



MISSION DE RECHERCHE  
**Droit & Justice**

## **LA MÉDIATION** **EXPÉRIENCES, ÉVALUATIONS ET PERSPECTIVES**

### **ACTES DU COLLOQUE**

du jeudi 5 juillet 2018, organisé par  
la Mission de recherche Droit et Justice  
à l'auditorium du ministère de la Justice  
Site Olympe de Gouges

# SOMMAIRE

- P 3-5** | **PROPOS INTRODUCTIF** par **Sandrine ZIENTARA-LOGEAY**, Directrice du GIP Mission de recherche Droit et Justice
- P 6-14** | **LA MÉDIATION : CADRAGE ET DÉFINITIONS**
- La déjudiciarisation, une notion ambiguë, par **Sylvie CIMAMONTI**, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
  - La médiation judiciaire : définition et cadre juridique, par **Virginie LARRIBAU-TERNEYRE**, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
- P 15-31** | **EXPÉRIENCES LOCALES : QUELS ENSEIGNEMENTS ?**
- Introduction par **Gilles ACCOMANDO**, Premier président de la Cour d'appel de Pau
  - Magistrats et avocats dans le contexte de déjudiciarisation : retour d'expérience par **Jean-Baptiste PERRIER**, Professeur à Aix-Marseille Université
  - Étudier la prescription de la médiation judiciaire, par **Adrien BASCOULERGUE**, Maître de conférences, et **Philippe CHARRIER**, sociologue, Université Lumière Lyon 2
  - Structurer la médiation au sein des juridictions, par **Arnaud LECOURT**, Maître de conférences, Université de Pau et des Pays de l'Adour
  - La pratique de la médiation dans le domaine judiciaire, par **Fabrice VERT**, premier vice-président au tribunal de grande instance de Créteil, vice-président de GEMME, section France
- P 32-45** | **ACCOMPAGNER LA MÉDIATION, FORMER SES ACTEURS : QUELLES PROPOSITIONS ?**
- Introduction par **Soraya AMRANI-MEKKI**, Professeure à l'Université Paris Nanterre
  - Quelle(s) compétences pour les médiateurs ?
  - Les enjeux de la formation dans la construction des compétences du médiateur, par **Adrien BASCOULERGUE**, Maître de conférences, **Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT** et **Philippe CHARRIER**, Enseignants-Chercheurs, Université Lumière Lyon 2.
  - Former les professions juridiques à la médiation, par **Carine DENOIT-BENTEUX**, Responsable du Centre national de médiation des avocats.
  - Paroles de médiatrice judiciaire, par **Brigitte MAUFRAIS**, Médiateur et Consultante en ressources humaines et relations sociales.
  - Quelles coordinations et animations institutionnelles ?
  - Une unité et un pôle transversal de médiation, innovations et expérimentations à la cour d'appel de Pau, par **Philippe BERTRAND**, président de chambre honoraire, Cour d'appel de Pau.
  - La nécessaire structuration de l'offre de médiation, par **Ségolène PASQUIER**, Magistrat, Service de l'accès au droit et à la justice et de l'aide aux victimes (SADJAV).
- P 46-56** | **ÉVALUER ET SYSTEMATISER LA MEDIATION : QUELS INSTRUMENTS ?**
- Introduction par **Thomas CLAY**, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1.
  - Comment évaluer l'activité de médiation judiciaire ?
  - Les enquêtes nationales quantitatives auprès des juridictions par **Emmanuel CAICEDO**, sous-direction des statistiques et des études (SDSE), Ministère de la Justice.
  - Comment faire évaluer une expérimentation locale ? par **Gwenola JOLY-COZ**, Présidente du Tribunal de grande instance de Pontoise
  - Une enquête sociologique locale sur l'évaluation de la tentative de médiation familiale obligatoire, par **Valérie BOUSSARD**, Professeur de sociologie, Université Paris Ouest Nanterre La Défense
  - Faut-il rendre la médiation obligatoire ?
  - Le recours à un procédé déjudiciarisé, une option maîtrisée ou une obligation ? par **Sylvie CIMAMONTI** et **Jean-Baptiste PERRIER**, Professeurs à l'Université d'Aix-Marseille.
  - Préalable obligatoire de médiation : une fausse bonne idée, par **Louis DEGOS**, Avocat au Barreau de Paris, K & L Gates.
- P 57-58** | **CLÔTURE**, par **Marie-Charlotte DALLE**, Sous-directrice du droit civil, DACS, Ministère de la Justice.

