



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -



LA MÉDIATION JUDICIAIRE

DU PANTHEON ASSAS MEDIATION 2019



PLAN

INTRODUCTION

PARTIE I - NOTION ET PRATIQUE DE LA MEDIATION JUDICIAIRE

TITRE I - LE REGIME JURIDIQUE DE LA MEDIATION JUDICIAIRE

- CHAPITRE I – LA MEDIATION JUDICIAIRE UN MODE ALTERNATIF DE REGLEMENT DES LITIGES...
- CHAPITRE II – ...RENDUE OBLIGATOIRE

TITRE II - LA NOTION DE MEDIATION JUDICIAIRE

- CHAPITRE I : CRITERES ET CHAMP D'APPLICATION DE LA MEDIATION JUDICIAIRE
 - SECTION I : LES CRITERES INHERENTS A LA MEDIATION JUDICIAIRE
 - SECTION II – CHAMP D'APPLICATION
- CHAPITRE II - LA PROCEDURE ET LA PRATIQUE DE LA MEDIATION JUDICIAIRE

PARTIE II – LA MEDIATION JUDICIAIRE A L'EPREUVE DE LA MEDIATION « CHIMIQUEMENT PURE »

TITRE I : LA FUSION DES NOTIONS DE MEDIATION ET CONCILIATION JUDICIAIRE

- CHAPITRE I - SUR LES SOURCES DE LA CONFUSION
- CHAPITRE II- SUR LA NOTION DE CONCILIATION JUDICIAIRE ET SA COMPARAISON AVEC LA MEDIATION JUDICIAIRE

TITRE II LES CRITERES DE LA MEDIATION RELATIVISES

- CHAPITRE I : LA RELATIVISATION DU CARACTÈRE ALTERNATIF ET VOLONTAIRE DE LA MÉDIATION JUDICIAIRE
- CHAPITRE II : LE LIEN SOCIAL RELATIVISE

CONCLUSION

INTRODUCTION

Avant d'envisager le sujet de la médiation judiciaire, il est essentiel de définir la notion même de médiation, dont l'autonomie originelle mérite ici d'être rappelée. Même si son développement actuel semble la relier de plus en plus à des modes alternatifs de résolution de conflits, la médiation a son propre univers, ses valeurs, ses caractéristiques, et peu parviennent à la définir, noyant un peu plus chaque jour le néophyte dans des approches maladroites, voire malhonnêtes.

La médiation est définie dès 1993 par la Cour de cassation comme suit : « *l'objet de la médiation... est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur.* » (Cass. Soc. 16 juin 1993 n°91-15-332)

Il convient de remarquer que la « définition » ne définit que l'objet de la médiation ; de plus, elle confère au médiateur un rôle excessif .

Cette définition sera complétée par une directive européenne de 2008 : la médiation est « *un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur.* » (Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008)

Parallèlement, de nombreux auteurs ont cherché à appréhender la médiation comme une forme parmi d'autres de modes de résolution amiable, sans en aborder réellement le fond.

Or, il nous semble que la médiation est bien plus qu'une nouvelle « technique » de résolution de conflits. Dans ce sens, la définition donnée par Mme Guillaume-Hofnung (« La médiation - Que sais-je ? ») s'est, contrairement à tant d'autres, attachée à la fonction fondamentale de la médiation: « *Globalement, la médiation se définit avant tout comme un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers – impartial, indépendant, neutre avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs – favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause* ».

Définition reprise dans le Rapport d'information n° 3696 enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 13 février 2007, déposé par la Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur la médiation en Europe et présenté par M. Jacques Floch, député.

La médiation se définit donc principalement par ses valeurs (« communication éthique », « responsabilité », « autonomie »...). Ce qui induit qu'elle doit être acceptée, reconnue, plutôt qu'imposée - ou fortement proposée – judiciairement.

Elle se définit aussi comme un outil ternaire, tant dans sa structure que dans son résultat. Ce dernier point la distingue fondamentalement de la résolution judiciaire, comme le souligne à nouveau Mme Guillaume-Hofnung : « *Même si le juge peut rechercher la conciliation jusqu'au dernier moment, la mission de la justice lui fait obligation de trancher.* » En dernier lieu, c'est le juge extérieur qui tranchera en faveur d'une partie.

Ces différences entre la médiation et la décision judiciaire étant posées, nous pouvons alors aborder le sujet de la médiation judiciaire avec une grande curiosité intellectuelle. Comment évoquer sous une appellation commune deux outils si distincts dans leur approche et leurs résultats ?

Sourde alors immédiatement, en parallèle, une inquiétude légitime : l'actuel développement de la médiation judiciaire n'est-il pas en train de dénaturer la médiation « chimiquement pure » ?

Ou, pour poser le sujet sous une autre forme, l'adjectif qualificatif « judiciaire » n'est-il pas en train de supplanter, voire d'annihiler, le substantif « médiation » ?

PARTIE I – NOTION ET PRATIQUE DE LA MEDIATION JUDICIAIRE

Comme le soulignait justement le professeur Pierre Crocq, si pour la plupart des juristes la médiation est avant tout un mode de résolution des litiges, cela tient au fait qu'historiquement la médiation et plus généralement les modes alternatifs des conflits, sont d'abord fondamentalement une réponse à un besoin : l'augmentation du contentieux aboutit à un engorgement des juridictions qu'il faut réguler.

Toutefois, il faut également préciser que la médiation judiciaire est née d'une pratique prétorienne. Dans les années 1970, principalement en matière de conflits collectifs du travail, puis en matière familiale, des magistrats ont favorisé l'instauration de médiations après avoir constaté que certaines décisions juridiquement fondées :

- ne pouvaient donner une solution pleinement satisfaisante,
- ou présentaient des conséquences manifestement choquantes ou excessivement graves, en particulier sur le plan humain,
- ou présentaient des difficultés d'exécution car mal acceptées,
- ou ne favorisaient pas la reprise du dialogue et rendaient illusoire tout espoir de renouer des liens (le procès met de l'huile sur le feu).

Dès 1975, l'article 21 du nouveau Code de procédure civil précisait: « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties.* »

Depuis cette même année, il faut noter également que la médiation a été mise en œuvre dans le cadre des procédures de référé. Cette procédure d'urgence, rapide, simple, pour lesquelles les parties sont souvent présentes se prête à l'intervention du médiateur : il s'agit souvent de situations conflictuelles ou passionnelles pour lequel le problème juridique n'est pas toujours l'aspect essentiel du litige.

C'est à partir de ces pratiques que la loi du 8 février 1995, organisant la médiation, a été adoptée, ses textes seront repris ci-après.

Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation, déclarait ainsi: « *Alors émerge une conception moderne de la Justice, une Justice qui observe, qui facilite la négociation, qui prend en compte l'exécution, qui ménage les relations futures entre les parties, qui préserve le tissu social* »).

TITRE I - LE REGIME JURIDIQUE DE LA MEDIATION JUDICIAIRE

La médiation judiciaire est régie par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, modifiée par l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011, ratifiée par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle.

Depuis le décret n°96-652 du 22 juillet 1996, elle est codifiée aux articles 131-1 à 131-15 du Code de procédure civile modifiés à plusieurs reprises, notamment par le décret du 26 avril 2016.

L'article 21 de la loi, reprenant de très près les termes de la directive européenne de 2008, définit la médiation judiciaire comme « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige.* »

Les principes essentiels de la médiation judiciaire tels que définis dans les textes précités peuvent se définir de cette manière :

- La médiation judiciaire n'est pas une délégation par le juge de ses pouvoirs, elle demeure sous son contrôle
- Le consentement des parties, la confidentialité sont les clés de voute de ce processus
- Le choix du médiateur est déterminant (il doit remplir les qualités indispensables telles que l'indépendance, l'impartialité, la neutralité)
- La médiation judiciaire ne doit pas favoriser le dilatoire et ne pas entraîner un surcoût du procès.

La loi de 1995 n'a pas vraiment donné un fondement juridique propre à la médiation, certains déplorent d'ailleurs que le régime juridique de la médiation judiciaire s'apparente beaucoup à celui de la conciliation, entretenant une confusion regrettable. Seule différence de régime : la gratuité de la conciliation et le caractère payant de la médiation.

Comme le souligne, Mme Guillaume-Hofnung (« Que sais-je - La médiation ») : « *On peut espérer que le rapport d'information de l'Assemblée Nationale déplorant les incertitudes terminologiques qui l'affectent incitera le législateur à la vigilance. La création à la cour d'appel de Paris d'une fonction de coordination de la médiation confiée au conseiller Fabrice Vert, un des magistrats qui connaît le mieux la médiation en France, permet d'espérer un développement respectueux des prises de conscience opérées dans le rapport Magendie.* »

Pour rappel, Monsieur Jean-Claude Magendie, premier président de la Cour d'appel de Paris, sur demande de la Garde des Sceaux, avait rédigé en 2008 un rapport intitulé « Célérité et qualité de la justice devant la Cour d'appel ». Il s'agissait de formuler des propositions favorisant l'instauration d'une justice plus efficace.

Depuis, l'approche des pouvoirs publics et de la législation a évolué. D'une solution alternative, volontaire, choisie par les seules parties, la médiation est passée dans le camp des décisions judiciaires, ordonnées par un juge. Comme si son développement imposait de la repositionner dans un schéma connu de tous, de la vulgariser... et de lui faire perdre son essence même ?

CHAPITRE I – LA MEDIATION JUDICIAIRE, UN MODE ALTERNATIF DE REGLEMENT DES LITIGES...

Comme précisé ci-dessus, le Code de procédure civile contient des dispositions concernant la médiation judiciaire, au terme des articles 131-1 à 131-15, concernant :

- l'objet (article 131-1) : « Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. Ce pouvoir appartient également au juge des référés en cours d'instance ».
- la durée de la médiation (article 131-3),
- la personne du médiateur (articles 131-4 et 131-5),
- les pouvoirs du médiateur (article 131-8),
- la mise en œuvre de la médiation (article 131-7),
- la fin de la médiation (articles 131-10 et 131-11)
- l'homologation de l'accord (article 131-12),
- la rémunération du médiateur (article 131-13),
- le principe de confidentialité (article 131-14),
- l'absence de voie de recours contre la décision ordonnant ou renouvelant la médiation (article 131-15).

