



HAL
open science

L'article 21 du Code de procédure civile et la procédure civile

Morgane Reverchon-Billot

► To cite this version:

Morgane Reverchon-Billot. L'article 21 du Code de procédure civile et la procédure civile. Revue de droit d'Assas, 2020. <hal-02986754>

HAL Id: hal-02986754

<https://hal.science/hal-02986754v1>

Submitted on 3 Nov 2020

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

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



HAL Authorization

L'ARTICLE 21 DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE ET LA PROCÉDURE CIVILE

Revue de droit d'Assas, n° 20, octobre 2020

Morgane REVERCHON-BILLOT

Maître de conférences à l'Université de Poitiers

Equipe de recherche en droit privé (EA 1230)

« Il entre dans la mission du juge de concilier les parties »

CPC, art. 21

• ***Un texte écrit pour faire rêver : l'article 21 du Code de procédure civile***

1. L'expression d'un rêve – Né d'une « retouche »¹ destinée à faire de la conciliation un principe directeur du procès civil et la mettre en valeur, l'article 21 du Code de procédure civile a pour objectif d'« affirmer qu'elle n'est pas liée à une phase de la procédure (qui aurait un et seul temps), mais qu'elle constitue, pour le juge, à tout moment, une mission (c'est-à-dire tout à la fois un pouvoir et un devoir), une vocation naturelle, inhérente à son office »². Ainsi que le confiait le Doyen Cornu, ce texte est une « ouverture de principe [naïvement] »³ posée, constituant la « part du rêve » des rédacteurs du Code⁴, un « rêve de justice » dans lequel « il faut imaginer un mélange assez intuitif d'idéalisme et de réalisme, un grain d'utopie à la clé »⁵. Près de vingt ans plus tard, la doctrine⁶ déplorait que cette « offre de bonne justice à bon entendeur » n'ait « pas trouvé d'écho » : « qui voudrait mesurer l'effort de conciliation ? »⁷. Pour autant, « ne disons pas qu'il s'agissait de propositions expérimentales qui étaient vouées à être abandonnées après un essai infructueux. Elles sont là en attente, en espérance, potentielles, offertes à tout événement. Elles ne gênent personne. En un sens, elles ont l'avenir devant elles. L'occasion fera la justice »⁸. C'est d'ailleurs « à partir de la conciliation et de sa base légale - en tout cas dans son esprit - que se glisse et s'affermite la médiation qui d'ailleurs n'en est qu'une modalité quand elle a lieu devant le juge. Le jeu est ouvert »⁹.

2. Le rêve d'une justice participative – L'article 21 du Code de procédure civile, en posant le principe directeur selon lequel « il entre dans la mission du juge de concilier les parties », montre que les rédacteurs du Code rêvaient d'une justice participative. La justice participative peut être définie comme le « concept désignant l'ensemble des processus de résolution des différends impliquant que les parties soient personnellement mises en relation pour co-construire une solution »¹⁰. Le consentement des parties y est omniprésent, non seulement lors de l'enclenchement du processus participatif, mais également au moment de son

¹ G. CORNU, « L'élaboration du Code de procédure civile », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 1995, n° 16, p. 254.

² *Ib.*

³ *Ib.*, p. 253.

⁴ *Ib.*

⁵ *Ib.*

⁶ *Ib.* ; Y. DESDEVEISES, « Remarques sur la conciliation dans les textes récents de procédure civile », *D.* 1981, chron. 241 ; P. ESTOUP, « Chronique : Études et pratique de la conciliation », *D.* 1986, p. 161 ; G. BOLARD, « De la déception à l'espoir : la conciliation », in *Mél. HÉBRAUD*, 1981, Toulouse, p. 47.

⁷ G. CORNU, *art. préc.*, p. 254.

⁸ *Ib.*

⁹ *Ib.*

¹⁰ M. REVERCHON-BILLOT, « La justice participative : naissance d'un vrai concept », *RTD civ.* 2020, à paraître.

déroulement et de son issue¹¹. Elle est encadrée par des principes directeurs, garantissant une justice de qualité, compatible avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme.

3. Le rêve d'une justice plurielle – En érigeant la mission de conciliation du juge au rang de principe directeur du procès civil, les rédacteurs du Code ont fait de la justice participative un complément de l'office traditionnel du juge, pouvant être exercée quelle que soit la juridiction saisie et à tout moment. L'article 21 du Code de procédure civile concerne en effet le juge civil en général, c'est-à-dire « toute juridiction de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, en première instance ou en appel, y compris devant le juge des référés, mais par définition à l'exclusion de la Cour de cassation »¹². La conciliation peut en outre être « l'œuvre de magistrats instructeurs – juge ou conseiller de la mise en état, juge rapporteur, conseiller rapporteur »¹³. Sur le fondement de l'article 21 du Code de procédure civile, la saisine du juge ne prive pas les parties de la conciliation, laquelle ne fait pas obstacle à ce que le juge tranche le litige en cas d'échec. Le texte apparaît dès lors comme l'instrument d'une justice plurielle, offrant « à chaque type de conflit, son mode de solution approprié, les uns n'excluant pas les autres et, pour un même conflit, susceptible d'évoluer dans le sens d'un apaisement ou, au contraire, d'une aggravation, il doit être possible d'aller de l'un à l'autre et *vice versa* »¹⁴.

