehors. C'est dire que la loi a plaqué la réglementation des modes alternatifs sur les dispositions existantes du Code de procédure civile sans rien repenser du modèle procédural qu'elles véhiculent.

II. – LA RÉALISATION DE L'ACCORD DE RÈGLEMENT AMIABLE SOUS LA TUTELLE DU JUGE

13. La *forme* de l'acte rendant exécutoire l'accord des parties varie suivant que le magistrat participe à la réalisation de la conciliation ou supervise un rapprochement des parties facilité par un tiers qu'il désigne, « conciliateur de justice » (38) ou « médiateur ». Lorsque le juge parvient à concilier les parties, il peut être invité par celles-ci à « constater » dans un procès verbal l'accord passé devant lui (art. 130 NCPC) (39). L'établissement d'un procès-verbal de conciliation ne constitue pas une décision juridictionnelle mais permet la délivrance d'un titre exécutoire (art. 131 NCPC). En revanche, lorsque l'accord est le résultat d'une médiation ou d'une conciliation effectuée par un conciliateur de justice, les parties peuvent demander au juge son « homologation » qui « relève de la matière gracieuse » (art. 131-12, 832-8 NCPC). A première vue, l'apposition de la formule exécutoire ne devrait pas impliquer du juge la même mission de contrôle suivant qu'elle fait suite à une « constatation » ou relève d'une « homologation ». S'agissant de la conciliation devant le juge, la mission de contrôle s'exerce au cours des opérations de négociation avec les parties, de sorte que l'accord auquel parviennent les parties n'a qu'à être constaté (A). Aussi la question du contrôle au stade de l'apposition de la

(38) Le conciliateur de justice n'opère de conciliation des parties à la place du juge que devant le tribunal d'instance ou la juridiction de proximité.

(39) Le juge peut tout aussi bien constater la conciliation dans un jugement de donné-acte mais il semble que lorsque l'accord est passé devant le juge, l'article 384, al. 3, NCPC renvoie désormais aux dispositions des articles 127 à 131 NCPC relatifs à la conciliation. Pour preuve, l'article 768 NCPC, qui précise que si une conciliation intervient devant le juge de la mise en état durant l'instruction de l'affaire soumise au tribunal de grande instance, il « peut constater la conciliation, même partielle, des parties », ce qui renvoie à l'application des articles 127 à 131 NCPC, alors que si l'accord est trouvé hors sa présence, il « homologue, à la demande des parties, l'accord qu'elles lui soumettent ».

formule exécutoire ne se pose vraiment que dans le cas où les parties, après être parvenues à un arrangement devant le médiateur ou le conciliateur de justice, soumettent au juge leur accord pour qu'il le rende exécutoire. C'est là que l'emploi du terme « homologation » et, surtout, son rattachement à la matière gracieuse pour des accords passés dans des matières disponibles, prennent un sens équivoque (B).

A) La contribution du juge-conciliateur à l'accord (le procès-verbal de conciliation)

14. L'activité judiciaire de conciliation (40) est un mode non-juridictionnel de solution des litiges qui opère en cours d'instance (41). Elle fait au mieux intervenir tous les acteurs du procès — juge, parties et, le cas échéant, leurs conseils (42). Si le Code prescrit au juge de « s'efforcer » de concilier les parties, il ne dit pas quelle doit être son attitude au cours de la négociation. Toute tentative de définition est assez vaine, tant sont diverses les pratiques judiciaires. Les textes ne font pas moins de l'activité de conciliation une forme procédurale de réalisation de l'accord. L'activité de conciliation ouvre un « espace de discussion » dont le déroulement, les échanges d'arguments créent des « interactions de négociation » à laquelle chaque acteur est amené à participer (43). Le juge procède à des incursions dans la discussion qui s'établit entre les parties, oriente la suite des échanges, parfois même fait émerger les éléments d'une proposition de conciliation. Il paraît impensable qu'un juge laisse les parties aboutir à un accord auquel elles n'adhéreraient pas pleinement, ou encore qui serait contraire à leurs intérêts, à l'ordre public ou en fraude à la loi.

(40) Sur la distinction pertinente entre *acte* de règlement et *activité* de conciliation : Rapport de fin d'études : *La conciliation et le traitement non-juridictionnel des conflits privés*, Saint-Etienne, CERCRID, Université de Saint-Etienne, octobre 1985, p. 1 et s.

(41) La conciliation constitue une tentative obligatoire préalable à l'instance devant le tribunal d'instance (art. 836 et s. NCPC), devant la juridiction de proximité (anc. art. L. 331-3 COJ), devant le tribunal paritaire des baux ruraux (art. 887, 888 NCPC), devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes (art. R. 516-13 et s. C. trav.). Devant toutes les juridictions, elle est une tentative facultative pendant l'instance (art. 21 NCPC).

(42) L'on imagine mal une conciliation sans une comparution personnelle de toutes les parties, qu'ordonne le juge lorsqu'elle n'est pas obligatoire.

(43) E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert, *Transactions et pratiques transactionnelles*, Economica, 1987, spéc. sur l'étude des interactions de conciliation, p. 97 et s.

15. C'est bien à cette dynamique propre à l'activité de conciliation que fait référence la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation lorsqu'elle définit en termes étroits l'office du bureau de conciliation du conseil de prud'hommes : « la conciliation (...) est un acte judiciaire qui implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elles ; qu'en conséquence, cet acte, ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant, notamment, vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs » (44). La Chambre sociale invite les juges conciliateurs du conseil de prud'hommes à se placer dans une optique de protection du salarié et à se livrer à un contrôle poussé du contenu de l'accord : ainsi doivent-ils s'assurer que les parties ont bien été informées de leurs droits et que l'accord comporte des concessions réciproques. Et un auteur de remarquer : « pour exercer ce contrôle, le juge social rapproche la solution transactionnelle de la solution qu'il aurait donnée au litige » et vérifie qu'elle est favorable au salarié (45). Ce contrôle, que l'on ne retrouve pas dans d'autres matières imprégnées d'un ordre public de protection, est lié aux spécificités du droit social. Aussi ne peut-on pas se fonder sur cette jurisprudence sociale pour décrire le contrôle que doit opérer le juge dans le cadre de son activité de conciliation. Mais elle n'en demeure pas moins révélatrice de la contribution du juge-conciliateur, plus ou moins active, à la réalisation de l'accord de sorte que l'accord qu'il constate dans le procès-verbal qu'il dresse a déjà été contrôlé lors des opérations de négociation entre les parties. Reste qu'en règle générale, le juge-conciliateur n'a pas à contrôler la légalité de l'accord, sans quoi il orienterait l'accord vers la solution qu'il donnerait en légalité au litige à partir du récit des faits et des arguments des parties, mais sans avoir instruit le dossier.

16. S'il paraît souhaitable que, dans des matières teintées d'un ordre public destiné à protéger des parties dites

(44) Cass. soc., 28 mars 2000, pourvoi n° M 97-42.419. Dans le même sens, Cass. soc., 5 décembre 2007, pourvoi n° 06-40.634, *Revue de droit du travail*, n° 2-février 2008, p. 119, note E. Serverin. Démarche suivie par les juridictions du fond, statuant en matière sociale : Grenoble, Ch. soc., 21 juin 2002, RG N° 98/02526 ; Grenoble, Ch. soc., 5 juin 2000, RG N° 98/04002 ; Paris, Ch. com., 17 janvier 2002, RG N° S 01/34794 ; Paris, 6 mars 2002, RG N° S 00/32176 ; Riom, Ch. soc., 9 novembre 2004, RG N° 03/01653.