# PROPOS INTRODUCTIF



## SANDRINE ZIENTARA-LOGEAY

Directrice du GIP Mission de recherche Droit et Justice

Le 7 juillet 1790, Louis-Joseph Prugnon, avocat au parlement de Nancy, député à l'assemblée constituante, ardent défenseur de la justice de paix, s'adressait en ces termes à ses collègues du haut de la tribune de l'Assemblée nationale : « *Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès, c'est la première. Il faut que la société dise aux parties : pour arriver au temple de la justice, passez par celui de la Concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez* ». Cette harangue, citée par Loïc Cadiet et Thomas Clay dans leur ouvrage sur les modes alternatifs de règlement des conflits<sup>1</sup>, s'inscrit dans le contexte particulier de la Révolution, marqué par la défiance à l'égard des juges, ravalés au rang de bouche de la loi.

Nul ne saurait soutenir aujourd'hui que le juge n'a d'autre office que celui de trancher le litige en disant le droit. À l'heure de la mondialisation, à l'heure des contrôles de conventionalité et de constitutionnalité, à l'heure de la contractualisation du droit, le juge ne peut se réduire à être un technicien du droit positif national. Non seulement il doit être inventif, à l'écoute des évolutions sociétales et sociales, comme du justiciable, mais encore il entre dans sa mission de concilier les parties comme l'affirme l'article 21 du code de procédure civile.

Et pourtant, l'intérêt pour les modes de règlement des litiges, alternatifs à la justice étatique traditionnelle, ne cesse de croître.

DERRIÈRE CET ENGOUEMENT, IL Y A CERTAINEMENT UN SOUCI ÉCONOMIQUE ET MANAGÉRIAL. MAIS IL Y A AUSSI LA VOLONTÉ DE RESTAURER LE LIEN SOCIAL, LE DIALOGUE, D'APaiser LE CONFLIT ENTRE LES PARTIES ET DE PACIFIER LEURS RELATIONS, LE CAS ÉCHÉANT, POUR L'AVENIR.

Derrière cet engouement, il y a certainement un souci économique et managérial. Il s'agit de limiter les coûts de la justice et de désengorger les juridictions, pour recentrer le juge sur les contentieux les plus complexes, qui nécessitent plus spécialement son intervention. Mais il y a aussi la volonté de restaurer le lien social, le dialogue, d'apaiser le conflit entre les parties et de pacifier leurs relations, le cas échéant, pour l'avenir. La restauration de la paix sociale constitue aussi une des finalités du procès, sa finalité longue que Ricoeur oppose à sa finalité courte, celle de trancher le litige. En cela, elle n'est pas foncièrement spécifique aux modes alternatifs de règlement des conflits. Ce qui fait fondamentalement leur spécificité, c'est qu'ils participent de la vie démocratique.

IL S'AGIT BIEN DE PROMOUVOIR, CONTRE OU À CÔTÉ, D'UNE JUSTICE DISTRIBUTIVE, UNE JUSTICE PARTICIPATIVE, OÙ LE CITOYEN DEVIENT ACTEUR DE LA RÉOLUTION DE SON LITIGE.

Il s'agit bien de promouvoir, contre ou à côté, d'une justice distributive, une justice participative, où le citoyen devient acteur de la résolution de son litige. Ce qui se joue, c'est le changement du paradigme démocratique, le passage d'un modèle vertical où l'autorité vient d'en haut (l'État, la loi) à un modèle horizontal où le droit est contractualisé. Dans cette nouvelle démocratie que d'aucuns ont qualifié de « *démocratie des individus* », chacun est censé avoir accès à l'information, y compris juridique, grâce à la révolution du numérique notamment, être en capacité de négocier d'égal à égal, de conduire sa vie et d'être associé aux décisions le concernant.