- ***Une matière réputée pour ne pas faire rêver : la procédure civile***

4. Le parent pauvre hissé au rang de science – Pour certains, « le seul terme de procédure évoque un doit artificiel [...] de formalités »¹⁵ ; pour d'autres, elle est « une collection de formules et de délais arbitraires, parée mal à propos du nom de science »¹⁶. La procédure civile a longtemps été considérée comme le « parent pauvre du droit privé, réservé aux procéduriers voire aux chicaniers »¹⁷. Elle tient pourtant un rôle fondamental : en faisant référence à la notion de civilité¹⁸, elle permet d'accomplir « le devoir de vivre [et travailler] ensemble, au quotidien, sans heurt, au sein de la grande cité, mais aussi, au sein de communautés particulières »¹⁹. Cela a peut être joué pour que la vision réductrice, étriquée et passéiste de la procédure civile laisse place à une autre conception, la hissant « au rang d'une discipline autonome, ancrée dans des principes fondamentaux qui font d'elle une matière en plein épanouissement, dont l'étude est devenue particulièrement stimulante et occupe désormais cette catégorie de juristes dont le nom est entré dans les mœurs du droit, les

¹¹ *Ib.*

¹² L. CADIET, « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », in Mél. C. CHAMPAUD, Dalloz, 1997, p. 131, n° 15.

¹³ J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, thèse, PUAM 2003, n° 383, p. 234.

¹⁴ L. CADIET, « L'accès à la justice. Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », *D.* 2017, p. 522.

¹⁵ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., Puf 1996, p. 1.

¹⁶ J.-E. BOITARD, *Leçons de procédure civile*, par G.-F. COLMET-DAAGE et E. GLASSON, t. 1, 15^e éd., Paris 1890, n° 1.

¹⁷ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile, droit interne et européen du procès civil*, 34^e éd., Précis Dalloz, 2018, n° 413, n° 1.

¹⁸ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, Hypercours Dalloz, 2019, n° 2.

¹⁹ J. CARBONNIER, « Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile, in *Le NCPC, vingt ans après*, la doc. Française 1998, p. 703, n°8.

processualistes »²⁰. « En définitive, la procédure civile a accédé au rang d'une science, la science qui prend pour objet le droit du procès civil »²¹.

5. La science du droit du procès civil – Traiter de la procédure civile impose de déterminer ce qu'est le procès civil. La tâche est malaisée : la doctrine peine à s'accorder sur une définition commune. Les auteurs oscillent entre une conception formaliste, selon laquelle le procès civil est associé à la procédure, et une vision matérialiste, considérant le procès comme étant synonyme de litige²². Lorsque le procès s'entend de la procédure, il correspond à « la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter »²³. Il s'agit donc non seulement de « l'enchaînement des actes et formalités devant conduire à la prise de décision »²⁴, mais également « des règles et des principes qui gouvernent cet enchaînement »²⁵. Le procès au sens de litige s'en distingue radicalement : il est le « différend, désaccord, conflit considéré dès le moment où il éclate comme pouvant faire l'objet d'une transaction, d'un compromis, d'un arbitrage, entre autres modes de solution des litiges, indépendamment de tout recours à la justice étatique »²⁶. On peut encore lire qu'il correspond à un « désaccord de volonté »²⁷, à « l'existence d'une situation d'incertitude juridique, née le plus souvent d'un conflit potentiel d'intérêts, pouvant donner lieu à une décision juridictionnelle dont l'objet est de lever l'incertitude sur la situation juridique en cause »²⁸, ou à « l'absence d'acquiescement (au sens général du terme) de la part de l'une des parties à la prétention de l'autre »²⁹. En dépit de leurs nuances, ces définitions convergent toutes vers une même idée : le litige est ce qui anime le procès.

- *Une conjonction coordonnant l'article et la matière : et*

6. La mise en relation de l'article et de la matière - « Et : Conjonction copulative servant à coordonner des termes, des groupes de termes et des phrases, et exprimant une addition, une jonction, un rapprochement »³⁰. La recherche invite ici à un rapprochement entre le texte et la matière, lequel impose de « mettre en regard, confronter »³¹ l'article 21 du Code de procédure civile et la procédure civile. Comment interagissent-ils ? Quels sont leurs incidences réciproques ? La confrontation permettra de révéler les liens entretenus entre les deux éléments et la manière dont ils sont mis en relation. Pour traiter pleinement du sujet, il convient de tenir compte des deux approches qui existent de la procédure civile au sens de discipline – le litige et la procédure -, en examinant autant les rapports existant entre l'article et le litige (I), que ceux entretenus entre le texte et la procédure (II).

²⁰ C. CHAINAIS et alii, *op. cit.*, n° 1.

²¹ *Ib.*

²² S. AMRANI-MEKKI, *Le temps dans le procès civil*, Dalloz, NBT, 2000, n° 8, p. 10-11.

²³ R.-J. POTHIER, *Traité de la procédure civile*, in *Œuvres de Pothier*, t. 6, Paris 1831 p. 1.

²⁴ J. NORMAND, V° Procédure, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF 2004, p. 1053.

²⁵ *Ib.*

²⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF 2020, V° Litige.

²⁷ G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, p. 37.

²⁸ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^e éd., LexisNexis 2017, n° 6.

²⁹ M. REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle*, Dalloz, NBT, 2015, n° 10.

³⁰ TLFI, V° Et.

³¹ TLFI, V° Confronter.

I. Les rapports entre le litige et l'article 21 du CPC

La mise en relation du litige et de l'article 21 du Code de procédure civile doit être envisagée de deux manières. Il convient d'abord de voir ce qu'il advient du litige lorsque le juge exerce la mission conciliatrice qui lui est confiée ; le litige se trouve saisi par l'article 21 du Code de procédure civile (A). Il faut ensuite analyser l'incidence que peut avoir le litige sur la mise en œuvre du texte : le litige peut guider l'application de l'article 21 du Code de procédure civile (B).