(45) L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, LGDJ, 2005, p. 273 et s., spéc. n° 744. En effet, si le salarié, en contrepartie de la renonciation à son droit d'action, n'est pas rempli de ses droits ou ne reçoit que ce qui lui est dû, l'employeur n'a pas fait de concessions.

faibles (46), le juge les informe préalablement sur leurs droits de façon à ce qu'elles en disposent en connaissance de cause, dans les autres contentieux ce rappel de la règle de droit pourrait nuire à la recherche d'une solution amiable et placer le juge conciliateur dans la posture du juge légaliste. Les parties, le cas échéant avec leurs conseils, doivent rester libres de négocier l'accord qui leur convient (47). Et le juge-conciliateur, qui les aide dans cette démarche, veille à ce que l'accord parvienne à un équilibre où chacun y trouve son intérêt (serait-il construit en marge des règles de droit ou des chefs de demande initiaux) (48). C'est si vrai que lorsque les séances de conciliation ne suffisent pas à accoucher d'un accord satisfaisant, certains juges-conciliateurs orientent les parties vers une médiation judiciaire pour poursuivre le travail de reprise de dialogue et d'accompagnement dans l'élaboration d'un accord que le temps des audiences de conciliation ne permet pas de réaliser (49). Si un accord est finalement conclu lors des séances de médiation, le juge-conciliateur aura à en connaître à nouveau si les parties lui demandent de l'homologuer pour lui donner force exécutoire. C'est dire que la question de l'ouverture d'un recours en justice contre le refus de dresser un procès-verbal de conciliation constatant l'accord ne devrait pas se poser en pratique car le juge-conciliateur estimera qu'à défaut de règlement par voie de conciliation, il y a lieu de renvoyer l'affaire en jugement. A l'inverse, si l'on voit dans la conciliation, concrétisée dans un procès-verbal d'accord, un « acte judiciaire » dans lequel le juge joue un rôle, un recours approprié doit être ouvert aux parties pour le contester. C'est en ce sens que se prononce la jurisprudence sociale lorsqu'elle déclare recevable un appel nullité des parties pour excès de pouvoir du juge-conciliateur qui n'a pas procédé aux vérifications qui lui incombent (50). Mais il ne faudrait pas en déduire que la remise en cause de l'accord passe nécessairement par la contestation de la validité du procès-verbal de conciliation, sinon ce serait donner au procès-verbal

(46) Droit du travail, droit des assurances, droit de la consommation, droit du bail.

(47) En ce sens, J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, PUF, 2003, p. 316, n° 510.

(48) Cf. B. Gorchs, « La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire », *Droit et Société*, 62/2006, p. 223.

(49) Pratique signalée par Mme Béatrice Blohorn-Brenneur, Présidente de Chambre à la Cour d'appel de Grenoble.

(50) Cass. soc., 24 mai 2006, *Bull. civ.*, V, n° 189. L'appel réformation n'est pas possible puisque le juge-conciliateur ne tranche rien.

une portée quasi-juridictionnelle alors qu'il constate un accord qui puise son fondement dans la volonté des parties (51). Aussi les parties devront-elles agir en nullité de l'accord conformément aux principes du droit des obligations. Le procès-verbal n'ayant pas le caractère d'un jugement (art. 582 NCPC), les tiers ne peuvent attaquer la conciliation par la voie d'une tierce opposition, mais seulement l'accord par la voie de l'action paulienne (art. 1167 C. civ.) (52). C'est dire que cette juxtaposition du procès-verbal, acte judiciaire, et de l'accord des parties, acte conventionnel, obscurcit la nature juridique de l'opération finale qu'est le procès-verbal d'accord. Tout aussi délicate est l'analyse de l'homologation d'un accord issu d'une médiation-conciliation effectuée par un tiers désigné par le juge.

B) La réception par le juge de l'accord issu d'une médiation-conciliation (l'homologation)

17. Le juge saisi d'un litige peut désormais, avec l'accord des parties, désigner un tiers pour rechercher à sa place une conciliation des parties. Selon la loi du 8 février 1995, dans les matières disponibles, cette mission de conciliation peut être déléguée au conciliateur de justice par le juge d'instance ou au médiateur judiciaire par tout juge. Cette délégation ouvre deux phases distinctes : le tiers mène la négociation et, s'il y a accord, l'affaire revient devant le juge pour qu'il constate l'accord des parties (53). Or cette constatation s'opère par la voie d'une homologation que le législateur rattache expressément à la matière gracieuse. Faut-il se résigner à ce que le juge exerce sur l'accord une juridiction gracieuse (54) ? Le juge y exercerait

(51) Sur cette ambiguïté, voir les décisions rendues en matière sociale citées *supra*, note 44. Voir sur cette difficulté, les observations de B. Faucher, thèse citée *supra*, note 33, p. 390 et s.

(52) Cass. soc., 1^{er} février 1957, *Gaz. Pal.*, 1957.2.403 (procès-verbal de conciliation) : les contrats judiciaires, qui ne constituent pas des décisions, ne sont pas susceptibles de tierce opposition. *Contra* : ouverture de la tierce opposition contre un jugement de donné-acte (*sic*), Cass. civ. 1^{re}, 12 avril 2005, pourvoi n° 02-12586 (l'emploi du terme « jugement d'homologation » est sans doute à l'origine de la méprise, c'est l'acte juridique — protocole d'accord — qu'il convenait d'attaquer, non le jugement lui-même).

(53) B. Blohorn-Brenneur, « La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation », *D.*, 2001.254.

(54) En ce sens, L. Cadiet, « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », *Mélanges Champaud*, Dalloz, 1997, p. 133.

alors le même office que lorsqu'il rend en droit de la famille un jugement gracieux d'homologation de la convention des parties, le cas échéant obtenue dans le cadre d'une médiation familiale. En effet, les lois du 4 mars 2002 (autorité parentale) et du 26 mai 2004 (divorce) intègrent la médiation à la procédure judiciaire de règlement des conflits familiaux. Mais bien que procédant de la même philosophie, la médiation familiale n'est pas une médiation judiciaire au sens de la loi du 8 février 1995 et échappe à son régime de procédure car elle opère sur des droits indisponibles, de sorte que si les parties parviennent à un accord, l'efficacité de celui-ci est subordonnée à son homologation par le juge. Or, en dehors des matières où les droits sont indisponibles, il n'y a pas d'obligation légale de s'adresser au juge pour faire produire des effets de droit à l'accord des parties. Les textes relatifs à la médiation judiciaire et à la conciliation déléguée ne disent pas le contraire : l'accord de règlement amiable, même issu d'une médiation ou d'une conciliation déléguée, a force obligatoire dès sa conclusion puisque la faculté de demander son homologation par le juge, ouverte aux parties, n'a pour effet que de lui donner force exécutoire (55). Aussi n'a-t-on pas tort de dire que le législateur crée là un cas de « fausse juridiction gracieuse » (56). Faut-il alors en conclure que le législateur n'a entendu emprunter à la juridiction gracieuse que sa procédure sans soumettre la décision d'homologation au régime des jugements gracieux (57) ? Or, comme l'énonce un auteur, la juridiction gracieuse est un tout : les pouvoirs particuliers du juge ne s'expliquent que par l'objet de son intervention, contrôler l'activité juridique des particuliers que la loi place sous son autorité (58). Dissocier la procédure de la nature de l'acte serait donner au juge des pouvoirs disproportionnés par rapport à

(55) Loi du 8 février 1995, art. 25, art. 131-12 (médiation) et art. 832-2 (conciliation et juge d'instance) NCPC, art. L. 231-3 (conciliation et juge de proximité) COJ nouv.