D'autres dispositions plus spécifiques sont incluses dans :

- **le Code civil** : articles 255, 256 et 373-2-10, en matière familiale
- **le Code du travail** : article L. 122-54, sur le harcèlement moral.

Concernant le domaine de la médiation judiciaire, les procédures civiles sont seules concernées car la loi exclut expressément les procédures pénales qui peuvent relever de la médiation pénale. Une médiation judiciaire peut donc être ordonnée devant toutes les juridictions civiles, commerciales, sociales, soit devant les juridictions de première instance: tribunal de grande instance, tribunal d'instance, tribunal de commerce, conseil de prud'hommes, tribunal paritaire des

baux ruraux, tribunal des affaires de sécurité sociale, chambres civiles, commerciales ou sociales de la cour d'appel.

Tous les contentieux sont concernés. La médiation peut porter sur tout ou partie du litige.

En pratique, on constate que ce sont essentiellement les TGI, notamment en référé, la cour d'appel, le tribunal de commerce, et le juge d'instance qui font usage de cette procédure.

Elle s'applique notamment dans les litiges impliquant psychologiquement et affectivement les parties. C'est le cas dans le contentieux de la famille, des successions, du droit du travail ou dans certains contentieux civils et commerciaux, tels que les troubles de voisinage, les baux, la copropriété, les relations commerciales continues (voir exemples [annexe 1](#)).

Les types de contentieux qui font le plus souvent appel à la médiation portent ainsi sur :

- Le droit du travail (conflits individuels ou collectifs)
- La copropriété
- Les rapports de voisinage
- Le droit des successions
- Les rapports locatifs
- Le droit de la consommation
- La propriété intellectuelle
- Le droit des associations
- Les contrats d'assurance
- Le droit des affaires (contrats de distribution, de franchise...)

Trois facteurs peuvent caractériser le domaine privilégié de la médiation judiciaire :

- L'existence d'une situation totalement bloquée pour laquelle la décision judiciaire est inappropriée car elle ne permet pas un apaisement de la situation des parties (ex : les conflits collectifs du travail) ;
- L'existence d'une situation impliquant pour les parties la nécessité de poursuivre les relations et donc de trouver une solution acceptable et acceptée par les parties ;
- L'existence d'une situation où la solution judiciaire entraîne des conséquences injustes et peu acceptables pour une partie ; la médiation judiciaire, librement acceptée, peut réintroduire un facteur d'humanité et d'équité par une solution négociée que le juge ne pouvait parvenir par le seul tranchant du droit.

CHAPITRE II – ... RENDUE OBLIGATOIRE

Sous l'impulsion de l'UE : « *La directive européenne n° 2008/52/CE du 21 mai 2008, selon le premier paragraphe de son article 1er, "a pour objet de faciliter l'accès à des procédures alternatives de règlement des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaires"* ».

Elle s'applique aux litiges transfrontaliers mais le préambule prend soin d'indiquer que *"rien ne devrait empêcher les états membres de appliquer les dispositions également aux processus de médiation interne"*.

Dans la lignée de ce développement de « la solution amiable préférable à la solution judiciaire », le décret 2015-282 du 11 mars 2015 prévoit dans son article 18 l'obligation d'indiquer, dans un acte de saisine juridictionnel, « *les diligences entreprises en vue de parvenir à une solution amiable du litige.* »

Il est donc obligatoire, depuis cette date, de laisser sa chance à la solution amiable. A défaut, le contribuable ne pourra pas prétendre à une intervention du juge dans la résolution de ce conflit.

Autre étape importante dans cette montée en puissance de l'obligation de rechercher une solution amiable préalable, la Cour européenne des droits de l'homme précisera en 2015 qu'une telle disposition législative, obligeant un ressortissant à recourir préalablement à un mode amiable de résolution des conflits, est parfaitement conforme à l'article 6 de la Convention européenne.

La voie d'une obligation d'injonction de médiation en matière civile est ainsi ouverte.

La loi n°2019-222 du 23 mars 2019 :

Poursuivant les objectifs initiés par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, la loi de programmation et de réforme de la justice, qui comporte 110 articles, a été promulguée le 23 mars 2019 et publiée le lendemain . La loi comprend notamment un important volet sur les modes alternatifs des conflits.

Depuis le 23 mars 2019, le juge peut, **en tout état d'une procédure**, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un médiateur qu'il désigne.

Le Ministère de la Justice justifie ces réformes de la manière suivante :

- les solutions amiables sont plus facilement acceptées par les justiciables, qui ont contribué à leur élaboration, trouver un accord est plus satisfaisant pour les parties qui sont acteurs de la décision.
- une décision acceptée est plus facilement exécutée. Pour que ne soient portées devant le juge que les affaires les plus contentieuses.

Que prévoit plus précisément la loi ? Y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du différend est possible, le juge pourra enjoindre aux parties de rencontrer en tout état de la procédure un médiateur, afin qu'il les informe sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation.

L'article 3 de la loi étend la tentative préalable obligatoire de résolution amiable, actuellement prévue pour les litiges devant le tribunal d'instance, aux litiges portés dorénavant devant le tribunal de grande instance lorsque la demande n'excède pas un montant défini par décret en Conseil d'État ou lorsqu'elle a trait à un conflit de voisinage.

Au choix des parties, la tentative de résolution amiable consistera en une tentative de conciliation par un conciliateur de justice, une tentative de médiation telle que définie à l'article 21 de la loi du 8 février 1995, ou une tentative de procédure participative, sous peine d'irrecevabilité de la demande que le juge pourra relever d'office.

Il organise la possibilité, pour le juge aux affaires familiales, d'ordonner une médiation dans la décision statuant définitivement sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. En outre, la disposition selon laquelle un médiateur ne pouvait pas être désigné par le juge pour procéder aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi en matière de divorce et de séparation de corps a été supprimée (Loi 2019-222 art 3, I ; Loi du 8-2-1995 art. 22-1 modifié)

Concernant les demandes relatives à un conflit de voisinage, la date d'entrée en vigueur est fixée au 1er janvier 2020 ; les autres dispositions sont d'application immédiate.

Se pose un vrai problème sur la définition de la médiation : une médiation obligatoire et donc une absence de consentement des parties qui remet donc en cause un principe fondamental de la médiation.

Pour caractériser cette situation, Mme Guillaume-Hofnung a inventé l'expression DTLA, soit la « Dégénérescence Terminologique Liée à l'Anomie », en d'autres termes la maladie de la terminologie juridique française. Confusion entre conciliation et médiation, le caractère libre et consentant de la médiation est remis dangereusement en cause.

TITRE II - LA NOTION DE MEDIATION JUDICIAIRE

La médiation judiciaire a donc un développement remarquable, si l'on s'en tient à l'essor de la terminologie dans le monde juridique français. Mais que recouvre-t-elle exactement ? Et quelles sont les chances de succès de la médiation tandis qu'elle s'intègre et évolue ainsi dans le monde judiciaire ?

La médiation demeure alors un processus se déroulant librement et indépendamment d'un juge, mais n'en demeure pas moins une parenthèse inscrite dans le temps d'une procédure.

Les parties ne risquent-elles pas d'être perdues entre cette volonté affichée par certains juges de privilégier la médiation à tout prix, et leur autoritarisme dans sa mise en place ?

A titre préalable, il est légitime de s'interroger sur cette création hybride et son devenir, mais aussi sur ses raisons d'être. Pourquoi la médiation n'a-t-elle pas conservé sa place d'égale, en parallèle – voire plus : en complément autonome - des dispositifs judiciaires ?

Deux raisons principales fonderaient une certaine résistance de masse à la médiation chimiquement pure, telle que conçue originellement :

- **Une culture judiciaire dominante en Europe occidentale, où les modes alternatifs de règlement de conflits sont restreints :**

Leur récent développement est d'ailleurs souvent lié à leur codification ou, a minima, à un cadre législatif laissant supposer un contrôle judiciaire.

La majorité des justiciables pensent que le juge est le seul apte à trancher un litige. La justice, pour eux, ne peut pas être rendue par eux-mêmes, elle requiert les compétences d'une juridiction formée pour cela. Encore aujourd'hui, de nombreux refus de médiation judiciaire ne sont pas justifiés concrètement, le seul fondement à cette résistance étant que seul le juge a la légitimité et le pouvoir de résoudre un conflit.

- **Le caractère manichéen des fondements de la responsabilité délictuelle, qui repose majoritairement sur la notion de faute, de coupable et de victime :**

« *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* » (Article 1240 CC) Il n'est pas ici question de partage de responsabilités, de reconnaissance mutuelle ou de l'avenir d'une relation à moyen terme.

Ces postures caricaturales du bon et du méchant, adoptés si souvent lors des procès sans crainte de la parodie – laquelle elle-même fait partie inhérente de la justice, avec ses effets de manche et ses plaidoiries grandiloquentes - poussent naturellement l'individu à sacraliser le moment où il lui sera rendu justice. Il lui faut la reconnaissance publique, il lui faut réparation devant autrui. Ce que la médiation ne lui offrira pas.

Et faut-il rappeler les termes de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, que certains ont tenté d'opposer à l'obligation de tenter une voie amiable avec la saisine d'une juridiction, lors de l'entrée en vigueur du décret du 11 mars 2015 :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

CHAPITRE I – CRITERES ET CHAMP D'APPLICATION DE LA MEDIATION JUDICIAIRE

Section 1 : Les critères inhérents à la médiation judiciaire

Au regard des textes rappelés ci-dessus, la médiation judiciaire se définirait comme :

- **un mode autonome et alternatif de règlement du conflit**

La médiation judiciaire, désormais reconnue légalement, est un mode de résolution des litiges, au même titre que les voies procédurales classiques. Elle fait partie des réponses possibles de l'institution judiciaire à une saisine, elle permet d'adapter les moyens aux finalités, de simplifier le droit fondamental à la justice.

Comme le déclarait M. Canivet lors d'une audience solennelle de la Cour d'appel de Paris le 9 janvier 1998 , la médiation:

- **suppose l'accord des parties**
- **avec pour objectif la résolution amiable d'un litige soumis ou pouvant être soumis à une juridiction,**
- **avec l'aide d'un tiers : indépendant, impartial, dépourvu de pouvoir institutionnel, (mais planne la figure du juge)**

Section 2 : Champ d'application

Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un état membre.

Elle inclut la médiation menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire ayant trait au litige en question. Elle exclut les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative au dit litige.