A. Le litige saisi par l'article 21 du CPC

7. Le litige en pourparlers judiciaires – La mise en œuvre de l'article 21 du Code de procédure civile a pour effet d'ouvrir des pourparlers judiciaires, lesquels ont pour objet la résolution amiable du litige³². La notion, consacrée par Julie Joly-Hurard, souligne le caractère contractuel de la conciliation, tout en insistant sur le fait qu'elle se déroule dans un cadre particulier, supposant un aménagement de la liberté des parties. Ces dernières, mises en relation³³ dans le cadre de pourparlers judiciaires, apparaissent comme de véritables partenaires poursuivant l'objectif commun de résoudre le litige. Pour ce faire, elles l'analyseront dans toutes ses dimensions, cherchant ainsi à en comprendre les raisons, à déterminer l'élément qui l'a cristallisé, à envisager différentes solutions pouvant convenir... Le litige saisi par l'article 21 du Code de procédure civile se trouve totalement décortiqué par les parties ; son examen va au-delà de l'analyse qui en est faite lorsque le juge se contente de le trancher.

8. Les pourparlers conduits par le juge – Le juge peut décider de se charger lui-même de la mission de conciliation prévue par l'article 21 du Code de procédure civile ; en ce cas, il conduit les pourparlers. La lecture des articles 128 à 129-1 du Code de procédure civile précise les deux fonctions que le juge exerce dans ce cadre : tenter la conciliation à tout moment et en tout lieu, et constater l'accord des parties sur leur demande³⁴. La mission conciliatrice du juge est radicalement différente de son rôle traditionnel et l'amène à considérer le litige d'une autre manière. Plutôt que de le trancher en appliquant les règles de droit, le juge va chercher à découvrir les circonstances qui en sont à l'origine, essayer de comprendre le point de vue de chacune des parties, puis de concilier les revendications des intéressés³⁵. Pour y parvenir, le juge conciliateur doit établir une relation de confiance. Cette dernière n'est pas facile à mettre en place dès lors que le juge se chargera de trancher le litige en cas d'échec de la conciliation ; son impartialité peut être ici menacée³⁶. Pour conjurer ce risque, les magistrats délèguent bien souvent leur mission de conciliation à un tiers.

9. Les pourparlers conduits par un tiers délégataire – Le juge, saisi d'un litige qu'il estime conciliable, peut préférer confier à un autre le soin de conduire le processus. Deux modalités s'offrent alors à lui : la conciliation menée par un conciliateur de justice³⁷ et la

³² J. JOLY-HURARD, *op. cit.*, n° 148 : « tractations préliminaires auxquelles ont recours les parties en cours d'instance en vue de la conclusion d'un contrat ayant trait à la solution de leur litige, sous l'égide du juge ».

³³ M. REVERCHON-BILLOT, « La justice participative [...] », *art. préc.*

³⁴ *Cf. infra* n° 10.

³⁵ D. D'AMBRA, « Chapitre 325 - Conciliation et médiation droit interne », in *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action 2017-2018, n° 325.171.

³⁶ N. FRICERO *et alii*, *Le guide des modes amiables de résolution des différends*, 3^e éd., Dalloz 2017, n° 111.52. *Cf. infra* n° 23.

³⁷ CPC, art. 129-2 et s.

médiation conduite par un médiateur³⁸. La délégation au conciliateur de justice, - à laquelle les parties ne peuvent s'opposer³⁹-, est toutefois subordonnée à l'existence d'une disposition particulière, quand celle qui est faite au médiateur peut l'être en toute hypothèse, mais avec l'accord des parties⁴⁰. Il est intéressant de remarquer que le litige peut alors être fractionné puisque « la médiation porte sur tout ou partie du litige »⁴¹. Sans doute faut-il considérer, en l'absence de disposition similaire concernant la conciliation, que celle-ci se conçoit davantage comme s'appliquant à l'entier litige⁴². Pour accomplir sa mission, le conciliateur peut convoquer les parties aux lieux, jours et heures qu'il détermine⁴³ et, avec leur accord, « se rendre sur les lieux et entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile, sous réserve de l'acceptation de celle-ci »⁴⁴. Le médiateur, quant à lui, doit convoquer les parties⁴⁵ et, bien qu'il ne dispose pas de pouvoirs d'instruction, peut entendre les tiers qui y consentent si les parties l'y autorisent⁴⁶. En dépit de la délégation, la résolution du litige reste sous le contrôle du juge qui n'en est pas dessaisi : il fixe la durée de la mission et peut la renouveler ou au contraire y mettre fin⁴⁷, est tenu informé des difficultés rencontrées par le tiers dans l'exercice de sa mission⁴⁸ et peut prendre les autres mesures qui lui paraissent nécessaires, à tout moment⁴⁹.

10. Le constat de l'accord sur le litige par le juge – L'article 129-1 du Code de procédure civile révèle que la mission conciliatrice du juge ne se limite pas au processus de conciliation mais concerne également le constat de l'accord élaboré par les parties. L'intervention judiciaire a pour effet de lui donner force exécutoire. Le juge a la possibilité de dresser un procès-verbal de conciliation, dont les extraits constitueront des titres exécutoires⁵⁰, mais il peut également homologuer⁵¹ l'accord, comme c'est le cas lorsqu'il a été constaté par un conciliateur de justice⁵². Le juge constatant l'accord dans un procès-verbal effectue un contrôle minimal de la légalité de l'acte sur son objet et sa portée⁵³ et s'assure de la « réalité de l'accord et du consentement des parties ». En cas d'homologation en revanche, il procède à un contrôle plus approfondi de la légalité, voire de l'opportunité de l'accord, c'est-à-dire de sa conformité par

³⁸ CPC, art. 131-1 et s. Cass. 2^e civ., 16 juin 1993, n° 91-15.332, *JCP G* 1993, I, 3723, n° 3, obs. L. CADIET : « La médiation, dont l'objet est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de l'article 21 CPC tendant au règlement amiable des litiges et, par voie de conséquence, exclusive de tout pouvoir juridictionnel ».

³⁹ Art. 24 du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

⁴⁰ Sur le choix entre la conciliation et la médiation, *cf. infra* n° 15.

⁴¹ CPC, art. 131-2.