(56) J. Héron, *Rev. gén. proc.*, 1999.74. En ce sens, Ch. Jarrosson, *Rev. gén. proc.*, 1999.138 ; G. Wiederkehr, cité *supra* note 3, p. 892 ; S. Guinchard et F. Ferrand, *op. cit. supra*, note 19, n° 245 p. 292, J. Joly-Hurard, *op. cit. supra*, note 47, n° 671 et s. ; ces deux derniers auteurs qualifiant le jugement d'homologation d'acte judiciaire non juridictionnel (ni contentieux, ni gracieux), voire d'acte réceptif du juge.

(57) Cf. C. Hugon, « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *Petites affiches*, 11 décembre 2003, p. 4.

(58) D. Le Ninivin, *La juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile*, Litec Droit, p. 87 n° 248 et s. Cf. J. Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965, p. 7-8, n° 8.

l'objet réduit de son intervention (59). Si l'homologation ne caractérise pas une activité gracieuse, elle ne se réduit pas à une simple formalité procédurale, sans quoi le juge se bornerait à enregistrer un accord sans opérer aucun contrôle. Le législateur ne peut pas avoir placé l'activité du conciliateur et du médiateur sous la tutelle étroite du juge sans attendre de lui qu'il contrôle un minimum l'acte de règlement qui en est issu. Mais, en l'absence de critères légaux de contrôle, c'est à partir de l'*objet* de l'intervention du juge qu'il convient de les rechercher. Aussi convient-il de traiter différemment les deux types d'homologation judiciaire en vigueur : l'homologation imposée aux parties en cas d'accord par voie de médiation familiale (1) et l'homologation voulue par les parties en cas d'accord par voie de médiation judiciaire et de conciliation déléguée (2).

1) *L'homologation judiciaire imposée aux parties*
(matières indisponibles)

18. Les textes spécifiques relatifs à la médiation familiale fixent l'objet de l'intervention du médiateur : faciliter la recherche d'un accord en vue d'un exercice consensuel de l'autorité parentale ou d'un règlement amiable des conséquences du divorce (art. 373-2-10, art. 255 C. civ.). Le législateur ne réserve pas un traitement particulier aux accords passés en médiation et les soumet au même contrôle que les accords conclus directement entre les parties, avec l'aide de leurs avocats. C'est que la médiation familiale, portant sur des droits indisponibles, n'est pas une alternative à la voie judiciaire mais un instrument du règlement des conflits qui reste judiciaire ; de là, l'obligation légale de soumettre à homologation judiciaire l'accord pour qu'il prenne effet. L'on est bien dans le domaine gracieux tel que défini par l'article 25 NCPC (60). Voilà pourquoi il faut se référer aux textes qui prévoient les conditions auxquelles l'homologation judiciaire de l'accord est subordonnée (art. 268, art. 373-2-7 C. civ.). La vérification du juge porte essentiellement sur deux points — intégrité et liberté du consentement, préservation des intérêts des époux ou des enfants — qu'il est conduit à apprécier au cas par cas en légalité et en opportunité. Le juge procède à un contrôle de nature

(59) Comparer avec les implications de la qualification de l'ordonnance rendue par application de l'article 1441-4 NCPC d'ordonnance sur requête si l'on applique la procédure gracieuse.

(60) D. Le Ninivin, *op. cit. supra* note 58, p. 53 n° 153 ; J.-L. Bergel, « La juridiction gracieuse en droit français », *D.*, 1983.26.

juridictionnelle du contenu même de l'accord (61). Aussi tant qu'il n'est pas homologué, l'acte ne vaut rien et les parties peuvent revenir sur leur consentement ou leurs engagements. Mais après homologation, il n'est pas certain que le contrôle purge l'acte de ses vices et le rende incontestable sur le terrain du droit des obligations. L'on ne peut pas déduire de ce que le jugement par lequel le juge statue en matière gracieuse est susceptible d'un recours (62) que l'accord ne peut pas être contesté par une autre voie. Or la jurisprudence en ce domaine semble relever de considérations d'opportunité : qu'elle ferme toute action en nullité contre la convention de divorce pour ne pas compromettre le divorce, ou qu'elle l'admette contre une convention homologuée de changement du régime matrimonial pour pallier les insuffisances du système des voies de recours (63). Et le système préconisé par Ivan Balensi qui consiste à voir dans l'homologation une juxtaposition de la décision du juge à un acte juridique préexistant de façon à n'exclure l'action en nullité que sur ce qui a fait dans l'accord l'objet d'une vérification juridictionnelle est d'un maniement délicat (64). Puisque au fond et par décision de la loi, l'acte n'accède à la vie juridique qu'avec l'homologation du juge, il ne paraît pas erroné de penser que le juge fait sien l'acte qu'il contrôle de sorte que l'acte homologué ne peut être attaqué que par l'exercice des voies de recours (65).

(61) Voir sur ce contrôle, J. Hauser, « Le juge homologateur en droit de la famille », in P. Ancel et M.-Cl. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 114. Sur la nature juridictionnelle des décisions gracieuses qui paraît désormais acquise : I. Balensi, cité *supra*, note 35, p. 60 n° 31 ; L. Cadet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 5^e éd., 2006, n° 99 ; Cl. Brenner, cité *supra*, note 31, n° 13 et s.

(62) En particulier, par les requérants : appel de la décision de refus d'homologation ou pourvoi en cassation contre la décision d'homologation, recours en révision si on l'estime applicable aux jugements rendus en matière gracieuse (art. 593 NCPC).

(63) En matière de divorce, la Cour de cassation justifie le rejet de toute action en nullité par l'indivisibilité du divorce et de la convention (Cass. civ. 2^e, 6 mai 1987, *Bull. civ.*, II, n° 103), tandis qu'elle déclarait, dans un arrêt du 14 janvier 1997, que l'homologation laisse subsister le caractère contractuel du changement de régime matrimonial de sorte que la convention des parties peut être annulée pour des causes qui lui sont propres (Cass. civ. 1^{re}, 14 janvier 1997, *Bull. civ.*, I, n° 20). Voir sur cette analyse, X. Lagarde, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », cité *supra*, note 18, p. 433 n° 8 ; J. Hauser, « Le juge homologateur en droit de la famille », cité *supra*, note 61, p. 114.

(64) I. Balensi, cité *supra*, note 35, p. 66 et s. Cf. A. Engel-Créach, *Les contrats judiciairement formés*, Economica 2002, p. 143 n° 210 et s.

(65) En ce sens, X. Lagarde, cité *supra*, note 63. Et d'ailleurs, Y. Balensi relève que « le recours en révision fait double emploi avec l'action en nullité de la convention homologuée » (cité *supra*, note 35, n° 87 p. 249).