L'origine de la médiation peut donc être conventionnelle ou judiciaire. Le juge peut être médiateur, sauf pour les affaires dont il est saisi. Lorsque le juge tente de concilier les parties à un litige qui lui est soumis, il n'intervient pas dans le cadre de la Directive.

CHAPITRE II – LA PROCEDURE ET LA PRATIQUE DE LA MEDIATION JUDICIAIRE

La médiation ne dessaisit pas le juge qui :

- propose la médiation (les avocats et les parties peuvent aussi la lui demander),
- peut ordonner la médiation acceptée par les parties à tout moment de la procédure, y compris en référé (article 131-1 du nouveau Code de procédure civile),
- désigne le médiateur (articles 131-1 et 131-4 du nouveau Code de procédure civile),
- donne le délai au médiateur pour remplir sa mission (article 131-3 du nouveau Code de procédure civile),
- donne la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience (article 131-6 du nouveau Code de procédure civile),
- fixe la rémunération du médiateur (article 131-13 du nouveau Code de procédure civile),

- est tenu informé des difficultés rencontrées par le médiateur dans l'accomplissement de sa mission (article 131-9 du nouveau Code de procédure civile),
- peut mettre fin à la médiation à tout moment (article 131-10 du nouveau Code de procédure civile),
- juge l'affaire en cas de non-accord,
- homologue éventuellement l'affaire en cas d'accord (article 131-12 du nouveau Code de procédure civile).

A.)Le juge informe sur la médiation

L'information peut être faite systématiquement ou individuellement à tout moment. Elle peut être faite plus particulièrement pendant la phase de la mise en état (TGI, cour d'appel) ou par le juge rapporteur (tribunal de commerce) ;

Deux outils peuvent être proposés de manière associée :

1 - Une lettre ou note d'information destinée au justiciable

2 - Un questionnaire destiné à permettre au justiciable de réfléchir à l'intérêt d'une médiation. En effet, la pratique démontre que la seule lettre d'information ne suffit pas, les parties n'y répondant pas. Aussi sont-elles invitées à retourner le questionnaire à la juridiction après l'avoir renseigné.

Le juge peut informer oralement de la possibilité de médiation à l'audience . Toutefois il est préférable à ce stade que le juge ait un rôle plus actif et propose la médiation.

En matière familiale, le législateur (articles 255 et 373-2-10 du Code Civil) a donné au juge la possibilité de faire injonction aux parties d'aller devant un médiateur pour être informées sur la médiation (voir II - Les spécificités de la médiation familiale). Cette procédure n'existe pas dans les autres matières.

B.)Le juge propose la médiation

D'expérience, il est vérifié que la pratique de la médiation n'existe que dans les juridictions où le juge, ne se contentant pas de la simple information, décide de la proposer avec toute l'autorité que lui confère ses fonctions. La détermination du juge est donc primordiale.

Il appartient au juge d'opérer une sélection des dossiers pouvant relever de la médiation avant d'inciter les parties à y recourir.

C.) Quand la médiation doit-elle être proposée ?

La médiation peut être proposée :

- lors de la mise en état, dans les procédures avec représentation obligatoire, soit en saisissant les représentants des parties, soit aux parties elles-mêmes, le juge de la mise en état pouvant les entendre d'office (articles 767 et 910 du nouveau Code de procédure civile) et examiner avec elles et leurs conseils ce qui dans leur affaire inciterait à recourir à la médiation. Devant le tribunal de commerce, le juge rapporteur pourra de même convoquer les parties (articles 862 et 863 du nouveau Code de procédure civile),
- lors d'audiences spécifiques « de proposition de médiation » dans certains contentieux où les cas de médiation peuvent être nombreux, comme en matière prud'homale... Le juge présente la médiation, aux parties présentes dont les dossiers ont été préalablement triés et il peut les diriger vers des médiateurs qu'il a conviés à cette audience pour examiner avec ces parties et leurs conseils ce qui dans leur affaire inciterait à recourir à la médiation ainsi que pour répondre à leurs interrogations sur le processus de médiation
- soit lors de l'audience de jugement, en renvoyant l'affaire et en ordonnant la comparution personnelle des parties si elles sont absentes afin de recueillir leur accord,
- soit après l'audience de plaidoiries, par jugement en réouvrant les débats pour recueillir l'accord des parties par l'intermédiaire des avocats, ou avoués en appel, ou en ordonnant leur comparution personnelle. En cas d'accord, la décision ordonnant la médiation (jugement ou arrêt) désigne le médiateur, ordonne la prolongation du délibéré et indique la date à laquelle la décision au fond sera prononcée en cas d'échec ou l'affaire rappelée pour constater l'accord de médiation .

Si la mise en œuvre d'une médiation est particulièrement souhaitable au plus près du début de la procédure, l'expérience démontre, en raison des réussites observées, que lorsque la proposition est pertinente au regard des particularités de l'affaire, elle peut être faite avec profit à l'un quelconque de ces stades du litige, même ultime.

Le juge désigne le médiateur (articles 131-4 et 131-5 du nouveau Code de procédure civile):

« La personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes :

L'article 131-6 du nouveau Code de procédure civile prévoit que la décision rendue par le juge désigne le médiateur. Il le fait avec le concours des parties en nommant une personne morale ou physique qu'il leur a proposée et qui a été agréée par elles ou que celles-ci ont pris l'initiative de proposer.

La participation des parties au choix du médiateur fait partie du libre accord de recourir à la médiation.

Avant de prononcer la décision, le juge prendra contact avec le médiateur retenu pour s'assurer qu'il est disponible pour cette médiation, ou qu'il n'y a pas de problème d'incompatibilité quelconque. Le médiateur est une personne physique choisie :

- directement à titre personnel
- ou sur proposition d'une association ou d'un centre de médiation sollicité à cet effet.

- Le médiateur doit être en conformité avec les règles légales portant sur :
 - son casier judiciaire,
 - « la qualification requise eu égard à la nature du litige »,
 - « une formation à une expérience adaptée à la pratique de la médiation ».

D.) Le juge rédige la décision qui ordonne la médiation

a) Les mentions :

Article 131-6 du nouveau Code de procédure civile :

« La décision qui ordonne une médiation mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur, et la durée initiale de sa mission, et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience. »

Elle fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai imparti ; si plusieurs parties sont désignées, la décision indique dans quelle proportion chacune des parties devra consigner.

La décision, à défaut de consignation, est caduque et l'instance se poursuit. »

b) La consignation

Dans la pratique, la consignation par les parties au greffe de la juridiction fait perdre un temps précieux à la médiation. C'est pourquoi la majorité des juridictions prévoient que les parties verseront la consignation directement au médiateur, lors de la première réunion.

- Certaines ordonnances prévoient que les chèques seront libellés au nom du médiateur (qui reçoit ainsi sa rémunération directement par les parties).
- D'autres préfèrent que les chèques remis au médiateur soient faits à l'ordre du régisseur. Le médiateur envoie les chèques au greffe et perçoit sa rémunération en fin de médiation, lorsque le juge signe l'ordonnance de taxe. Cette deuxième façon de procéder, outre qu'elle est davantage conforme aux dispositions des articles 131-7 et 131-13 du nouveau Code de procédure civile, permet de détacher la prestation du médiateur de sa rémunération et de la faire dépendre du juge.

Les frais incombant à la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle sont à la charge de l'Etat. Dans ce cas, aucune consignation à valoir sur la rémunération du médiateur n'est à prévoir.

Le dispositif sera ainsi rédigé : « *Dit que la somme de ... € (somme totale), à valoir sur les honoraires du médiateur sera versée conformément à la législation en matière d'aide juridictionnelle* ».

E.)Le juge proroge éventuellement la médiation

Si un accord n'est pas conclu aux termes des trois mois mais que le médiateur et les parties pensent sérieusement qu'une solution est bien susceptible d'être trouvée, le médiateur peut solliciter la prolongation de sa mission (article 131-3 du nouveau Code de procédure civile). Le juge peut proroger pour une période de trois mois au maximum la durée de la médiation et modifie la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience ultérieure. **Ce faisant, sauf cas exceptionnel, il ne doit pas retarder la date initialement prévue pour plaider**

F.)Le juge homologue l'accord

Article 131-12 du nouveau Code de procédure civile :

« Le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent. L'homologation relève de la matière gracieuse. »

L'accord de médiation n'a, en lui-même, aucune force exécutoire. Pour recevoir une exécution forcée, il doit être homologué par le juge. La décision d'homologation vaut titre exécutoire ; rendue en matière gracieuse, elle ne peut mettre fin à l'instance contentieuse et il y a lieu de constater le désistement des parties dans le cadre de la procédure contentieuse, afin de permettre l'extinction de l'instance contentieuse initialement engagée et de statuer sur les dépens de cette instance, si ce point n'a pas été mentionné dans le protocole.

Rendue en matière gracieuse, la décision d'homologation est prise et prononcée en chambre du conseil.

Le juge, qui n'est pas tenu d'homologuer l'accord, doit vérifier que :

- l'accord a été conclu de bonne foi,
- l'accord a été conclu par des parties qui y adhèrent pleinement en pleine connaissance de leurs droits et de son inopposabilité aux tiers,
- l'accord ne présente pas de difficultés d'exécution (c'est le cas lorsqu'il comprend une clause suspensive ou aléatoire par exemple) ou d'interprétation,
- l'accord ne heurte pas des dispositions d'ordre public (*sur les dispositions d'ordre public concernées, V. Xavier Lagarde, "Transaction et ordre public", Dalloz, 2000, doctrine, p. 217 et "Office du juge et ordre public de protection", JCP-Semaine juridique - n°15/16, 11 avril 2001, p. 745*) et n'aurait pas été pris en fraude des droits des tiers. Ce dernier contrôle pouvant se limiter au rappel que l'accord est toujours inopposable aux tiers.

Ce contrôle, en cas de refus d'homologation, prive seulement l'accord du bénéfice de la force exécutoire et ne le purge pas de tous les vices qui l'entacheraient. Seule une instance introduite au fond aux fins d'annulation pourrait le faire disparaître.

G.) Le juge tire toutes les conséquences de l'accord

Il met fin à la procédure par une décision constatant le désistement. Cependant, lorsque le médiateur a rendu compte qu'un accord est intervenu, que les parties souhaitent le soumettre au juge aux fins d'homologation et qu'elles omettent d'adresser les désistements consécutifs à l'accord, l'affaire restera procéduralement pendante. Pour éviter cette situation il est prudent de préconiser aux médiateurs d'obtenir que les parties leur confient leurs désistements à transmettre avec le compte rendu qu'un accord est intervenu.