⁴² Les litiges délégués à un conciliateur de justice sont souvent moins complexes, *cf. infra* n° 15.

⁴³ CPC, art. 129-2

⁴⁴ CPC, art. 129-3.

⁴⁵ CPC, art. 131-7

⁴⁶ CPC, art. 131-8.

⁴⁷ CPC, art. 129-1 et 129-4 ; 131-3 et 131-10.

⁴⁸ CPC, art. 129-5 et 131-9.

⁴⁹ CPC, art. 131-2.

⁵⁰ CPC, art. 131.

⁵¹ L'accord peut également être constaté dans un jugement de donné acte ou une décision de dessaisissement (J. JOLY-HURARD, *op. cit.*, n° 602).

⁵² I. BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, p. 58.

⁵³ Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse, Paris I, 1995, n°s 136 et 149.

rapport aux intérêts en cause et à l'ordre public⁵⁴. Le constat judiciaire de l'accord portant sur l'entier différend a pour effet de dessaisir le juge du litige, tandis qu'en cas d'accord partiel « l'objet du litige est modifié en considération de ce que le juge aura constaté »⁵⁵. En outre, l'intervention du juge fait obstacle à l'introduction future d'une demande identique, fondée sur la même cause et entre les mêmes parties, laquelle se heurterait à une fin de non-recevoir tirée de la chose jugée⁵⁶. L'effet produit est identique en cas de transaction, l'article 2052 du Code civil prévoit qu'un tel contrat « fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet »⁵⁷.

B. Le litige guidant l'application de l'article 21 du CPC

11. Le litige imposant l'application du texte – La nature du litige impose parfois au juge d'exercer d'abord sa mission conciliatrice, avant de pouvoir éventuellement trancher le litige. Il ne s'agit pas d'envisager les hypothèses dans lesquelles la saisine du juge est subordonnée à une tentative de règlement amiable ; celles-ci sont hors champ de l'article 21 du Code de procédure civile⁵⁸. Le propos porte sur l'existence d'un préalable de conciliation obligatoire imposé par la loi. Devant le tribunal judiciaire et dans le cadre de la procédure orale, le préalable de conciliation est intégré à l'instance contentieuse puisque la demande en justice est formée « aux fins de tentative préalable de conciliation »⁵⁹. Il en est de même pour un litige qui est de la compétence du conseil des prud'hommes ; la tentative préalable de conciliation devant le bureau de conciliation est la première phase obligatoire de l'instance⁶⁰. C'est encore le cas en matière de baux ruraux : au jour de l'audience, le tribunal paritaire procède nécessairement à une tentative de conciliation⁶¹. Les caractéristiques du litige conditionnent le juge compétent et l'obligent à tenter d'abord de concilier les parties en application de l'article 21 du Code de procédure civile.

12. Le litige encourageant l'application du texte – En vertu de l'article 127 du Code de procédure civile, le juge est invité à exercer la mission qui lui est confiée par l'article 21 du Code de procédure civile lorsque les parties ne justifient pas, lors de l'introduction de l'instance, de diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige. Ce texte est en lui-même inutile puisque l'article 128 du même Code dispose d'ores et déjà que les parties peuvent se concilier à l'initiative du juge tout au long de l'instance. Le législateur a voulu marquer le coup : le fait que le litige n'ait pas fait l'objet d'une tentative de règlement amiable est de nature à encourager son orientation vers la conciliation ou la médiation.

13. Le litige favorisant l'application du texte – Tous les litiges ne sauraient être résolus par la voie de l'amiable ; ceux qui sont susceptibles de l'être présentent toutefois des caractéristiques communes, des « critères de conciliabilité »⁶². Les magistrats seront plus enclins à exercer leur mission de conciliation lorsque les parties entretiennent des rapports de

⁵⁴ J. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, p. 130-131, n° 22.

⁵⁵ J. JOLY-HURARD, *op. cit.*, n° 92.

⁵⁶ Sur l'autorité de la chose jugée, V° M. REVERCHON-BILLOT, *th. préc.*, n° 562.

⁵⁷ M. REVERCHON-BILLOT, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Transaction, 2018.

⁵⁸ *Cf. infra* n° 16.

⁵⁹ CPC, art. 820.

⁶⁰ C. trav., art. R. 1454-10

⁶¹ CPC, art. 887.

⁶² J. JOLY-HURARD, *op. cit.*, n° 522.

proximité. Il peut s'agir de relations de voisinage, familiales, de travail ou encore d'affaires. La conciliation, à la différence du procès qui sacre un gagnant et un perdant, a pour objectif de favoriser le maintien des relations entre les parties lorsqu'elles perdurent, ou d'apaiser le conflit et de prévenir des procès futurs lorsque celles-ci ont cessé. La conciliation est encore privilégiée lorsque l'application de la règle de droit risque de conduire à un jugement inéquitable ou à des conséquences démesurées ; plutôt que de rendre une décision inique, le juge préférera que les parties se mettent d'accord sur une solution commune.

14. Le litige écartant l'application du texte – Certains litiges, à l'inverse, paralysent radicalement la mission de conciliation du juge ; c'est le cas lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, et notamment si l'ordre public est en jeu⁶³. Il est d'autres hypothèses dans lesquelles le recours à l'article 21 du CPC, sans être totalement exclu, n'est pas opportun. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer les litiges faisant intervenir des parties multiples, ceux pour lesquels il existe une disproportion entre les parties et que l'une se trouve nettement en position de force, ou encore ceux nécessitant une solution juridique⁶⁴.