19. Faut-il s'attendre à ce que le juge appréhende différemment l'accord qui se réalise dans le cadre d'une médiation familiale ? Si l'on se place sur le terrain du droit, le contexte procédural de l'élaboration de l'accord des parties ne devrait pas assouplir le contrôle opéré *a posteriori* par le juge. Il n'a pas à se décharger de sa mission légale de protection des intérêts des parties sur le médiateur qui, *a priori* non juriste, n'est là que pour faciliter la réalisation d'un accord. Mais, en pratique, il n'est pas exclu qu'un travail du juge en étroite collaboration avec le médiateur familial et les avocats établisse un rapport de confiance qui rejaillisse sur son appréhension de l'accord (66). Le juge hésitera certainement plus à remettre en cause sur le fond un accord qu'il sait élaboré en respect des principes du droit, et, de surcroît, rédigé par les avocats respectifs, dès lors qu'il est assuré du consentement des parties et a vérifié que les termes de l'accord sont juridiquement possibles et exécutoires (67).

20. Reste que la médiation, qui plus est familiale, opère dans un champ plus vaste que le juridique et le droit étatique : le médiateur travaille sur tous les aspects du conflit, juridiques et non-juridiques, dans l'espoir de rétablir un dialogue rompu entre les parties et de les amener, si possible, à une solution concertée du conflit (autrement dit une conciliation) (68). Voilà pourquoi l'accord qui se fait plus sur le conflit (dans tous ses aspects) que sur l'objet du litige peut comporter des éléments non-juridiques (69). Or la convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice (70), si bien qu'elle est, dans tous ses éléments, exécutoire par la force. Que faire des

(66) En ce sens, Marc Juston, Président du Tribunal de grande instance de Tarascon.

(67) Par exemple, l'un des époux qui s'engagerait à payer à l'autre, plus fortuné, une prestation compensatoire ; ou encore, les parents qui s'accorderaient sur la résidence alternée des enfants alors que l'éloignement géographique rend difficile la réalisation de celle-ci dans le respect de l'équilibre des enfants. Mais, si les avocats sont présents à la médiation, ces situations contraires au droit et au bon sens ne devraient pas se réaliser.

(68) B. Gorchs, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens (Essai de mise en perspective du conflit et du litige) », *RTD. civ.*, 2003.409.

(69) Le cas d'un accord relatif aux modalités de la résidence alternée d'un enfant par lequel il est convenu que si le parent qui héberge l'enfant doit s'absenter un soir, il téléphone à l'autre avant de faire appel à la baby-sitter ; par écho à un accord original : B. Blohorn-Brenneur, « La médiation judiciaire en France : bilan de dix ans de pratique (1995-2005) », *Gaz. Pal.*, mercredi 11 jeudi 12 mai 2005, p. 1556.

(70) Par extension de l'article 279 du Code civil propre au divorce par consentement mutuel, procédure totalement gracieuse.

dispositions qui, sans portée juridique, n'en ont pas moins, comprises dans l'accord, une dimension symbolique ? Les juges, face à un tel accord en marge du juridique, ne peuvent refuser en bloc de l'homologuer au motif que certains éléments ne sont pas exécutoires par la force (71). Ils pourraient user de la technique procédurale du donné-acte pour contourner la difficulté juridique. Le donné-acte est une notion plus vaste que le contrat judiciaire : c'est « le jugement qui fait état, à la demande d'une partie (ou des deux) et comme venant d'elle(s), d'une constatation, ou d'une déclaration ». Dans ce cas, l'on s'accorde à dire « qu'il est une simple déclaration, un constat dépourvu de conséquences juridiques particulières, le juge se bornant à constater un acte ou un fait. Le donné-acte ne peut donc créer aucun droit ni constituer un titre au profit ou à l'encontre de l'une des parties » (72). Aussi, quand le juge reprend les termes de l'accord dans sa décision gracieuse d'homologation, peut-il dans un paragraphe séparé de celui relatif à l'accord sur le litige donner acte des déclarations des parties qu'il aura préalablement isolées. Ces dernières, sans valeur juridique, ne seront pas couvertes par la formule exécutoire. Le problème, pouvant se poser dans les mêmes termes lorsqu'en dehors du domaine gracieux l'homologation est recherchée par les parties pour donner force exécutoire à l'accord, devrait recevoir la même solution.

2) L'homologation judiciaire voulue par les parties (matières disponibles)

21. Dans le procès, l'articulation modes alternatifs de règlement des litiges et droit processuel s'opère par l'utilisation de la technique de l'homologation judiciaire alors que les parties ont la libre disposition de leurs droits (73). Si l'on estime que l'homologation judiciaire des accords issus des modes alternatifs

(71) Question envisagée mais non résolue par la directive du 9 novembre 2007 sur certains aspects de la médiation, citée *supra*, note 25, qui déclare dans un considérant 17 (ex.10) qu'un Etat membre « ne devrait pouvoir refuser de rendre un accord exécutoire que (...) si son droit ne prévoit pas la possibilité de rendre le contenu de l'accord en question exécutoire. Tel pourrait être le cas si l'obligation énoncée dans l'accord ne peut, par nature, recevoir la force exécutoire. » Et de prévoir à l'article 5.1 que « le contenu d'un tel accord est rendu exécutoire sauf si (...) le droit de cet Etat membre ne prévoit pas la possibilité de le rendre exécutoire ».

(72) Y. Muller, « Contrat judiciaire », cité *supra*, note 29, n° 20-21.

(73) L'homologation a un champ d'application plus vaste que le domaine gracieux. En dehors des modes alternatifs, la jurisprudence emploie indifféremment les termes de « donné-acte » et d'« homologation » (Lyon, 24 février 2006, www.legifrance.gouv.fr ; Bordeaux, 18 novembre 2005, www.legifrance.gouv.fr ;

n'est pas de la juridiction gracieuse, faut-il n'y voir qu'un « jugement de donné-acte » donnant lieu au contrôle attaché à l'*imperium* ? Tout dépend du sens que l'on entend donner à l'utilisation des modes alternatifs dans le cadre du procès. Si la médiation judiciaire et la conciliation déléguée sont utilisées pour promouvoir au cours de l'instance le règlement conventionnel des litiges, l'accord des parties, conformément à l'autonomie de la volonté, est un contrat qui, doté de la force obligatoire, est pleinement efficace et s'impose au juge. Le juge qui homologue l'acte à la demande des parties pour lui donner force exécutoire doit se borner à en donner acte sous réserve du respect de l'ordre public. Si, au contraire, les modes alternatifs sont envisagés comme une procédure judiciaire *alternative* pour sortir du conflit, l'homologation apparaît comme un parachèvement du processus judiciaire de règlement du litige. Le renvoi des parties en médiation ou en conciliation répond à la nécessité de résoudre le différend avec d'autres méthodes de travail que n'autorise pas le traitement juridictionnel, jugé inadapté à la situation. Le règlement amiable est alors articulé à la solution judiciaire du litige. Si le législateur, en légalisant les modes alternatifs, pousse les litigants à transiger pour désengorger les juridictions, les juges qui utilisent à bon escient ces nouvelles méthodes de résolution ont en vue un meilleur règlement des conflits. Et les textes de procédure, quoique écrits pour maintenir la marche du procès, leur donnent les moyens d'une telle politique puisqu'ils placent l'activité du médiateur ou du conciliateur sous leur contrôle étroit.