Dans ce contexte et sous ces différents aspects, la promotion des modes alternatifs de règlement des conflits, et en particulier de la médiation, a déjà plus de 10 ans. La commission Guinchard préconisait déjà en 2008 une expérimentation de la médiation familiale obligatoire. Le rapport Delmas Goyon de 2013 formulait de même un certain nombre de propositions pour encourager la médiation. Le débat national sur la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, organisé par la Garde des Sceaux en janvier 2014, comportait plusieurs ateliers de réflexion sur les nouveaux modes d'exercice de la justice, sur les moyens de rendre le citoyen davantage acteur de son parcours judiciaire, de lui permettre de « *régler ses conflits sans le juge* ». Les réformes successives, dont je vous épargnerai l'historique complet, atteste de cette volonté réaffirmée des pouvoirs publics en faveur de la médiation. Citons pour mémoire néanmoins la loi du 8 février 1995 qui a institué la médiation judiciaire dans le code de procédure civile, les textes qui ont introduit la première médiation familiale expérimentale, dans les suites du rapport Guinchard, la désignation des conseillers coordonnateurs pour la conciliation et la médiation au niveau des cours d'appel en 2010, la loi du 22 décembre 2010 qui a créé la convention de procédure participative, la transposition de la directive de 2008 par l'ordonnance du 16 novembre 2011 qui a donné de la médiation une définition très large, le décret du 20 janvier 2012 qui a introduit un livre cinq dans le code de procédure civile relatif à la résolution amiable des différends, ou encore le décret du 30 octobre 2015 qui a favorisé la médiation des litiges de la consommation. Enfin, la loi du 18 novembre 2016 sur la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, d'une part, a introduit l'obligation d'une conciliation avant toute saisine par déclaration du tribunal d'instance et, d'autre part, a mis en place l'expérimentation de

<sup>1</sup> Les modes alternatifs de règlement des conflits, Editions Dalloz, 2017, 2e édition, 168 pages.

la médiation familiale obligatoire, sauf motif légitime, pour toute demande relative à la modification d'une décision judiciaire fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien de l'enfant. Cette expérimentation sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir durant ce colloque est réalisée dans 11 tribunaux de grande instance (TGI), pour une durée de trois ans.

Cette dynamique se poursuit. Comme vous le savez, le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice prévoit d'étendre la tentative préalable obligatoire de résolution amiable (conciliation, médiation ou procédure participative) aux litiges portés devant le TGI, s'agissant des conflits de voisinage et lorsque la demande n'excède pas un certain montant. En outre le juge pourra enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur en tout état de la procédure.

Malgré l'engouement pour la médiation et la mise en oeuvre de cette politique publique en faveur de son développement, depuis 10 ans et jusqu'à aujourd'hui, force est de constater que la médiation peine à se développer. Et c'est un paradoxe : un des enjeux de ce colloque est précisément de le résoudre ou de tenter de le résoudre. En 2017, il n'y a eu que 3764 médiations ou injonctions de rencontrer un médiateur ordonnées devant les TGI, en toute matière, y compris en matière familiale. Pour donner un ordre de grandeur, il y a environ 748 000 affaires terminées par an. Ces statistiques contrastent avec celles relatives à la conciliation ; en 2015, les conciliateurs de justice ont eu 142 000 saisines (dont 16 300 par le juge).

Face à cette difficulté, le ministère de la justice s'est tourné à la fin de l'année 2014 à la fois vers l'inspection générale de la justice et vers la recherche. Il a confié à l'inspection générale de la justice, assisté du secrétariat général à la modernisation de l'action publique (SGMAP) une mission visant à évaluer les dispositifs de médiation et de conciliation et à faire toutes propositions utiles relativement à l'organisation de la médiation, à la fonction de médiateur et à la formation des différents acteurs.

“ DEPUIS 10 ANS ET JUSQU'À AUJOURD'HUI, FORCE EST DE CONSTATER QUE LA MÉDIATION PEINE À SE DÉVELOPPER. ET C'EST UN PARADOXE : UN DES ENJEUX DE CE COLLOQUE EST PRÉCISÉMENT DE LE RÉSOUDRE OU DE TENTER DE LE RÉSOUDRE. ”