15. Le litige guidant les modalités d'application du texte – La mise en œuvre de l'article 21 du Code de procédure civile peut prendre différentes formes⁶⁵ ; les caractéristiques du litige permettent d'orienter les parties vers le mode de résolution le plus adapté. En premier lieu, seuls les litiges soumis à un préalable amiable obligatoire⁶⁶ peuvent être orientés vers une conciliation déléguée à un conciliateur de justice ; la mise en œuvre de l'article 129-2 du Code de procédure civile est en effet subordonnée à l'existence d'une « disposition particulière »⁶⁷. Lorsque le litige est porté devant le tribunal judiciaire dans le cadre de la procédure orale, la mission peut être déléguée à un conciliateur de justice et l'accord des parties n'est pas une condition de la délégation⁶⁸. La règle est identique en matière de conciliation devant le tribunal paritaire des baux ruraux ou devant le tribunal de commerce⁶⁹. Il en va différemment en matière prud'homale, laquelle interdit toute délégation du juge ; le bureau de conciliation doit s'en charger personnellement, à l'exclusion d'un conciliateur de justice.

Le litige permet en second lieu de choisir entre la conciliation *stricto sensu* et la médiation. En l'absence de texte dirigeant les parties vers l'un ou l'autre des modes, il « semble que la pratique soit là pour orienter celles-ci en fonction de l'objet du différend »⁷⁰. Lorsque le montant du litige est faible, il est plus opportun que le juge se charge de concilier les parties ou délègue sa mission à un conciliateur de justice dont l'activité est bénévole. Le médiateur est à l'inverse un prestataire de services privé et rémunéré, qui détermine librement ses honoraires. On comprend que les parties seront peu désireuses de résoudre leur litige à l'amiable si le coût du mode de résolution est disproportionné. L'autre critère pouvant être invoqué porte sur la complexité du litige. Les affaires les plus simples sont le plus souvent confiées aux conciliateurs

⁶³ *Ib.*, n° 385 et s. ; N. FRICERO, *op. cit.*, n° 211.31.

⁶⁴ J. JOLY-HURARD, *op. cit.*, n° 523.

⁶⁵ *Cf. supra* n° 8 et s.

⁶⁶ *Cf. supra* n° 11.

⁶⁷ CPC, art. 129-2.

⁶⁸ CPC, art. 821.

⁶⁹ CPC, art. 887 (TPBR) ; CPC, art. 860-2 (T. com.).

⁷⁰ M. DOUCHY-OUUDOT et J. JOLY-HURARD, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Médiation et conciliation – Procédures de médiation ou de conciliation, Mars 2013 (actu. Déc. 2019), n° 87.

de justice, quand celles qui présentent davantage de difficultés sont attribuées aux médiateurs. La manière dont les procédures se déroulent expliquent cela. La conciliation *stricto sensu* est souvent relativement rapide, les parties se réunissent une ou deux fois, pour une durée d'environ une heure. Le processus de médiation prévoit plusieurs rencontres, qui peuvent chacune durer plusieurs heures ; le médiateur sonde davantage les âmes en utilisant des techniques spécifiques. En outre, la nature du litige devrait avoir une incidence sur la personne du médiateur : l'objectif est de désigner celui qui paraît le mieux convenir à la situation litigieuse. L'article 131-5 3°) du Code de procédure civile indique d'ailleurs que « la personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit [...] [p]osséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige ».

II. Les rapports entre la procédure et l'article 21 du CPC

L'étude révèle, d'une part, que les règles de procédure ont une influence sur l'exercice de la mission conciliatrice du juge et, d'autre part, que le recours à l'article 21 du Code de procédure civile n'est pas sans conséquence sur la procédure. Il convient par conséquent d'examiner les incidences de la procédure sur le texte (A), mais également celles de l'article sur la procédure (B).

A. Les incidences de la procédure sur l'article 21 du CPC

16. La saisine du juge conditionnant l'application du texte – Pour que le juge puisse exercer sa mission conciliatrice, il est évident qu'il doit avoir été saisi. Cela signifie que la juridiction doit avoir eu officiellement connaissance de la demande des parties⁷¹. La saisine du juge est « l'acte inaugurant la phase de l'instruction et emportant liaison de l'instance, par lequel le litige est soumis à la juridiction afin que celle-ci y applique son activité jusqu'à son dessaisissement »⁷². Le moment de la saisine, condition de mise en œuvre de l'article, varie selon l'acte introductif d'instance introduit : requête ou assignation.

Lorsque les parties se tournent vers la requête, la saisine est concomitante à la demande puisque l'acte introductif d'instance est directement remis ou adressé à la juridiction⁷³. Ainsi, la « demande aux fins de tentative préalable de conciliation »⁷⁴, formée par requête, permet au juge d'exercer immédiatement la mission qui lui est confiée par l'article 21 du Code de procédure civile. La tentative préalable de conciliation, imposée devant certaines juridictions⁷⁵, apparaît dès lors comme une modalité de mise en œuvre du texte.

Dans le cas de l'assignation en revanche, la logique est toute autre. L'acte est d'abord signifié au défendeur et il faudra que les parties en remettent une copie au greffe pour que la juridiction soit saisie. L'enrôlement de l'assignation apparaît comme la condition d'exercice, par le juge, de la mission de conciliation qui lui est confiée. Cela signifie que la conciliation mise en œuvre par les parties à réception de l'assignation, sans remise d'une copie au greffe, n'entre pas dans le champ d'application de l'article⁷⁶.

⁷¹ S. GUINCHARD et alii, *Procédure civile, op. cit.*, n° 528.

⁷² *Ib.*, p. 459.

⁷³ CPC, art. 54.

⁷⁴ CPC, art. 820.

⁷⁵ Cf. *supra* n° 11.

⁷⁶ Il en ira différemment si les parties demandent ensuite au juge de constater leur conciliation : cf. *supra* n° 10.