22. Le type de contrôle opéré par la chambre sociale de la Cour de cassation paraît participer de cette approche originale de l'accord : par un *obiter dictum*, la Cour précise « qu'en tout état de cause 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 » (74). Cette démarche est reprise par

Limoges, 22 janvier 2002, RG N° 99/1903 ; Cass. civ. 2^e, 27 mai 2004, *Bull. civ.*, II, n° 253), et la loi parle d'homologation lorsqu'elle subordonne la production de certains effets par l'acte à la vérification de certaines conditions, sans que ce soit la marque d'une juridiction gracieuse : récemment, l'accord issu de la procédure de conciliation créée par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, art. L. 611-8 C. com (cf. sur cet article, H. Croze et O. Fradin, « Transaction et force exécutoire », cité *supra*, note 12, p. 97-98). Voir sur l'homologation en général, L. Amiel-Cosme, « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices*, 1997.135 ; A.-F. Zatarra, « L'homologation en droit privé », *RRJ*, 2004-1, p. 85 ; C. Fardet, « La notion d'homologation », *Droits*, 1999, 28, p. 181 ; I. Balensi, cité *supra*, note 35.

(74) Dans le cadre d'une médiation sociale : Cass. soc., 18 juillet 2001, *Bull. civ.*, V, n° 279. Déjà en ce sens, sous la présidence de Béatrice Blohorn-Brenneur, Grenoble, 4 janvier 1999, RG N° 97/01608.

la Cour d'appel d'Agen dans un litige de droit immobilier, mais conduit à une conséquence procédurale inattendue : si la médiation n'est pas susceptible d'apporter une solution au litige, « le procès verbal de médiation (...) ne peut pas être homologué et il y a lieu de statuer à l'égard de toutes les parties au vu des éléments versés aux débats » (75). Autrement dit, quand les parties font le choix de présenter leur accord aux magistrats, ceux-ci, tenus de vérifier qu'il préserve leurs droits, sont conduits à regarder comment le litige a été résolu par voie conventionnelle au regard des règles de droit applicables. Et si l'accord n'apporte pas à leurs yeux une solution satisfaisante au conflit (reste à en définir les critères), ils ne l'homologuent pas et renvoient l'affaire en jugement. C'est convenir que l'accord n'a aucune valeur juridique et n'oblige personne tant qu'il n'est pas homologué, de sorte que s'il ne l'homologue pas, le juge fait comme s'il n'y avait pas eu de conciliation entre les parties. C'est aussi permettre aux parties de revenir sur l'accord jusqu'à l'homologation (76). C'est enfin reposer la question délicate du recours contre le refus d'homologation. Or une telle pratique processuelle est discutable au regard de la nature juridique et de l'accord des parties et de l'intervention du juge (77).

23. Cet accord que les parties soumettent à homologation prend en droit le nom de transaction (78) et se trouve doté sur

(75) Agen, 31 janvier 2006, www.legifrance.gouv.fr : en effet, les solutions apportées dans le procès-verbal d'accord partiel aux difficultés liées à l'écoulement des eaux qui s'effectue sur les fonds sont jugées indissociables du règlement du litige avec les parties qui n'ont pas adhéré à la proposition de médiation, de sorte que seule une solution judiciaire globale peut être apportée au litige entre toutes les parties.

(76) Même si l'on en comprend l'intérêt pratique, pour une démarche en ce sens : B. Blohorn-Brenneur, « La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation », *D.*, 2001.254 ; « La médiation judiciaire : quelle procédure pour les MARL ? », in *les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, cité *supra*, note 12, spéc. p. 181.

(77) La référence malheureuse à la matière gracieuse légitime une telle démarche : cf. Agen, 31 janvier 2006, cité *supra*, note 75, qui rappelle dans sa décision que « l'article 131-2 dispose que l'homologation de l'accord des parties relève de la matière gracieuse ».

(78) La transaction judiciaire est le contrat par lequel les parties mettent fin au procès (art. 2044 C. civ. : C. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, Paris, PUF, 1996, p. 35). Certes, la jurisprudence ne qualifie transaction que l'accord réalisé au moyen de concessions réciproques : V. Ch. Jarrosson, « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.*, 1997.267. L'accord qui, en l'absence de concessions réciproques, ne peut pas être qualifié de transaction, n'en a pas moins une

le terrain de la procédure de l'autorité de chose jugée (79). L'autorité de chose jugée veut dire que « une fois la transaction conclue, il ne reste rien à juger » (80). Mais, au fond, la transaction sur procès est une convention (81). Et l'autorité de chose jugée attachée à la transaction est sur le terrain de la procédure ce qu'est sur le terrain du droit civil la force obligatoire qui « s'impose aux parties, mais également au juge » (82). L'application de l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil, aux termes duquel le contrat tient « lieu de loi » aux parties, conduit au même résultat : « les parties ont elles-mêmes convenu de la solution à donner à leur litige, elles sont liées par cet arrangement, par la norme qu'elles ont d'elles-mêmes posée à cet égard, et, en conséquence, elles ne peuvent demander à un juge de le trancher à nouveau » (83). Le fait que l'accord sur le litige ait été facilité par l'intercession d'un tiers médiateur ou conciliateur n'y change rien. Aussi, à l'audience d'homologation, l'une des parties ne peut-elle pas se raviser et reprendre le litige, ni d'ailleurs le juge prendre la liberté de juger le litige parce que la solution qu'y apportent les parties ne lui paraît pas pleinement satisfaisante. En se livrant à un examen du contenu de l'accord au vu des éléments du dossier, le juge, indirectement, trancherait le litige que la transaction a pour objet de clore, et, ainsi,

valeur juridique et peut entrer dans une autre catégorie juridique (remise de dette, solde de tout compte, promesse unilatérale de vente, etc.) dès lors qu'il en présente les caractéristiques. Mais tant que la présence des concessions réciproques n'est pas contestée, l'accord reçoit la qualification de transaction.

(79) Dans l'esprit des codificateurs, la transaction doit avoir une force pareille au jugement : Exposé des motifs par Bigot-Préameneu, in Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 15, 1827, Otto Zeller Osnabrück, éd. 1968, p. 103. Le régime spécial de la transaction est bâti sur l'idée d'irrévocabilité du contrat : en particulier, exclusion de l'annulation pour erreur de droit ou de la rescision pour lésion.

(80) Ch. Jarrosson, « La transaction comme modèle », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, cité *supra* note 61, pp. 68-69.

(81) Encore que des décisions de justice tirent de l'autorité de la chose jugée une force supérieure de la transaction à la convention. L'effet de chose jugée retire aux parties des pouvoirs qu'elles ont en matière de contrat dès lors que l'exercice de ces pouvoirs remettrait en cause l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction, en l'espèce la faculté de résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée : Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2004, *RDC*, 2004.1028, obs. X. Lagarde.

(82) Ch. Jarrosson, « La transaction comme modèle », cité *supra*, note 80, p. 68.

(83) En ce sens, P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD. civ.*, 1999.781 ; *contra* : Ch. Jarrosson, « la transaction comme modèle », cité *supra*, note 80, p. 68.

heurterait l'autorité de chose jugée qui y est attachée, mais avant tout la force obligatoire inhérente à tout contrat. L'effet de chose jugée comme l'effet obligatoire prive le juge de son pouvoir de procéder à un examen au fond du litige, bref de l'exercice de son pouvoir de *jurisdictio*. C'est donc une erreur de penser que dès que les parties font le choix de soumettre à homologation leur accord, celui-ci n'a plus de valeur juridique. A l'audience d'homologation, le juge n'est pas saisi du litige mais de l'acte auquel on lui demande de donner force exécutoire. Voilà pourquoi l'homologation n'a aucun caractère obligatoire. C'est donc donner à l'acte du juge une portée qu'il n'a pas (84). Qu'advient-il de l'accord que les parties ne soumettraient pas au juge, se passant du titre exécutoire (85) ?