L'inspection a rendu un excellent rapport « sur le développement des modes amiables de règlement des différends », en avril 2015. Ce rapport est public, disponible sur Internet. Dans le même trait de temps donc, le ministère s'est adressé à la Mission de recherche Droit et Justice en lui demandant de lancer un appel à projets sur la médiation, invitant les chercheurs à analyser de manière interdisciplinaire les réformes en matière de médiation, leur mise en oeuvre sur le terrain, les causes de leur succès et de leur échec, de rechercher les freins et leviers à la médiation et de formuler toutes recommandations utiles. Les réponses à cet appel à projets ont été nombreuses, et le comité de sélection alors réuni n'a pu, pour des raisons budgétaires, n'en retenir que deux : celle du Centre de recherches et d'analyses juridiques de l'université de Pau (CRAJ) portée par deux juristes, Virginie Larribau Terneyre et Arnaud Lecourt ; celle du centre Max Weber, pilotée par les sociologues Philippe Charrier et Jean-Pierre Bonafé Schmitt, auquel s'est adjoint Adrien Bascoulergue, juriste. Les deux équipes ont rendu leurs rapports en juillet et octobre 2017. Les constats de l'inspection ont été sans appel ; en matière civile, sociale et commerciale et même en matière familiale, où la médiation est mieux structurée, « les politiques volontaristes mises en place n'ont pas produit les résultats escomptés », le rapport faisant état de « l'insuccès de la médiation judiciaire » et soulignant le contraste avec la conciliation dont « le succès est avéré » malgré quelques difficultés, succès qui, selon les auteurs du rapport, repose grandement sur la gratuité du dispositif.

Dans le temps qui lui était imparti, et faute d'outils et d'indicateurs de performance préalablement construits, la mission d'inspection n'a pas été en mesure d'évaluer les résultats des dispositifs existants mais elle a néanmoins fait un certain nombre de recommandations pour rendre plus attractif le recours à la médiation. Certaines rejoignent celles des chercheurs et d'autres se sont concrétisées dans des évolutions législatives ou réglementaires. L'idéal eut été que les chercheurs puissent travailler en lien avec l'inspection. Des tentatives en ce sens sont demeurées infructueuses car, vous l'aurez compris, la temporalité des deux recherches n'a pas été compatible avec celle de la mission de l'inspection. Se pose ici la question des modalités et des articulations à construire pour que la recherche puisse contribuer davantage à l'évaluation des politiques publiques. Mais c'est là une autre question qui mériterait à elle seule un autre colloque. Je ferme donc la parenthèse. En tout cas, aujourd'hui nous pouvons mesurer comment les recherches ainsi diligentées sont venues utilement compléter le rapport de l'inspection.

“ LE MINISTÈRE S'EST ADRESSÉ À LA MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE EN LUI DEMANDANT DE LANCER UN APPEL À PROJETS SUR LA MÉDIATION ”

En effet, les deux équipes de recherches ont pu approfondir l'étude des pratiques de la médiation sur le terrain local, en l'occurrence sur les cours d'appel d'Agen, de Bordeaux, de Pau, de Lyon et de Paris. Je tiens ici à remercier particulièrement les chefs de Cour et de juridictions qui ont accueilli les chercheurs.

Les deux équipes ont travaillé en collaboration puisque leurs terrains étaient pour partie communs, en se répartissant les Cours et elles ont construit des outils communs de recueil des données juridictionnelles et des données fournies par les acteurs de la médiation, entre 2011-2012 et 2016. Elles ont pu ainsi réunir les éléments statistiques dont l'inspection n'avait pu disposer, comme la durée des médiations, le taux de réussite, la nature et le montant des litiges concernés, etc.

Au-delà des aspects quantitatifs, l'analyse des médiations a été aussi qualitative, en utilisant les outils classiques de la sociologie comme les questionnaires et les entretiens semi-directifs avec les acteurs. Ces recherches se sont, en outre, attachées à interroger la définition de la notion de médiation et sa spécificité par rapport aux autres modes alternatifs de règlement des litiges, son cadre à la fois institutionnel et juridique et le rôle ainsi que la formation de ses acteurs, le juge prescripteur, l'avocat et le médiateur.

Et l'une comme l'autre, à l'instar de la mission de l'inspection, ont formulé un certain nombre de recommandations en faveur du développement de la médiation, dont il nous faudra débattre.

À la suite de cet appel à projets, l'année suivante, en 2015, plusieurs directions du ministère ont à nouveau sollicité la Mission de recherche Droit et Justice pour qu'elle lance un nouvel appel à projets sur la déjudiciarisation, à la fois civile et pénale, ses enjeux et ses limites et les perspectives d'accroissement de son champ.