Il en va de même de l'obligation faite aux parties de recourir à l'amiable avant la saisine du juge. Au titre de l'article 750-1 du Code de procédure civile⁷⁷, « la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à [un conflit de voisinage]⁷⁸ ». Dès lors qu'aucune juridiction n'a été saisie, il ne saurait s'agir d'une modalité d'application de l'article 21 du Code de procédure civile. Le juge pourra néanmoins actionner le texte si, à l'issue du processus, les parties s'adressent à lui et lui demandent de constater leur accord⁷⁹.

17. L'amiable obligatoire préalable aménageant l'application du texte – Le fait que les parties puissent être obligées de se tourner vers l'amiable avant de pouvoir saisir le juge a des incidences sur la mise en œuvre de l'article 21 du Code de procédure civile. Dans une telle configuration, le juge n'a plus le premier rôle pour conduire la conciliation ; elle est externalisée et confiée à un tiers – conciliateur, médiateur ou avocats dans l'hypothèse de la procédure participative -. Il retrouvera toutefois une place de choix si, en cas de succès du processus, les parties le saisissent pour constater leur accord ; cet aspect de la mission conciliatrice du juge pourrait ainsi se développer corrélativement à l'extension de l'amiable préalable obligatoire.

L'application de l'article 21 du Code de procédure civile se trouve tout autant modifiée lorsque la conciliation préalable obligatoire échoue. En théorie, dans une telle hypothèse, rien n'interdit au juge de tenter lui-même de concilier les parties ou de les orienter à nouveau vers un conciliateur ou un médiateur : l'échec de la conciliation préalable ne préjuge pas de l'insuccès de la conciliation judiciaire. Il arrive parfois que la saisine de la juridiction rende les choses plus concrètes pour les parties et déclenche l'envie d'œuvrer à une solution commune. En pratique, il y a fort à parier que le juge se sentira exonéré de la mission de conciliation ; l'article 21 du Code de procédure civile se trouvera purement et simplement écarté.

Quelles sont enfin les incidences d'une saisine faite au mépris de l'obligation préalable de conciliation ? Si les parties ne soulèvent pas l'irrecevabilité de la demande, l'article 750-1 du Code de procédure civile offre au juge la faculté de le faire d'office. Il pourra donc, à son choix, retenir l'irrecevabilité et renvoyer les parties à un mode extrajudiciaire de règlement des conflits ou passer outre l'irrecevabilité. Il peut, dans ce dernier cas, se contenter de trancher le litige, mais il est aussi envisageable que la situation lui donne l'occasion d'exercer sa mission conciliatrice – en s'en chargeant lui-même ou en la déléguant à un tiers -. Dans une telle hypothèse, l'obligation de recourir à l'amiable préalablement à la saisine du juge peut avoir pour incidence de renforcer la mise en œuvre de l'article 21 du Code de procédure civile.

18. L'instance délimitant le champ d'application du texte – L'article 21 du Code de procédure civile peut être mis en œuvre « tout au long de l'instance »⁸⁰, « au lieu et au moment que le juge estime favorables »⁸¹. L'instance apparaît dès lors comme la notion de la procédure indiquant au juge le cadre dans lequel il peut exercer sa mission conciliatrice. L'instance

⁷⁷ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. V° également art. 4 de la Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁷⁸ Il s'agit des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du Code de l'organisation judiciaire.

⁷⁹ Cf. *supra* n° 10.

⁸⁰ CPC, art. 128.

⁸¹ CPC, art. 129.

correspond à la « [p]ériode qui va ordinairement de la saisine du juge au jugement »⁸². Elle « se présente comme la phase judiciaire du procès au cours de laquelle les parties au litige accomplissent [et se transmettent] un certain nombre d’actes de procédure »⁸³. Elle apparaît comme un moment d’échange et de dialogue entre le demandeur, le défendeur et le juge, lors duquel la mission conciliatrice peut être exercée.

L’article 21 du Code de procédure civile peut ainsi être actionné dès l’introduction de l’instance jusqu’à son extinction. Le président de la chambre saisie pourrait ainsi, lors de l’audience d’orientation, tenter de concilier lui-même les parties ou les diriger vers un conciliateur ou un médiateur. Le fait qu’il entre dorénavant dans l’objet de cette audience de conférer de l’état de la cause avec les avocats, « en leur demandant notamment s’ils envisagent de conclure une convention de procédure participative aux fins de mise en état »⁸⁴, pourrait favoriser le recours à l’article 21 du Code de procédure civile. Il peut encore être appliqué pendant l’instruction de l’affaire ; des dispositions spécifiques prévoient que le juge de la mise en état « peut constater la conciliation, même partielle, des parties », « désigner un médiateur dans les conditions de l’article 131-1 » et homologuer, « à la demande des parties, l’accord qu’elles lui soumettent »⁸⁵. Le juge peut encore concilier les parties « après la clôture de l’instruction ; pendant l’audience des débats ; voire après la clôture des débats jusqu’au prononcé du jugement »⁸⁶.

19. Le dessaisissement du juge empêchant l’application du texte – *Lata sententia judex desinit esse judex*⁸⁷ ; « [l]e jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu’il tranche »⁸⁸. Cela signifie que le juge est en principe privé de l’exercice de sa mission conciliatrice lorsqu’il a rendu sa décision. Des exceptions doivent néanmoins être envisagées ; il arrive que le juge puisse rétracter sa décision, notamment en cas d’opposition ou de tierce opposition⁸⁹. Il est théoriquement possible, dans de telles hypothèses, que le juge tente de concilier les parties : l’intervention de nouveaux protagonistes ou le rétablissement du contradictoire peut favoriser l’élaboration d’un accord.

B. Les incidences de l’article 21 du CPC sur la procédure

20. Les incidences de l’article sur l’instance – L’article 21 du Code de procédure civile peut avoir plusieurs incidences sur l’instance, lesquelles diffèrent selon la forme prise par la conciliation. Lorsqu’elle est menée dans le cadre d’une tentative préalable de conciliation obligatoire⁹⁰, deux instances autonomes doivent être distinguées : celle ayant pour objet de concilier les parties et l’instance contentieuses. Cela signifie que l’échec de la conciliation épuise la saisine du juge et « ne conduit pas automatiquement au jugement de l’affaire, mais remet les parties dans une situation identique à celle dans laquelle elles se trouvaient avant de

⁸² L. CADIET et E. JEULAND, *op cit.*, n° 475.