24. En réalité, la difficulté provient de ce que ces magistrats conçoivent la médiation judiciaire et la conciliation de justice comme une délégation à un auxiliaire de l'exercice de leur fonction de conciliation, et entendent contrôler son activité ainsi que l'acte de règlement jusqu'à son parfait achèvement qu'est l'homologation (86). En quoi ils n'ont pas tort si l'on intègre les

(84) Cf. pour une analyse en ce sens, Orléans, 17 décembre 2001, cassé partiellement par Cass. civ. 2^e, 15 janvier 2004, pourvoi n° Z 02-11.714 pour une question procédurale (l'arrêt qui déclare un appel irrecevable ne peut confirmer le jugement frappé d'appel) sans se prononcer sur la nature du protocole d'accord signé en médiation. En l'espèce, une mesure de médiation ordonnée dans le cadre d'un litige de copropriété s'était conclue par un protocole d'accord signé par toutes les parties. L'une des parties, revenant sur le protocole d'accord, reprend ses demandes initiales et remet en litige les questions réglées dans le protocole d'accord. C'est alors que l'autre partie demande par voie reconventionnelle l'homologation de l'accord. Le jugement attaqué déclare irrecevables les demandes et homologue le protocole d'accord sur demande de l'une des parties. Si la procédure d'homologation est irrégulière en ce que demandée par une seule partie, l'analyse juridique de l'accord signé par les parties en médiation par la Cour d'appel, rappelée dans le premier moyen au pourvoi, est exacte : « (...) si la procédure de médiation judiciaire fait l'objet, pour sa mise en œuvre, de dispositions spécifiques édictées par les art. 131-1 et s. NCPC, il n'en demeure pas moins que le protocole d'accord conclu au cours de cette procédure constitue un contrat, par lequel les parties décident de mettre fin au litige, ce qui est la définition même de la transaction, telle qu'elle résulte de l'art. 2044 du C. civ. ; que la validité de cet accord n'est nullement subordonnée à l'homologation du juge, celle-ci n'ayant pour objet que de conférer force exécutoire à la convention des parties ; que c'est par conséquent, à bon droit, que le premier Juge a estimé que H.M. ne pouvait plus revenir sur l'accord transactionnel qu'elle avait signé et qui s'imposait à elle (...) ».

(85) Dans le sens de la pleine efficacité de l'accord de médiation non homologué tant que sa validité n'est pas contestée : Paris, 25 février 2003, RG n° 02/30357.

(86) Cf. B. Blohorn-Brenneur, « La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation », *D.*, 2001.254. Dans

modes alternatifs à la procédure judiciaire comme de nouvelles méthodes de règlement des conflits. Mais la confidentialité du déroulement de la médiation ou de la conciliation et l'absence fréquente des parties à l'audience d'homologation ne facilitent guère leur tâche : ils se contentent alors des termes de l'accord et des actes de procédure échangés (87). Il n'empêche que les textes de loi actuels n'autorisent pas une telle pratique proces- suelle : si le législateur se trompe sur la qualification gracieuse de l'acte, le juge se méprend sur la nature quasi-juridictionnelle de son intervention. Les textes de procédure relatifs à la médiation judiciaire portent en eux une contradiction interne que reflète assez bien la pratique judiciaire de l'homologation. Ils intègrent par les deux bouts la médiation à la procédure judi- ciaire (activité judiciaire du médiateur d'un côté et homologa- tion judiciaire de l'accord de l'autre) mais créent une scission illogique entre les deux en ce que l'accord ne revient devant le juge que si les parties le veulent bien. La loi paraît coupée entre la promotion avortée d'une méthode alternative de règlement des conflits et le donné-acte modernisé d'un banal règlement conventionnel du litige. C'est pourquoi tant que les textes res- tent inchangés, le juge doit se borner au contrôle qu'il doit exercer dans le cadre d'un jugement de donné-acte puisque l'accord qui lui est présenté a déjà force obligatoire et, par l'homologation, il ne reçoit que force exécutoire.

25. L'homologation ne convertit donc pas la convention en un acte judiciaire mais la laisse subsister comme contrat civil. Aussi la convention ne peut-elle être attaquée qu'au moyen des actions qui sont ouvertes aux parties et aux tiers contre les contrats, sous réserve de l'application du régime particulier de la transaction (88). Le jugement d'homologation quant à lui ne peut être contesté que dans sa régularité par l'exercice des voies de recours (89). Si l'annulation de la convention prive d'objet le jugement d'homologation, la réformation du jugement d'homologation n'atteint pas la convention qui subsiste avec son effet

l'exemplaire d'arrêt d'homologation d'un accord issu d'une médiation sociale, annexé à la chronique, il est rappelé que le juge a bien vérifié que les parties étaient parfaitement informées de leurs droits et qu'elles maintiennent les termes de leur accord devant le juge, donc leur consentement à son contenu. C'est reprendre la même démarche que le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes lors de l'établissement du procès-verbal de conciliation.

(87) B. Blohorn-Brenneur, cité *supra*, note 86, p. 255.

(88) Action en nullité ou en rescision, action paulienne, etc.

(89) Incompétence, non respect des règles de forme ou de procédure.

obligatoire et extinctif. C'est dire que le jugement d'homologation et la convention ne sont pas inextricablement liés. Il ne faut pas s'étonner que les juges s'y emmêlent parfois en ouvrant aux tiers la voie de la tierce-opposition contre un jugement d'homologation pour contester la convention passée en fraude de leurs droits (90). Il y a lieu d'attaquer directement la convention qui porte atteinte aux droits des tiers par l'action appropriée, et non de réformer le jugement qui l'homologue puisqu'il a eu pour seul objet de donner force exécutoire à la convention, sans que soit opérée aucune vérification juridictionnelle. Il y a bien deux actes, judiciaire et contractuel, qui se superposent l'un à l'autre et non un seul acte à la nature mixte (91).

26. Cette dualité des conventions homologuées engendre néanmoins une instabilité des situations puisque l'accord peut être remis en cause à tout moment par des actions en nullité. Peut-on admettre que des accords homologués à la suite d'une procédure judiciaire de médiation ou de conciliation présentent la même fragilité que s'ils n'avaient pas été homologués ? Dès lors que les modes alternatifs sont mis en œuvre au cours de l'instance, fût-ce dans des matières où les droits sont disponibles, il paraît discutable de placer l'accord de volonté des parties sous les seuls principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle. L'on ne peut plus continuer à raisonner sur l'alternative transaction ou jugement comme voies parallèles de règlement du litige, sans quoi ce serait nier l'apport des modes alternatifs en tant que nouvelles méthodes de résolution intégrées à la procédure judiciaire. Cependant, la définition d'un cadre juridique pour la mise en œuvre de la médiation judiciaire ou de la conciliation déléguée n'en reste pas moins difficile. En réalité, deux conceptions opposées du recours aux modes alternatifs peuvent être envisagées : ou bien une conception institutionnelle, auquel cas le recours au mode alternatif fait partie intégrante de la résolution judiciaire du conflit ; ou bien une conception procédurale, auquel cas le recours au mode alternatif est autonome par rapport à la voie judiciaire mais reste encadré par la procédure.