En cas de carence des parties, la compétence du juge après accord de médiation relevant de la procédure gracieuse, ce qui implique, selon l'article 25 du nouveau Code de procédure civile, qu'il n'y a pas de litige, le juge devrait pouvoir constater son dessaisissement au vu du seul compte rendu du médiateur qu'un accord est intervenu, cette situation étant identique à celles prévues à l'article 384 du nouveau Code de procédure civile. Toutefois cette disposition, en raison de l'antériorité de sa rédaction par rapport aux dispositions propres à la médiation, ne vise pas expressément l'accord de médiation au nombre des cas de dessaisissement du juge.

H.) Le juge fixe la rémunération du médiateur.

Article 131-13 du nouveau Code de procédure civile :

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

La charge des frais de médiation est répartie conformément aux dispositions de l'article 22 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

Le juge autorise le médiateur à se faire remettre, jusqu'à due concurrence, les sommes consignées au greffe.

Il ordonne, s'il y a lieu, le versement de sommes complémentaires en indiquant la ou les parties qui en ont la charge, ou la restitution des sommes consignées en excédant.

Un titre exécutoire est délivré au médiateur, sur sa demande. »

Le médiateur va établir un mémoire de ses frais ; en pratique, il propose au juge de fixer le montant des honoraires de médiation au montant consigné par les parties. Ce mémoire va donner lieu à une ordonnance de taxe.

L'article 22 de la loi du 8 février 1995 prévoit que « ***Les parties déterminent librement la répartition entre elles de la charge des frais de la médiation. A défaut d'accord, ces frais sont répartis à parts égales, à moins que le juge estime qu'une telle répartition est inéquitable au regard de la situation économique des parties*** ».

L'article 22 de la loi du 8 février 1995 (sous l'article 131-15 du nouveau Code de procédure civile) prévoit que les frais de la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle sont à la charge de l'Etat. Dans ce cas, à la fin de la médiation, une ordonnance est rendue par le juge taxateur fixant le montant de la rémunération qui sera réglée par l'Etat.

Dans certaines juridictions l'ordonnance qui règle ces points est qualifiée d'ordonnance de fin de médiation - **annexe 13 b** -, ce qui a l'avantage, en cas d'échec, soit de maintenir la date des plaidoiries soit de la fixer si cela n'avait pas encore été fait.

I.) Le juge doit juger l'affaire en cas de non-accord.

Il s'aperçoit alors souvent que la médiation, même si elle n'a pas débouché sur un accord, a eu des effets bénéfiques et que les passions et la haine que se vouaient les adversaires sont retombées. Le jugement peut alors intervenir dans des conditions plus sereines.

Le juge doit veiller à ce que les avocats, en plaidant, ne dévoilent pas ce qui s'est dit en médiation et qui est confidentiel.

Article 131-14 du nouveau Code de procédure civile :

« 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. »

J.) Le rôle du greffe

Article 131-7 du nouveau Code de procédure civile :

« Dès le prononcé de la décision désignant le médiateur, le greffe de la juridiction en notifie copie par lettre simple aux parties et au médiateur. »

Le médiateur fait connaître sans délai au juge son acceptation. Dès qu'il est informé par le greffe de la consignation, il doit convoquer les parties ».

Les avocats reçoivent, selon le droit commun, la décision désignant le médiateur. La pratique démontre qu'il est très utile que le greffier pense à envoyer au médiateur l'adresse personnelle des parties et si possible leurs numéros de téléphone, ainsi que les coordonnées de leurs conseils.

K.) Le rôle du médiateur

- Les textes :

Article 131-8 du nouveau Code de procédure civile :

« Le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction. Toutefois, il peut, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre les tiers qui y consentent. Le médiateur ne peut être commis, au cours de la même instance, pour effectuer une mesure d'instruction ».

Article 131-9 du nouveau Code de procédure civile :

« La personne physique qui assure la médiation tient le juge informé des difficultés qu'elle rencontre dans l'accomplissement de sa mission. »

Article 131-14 du nouveau Code de procédure civile :

« 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 ».

- La mission du médiateur

La mission du médiateur est de rétablir la communication entre les parties, grâce à l'écoute et à la compréhension réciproques.

Le médiateur n'impose ni ne propose de solutions. Les personnes élaborent elles-mêmes leur accord. Le médiateur doit cependant s'assurer que l'accord est envisagé de bonne foi, qu'il reflète la volonté des parties en pleine connaissance de leurs droits et qu'il ne heurte pas manifestement l'ordre public.

Il ne peut divulguer les propos tenus tout au long du processus de médiation. Il ne peut rapporter les attitudes des parties qui, hors de toute autre expression, feraient découvrir leurs positions. En cas de non-accord, le médiateur informe le juge de ce que les parties ne sont pas arrivées à s'entendre. Il ne fait aucun commentaire.

L'accord issu de la médiation est généralement rédigé par les parties ou leurs avocats. Il peut éventuellement l'être avec l'aide du médiateur, dans les cas simples. Le médiateur peut toujours préconiser d'y inclure des clauses utiles à sa bonne exécution.

- La formation du médiateur

La formation du médiateur est essentielle. L'expérience prouve que la connaissance juridique est le plus souvent nécessaire mais toujours insuffisante pour lui permettre de remplir son rôle. Le médiateur doit impérativement être formé aux techniques de médiation en particulier celles propres à favoriser la communication et le rétablissement du dialogue.

- La déontologie du médiateur

Les principes déontologiques dont le respect incombe au médiateur précisent et assurent la mise en oeuvre des dispositions légales définissant la médiation et garantissent que la médiation est menée selon les principes généraux qui la fondent.

Il est essentiel que les mêmes principes déontologiques soient reconnus et partagés par l'ensemble des médiateurs et par leurs employeurs personnes morales. Ils devraient être diffusés au moment des séances d'information :

Les principes garants du processus de médiation :

- le médiateur doit tout mettre en oeuvre pour préserver le caractère volontaire, confidentiel et impérativement consenti du recours à la médiation, il donne une information claire et complète sur les principes déontologiques et les modalités de la médiation et s'assure de leur bonne compréhension,
- il informe les personnes de la possibilité de consulter à tout moment un conseil pour connaître leurs droits et de se faire assister par ce conseil en l'associant au processus de médiation,
- il recueille de manière individuelle le consentement des personnes aux modalités d'organisation du processus de médiation,- il veille à préserver l'espace relationnel d'écoute et de dialogue de toute forme de contrainte physique ou morale et, pour ce, est particulièrement attentif aux situations d'emprise et d'inégalité susceptibles d'altérer le consentement des parties,
 - le médiateur refusera d'entreprendre ou de poursuivre la médiation s'il considère que ces conditions ne sont pas réunies.

- le médiateur n'a aucun pouvoir sur les décisions qui seront prises au cours du processus de médiation. Il doit cependant s'assurer que l'accord envisagé ou éventuellement conclu reflète réellement la volonté des personnes dans le respect des règles d'ordre public. A défaut, il doit mettre fin à sa mission.

PARTIE II – LA MEDIATION JUDICIAIRE A L'EPREUVE DE LA MEDIATION « CHIMIQUEMENT PURE »

Le droit à la médiation s'inscrit progressivement dans notre droit positif jusqu'à devenir un véritable droit à la médiation judiciaire. Faut-il voir dans cette évolution une simple judiciarisation de la médiation ou plutôt une transformation drastique de cette médiation pour en faire un simple outil protéiforme au service des intérêts de la Justice ?

Ainsi à la suite de directives de l'Union Européenne, à l'instar de celle du 21 mai 2018 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt MOMCILOVIC contre Croatie du 26 mars 2015(n° 11239/11)¹, a considéré que l'objectif d'une disposition législative instaurant, **à peine d'irrecevabilité de la demande en justice, une obligation de recourir préalablement à un mode amiable de résolution du différend était conforme à l'article 6, § 1 de la Convention EDH.**

La Cour admet donc que cette atteinte à l'accès direct au tribunal est légitime car elle permet d'assurer des économies pour le service public de la justice et d'ouvrir la possibilité pour les parties de résoudre leur différend sans l'intervention des tribunaux.

C'est dans cette logique que le **décret du 11 mars 2015**², modifiant l'article 56 du Code de Procédure Civile, a posé l'obligation à « *toute partie introduisant une demande initiale en justice par assignation, requête ou déclaration* ». En l'absence de telles diligences, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation.

Poursuivant dans cette évolution, **la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle**³ consacre la médiation dans les juridictions administratives, introduit des dispositifs de tentatives de **médiation ou conciliation obligatoires**, notamment pour certains litiges familiaux ou des litiges d'un montant inférieur à 4 000 euros, et impose la création d'une liste de médiateurs par Cour d'Appel.

¹ CEDH MOMCILOVIC contre Croatie du 26 mars 2015(n° 11239/11)

² 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

³ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 parue au JO n° 0269 du 19 novembre 2016 (rectificatif paru au JO n° 0084 du 8 avril 2017) Décision du Conseil constitutionnel n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016 (partiellement conforme)

Plus récemment, la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice⁴ étend à d'autres contentieux l'obligation pour les justiciables de rencontrer **un médiateur ou un conciliateur** avant la saisine du juge et généralise le pouvoir du juge **d'enjoindre** aux parties de rencontrer un médiateur.

La judiciarisation de la médiation peut ainsi s'entrevoir de deux façons :

- La médiation ordonnée par le juge qui répond de la définition stricte de la médiation judiciaire
- La médiation conventionnelle rendue obligatoire préalablement à la saisine du juge.

La médiation, jadis apanage de la société civile, semble donc s'institutionnaliser.

Gardons en mémoire que la **Médiation**, au sens noble, presque philosophique du terme, est définie par Mme le Professeur GUILLAUME-HOFNUNG comme « *un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers -impartial, indépendant, neutre, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs- favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause* »⁵

La simple lecture de cette définition, qui arrête les piliers de la médiation, suffit à démontrer son inadéquation avec la médiation telle qu'elle est aujourd'hui voulue par l'évolution, la modernisation, de la justice française.

En effet rappelons que l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 définit la médiation judiciaire comme « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige.* »

La médiation judiciaire ne semble donc être qu'une version éthérée, diluée, de la médiation issue de la société civile.

Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter aux textes sus évoqués programmant la justice du XXIème siècle, qui n'hésite pas à mettre au même rang, voir à intervertir les deux notions fondamentalement différentes que sont la médiation et la conciliation (I)

⁴ LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

⁵ Mme Le Professeur M. GUILLAUME-HOFNUNG, « LA MEDIATION » Ed. QUE SAIS-JE p.70

Cette dangereuse confusion des genres démontre que la justice du XXIème siècle n'est pas prête pour la médiation dans son sens le plus noble.

Par ailleurs, il paraît désormais évident que la place que cette nouvelle justice accorde à la médiation est bien trop étriquée pour permettre à ce mode de règlement des différends de s'épanouir et ainsi de mettre en avant ses principes essentiels.

Comment peut-on dire de cette « médiation judiciaire » qu'elle est libre, volontaire, indépendante et éthique ? (II)

TITRE I : LA DANGEREUSE FUSION DES NOTIONS DE MEDIATION ET CONCILIATION JUDICIAIRE

La justice tente dans son évolution de s'approprier les modes de règlements des différends issus de la société civile. Cependant dans son empressement, dans sa volonté de désengorger les tribunaux, le législateur ne s'autorise pas une véritable étude de ces précieux outils voulant à tout prix être en prise avec son époque.

Ainsi, et avec une maladresse coupable, il opère une confusion totale entre les notions de médiation et de conciliation judiciaire, deux notions pourtant strictement autonomes.

Les termes conciliation et médiation ont tous deux une origine latine : « *conciliare* » pour le premier, signifiant « le fait de se réunir ou d'assembler » et « *mediare* » pour le second, signifiant « partager en deux, être au milieu, s'interposer »⁶.

Aujourd'hui, la conciliation est définie par le dictionnaire Larousse comme une « *action qui vise à rétablir la bonne entente entre des personnes dont les opinions ou les intérêts s'opposent* » et la médiation comme « *le fait de servir d'intermédiaire, en particulier dans la communication* »

Ces définitions les plus élémentaires mettent en exergue les propos de Mme Le Professeur M.GUILLAUME-HOFNUNG qui retient qu'il convient « *d'éviter la confusion des genres. La sémantique des mots médiation, conciliation ou arbitrage est importante, et parler d'une notion en précisant sa définition signifie peut-être aussi qu'il faut réfléchir sur d'autres appellations et d'autres formes* »⁷.

⁶ Adeline AUDRERIE, « Médiation et conciliation : quelle distinction en matière juridique ? », Mémoire Master 2 Droit du travail et de l'emploi 2015, Université Toulouse 1 Capitole, page 9.

⁷ Mme Le Professeur M. GUILLAUME-HOFNUNG, MÉDIATION ET SANTÉ : UNE ÉVIDENCE ?, 17 janvier 2008, Actualité juris santé, http://www.jurisante.fr/wp-content/uploads/2014/10/AJS_61.pdf.

CHAPITRE I - LES SOURCES DE LA CONFUSION

Les praticiens et théoriciens les plus éminents retiennent unanimement que ces deux notions ne sont pas interchangeables⁸. Et pourtant les institutions, qu'elles soient françaises ou européennes, assimilent fréquemment la médiation à la conciliation.

Il en est ainsi dans :

- La loi 8 février 1975⁹
- La directive n° 2008/52/CE du 21 mai 2008, qui réunit sur un même vocable médiation – la médiation et conciliation.
- Et plus récemment la loi du 23 mars 2019 qui dans son article 3 mêle indistinctement la médiation –conciliation judiciaire en matière civile

Dans ce texte des plus récents, il est précisé que :

« Art. 4.-Lorsque la demande tend au paiement d'une somme n'excédant pas un certain montant ou est relative à un conflit de voisinage, la saisine du Tribunal de Grande Instance doit, à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation, telle que définie à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, ou d'une tentative de procédure participative, sauf :

1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ;

2° Lorsque l'exercice d'un recours préalable est imposé auprès de l'auteur de la décision ;

3° Si l'absence de recours à l'un des modes de résolution amiable mentionnés au premier alinéa est justifiée par un motif légitime, notamment l'indisponibilité de conciliateurs de justice dans un délai raisonnable ;

4° Si le juge ou l'autorité administrative doit, en application d'une disposition particulière, procéder à une tentative préalable de conciliation.

Un décret en Conseil d'Etat définit les modalités d'application du présent article, notamment les matières entrant dans le champ des conflits de voisinage ainsi que le montant en-deçà duquel les litiges sont soumis à l'obligation mentionnée au premier alinéa. Toutefois, cette obligation ne s'applique pas aux litiges relatifs à l'application des dispositions mentionnées à l'article L. 314-26 du code de la consommation. »

⁸ J. J HUREAU, MEDIATION ET CONCILIATION NE SONT PAS INTERCHANGEABLES, MÉDIATION ET SANTÉ : UNE ÉVIDENCE ?, 17 janvier 2008, Actualité juris santé, http://www.jurisanté.fr/wp-content/uploads/2014/10/AJS_61.pdf, p.24.

⁹ Mme Le Professeur M. GUILLAUME-HOFNUNG, LA MEDIATION, PUF Coll. *Que sais-je ?*, 1995, p.60 et s.

Ainsi, cultivant cette confusion, l'article 1530 du code de procédure civile (C.P.C) issu du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, a consacré une **définition commune de la conciliation et de la médiation conventionnelles**, notions pourtant fort différentes pour ne pas dire antinomiques.

Il voit dans ces deux notions « (...) *tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ».

S'agissant plus précisément de la **conciliation et médiation judiciaires**, bien que consacrées par différentes dispositions du Code de Procédure Civile, ces notions ne sont pas clairement différenciées si bien que « de nombreuses ambiguïtés naissent... »¹⁰.

Face à cette confusion terminologique alors que les modes alternatifs de règlement des différends (MARD), des conflits (MARC) ou des litiges (MARL) connaissent un fort développement, dont la conciliation et la médiation devenues obligatoires pour certains litiges préalablement à la saisine du juge, les justiciables renommés, « conciliables », « médiés », « sollicitants » ou « requérants » ne peuvent que s'égarer.

CHAPITRE 2 LA NOTION DE CONCILIATION JUDICIAIRE ET SA COMPARAISON AVEC LA MEDIATION JUDICIAIRE

Appréhender la notion de conciliation n'est pas simple tant il est vrai qu'aucun texte normatif n'en pose une définition précise et définitive.

Il existe, cependant, des définitions variées dans la doctrine¹¹ voir même dans les dictionnaires de la langue française.

Ainsi pour le Littré¹², la conciliation consiste en l'action de concilier, « mouvoir ensemble » « rapprocher ».

¹⁰ Mme Le Professeur M. GUILLAUME-HOFNUNG « Hommes et Liberté n°105 » Juin Juillet 1999.

¹¹ H.SOLUS et R.PERRO, Droit judiciaire priv, T.3 procédure de première instance SIREY, 1991 n°1179 : les auteurs définissent la conciliation survenue en cours d'instance comme le fait des parties qui « *parviennent à un accord pour régler à l'amiable tout ou partie du différend qui les oppose* ». L.CADIET Droit judiciaire privé n°387 « *La conciliation est un mode amiable ou conventionnel de solution des litiges, y compris lorsqu'elle est réalisée au cours d'un instance déjà engagée. Elle est judiciaire dans ce dernier cas et extrajudiciaire dans les autres.* »

¹² Dictionnaire de la langue française, tome premier, Hachette et cie 1878.

Pour le lexique des termes juridiques de CORNU, la conciliation est « *un accord par lequel deux personnes en litige mettent fin à celui-ci (soit par transaction, soit par abandon unilatéral ou réciproque de toute prétention), la solution du différend résultant non d'une décision de justice mais de l'accord des parties elles-mêmes* »^{13, 14}.

La lecture de ces définitions génériques souligne que la conciliation demeure, à l'instar de la médiation, une notion polysémique.

Si l'on veut retenir une définition de la conciliation, dans son sens le plus large, il est alors possible de la qualifier de « *mode amiable ou conventionnel de règlement des conflits par lequel des parties, avec ou sans l'aide d'un tiers qui a leur confiance, dans le cadre ou en dehors de toute instance judiciaire, tente de rapprocher leurs points de vue respectifs afin de parvenir à une solution amiable du différend qui les oppose* »

Si on la rapproche de la définition posée par Mme GUILLAUME-HOFNUNG, et reprise dans le Rapport d'information n° 3696 enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 13 février 2007, déposé par la Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur la médiation en Europe et présenté par M. Jacques Floch, député, de nombreuses différences apparaissent.

En effet, la médiation implique systématiquement la présence d'un tiers, neutre, indépendant et impartial, dont le rôle n'est pas d'aboutir systématiquement à une solution mais d'établir ou rétablir le lien social. **Pour la médiation, l'échange prime alors que pour la conciliation c'est le résultat.**

Ainsi dans sa définition la plus pure, la médiation, à l'inverse de la conciliation, ne « *se réduit pas à une simple négociation stimulée par un tiers...* »¹⁵.

Allant plus en avant, il apparaît que les procédures de conciliation peuvent être regroupées en deux grandes familles : les conciliations extrajudiciaires et les conciliations judiciaires.

Une conciliation est dite extrajudiciaire lorsqu'elle est mise en œuvre en dehors de toute instance judiciaire et que son initiative, son déroulement et l'exécution de l'éventuel accord en résultant, échappent à tout contrôle judiciaire¹⁶.

¹³ G.CORNU, Vocabulaire juridique, 2018.

¹⁴ Définition inspirée des dispositions du code de procédure civile relatives à la conciliation, sous la forme de droit commun (art 21 et 127 et s.) celles du code du travail (art R516-10 et s ; L523-1 et s., Loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs...

¹⁵ Mme Le Professeur M. GUILLAUME-HOFNUNG, LA MEDIATION, PUF Coll. *Que sais-je ?*, 1995.

¹⁶ CH.JARROSSON, la notion d'arbitrage, les frontières de l'arbitrage, revue de l'arbitrage, 2001 et S, p.182 n°362

Ainsi la conciliation extrajudiciaire suppose l'absence de tout lien avec le juge ou le monde judiciaire¹⁷.

A l'inverse, comme l'indique l'épithète, pour pouvoir être judiciaire, la conciliation doit nécessairement être mise en œuvre dans le cadre d'une instance judiciaire et se dérouler obligatoirement sous l'égide du juge.