⁸³ *Ib.*

⁸⁴ CPC, art. 776.

⁸⁵ CPC, art. 785.

⁸⁶ M. DOUCHY-LOUDOT et J. JOLY-HURARD, *Rép. préc.*, nos 42 et 47.

⁸⁷ La sentence une fois rendue, le juge cesse d’être juge.

⁸⁸ CPC, art. 481 al. 1.

⁸⁹ CPC, art. 481 al. 2.

⁹⁰ *Cf. supra* n° 11.

saisir le tribunal d'instance à fin de conciliation »⁹¹. La situation est totalement différente lorsque la mise en œuvre de l'article 21 du Code de procédure civile prend la forme d'une médiation. En cas d'échec du processus, le juge n'est pas dessaisi et l'instance se poursuit conformément à l'article 131-10 du Code de procédure civile : « Le juge peut mettre fin, à tout moment, à la médiation sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur ». Dans ce cas, le juge « peut poursuivre l'instance ». L'article 21 du Code de procédure civile peut encore avoir pour effet de suspendre l'instance. L'hypothèse se rencontre lorsque les parties, après saisine du juge, s'orientent d'elles même vers un mode amiable. Elles peuvent alors solliciter un retrait du rôle, lequel s'impose au juge « lorsque toutes les parties en font la demande écrite et motivée »⁹². Le mécanisme a pour effet « d'évacuer du rôle des affaires en cours celles qui font l'objet de véritables pourparlers en vue d'une solution amiable et de désencombrer les tribunaux d'affaires inutilement inscrites à ce rôle »⁹³. La mise en œuvre fructueuse de l'article 21 du Code de procédure civile peut enfin avoir pour effet d'éteindre l'instance⁹⁴. Il en est ainsi en cas de procès-verbal de conciliation dressé par le juge ou lorsqu'il procède à l'homologation de l'accord⁹⁵.

21. L'affirmation de la dualité de l'office du juge – En érigeant la mission de conciliation du juge au rang de principe directeur, les rédacteurs du Code de procédure civile en ont fait l'égal de son activité juridictionnelle et ont consacré la dualité de l'office du juge : il lui incombe désormais de trancher le litige conformément à l'article 12 du Code de procédure civile et de concilier les parties. « Ces deux missions sont présentées comme deux modalités ou techniques différentes pour parvenir à une même fin : le règlement des litiges »⁹⁶. La mission de conciliation apparaît ainsi comme un devoir et non un simple pouvoir, au même titre que sa fonction juridictionnelle⁹⁷. Cela signifie que le juge ne peut se contenter d'un rôle passif mais doit prendre des initiatives opportunes pour susciter la conciliation⁹⁸ et assurer une activité de promotion de l'institution auprès du justiciable⁹⁹. La pratique montre toutefois que le juge parvient rarement à remplir lui-même « la double mission de son office – concilier et juger – au détriment de la conciliation, faute de temps, de moyens et de disponibilité »¹⁰⁰. C'est la raison pour laquelle il confie le plus souvent la mission à un tiers ; certains y voient la manifestation d'un démembrement de l'office du juge¹⁰¹.

22. La demande en justice limitant l'office du juge – Les parties peuvent néanmoins, dans leur demande en justice, limiter son office à la seule mission de conciliation. Cette hypothèse est expressément prévue pour certaines procédures lorsque la demande en justice est faite « aux fins de tentative préalable de conciliation »¹⁰², mais elle peut s'envisager dans bien d'autres

⁹¹ M. DOUCHY-OU DOT et J. JOLY-HURARD, *Rép. préc.*, n° 104.

⁹² CPC, art. 382.

⁹³ S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle*, Dalloz 2000, n° 61.

⁹⁴ H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. III, 1991, n° 1179.

⁹⁵ Cf. *supra* n° 10.

⁹⁶ J. JOLY-HURARD, *th. préc.*, n° 262.

⁹⁷ *Ib.*, n° 263

⁹⁸ H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, n° 1180.

⁹⁹ J. JOLY-HURARD, *th. préc.*, n° 263.

¹⁰⁰ M. DOUCHY-OU DOT et J. JOLY-HURARD, *rép. préc.*

¹⁰¹ R. LAHER, « Une brève histoire des conciliateurs de justice », *LPA* 10 juillet 2018, n° 137, p. 5.

¹⁰² V° par exemple pour la procédure orale devant le tribunal judiciaire : CPC, art. 820.

domaines. La requête conjointe, survivante de la réforme de la procédure civile, apparaît alors comme l'instrument parfaitement adapté¹⁰³. Un arrêt de la Cour de cassation l'illustre bien ; dans cette affaire le juge, saisi par requête conjointe, était prié de bien vouloir procéder à une « médiation dans le cadre de l'article 21 du nouveau Code de procédure civile afin de départager [les parties] et de fixer, le cas échéant, le montant des sommes qui seraient dues ». Les parties s'engageaient « à accepter la médiation du juge en lui donnant valeur de transaction au sens des articles 2044 et suivants du Code civil »¹⁰⁴ ; un tel contrat « fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet »¹⁰⁵.