L'équipe retenue dans le cadre de cet appel a été celle de Sylvie Cimamonti et de Jean-Baptiste Perrier, qui ont rendu leur rapport en mars 2018. Leur recherche aborde à la fois la matière civile et la matière pénale et se présente même à cet égard comme une étude de droit comparé interne. Un colloque sera d'ailleurs organisé en 2019, par la Cour de cassation en partenariat avec la Mission de recherche, sur la déjudiciarisation pénale autour de ces travaux. Mais il nous a semblé utile de les inviter à présenter leur recherche et leurs réflexions à l'occasion de ce colloque sur la médiation civile, qu'il traite aussi en partie, afin de croiser les regards et de nourrir les débats.

Enfin, la Mission finance aussi des recherches dites « sur candidatures spontanées », où les chercheurs sont entièrement libres de leur objet, et qui sont soumises à l'examen de son conseil scientifique. Lors du précédent conseil scientifique, Valérie Boussard, sociologue, a présenté un projet d'évaluation du dispositif de tentative de médiation familiale obligatoire, monté grâce à l'excellente initiative de la présidente d'un des sites expérimentaux, celui de Pontoise, Gwenola Joly-Coz. La Mission de recherche Droit et Justice n'a pu que se féliciter que son conseil scientifique retienne ce projet, et a monté un comité de suivi de cette recherche avec le SADJAV.

Cette recherche vient en quelque sorte répondre aux interrogations des précédentes qui ont mené une réflexion sur les dispositifs d'évaluation qualitative et quantitative de la médiation à construire et, c'est la raison pour laquelle, nous sommes heureux de pouvoir les réunir dans le cadre de ce colloque.

“ **CE COLLOQUE CONSTITUE L'OCCASION DE DÉBATTRE DES MOYENS DE DÉVELOPPER LA MÉDIATION, DE CHERCHER À DÉFINIR CE QU'ELLE DOIT ÊTRE ET DE RÉFLÉCHIR AUX MOYENS DE MIEUX ARTICULER LES MODES JUDICIAIRES ET ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES LITIGES** ”

Le présent colloque vise donc à vous restituer l'ensemble de ces recherches achevées et à vous présenter celles en cours.

Après un temps de cadrage et de définition de la notion de médiation, la matinée sera consacrée à la présentation et à l'analyse par les chercheurs des expériences locales et des enseignements qu'on peut en tirer.

L'après-midi réunira praticiens, chercheurs, membres de l'administration centrale autour de la question de la formation des acteurs, de la coordination institutionnelle, de l'évaluation des dispositifs de médiation et du choix entre une médiation obligatoire ou incitatives, lors de deux tables rondes que deux professeurs spécialistes de ces questions ont accepté de présider, Soraya Amrami Mekki et Thomas Clay.

Ce colloque constitue donc l'occasion de débattre ensemble des moyens de développer la médiation, mais aussi peut-être de chercher à définir ce qu'elle doit être, de déterminer à quelles conditions peuvent être garantis les droits des justiciables, notamment les plus vulnérables, en particulier le droit d'accès au juge et enfin de réfléchir aux moyens de mieux articuler les modes judiciaires et alternatifs de règlement des litiges.

Le professeur Loïc Cadiet, lors des États généraux de la recherche sur le droit et la justice, dans une très belle conférence sur l'accès au droit, s'interrogeait sur le sens du développement d'une justice « hors le juge » et sur les risques de dénaturation de la justice ; il estimait que chaque type de conflit devait avoir son mode de solution approprié, avec des passerelles et qu'il appartenait à « l'État de droit de garantir une offre de justice plurielle dans un système global de justice », intégrant à la fois l'offre de justice alternative et l'offre traditionnelle.

Vous n'êtes ici ni dans le temple de la Concorde, ni dans celui de la justice, mais dans celui de la loi puisque c'est au ministère qu'il appartient d'écrire la loi : c'est donc le lieu idéal pour définir et peut-être trouver le chemin qui reliera ces deux temples.

## POUR ALLER + LOIN

### RECHERCHES TERMINÉES

- Virginie LARRIBAU-TERNEYRE et Arnaud LECOURT, Réflexion sur la notion et le régime de la médiation au sein des modes amiables de résolution des différends à partir des expériences de médiation dans le ressort des cours d'appel d'Aquitaine, de Paris et de Lyon, juillet 2017, 362 pages.

- Adrien BASCOULERGUE, Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT, Philippe CHARRIER, Gerald FOLIOT, La prescription de la médiation judiciaire. Analyse socio-juridique des dispositifs de médiation dans trois cours d'appel : de la prescription à l'accord de médiation, octobre 2017, 165 pages.