Elle doit donc être menée à l'occasion d'une instance introduite et non encore éteinte.

Il est alors possible de distinguer **la conciliation judiciaire directe** de la **conciliation judiciaire déléguée**.

Si la conciliation judiciaire directe s'entend de la conciliation directement supervisée et mise sous la tutelle du juge¹⁸, la conciliation judiciaire déléguée, elle, permet au juge, saisi de l'instance, de désigner une tierce personne « *afin d'entendre les points de vue des parties pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* »¹⁹

Ainsi depuis la loi du 8 février 1995, le juge saisi d'un litige était autorisé à désigner un tiers, **si les parties l'acceptent**, afin que ce dernier, se substituant au juge, tente de les amener à un accord.

Toutefois, rappelons que depuis la loi n°220-1138 du 09 septembre 2002 (article 8), le juge a le pouvoir d'enjoindre aux parties, **indépendamment de leur accord**, de rencontrer un conciliateur de justice. Le consentement des parties était donc sévèrement mis à mal.

Enfin, gardons en mémoire qu'à partir du 1^{er} janvier 2020, lorsqu'une demande tendra au paiement d'une somme n'excédant pas un certain montant ou sera relative à un conflit de voisinage, **la saisine du Tribunal de Grande Instance devra, à peine d'irrecevabilité que le juge pourra prononcer d'office, être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation**, telle que définie à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ;

La conciliation judiciaire semble donc devenir une conciliation extrajudiciaire imposée comme préalable obligatoire à certains litiges. Ainsi et désormais, cette « *procédure structurée, par laquelle deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs conflits, avec l'aide d'un tiers, le conciliateur de justice qui accomplit sa mission avec impartialité,*

¹⁷ J.VINCENT, S.GUINCHARD, G.MONTAGNIER et A. VARINARD, *Institutions judiciaires*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 7e éd., 2003.

¹⁸ Article 21 du Code de procédure civile

¹⁹ Article 131-1 à 131-15 du Code de procédure civile

*compétence et diligence*²⁰ » devra précéder certaines instances à peine d'irrecevabilité soulevée d'office.

Si le texte de l'article 4 de la loi du 23 mars 2019 met sur un rang de quasi-égalité cette conciliation imposée et la médiation judiciaire, c'est bien parce que ces deux notions finissent, aux yeux du législateur, par se confondre.

En effet, la définition de la médiation judiciaire à laquelle renvoie cet article, c'est à dire ce « *processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige.* »²¹, est quasiment identique à celle qu'il retient de la conciliation judiciaire.

Aux yeux du législateur ces deux modes de règlements des différends sont donc similaires, ce qui explique sans doute l'insertion maladroite, dans sa définition de 1995 de la médiation judiciaire, de l'expression « *quelle qu'en soit la dénomination.* ». Et pourtant ces deux processus sont forts différents.

Si la conciliation s'attache plutôt à **l'aspect juridique du conflit** qu'à ses ressorts psychologiques, le conciliateur ayant un rôle plus actif que le médiateur en matière de négociation, reformulation et suggestion de propositions de solutions aux parties **mais sans rien imposer ni faire pression ni jugement moral ou juridique**, la médiation s'attache, quant-à elle, à **identifier les causes du conflit**, le médiateur adoptant une attitude neutre à l'égard des parties en conservant une posture **d'accompagnant/accoucheur d'une solution élaborée par les parties** mettant un terme au conflit, ou du moins, de conduire les parties vers une solution future en rétablissant un dialogue.

S'agissant du rôle du tiers intervenant, même si le législateur est demeuré discret, l'article 1530 du C.P.C, consacrant une définition englobant les notions de médiation et conciliation conventionnelles, pose 3 principes gouvernant le rôle du tiers intervenant : « tout processus structuré...en vue de la résolution amiable de leurs différends avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ».

Ces 3 valeurs cardinales sont reprises dans chacune des déontologies propres aux fonctions du conciliateur et du médiateur de justice.

Le conciliateur de justice doit ainsi prêter serment devant la Cour d'Appel et mettre un point d'honneur à respecter les 7 devoirs inhérents à sa fonction.

²⁰ Décret n°78-381 du 20 mars 1978

²¹ Article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995

1. **Le devoir de probité** implique pour le conciliateur l'observation rigoureuse des principes de la justice et de la morale ; de ne s'exposer à aucune infraction pénale ; de faire preuve d'un comportement conforme à la morale, non seulement dans l'exercice de ses fonctions, mais aussi dans ses activités personnelles.
2. **Le devoir d'indépendance** lui fait obligation, dans l'exercice de ses fonctions et, notamment à l'occasion de la tentative de conciliation et de sa conclusion, de n'accepter ou ne subir aucune pression, de qui que ce soit.
3. **Le devoir d'impartialité** lui impose de traiter de manière rigoureusement égale les parties en présence. Il doit de sa propre initiative apprécier s'il n'est pas dans une situation qui pourrait mettre en cause son impartialité, en raison d'un lien éventuel avec l'une d'elles.
4. **Le devoir de neutralité** le conduit naturellement à s'abstenir, même intellectuellement, de prendre parti dans le litige qui lui est soumis.
5. **Le devoir de confidentialité** fait obligation au conciliateur, dans les conciliations sur saisine directe, de préserver strictement le secret sur les informations qu'il recueille ou les constatations qu'il fait. Même en cas d'échec, il ne peut divulguer aucun des éléments de la conciliation. Dans les conciliations déléguées, le conciliateur ne peut transmettre aucun élément sans l'accord des deux parties. Ce secret est opposable à tous, même au juge qui a délégué.
6. **L'obligation de diligence** impose au conciliateur de mener à bien sa mission dans les délais les plus brefs, sans que cela ne nuise à sa mission. Dans les conciliations déléguées elle lui fait obligation de respecter les délais fixés par le juge.
7. **L'obligation de réserve** impose à l'auxiliaire de justice qu'est le conciliateur de préserver l'honneur de la Justice, tant dans ses fonctions que dans ses activités personnelles et de ne pas porter atteinte au crédit de l'institution judiciaire.

Le médiateur, quant à lui, répond de son code de déontologie²² selon lequel il se doit d'être :

1. Libre
2. Indépendant
3. Neutre
4. Impartial
5. Respectueux de la confidentialité
6. Responsable.

²² Directive 2008/52 du 21 mai 2008. "Code de conduite européen pour les médiateurs" de 2004 figurant en annexe.

Si l'essentiel des valeurs cardinales sont identiques, certaines diffèrent dont notamment l'obligation de réserve et de diligence. Cette différence tient surtout à la qualité du conciliateur de justice : auxiliaire de justice.

Le législateur n'impose **aucun diplôme ou formation préalable ou continue** pour l'exercice de la fonction de conciliateur de justice ou de médiateur, mais impose la justification d'une expérience professionnelle et/ou une certification ou un agrément du tiers intervenant afin de garantir un minimum de compétence professionnelle de ce dernier :

Le conciliateur de justice doit justifier « *d'une expérience en matière juridique d'au moins trois ans, que leur compétence et leur activité qualifient particulièrement pour l'exercice de ces fonctions* »²³ et est nommé par les Cours d'Appel ;

Le médiateur doit posséder, pour la médiation dite conventionnelle, « *par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ou justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation* »²⁴;

Pour être médiateur judiciaire, il doit au surplus, « *justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation* »²⁵ et **être inscrit sur une liste établie par chaque Cour d'Appel**²⁶.

Le conciliateur de justice est un auxiliaire de justice bénévole désigné par la Cour d'Appel de son ressort devant laquelle il prête serment. Il peut cumuler cette fonction avec celle de médiateur. Par contre, la fonction de conciliateur est incompatible avec l'exercice d'une profession judiciaire ou juridique réglementée (juge, avocat, notaire, expert judiciaire ou huissier de justice) mais il peut exercer toute autre activité libérale ou salariale.

Le médiateur est un professionnel libéral ou salarié rémunéré pour sa prestation de médiation pouvant cumuler cette fonction avec l'exercice d'une autre activité (professions liées à la gestion conflits et relations humaines, professions juridiques réglementées ou autres) ;

En cas de médiation judiciaire, le médiateur doit être choisi sur une liste établie par la Cour d'Appel du ressort du litige devant laquelle il devra prêter serment.

Il en découle que même si le législateur cultive une confusion évidente entre la médiation judiciaire et la conciliation judiciaire, toute volonté de collusion entre ces deux notions est dangereuse tant il est vrai que leurs acteurs n'ont pas le même statut ni le même rôle.

²³ art. 2 al. 2 du Décret n°78-381 du 20 mars 1978

²⁴ art. 1533 2° du C.P.C

²⁵ art. 131-5 du C.P.C

²⁶ article 8 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle et décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017.

Pour le législateur cet amalgame est devenu naturel puisqu'il l'entretient et le renforce depuis plusieurs décennies.

Cependant il existe des différences fondamentales entre la conciliation et la médiation judiciaire.

Effectivement, si dans la médiation, le tiers doit aider les parties dans l'émergence de la solution à leur différend, dans la conciliation il est amené à leur proposer lui-même une solution après avoir entendu les positions de chacun. Ce processus se veut alors garant d'une certaine rapidité et d'une certaine efficacité au détriment d'une forme de liberté de choix.

En tout état de cause, il ne fait aucun doute que le législateur n'a que peu de considération pour ces différentes pratiques puisque, pour lui, médiation judiciaire et conciliation judiciaire semblent parfaitement substituables.

Il ne fait dès lors aucun doute que le législateur et plus largement la justice méconnaissent la médiation dans son acception la plus noble. La médiation judiciaire n'est pas, de toutes évidences, « une médiation chimiquement pure ».

TITRE II : LES CRITERES ESSENTIELS DE LA MEDIATION RELATIVISES

Le processus de médiation conventionnelle est initié par les parties elles-mêmes, il peut avoir pour origine une clause de médiation ou résulter de l'initiative de l'une ou des parties.

La médiation judiciaire est, quant à elle, une mesure ordonnée par le juge civil ou commercial avec l'accord préalable des parties.

La différence résulte donc dans les conditions de mise en œuvre du processus.

La médiation judiciaire et la médiation conventionnelle obéissent l'une comme l'autre aux mêmes principes fondamentaux de libre choix des parties à y recourir, de confidentialité, de compétence du médiateur soumis à une déontologie, et de bonne foi de tous les participants sans le respect desquels il n'y a pas de médiation.