23. Les antagonismes de la dualité de l'office du juge - Pour que les parties parviennent à une solution acceptée, « le conciliateur doit non seulement connaître les faits mais aussi, plus largement, toutes les circonstances qui les entourent. Il doit découvrir les origines du conflit, non simplement les faits mais la manière dont les parties perçoivent ces faits. Cette connaissance est indispensable pour que le juge puisse parvenir à rétablir le dialogue entre les parties »¹⁰⁶. Cette manière de remplir son office menace directement son aptitude à trancher le litige en cas d'échec de la conciliation¹⁰⁷. Il peut, en raison de l'opinion qu'il a pu se faire sur l'affaire, ne plus être considéré comme objectivement neutre pour statuer sur le fond¹⁰⁸. En raison de cette impartialité objective, le juge peut choisir de s'abstenir et se faire remplacer par un autre juge¹⁰⁹, mais l'éviction peut également provenir des parties qui sont fondées à demander sa récusation¹¹⁰. En cas de délégation de la mission à un tiers, l'antagonisme est corrigé par le principe de confidentialité¹¹¹. Les constatations du conciliateur et du médiateur et les déclarations qu'ils recueillent « 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 une autre instance »¹¹². L'obligation, qui s'impose avant tout au tiers mais concerne également les parties¹¹³, est indispensable pour établir le climat de confiance nécessaire à la résolution amiable¹¹⁴ et éviter que la conciliation ne soit utilisée à une autre fin que celle pour laquelle elle a été instituée¹¹⁵.

24. La mise en œuvre du texte imposant la présence des parties - Le principe de présence des parties¹¹⁶ devrait constituer le corollaire de la mission de conciliation du juge. Comment peut-il en être autrement ? Il est difficilement concevable que les représentants des parties puissent expliquer la réalité du litige, dans toutes ses dimensions, en tenant compte du ressenti profond des parties. En outre, le représentant ne peut agir que dans le cadre de son mandat ; s'il

¹⁰³ M. REVERCHON-BILLOT, « Sauvons la requête conjointe », *JCP G* 2019, n° 17, doct. 469, n°12.

¹⁰⁴ Cass. 2^e civ., 16 juin 1993, *préc.*

¹⁰⁵ C. civ., art. 2052.

¹⁰⁶ D. D'AMBRA, *op. cit.*, n° 325.161.

¹⁰⁷ B. GORCHS, « La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire », *Dr. et soc.* 2006/1, n°62, p. 223.

¹⁰⁸ N. FRICERO, *op. cit.*, n° 111.52.

¹⁰⁹ CPC, art. 339.

¹¹⁰ CPC, art. 341. La liste de l'article L.111-6 du COJ énumérant les causes de récusation n'est pas limitative ; elle « n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction » (Cass. 1^{re} civ., 28 avril 1998, n° 96-11.637, *Bull. civ. I*, n° 155).

¹¹¹ M. REVERCHON-BILLOT, « La justice participative [...] », *art. préc.*

¹¹² CPC, art. 129-4 et 131-14.

¹¹³ M. DOUCHY-LOUDOT et J. JOLY-HURARD, *rép. préc.*, n° 119

¹¹⁴ Sur l'obligation de confidentialité, V° M. REVERCHON-BILLOT, « La justice participative [...] », *art. préc.*

¹¹⁵ M. DOUCHY-LOUDOT et J. JOLY-HURARD, *rép. préc.*, n° 108.

¹¹⁶ A. DANET, *La présence en droit processuel*, thèse, Dalloz 2018, Bibliothèque de la justice ; E. JEULAND, « Justice numérique, justice inique ? », *Cah. Just.* 2019, p. 193 ; M. REVERCHON-BILLOT, « La justice participative [...] », *art. préc.*

dispose que la partie ne l'autorise à aucune concession, la conciliation ne peut qu'échouer. Bien souvent, le dialogue qui s'installe entre les parties les amène à renoncer à une partie de leurs prétentions : la présence a une « fonction conciliatrice »¹¹⁷. En cas de conciliation déléguée, les parties sont, dans la quasi-totalité des cas, personnellement présentes ; c'est en revanche de plus en plus rarement le cas lorsque le juge s'en charge lui-même.

La présence peut être imposée par des dispositions spéciales lors de la tentative préalable de conciliation : l'article 883 du Code de procédure civile relatif au tribunal paritaire des baux ruraux impose aux parties de comparaître en personne, sauf à se faire représenter en cas de motif légitime. L'article R. 1453-1 du Code du travail relatif à la procédure devant le conseil des prud'hommes posait la même règle ; il a malheureusement été réécrit et dispose désormais que « [l]es parties se défendent elles-mêmes. Elles ont la faculté de se faire assister ou représenter ». Les dispositions relatives à la tentative de conciliation préalable devant le tribunal judiciaire autorisent également la représentation lors de la phase de conciliation par le juge et n'imposent pas que les parties comparaissent en personne¹¹⁸. Quoiqu'il en soit et même en l'absence de disposition spéciale, le juge a toujours la possibilité de contraindre la présence des parties : l'article 20 du Code de procédure civile dispose qu'il « peut toujours entendre les parties elles-mêmes ». Il serait pertinent d'ajouter un alinéa selon lequel, « le juge doit entendre les parties elles-mêmes dans l'exercice de sa mission de conciliation ». La comparution personnelle des parties pourrait alors intervenir aussi bien lors de l'audience de mise en état qu'à l'audience de jugement.

25. Un rêve devenu réalité ? – L'étude menée sur les liens entre l'article 21 du Code de procédure civile et la procédure civile - entendue comme la science qui a pour objet le procès civil - a permis de mettre en évidence les rapports entre la conciliation judiciaire et, le litige d'une part, puis la procédure d'autre part. Une première pierre est ainsi posée. Pour que le « rêve de justice » des rédacteurs du Code de procédure civile devienne réalité, il faut poursuivre les recherches sur les interactions entre l'amiable, le judiciaire et le juridictionnel, lesquelles déboucheront, à terme, sur un véritable système des modes de résolution des conflits les incluant tous.

¹¹⁷ A. DANET, *th. préc.*, n° 170.

¹¹⁸ CPC, art. 825.