- Sylvie CIMAMONTI et Jean-Baptiste PERRIER, Les enjeux de la déjudiciarisation, mars 2018, 401 pages.

### RECHERCHE EN COURS

- Valérie BOUSSARD, Évaluation de la tentative de médiation familiale obligatoire (TMFPO).

### RENDEZ-VOUS SUR

[WWW.GIP-RECHERCHE-JUSTICE.FR](http://WWW.GIP-RECHERCHE-JUSTICE.FR)



#### QU'EST-CE QUE LA MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE ?

La Mission de recherche Droit et Justice, créée en 1994, sous forme de groupement d'intérêt public, pour assurer un rôle d'interface entre le monde de la recherche et celui des praticiens du droit, associe le ministère de la justice, le CNRS, l'École nationale de la magistrature ainsi que le Conseil supérieur du notariat et le Conseil national des barreaux. Elle finance et assure le suivi scientifique de recherches, d'une part sur candidatures spontanées et d'autre part sur appels à projets. Ces appels à projets s'inscrivent dans le cadre d'une programmation scientifique annuelle, définie en concertation avec ses membres constituants.

## LA DÉJUDICIARISATION, UNE NOTION AMBIGUË



**SYLVIE CIMAMONTI**

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de droit privé et sciences criminelles (EA 4690)

**Médiation et déjudiciarisation.** Je voudrais, liminairement, souligner que l'ambiguïté dont il va être question va certainement au-delà de celle de la notion de déjudiciarisation dont les organisateurs de ce colloque m'ont aimablement invitée à traiter au titre de la recherche sur *Les enjeux de la déjudiciarisation* que nous avons menée avec le professeur Jean-Baptiste Perrier dans le cadre de la Mission de recherche Droit et Justice dont le champ est, naturellement, beaucoup plus large de celle de la seule médiation. L'ambiguïté est, d'abord, celle de la notion même de médiation. La recherche de nos collègues palois portant sur la médiation judiciaire civile montre dès l'abord que « cette notion, lorsqu'elle a été introduite dans le système de justice est restée floue et ambiguë et que les évolutions ultérieures n'ont pas conduit à l'éclaircir, et même bien au contraire »<sup>1</sup>, et leur intervention sera notamment consacrée à cette première ambiguïté.

Une seconde ambiguïté porte, ensuite, sur le lien entre médiation et déjudiciarisation. La même recherche paloise note, en ce sens, que « l'objectif de la médiation n'est pas la déjudiciarisation du litige même si elle peut avoir ce résultat ». Plus précisément, « la médiation n'implique pas la déjudiciarisation (sauf s'il s'agit de droits dont les parties ont la libre disposition et qu'elles parviennent à un accord total). Mais si le juge doit quand-même intervenir, elle représente un atout de meilleure justice pour les justiciables comme pour le juge : le traitement du conflit en amont de l'intervention du juge favorise la prise d'une meilleure décision de justice, ce qui minimise les risques de conflits postérieurs impliquant de revenir à nouveau devant le juge »<sup>2</sup>. La recherche socio-juridique sur la prescription de la médiation judiciaire de nos collègues lyonnais note, quant à elle, que la prescription de la médiation est étroitement liée « à la question de la fonction du dispositif et de sa situation par rapport au système judiciaire »<sup>3</sup>. Or, « les acteurs du judiciaire (les professionnels) appréhendent la médiation dans le sens d'un mouvement alternatif, soit qu'il rééquilibre une judiciarisation jugée trop forte soit qu'il offre de nouvelles possibilités de rendre et de faire la justice. Plus rares sont les positionnements qui font de la médiation une modalité de règlement des différends qui vit à côté du monde judiciaire tout en n'étant pas perçue comme une menace pour celui-ci »<sup>4</sup>. C'est donc à l'aune de ces deux premières ambiguïtés qu'il convient d'aborder celle de la notion de déjudiciarisation, ce que je ne puis faire qu'en juriste.