A mi-chemin entre ces deux processus, la loi du 23 mars 2019, dans son article 3, institutionnalise une médiation conventionnelle comme un préalable obligatoire à de nombreuses procédures judiciaires.

La médiation se définit comme « *un processus de communication éthique reposant sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées (les médiateurs), dans lequel un tiers impartial neutre, indépendant, sans pouvoir, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs, favorise par des entretiens*

confidentiels l'établissement ou le rétablissement du lien, la prévention ou le règlement de la situation en cause. »²⁷

L'évolution de la vision judiciaire de la médiation tend, dès lors, inexorablement à éloigner ce processus de son objectif initial en le déconnectant de ses préceptes.

Peut-on encore parler de processus volontaire permettant « par le biais d'entretiens confidentiels le rétablissement du lien social ? »

CHAPITRE I: LA RELATIVISATION DU CARACTERE ALTERNATIF ET VOLONTAIRE DE LA MEDIATION JUDICIAIRE

Comme nous l'avons vu, l'article 7 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a reconduit pour trois ans le dispositif, instauré à titre expérimental dans certains Tribunaux de Grande Instance, qui **imposait** aux parents une tentative de médiation avant de saisir à nouveau le Juge aux Affaires Familiales pour modifier ou compléter les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Poursuivant dans cette ligne directrice, la très récente Loi du 23 mars 2019, dans son article 3, fait de la médiation (de la conciliation et de l'arbitrage sic) un futur préalable obligatoire à de nombreuses procédures judiciaires.

Le caractère alternatif et volontaire de la médiation semble dès lors devenir secondaire, faisant ainsi de la médiation un instrument au service des intérêts administratifs et statistiques de la Justice.

Cette mouvance n'est pas nouvelle et ne constitue en rien une spécificité française.

Ainsi bien des pays considèrent que **le caractère volontaire de la médiation n'a rien d'un impératif universel.**

Tel en est le cas de l'Italie (Loi du 21 septembre 2013²⁸), de l'Allemagne et l'Autriche (en droit du travail ou des baux, en matière de divorce), de l'Espagne (en droit social), de la République Tchèque, de la Norvège (en matière de divorce), de la Finlande (en matière de garde d'enfants), de Malte (en matière familiale), de la Slovaquie, des Pays-Bas et la Grèce (pour les affaires

²⁷ Mme Le Professeur M. GUILLAUME-HOFNUNG « LA MEDIATION », Que sais-je ? PUF.

²⁸ <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/european-finance-litigation-review/southern-europe/Pages/Reintroduction-of-Compulsory-Mediation-in-Civil-and-Commercial-Matters,-including-Finance-Disputes-.aspx>

commerciales de plus de 80.000 €), de l'Irlande (en matière commerciale et en droit du travail.

D'autres pays, par contre, sans la rendre formellement obligatoire, sanctionnent le refus déraisonnable d'y procéder (quasi-compulsory mediation).

La Cour Européenne des droits de l'homme, de même que la Cour de Justice de l'Union Européenne²⁹, ont formellement admis que la médiation préalable obligatoire était conforme aux règles européennes dès lors qu'elle ne constitue pas une entrave disproportionnée à l'accès au juge.

Si l'on observe spécifiquement le droit de la consommation, ce principe de « stricte volontariat » a par ailleurs été abandonné par la directive européenne 2013/11 sur le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, dite « RELC », et par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation qui prévoit la généralisation des mécanismes de résolution amiable des litiges entre professionnels et consommateurs dans tous les secteurs d'activité et qui impose à tous les professionnels d'offrir les services d'un médiateur au consommateur qui élève un litige.

L'évolution législative française, manifestement empreinte de cette influence, tend à généraliser le pouvoir d'injonction dont disposent les juges pour renvoyer les parties devant un médiateur lorsqu'ils estiment que c'est de nature à apporter une meilleure solution au litige et, s'agissant des petits litiges, à rendre obligatoire un préalable de tentative de médiation.

La médiation conventionnelle, consensuelle, perd alors son âme.

Il est établi que la médiation, pour répondre à son objectif doit répondre à une règle essentielle : le volontariat et le consensualisme.

La médiation appartient et doit appartenir exclusivement aux parties.

Comme l'affirme M.BENSIMON³⁰ : « *Chacun le sait dès la première minute ; l'autre est libre...* », « *Le consensualisme est tout sauf un mot magique décrété arbitrairement par les inventeurs de la médiation : c'est un donnée féconde qui dérive du caractère éminemment facultatif de la médiation : au nom de qui et de quoi contraindrait-on des parties, alors qu'elles ne font qu'exercer des droits dont elles ont la libre disposition ?* »

Mme Michèle GUILLAUME-HOFNUNG³¹ reconnaît que le processus de médiation « *repose sur l'autonomie de la volonté des personnes concernées, y compris le médiateur et sur leur responsabilité.* »

²⁹ <https://hsfnotes.com/adr/2010/09/22/ecj-issues-its-opinion-in-support-of-italian-mandatory-mediation-rules/>

³⁰ Art et Techniques de la médiation, édition LEXISNEXIS, 2ième édition 2019.

³¹ Mme Le Professeur M. GUILLAUME-HOFNUNG « LA MEDIATION », Que sais-je ? PUF.

Il faut donc, selon elle, « *prêter une plus grande attention à l'élément intentionnel de la médiation...* »

La pierre angulaire de la médiation est donc le **consensualisme**. En effet, que la médiation soit judiciaire ou conventionnelle, les parties doivent volontairement y participer et, lorsque la médiation est réussie, **les parties auront pleinement accepté la solution du litige**.

C'est de cette liberté de recourir à la médiation, d'y mettre fin, d'en définir le contour que ce processus tire son essence d'alternative à la résolution des litiges. La parole se libère et la solution, convenue, émerge.

Le principe du consensualisme s'exprime aussi dans le rôle du médiateur, qui doit être celui d'un « facilitateur ». En effet, le médiateur ne tranche pas le litige en imposant sa solution et son rôle n'est pas d'être force de proposition, mais d'aider les parties à parvenir à une solution négociée optimale, qui émane d'elles seules.

Malheureusement, la réglementation croissante de ce mode de résolution des litiges ébrèche peu à peu cette autonomie de la volonté, le demandeur devant par exemple justifier des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige dans son assignation (*CPC, art. 56*), le juge en matière familiale pouvant enjoindre les parties à prendre part à une médiation (*C. civ., art. 255 et 373-2-10*), et la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle ayant rendu la « conciliation/médiation » obligatoire pour les litiges relevant du « Tribunal d'Instance », à peine d'irrecevabilité de la saisine.

Le législateur français semble estimer, à l'instar de la CJUE que **le caractère volontaire de la médiation réside, non pas dans la liberté des parties de recourir ou non à ce processus, mais dans le fait que « les parties elles-mêmes sont responsables du processus et peuvent l'organiser comme elles l'entendent et y mettre un terme à tout moment »**.

Certains auteurs, s'affranchissant totalement de ce principe consensualiste, vont jusqu'à affirmer que : « *il nous semble plus judicieux de permettre un filtrage par le juge, qui ne pourrait ordonner la médiation, même lorsque toutes les parties n'y sont pas favorables, qu'après avoir entendu les parties ou leurs avocats.* »³².

Face à de telles déclarations et une position de moins en moins consensualiste du législateur, on comprend mieux pourquoi ce dernier n'accorde que peu d'intérêt à la distinction médiation/conciliation.

L'évolution du droit positif en la matière tend inexorablement à effacer les spécificités de la médiation, dont notamment son caractère volontaire, faisant ainsi des MARL une famille sans spécificités.

³² F.STAEICHELE, Magistrat honoraire et Médiateur, « Pour une médiation obligatoire ». <https://www.village-justice.com/articles/Pour-une-mediation-obligatoire,24696.html>

CHAPITRE II : LE LIEN SOCIAL RELATIVISE

L'article 4 de la Loi du 23 mars 2019 vient compléter l'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, en lui ajoutant des articles 4-1 à 4-7.

Ces nouveaux textes visent à fixer un cadre juridique encadrant les services en ligne de conciliation, de médiation et d'arbitrage, en posant une série d'obligations à respecter et en prévoyant la possibilité d'une certification de ces services par un organisme accrédité.

Ces nouvelles « legal techs » sont des acteurs généralement privés utilisant la technologie numérique pour favoriser l'accès au droit et à la justice, pouvant comporter des membres de professions réglementées du droit.

Ainsi, et assez logiquement, les personnes physiques ou morales proposant, de manière rémunérée ou non, un service en ligne de **conciliation**, de **médiation** judiciaire ou d'**arbitrage** sont soumises aux obligations relatives à la **protection des données à caractère personnel** et, sauf accord des parties, de **confidentialité**. Le service en ligne devra délivrer une **information** détaillée sur les modalités selon lesquelles la résolution amiable est réalisée ou l'arbitrage rendu³³

Il est par ailleurs précisé que les services en ligne de médiation, conciliation ou arbitrage ne pourront avoir pour seul fondement un **traitement algorithmique ou automatisé de données à caractère personnel**.

Lorsque ce service est proposé à l'aide d'un tel traitement, les parties doivent en être informées par une mention explicite et doivent expressément y consentir³⁴.

Ce texte précise en outre que les personnes physiques ou morales qui concourent à la fourniture ou au fonctionnement des services en ligne de médiation, de conciliation ou d'arbitrage doivent accomplir leur mission avec **impartialité, indépendance, compétence et diligence**. La révélation par ces personnes d'une **information à caractère secret** sera punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende³⁵

Un décret à paraître précisera les conditions dans lesquelles les services en ligne fournissant des prestations de conciliation, de médiation, ou d'arbitrage pourront faire l'objet d'une **certification** par un organisme accrédité.

³³ Loi 2019-222 art. 4 ; Loi du 18-11-2016 art. 4-1 et 4-2, al. 1 nouveaux

³⁴ Loi 2019-222 art. 4 ; Loi du 18-11-2016 art. 4-3 nouveau

³⁵ Loi 2019-222 art. 4 ; Loi du 18-11-2016 art. 4-6

Cette certification sera accordée au service en ligne qui en fera la **demande**, après vérification du respect des exigences légales.