(90) Ouverture de la tierce opposition contre un jugement de donné-acte (*sic*), Cass. civ. 1^{re}, 12 avril 2005, pourvoi n° 02-12586. Cf. les obs. de P.-Y. Gautier, *RTD. civ.*, 1994.634 n° 4. Comparer : Cass. soc., 25 janvier 2006, *Bull. civ.*, V, n° 22, où c'est bien l'accord transactionnel conclu en cours de procédure de médiation et homologué par le juge prud'homal qui est contesté par l'AGS comme passé en vue de frauder à ses droits.

(91) Cf. I. Balensi, cité *supra*, note 35, p. 66, n° 33, n° 42.

27. La consécration d'une conception institutionnelle conduit à s'écarter de la nature alternative des nouveaux modes de règlement des litiges. L'activité de médiation ou de conciliation ainsi que l'accord de règlement amiable sont étroitement encadrés par l'institution judiciaire. La mise en œuvre de la médiation ou de la conciliation ouvre une phase consensuelle, de dialogue et de négociation, entre les parties qui, au mieux, se termine par une proposition d'accord, laquelle est ensuite rediscutée en présence du juge au cours de la phase contentieuse. L'accord n'est pas scellé de manière définitive à l'issue du processus de médiation ou de conciliation. La règle de l'effet obligatoire ne s'applique pas à la proposition d'accord. La médiation et la conciliation apparaissent comme des méthodes de règlement associant les parties à la recherche d'une solution du litige en dehors du schéma binaire du procès classique. Mais c'est le juge qui, *in fine*, décide si la solution sur laquelle s'accordent les parties est pleinement satisfaisante. En opérant un contrôle sur la proposition d'accord, il exerce une activité juridictionnelle puisqu'il prend parti. Il reprend alors dans son jugement contentieux les termes de l'accord convenu avec les parties. Le jugement produit alors tous les effets des décisions contentieuses, en particulier l'autorité de la chose jugée.

La figure du « jugement convenu » convient mieux à la situation que celle de « l'homologation ». En effet, l'homologation appartient au domaine gracieux alors que cette situation n'entre pas dans les conditions de l'article 25 NCPC. Surtout, l'homologation suppose la réalisation préalable d'un accord qui ne peut pas être dépourvu de valeur juridique dans des matières où prévaut la liberté contractuelle. Non plus peut-on rendre obligatoire une homologation dans une matière où les droits sont disponibles car ce serait en aligner le régime sur celui applicable aux matières dans lesquelles les droits sont indisponibles. C'est moins la technique du « jugement convenu » que l'on transpose ici — laquelle suppose des parties qu'après accord, elles simulent le contentieux — que l'image qu'elle véhicule : une solution convenue du litige mais qui, entérinée par le juge dans sa décision, est juridictionnelle. L'avantage d'une telle figure juridique est que l'accord ne peut pas être attaqué par l'exercice d'une action en nullité puisqu'il ne peut pas être isolé de la décision qui l'entérine en ce que le juge a sa part de volonté dans la solution donnée au litige. La médiation ou la conciliation aboutirait à une solution quasi-judiciaire du conflit parce que donnée en dehors du tranché du droit.

La difficulté majeure d'une telle construction est de définir les critères du contrôle opéré par le juge sur la proposition de médiation ou de conciliation. Il ne faudrait pas que le juge cherche à rapprocher la solution conventionnelle de la solution juridictionnelle qu'il adopterait dans la situation qui lui est soumise au regard des règles de droit applicables (92). Une telle approche serait excessive et priverait d'intérêt l'engagement des parties dans un processus de médiation ou de conciliation. C'est la recherche essentielle des intérêts des parties qui peut servir de guide à la construction en commun d'une solution en marge des règles de droit applicables. Et cette recherche peut conduire à écarter l'application de règles impératives dès lors que les parties en sont pleinement informées par le tiers intermédiaire ou le juge (93). Cependant, la réalisation d'un tel schéma processuel implique de revoir les principes qui président au déroulement de la médiation et de la conciliation déléguée, à savoir le principe de confidentialité. Comment le juge peut-il apprécier les éléments de l'accord proposé par les parties à l'issue de la médiation ou de la conciliation s'il n'a pas accès aux déclarations qui ont conduit les parties à sa conclusion ? Ces déclarations peuvent différer des éléments qui figurent dans le dossier. Il n'est pas exclu qu'une proposition avortée au cours des opérations de médiation ou de conciliation aboutisse en présence du juge, ou qu'à l'inverse, le juge renvoie les parties en médiation ou en conciliation pour rediscuter les éléments de l'accord à la suite de ses observations. Il y a d'ailleurs peu de chances que l'une des parties exerce un recours contre une décision dans laquelle elle trouve son intérêt. Mais ne prend-on pas le risque de réinjecter dans le processus toutes les contraintes procédurales du système judiciaire auxquelles le recours aux modes alternatifs permet d'échapper ? Il ne faut pas oublier que la consécration légale des modes alternatifs participe du souci d'alléger le rôle des juridictions. C'est peut-être pour cela que la loi française et les institutions européennes ont fait le choix d'une conception procédurale du recours aux modes alternatifs.

28. La consécration d'une conception procédurale a le mérite de préserver l'autonomie de la volonté et de renforcer la nature alternative de ces modes de règlement des litiges. Ce

(92) C'est ce que le juge social a tendance à faire lorsqu'il contrôle l'accord passé entre l'employeur et le salarié après licenciement (v. *supra*, n° 15).

(93) V. X. Lagarde, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », cité *supra*, note 18, p. 446.

modèle procédural que proposent de suivre les institutions européennes (94) et, dans une moindre mesure, le législateur français, consiste à soumettre le processus de médiation-conciliation à des principes de droit processuel. Dès lors, le recours à ces modes de résolution amiable apparaît comme une alternative au règlement contentieux-juridictionnel. A partir du moment où il y a lieu de respecter des principes de droit processuel dans la mise en œuvre des modes alternatifs, un contrôle judiciaire du contenu de l'accord final devient discutable car il porterait atteinte à l'autonomie du processus. La nature para-judiciaire de la solution donnée au litige s'harmonise parfaitement avec le maintien du caractère facultatif de l'intervention du juge, cantonnée à l'apposition de la formule exécutoire sur le constat d'accord. Ni le médiateur ni le conciliateur de justice ne disposent de l'*imperium*, si bien qu'il est nécessaire de recourir au juge pour rendre exécutoire l'accord trouvé entre les parties. Et la loi peut entendre réserver au juge l'exercice de l'*imperium*, à plus forte raison lorsque le processus de médiation-conciliation intervient au cours de l'instance et peut aboutir au dessaisissement du juge. Or en conférant la force exécutoire à l'acte, le juge ne décide rien mais ordonne seulement que l'acte pourra être exécuté, au besoin, avec le concours de la force publique (95). Aussi doit-il seulement vérifier que l'acte pourra être exécuté par la force, donc que ses dispositions ne sont pas contraires à l'ordre public (96). L'intervention judiciaire laisse subsister la nature conventionnelle de l'accord qui ne peut être attaqué que par une action en nullité. Aussi conviendrait-il de ne plus qualifier cet acte judiciaire d'homologation et de réserver ce terme aux matières dans lesquelles les droits sont indisponibles.

(94) Directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale adoptée le 9 novembre 2007 par le Parlement européen et le Conseil de l'Europe, mais limitée aux litiges transfrontières [dans la suite de la proposition de directive du parlement européen et du conseil du 22 octobre 2004, COM (2004) 718 final – 2004/0251 (COD)], qui établit « une législation-cadre » en particulier sur « les aspects essentiels de la procédure civile » (cons. 7) ; Recommandation de la commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de la consommation (JO L 109 du 19 avril 2001).