Par exception, la certification sera accordée **de plein droit** aux conciliateurs de justice, aux médiateurs de la consommation inscrits (C. consom. art. L 615-1), ainsi qu'aux personnes inscrites sur la liste des médiateurs prévue par la loi 95-125 du 8 février 1995 (art. 22-1 A).

Les conditions de délivrance et de retrait de la certification ainsi que les **conditions** dans lesquelles sera assurée la publicité de la liste des services en ligne de conciliation, de médiation ou d'arbitrage seront précisées par ce même **décret**³⁶.

Ainsi se voulant adaptée à son époque, la loi prévoit que des personnes physiques ou morales pourront offrir, en ligne, des services de conciliation, de médiation et d'arbitrage. Pour ce faire, ces nouveaux acteurs devront présenter des qualités de compétence, de diligence, d'indépendance et d'impartialité, qui sont parmi les qualités objets du code de déontologie du médiateur.

Le texte ajoute que la résolution amiable en ligne d'un litige ne pourra résulter exclusivement d'un traitement algorithmique ou automatisé des données néanmoins, cet outil pourra être utilisé.

Nous assistons donc à une véritable **déshumanisation de la médiation**. Pourtant, il est manifeste que ce tiers qu'est le médiateur joue un rôle essentiel dans cette relation tripartite qu'est la médiation.

Pour mieux saisir cette importance, il faut, une nouvelle fois, se reporter à la définition de la médiation posée par Mme GUILLAUME HOFNUNG : « *La médiation se définit comme un processus de communication étique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers, impartial et indépendant, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs -favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause.* »

La « cybermédiation judiciaire » ne peut en aucun cas correspondre à cette définition, pourtant unanimement reconnue.

Cette définition fait du médiateur la pierre angulaire du rétablissement ou de l'établissement du lien social permettant l'élaboration d'une solution concertée. Ainsi l'intervention de ce tiers « *sort les médiateurs d'un face à face réducteur* » et distingue la médiation de la négociation ou de la conciliation³⁷. Ce rôle de tiers impartial, neutre et indépendant, permet l'établissement du dialogue. Comment est-il possible de manifester une telle confiance, et de rétablir un dialogue, seul face à un écran d'ordinateur ?

³⁶ Loi 2019-222 art. 4 ; Loi du 18-11-2016 art. 4-7 nouveau

³⁷ Mme Le Professeur M. GUILLAUME-HOFNUNG « LA MEDIATION », Que sais-je ? PUF.

La nécessaire indépendance du tiers à la médiation pose aussi problème face à la froideur d'une plateforme internet. Certes, ces plateformes pourront se réclamer d'une certification mais comme le souligne Mme le Professeur Natalie FRICERO – s'agissant de ces plateformes de médiation en ligne et des règles notamment déontologiques qui doivent les encadrer – : « *la certification est une nécessité, parce que c'est un outil de contrôle de la qualité des services rendus et un gage de confiance (...)* ». Ce procédé de médiation doit amener à s'interroger sur la façon dont les principes de confidentialité, de neutralité, d'impartialité seront respectés dès lors que les interlocuteurs seront difficilement identifiables. »

Cette certification sera-elle suffisante pour garantir les droits des médiés et les qualités des médiateurs ? Rien n'est moins sûr !

Selon Mme FRICERO « *la certification est une nécessité, parce que c'est un outil de contrôle de la qualité des services rendus et un gage de confiance. Elle assure la sécurité juridique, la transparence, le respect des droits fondamentaux des personnes. Dans l'Union Européenne, de nombreux États ont mis en place des processus de certification des médiateurs (listes nationales, contrôle de la formation initiale et continue, etc.). Des chartes de déontologie ou soft Codes de déontologie apparaissent, dans lesquels les obligations des médiateurs sont définies et respectées par les personnes physiques qui adhèrent aux centres ou associations de médiation. Aucune raison ne justifie que les services de médiation ou de conciliation numériques échappent à ces exigences...* »³⁸

Cette certification, qui aura manifestement un caractère facultatif, devra être sollicitée par l'opérateur exploitant la plateforme.

L'organisme accordant la certification devra alors vérifier que les conditions nécessaires à l'obtention de la certification sont remplies.

Les conditions à remplir seront les suivantes :

- Respect des obligations relatives à la protection des données personnelles et de la confidentialité, sauf accord des parties ;
- Accomplissement de la mission par une personne physique avec diligence, compétence indépendance et impartialité, dans le cadre d'une procédure efficace et équitable ;
- Absence d'exploitation par un traitement complètement algorithmique ou automatisé.

³⁸ <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/tech-droit/start-up/16685/thomas-andrieu-et-natalie-fricero-la-certification-des-plateformes-proposant-des-conciliations-mediations-ou-arbitrages-en-ligne-devrait-contribuer-a-creer-un-climat-de-confiance>

L'obtention par le service en ligne de la certification auprès de l'organisme accrédité est censée donner aux citoyens une information sur la qualité du service qu'il s'apprête à utiliser.

Selon certains auteurs, l'attribution de cette certification devrait contribuer à créer un climat de confiance relatif au fonctionnement de ces plateformes proposant des conciliations, médiations ou arbitrages en ligne.

Si en effet la protection des données personnelles sera garantie, les qualités inhérentes au médiateur et à la médiation, elles, ne dépendront pas de cette certification. Nous sommes donc bien loin du tiers « *impartial, indépendant, neutre avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs...* »

Par ailleurs et, au-delà de cette question de certification, certaines plateformes proposent déjà une multiplicité des services tentant de palier ce côté déshumanisé. Ainsi et par exemple, la plateforme MEDIACONF proposée par la société LEGAVOX.

Cette plateforme se présente comme « *un outil internet efficace qui permet d'organiser facilement et rapidement des médiations avec des médiateurs indépendants. Cette plateforme internet s'adresse à la fois aux médiateurs, aux justiciables et aux assureurs.*

Cet outil pratique permet à tout justiciable de saisir un médiateur en ligne selon trois modes distincts et complémentaires :

- *Médiation à distance : par email ou téléphone, ce type de médiation, idéal pour les petits litiges de la consommation, permet de saisir rapidement un médiateur sur Internet qui interviendra pour aider les parties à trouver une solution amiable au litige.*
- *Médiation par visioconférence : elle est adaptée pour les litiges plus importants ou pour les litiges mettant en cause des parties physiquement éloignées. Une chambre de visioconférence est mise à disposition des parties, accessible via un simple code d'accès et regroupant l'ensemble des outils nécessaires à une médiation à distance (vidéo, chat de discussion, partage de fichiers, apartés, etc.).*
- *Médiation présenteielle : elle concerne les gros litiges, les litiges complexes ou ceux nécessitant une approche différente, la présence physique des parties et du médiateur est parfois indispensable. Les parties sont géo localisées pour trouver le médiateur compétent le plus proche pouvant intervenir. »³⁹*

³⁹ <https://www.village-justice.com/articles/Mediaconf-nouveau-matiere,21368.html>

Interrogé sur le sort d'une médiation à laquelle que les parties au litige ne se rencontrent pas physiquement, Julien PICHOT, fondateur de MEDIACONF précise que

"Avec l'évolution de la loi, des usages, des coûts et des enjeux mais aussi en raison bien souvent de l'éloignement des parties, la médiation à distance n'est plus vraiment un choix mais une obligation dans bien des cas.

Ainsi, il existe d'ores et déjà de nombreux médiateurs sectoriels qui réalisent des médiations à distance et les volumes de ces médiations sont de plus en plus importants chaque année.

*Reste donc à développer les outils indispensables **pour garder les bénéfices d'une médiation présentielle tout en étant à distance.***

C'est en partie ce que nous essayons de faire aujourd'hui sur Mediaconf. Notre technologie permet, grâce à la visioconférence, de proposer une chambre de médiation simple d'accès, regroupant tous les outils nécessaires au médiateur (chat, partage de fichier, annotations personnelles, discuter en aparté avec l'une des parties, etc.).

L'accès se fait de façon simple à l'aide d'un code d'accès à 7 caractères sans inscription et sans installation matériel ou logiciel."

La « vision conférence d'un cyber médiateur répondant d'une certification étatique garantissant le respect des normes RGPD » est-elle une médiation ? De toute évidence Non...

CONCLUSION

La France est l'un des premiers pays à avoir codifié la médiation, et pourtant le bilan de la pratique de la médiation judiciaire est loin d'être satisfaisant. A ce jour, le succès de la médiation tarde à produire ses effets bien que beaucoup d'ingrédients soient réunis : attitude favorable du législateur, formation rigoureuse des médiateurs, substrat intellectuel et déontologie solide.

Il ressort ainsi du rapport de l'Assemblée Nationale du 5 juin 2019, que le nombre de médiations engagées en 2018 devant les tribunaux administratifs apparaît infime par rapport aux 230 000 recours portés devant ces juridictions : seules 786 procédures dont 664 à la demande du juge et 122 à l'initiative des parties.

La pratique de la médiation ne s'est pas généralisée devant les juridictions représentant moins de 1% des modes de résolution des différends.

Comme le souligne Fabrice Vert , une révolution culturelle s'impose.

L'avocat doit assurer son devoir de conseil auprès de ses clients en fonction de ses intérêts et de ses besoins et avoir le réflexe « médiation ».

Le juge doit être encore plus un prescripteur de médiation en étant persuadé lui-même et en persuadant tous les acteurs concernés que c'est une vraie chance de résoudre les conflits.

Enfin les personnes concernées dans des situations conflictuelles doivent avoir une confiance redoublée en la médiation, process qui, on l'a vu lors de cet exposé, ne peut être que bénéfique pour eux, car au-delà de la possibilité de résoudre ou pas un conflit, c'est la satisfaction de renouer le dialogue « en bonne entente » avec des partenaires.

La médiation doit, par essence demeurer un processus volontaire. Chacun doit exprimer son adhésion au processus et son souhait de s'y engager. L'imposer revient à contraindre les personnes et constitue un réel paradoxe. La liberté doit toujours être préservée en médiation. C'est pourquoi, il est nécessaire de rappeler la définition de la médiation et de s'y tenir, en la distinguant clairement des autres modes de règlement des conflits, dont notamment la conciliation

Une des recommandations préconisée par le professeur Michèle Guillaume Hofnung serait la création d'un Observatoire Européen de la Médiation, organisme chargé de contrôler le respect des règles inhérentes à la médiation.

La médiation est une réelle opportunité pour notre société et révélateur d'un aspect positif de son évolution.