(95) Ch. Jarrosson, « Réflexions sur l'*imperium* », cité *supra*, note 22, p. 269 n° 58.

(96) Comparer avec l'art. 5.1 de la directive du 9 novembre 2007 citée *supra* note 94 : « Le contenu d'un tel accord est rendu exécutoire sauf si (...) ce contenu est contraire au droit de l'Etat membre dans lequel la demande est formulée (...) » Il ne faudrait pas que la notion de « droit » renvoie aux règles de droit applicables, ce qui autoriserait un contrôle de légalité.

Cet allègement du contrôle judiciaire pour préserver l'autonomie de la volonté dans la mise en œuvre des modes alternatifs suppose de renforcer le cadre processuel de la médiation-conciliation afin de garantir la qualité et l'efficacité du processus. Le Code de procédure civile régit les opérations de médiation et de conciliation (97), et exige du médiateur-conciliateur la confidentialité (98), l'indépendance (99) et la célérité (100). S'il énonce les qualités que doit remplir une personne physique pour exécuter une mission de médiation (101), il n'impose pas à celle-ci de suivre une formation particulière donnant lieu à la délivrance d'un diplôme. Il n'y a pour l'heure de diplôme d'Etat que pour la médiation familiale, la formation assurée serait-elle générale. Et la loi n'oblige pas les juges à désigner des médiateurs diplômés. S'il paraît nécessaire de renforcer les exigences de formation des médiateurs et des conciliateurs de justice, d'établir un code de bonne conduite (102), d'inciter fortement les parties à être assistées par leurs conseils pour veiller à leurs intérêts, il n'est pas certain qu'il faille transposer les principes fondamentaux du procès civil, comme le principe de la contradiction. Cela interdirait la pratique des caucus pour faire

(97) Après introduction de l'instance, le juge désigne le médiateur, fixe la durée de sa mission, tout en indiquant la date à laquelle l'affaire sera appelée à l'audience, le cas échéant la renouvelle, peut mettre fin à tout moment à la médiation, est informé de l'issue de celle-ci, homologue l'accord des parties à leur demande (art. 131-1 et s. NCPC). La conciliation par un conciliateur de justice suit une réglementation similaire (art. 832-1 et s. NCPC). Sur ce régime procédural de la médiation adapté par la Cour d'appel de Paris : X. Tarabeux, « La pratique de la médiation judiciaire », *Droit et Patrimoine*, n° 77, 1999, p. 42.

(98) Art. 131-14 NCPC : « 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 en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance » (dans les mêmes termes pour le conciliateur, art. 832-9 NCPC). En ce sens, l'article 6 de la directive du 9 novembre 2007 citée *supra*, note 94.

(99) Art. 131-5, 5° NCPC : « Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation ». Comparez pour le conciliateur de justice, moins explicite, avec l'article 2 du décret du 20 mars 1978.

(100) Médiation : art. 131-3 NCPC (trois mois renouvelables une fois) ; conciliation : article 832 NCPC (un mois renouvelable une fois). Sur ces principes, v. X. Lagarde, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », cité *supra*, note 18, p. 434 et s. Sur la nécessité de garanties d'ordre processuel, L. Cadiet, « Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, cité *supra*, note 12, spéc. p. 260 et s.

(101) Art. 131-5 NCPC. Il en va de même pour le conciliateur de justice (art. 6 du décret du 20 mars 1978).

(102) En ce sens la directive du 9 novembre 2007 citée *supra* note 94, art. 2 bis relatif à la qualité de la médiation.

avancer la négociation et réactiverait une logique du procès à laquelle le mode alternatif doit rester étranger. Des auteurs proposent de substituer au principe de la contradiction l'exigence d'un déroulement transparent de la médiation-conciliation (103).

Est-il souhaitable de multiplier les principes auxquels devrait être soumise la mise en œuvre des modes alternatifs ? Les professionnels ne sont guère favorables à une définition trop étroite du régime procédural des modes alternatifs. Le processus doit rester flexible pour ne pas perdre en adaptabilité et souplesse (104). Il reste que le recours aux modes alternatifs dans les matières imprégnées d'un ordre public de protection pose le problème de l'application des règles impératives. Faut-il obliger le juge à vérifier que les parties sont bien informées des droits que leur reconnaissent des législations protectrices et auxquelles elles auraient renoncé dans leur accord ? La présence des avocats ne garantit rien. Or le juge n'intervient que sur demande des parties au stade de la mise à exécution de l'accord, à un moment où l'accord est déjà ficelé entre les parties. Ne conviendrait-il pas d'informer les parties de leurs droits en amont du processus de médiation-conciliation afin qu'elles y renoncent ou les aménagent en connaissance de cause ? Il va falloir que le médiateur-conciliateur s'en charge, sinon l'autonomie du processus sera mise à mal. Si l'on parvient à fabriquer un modèle procédural propre aux modes alternatifs et détachée de l'institution judiciaire, l'on peut espérer faire vivre ce processus indépendamment de toute action en justice. Dès lors que les parties, d'elles-mêmes, conviendront de recourir à une médiation extrajudiciaire, il y aura lieu d'appliquer le modèle procédural établi par la loi. C'est ce que suggère la directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale du 9 novembre 2007 en envisageant la procédure de la médiation autant

(103) X. Lagarde, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », cité *supra*, note 18, p. 438 ; Ch. Jarrosson, « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *Rev. gén. proc.*, 1999.764.

(104) C'est la raison pour laquelle le groupe de réflexion à l'origine de l'institutionnalisation dans le Code civil de la médiation familiale a veillé à ce que le politique n'assortisse la médiation familiale d'aucun régime de procédure, contrairement à la médiation judiciaire précédemment adoptée. Comparez avec la directive du 9 novembre 2007 (cité *supra*, note 94) qui évoque les principes de qualité, d'efficacité, d'impartialité de la médiation, de confidentialité ; auquel l'avis du Comité économique et social européen sur la proposition de directive, du 9 juin 2005 (cité *infra*, note 106), ajoute la fiabilité, l'équité, la compétence, le professionnalisme et l'indépendance des médiateurs.

judiciaire que conventionnelle. Certes, si la loi nationale réserve au juge l'*imperium*, les parties devront lui soumettre leur accord pour le rendre exécutoire, sous réserve d'un ultime contrôle du respect de l'ordre public (105). Point de nouveauté sous cette apparence avancée : le décret du 20 mars 1978 s'y est déjà risqué pour la conciliation extrajudiciaire, mais sans grand succès.

29. Que l'on fasse prévaloir la conception institutionnelle ou la conception procédurale du recours aux modes alternatifs, le contrôle judiciaire, dans sa version complète ou allégée, paraît incontournable, à moins que l'on n'élargisse à « toute entité publique » le pouvoir de garantir la mise en œuvre de l'accord (106). L'avenir dira s'il y aura encore lieu de débattre du contrôle judiciaire...

(105) Avec la nuance sus-évoquée entre ordre public de protection et ordre public de direction.

(106) Avis du Comité économique et social européen sur la « proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale », INT/256, 9 juin 2005 ; suivi par la directive du 9 novembre 2007, citée *supra*, note 94, art. 5.1bis : « Le contenu de l'accord peut être rendu exécutoire par (...) une autre autorité compétente (...) par un acte authentique (...) ».