**Déjudiciarisation et judiciarisation.** La déjudiciarisation est bien souvent présentée comme l'antonyme de la judiciarisation. Dans le *Dictionnaire de la justice*, Antoine Jeammaud indique en ce sens que la déjudiciarisation serait le mouvement inverse, correspondant à la tendance à soustraire à

la justice quand la judiciarisation est la tendance à soumettre à la justice. Ceci ne fait que déplacer la difficulté (soit l'ambiguïté), d'autant plus que nous avons rapidement constaté qu'il ne faut sans doute pas trop opposer la judiciarisation et la déjudiciarisation en considérant que la seconde viendrait contrecarrer la première. En effet, la déjudiciarisation n'est pas un phénomène ou un mouvement qui prendrait le relais du mouvement antérieur de judiciarisation constaté tout au long du XX<sup>ème</sup> siècle ou qui s'y substituerait. Les deux coexistent à l'époque actuelle et peuvent au demeurant interférer.

Les deux mouvements sont, en réalité, parallèles et figurent parfois au sein d'un même texte de loi. Il suffit, en ce sens, de constater que les illustrations de la déjudiciarisation de la dernière décennie sont contemporaines, dans d'autres domaines, d'avancées d'une judiciarisation persistante : introduction de la question prioritaire de constitutionnalité entrée en vigueur en 2010, création de pôle judiciaire spécialisé (crimes contre l'humanité et crimes de guerre) ou de juridictions spécialisées (victimes d'accidents collectifs) en 2011<sup>5</sup>, ou encore développement des actions de groupe. Aux pionnières concernant le droit de la consommation issues de la loi Hamon du 17 mars 2014<sup>6</sup>, sont venues s'ajouter d'abord les actions de groupe en matière de santé avec la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé<sup>7</sup> puis celles prévues par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle<sup>8</sup>, que ce soit devant le juge judiciaire, devant le juge administratif ou en matière de discriminations. Or ce dernier texte est sans doute plus connu, du moins du grand public, comme ayant introduit le divorce « sans juge », récente figure médiatisée de la déjudiciarisation en matière civile.

Ce phénomène de judiciarisation n'est au demeurant pas exclusif de celui qui nous intéresse et l'exemple de l'action de groupe illustre tout à fait ces mouvements coexistants et parfois réunis. En effet, certaines actions de groupe du droit de la consommation se sont d'ores et déjà conclues par un accord, une transaction. La loi J21 a également prévu qu'« afin d'éviter toute judiciarisation inutile et de privilégier la voie consensuelle »<sup>9</sup>, l'action de groupe devra nécessairement être précédée d'une mise en demeure, adressée à la personne en cause, de cesser ou faire cesser le manquement ou réparer les préjudices subis et ne pourra être engagée qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois suivant la réception de cette mise en demeure<sup>10</sup>. Cette recherche d'un accord amiable perdure ensuite tout au long de la procédure, dans la phase suivant le jugement de responsabilité<sup>12</sup> comme lors de la liquidation collective des préjudices<sup>13</sup>. En sens inverse, la médiation peut bénéficier de l'exercice collectif sous la forme de la

<sup>1</sup> V. Larribau-Ternyre et A. Lecourt, *Réflexions sur la nature et le régime de la médiation au sein des modes amiables de résolution des différends à partir des expériences de médiation dans le ressort des cours d'appel d'Aquitaine, de Paris et de Lyon*, rapport pour la mission de recherche Droit et Justice, juillet 2017, p. 15.

<sup>2</sup> V. Larribau-Ternyre et A. Lecourt, *op. cit.*, p. 163.

<sup>3</sup> V. Larribau-Ternyre et A. Lecourt, *op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>4</sup> P. Charrier et al., *La prescription de la médiation judiciaire. Analyse socio-juridique des dispositifs de médiation dans trois cours d'appel : de la prescription à l'accord de médiation*, rapport pour la mission de recherche Droit et Justice, octobre 2017, p. 12 et s.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, *JORF* 14 décembre 2011 p. 21105.

<sup>7</sup> Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF* 18 mars 2014 p. 5400.

<sup>8</sup> *JORF* 27 janvier 2016.

<sup>9</sup> *JORF* 19 novembre 2016, v. Titre V : L'action de groupe.

<sup>10</sup> Exposé des motifs du projet de loi à propos de l'article 22.

<sup>11</sup> Art. 62.

<sup>12</sup> Art. 68.

<sup>13</sup> Art. 73.

médiation groupée<sup>14</sup>. La codification de la partie législative du code de la consommation opérée par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016<sup>15</sup>, entrée en vigueur le 1er juillet 2016, illustre encore cette coexistence en regroupant formes déjudiciarisées (médiation<sup>16</sup>) et judiciarisées (actions en justice des associations de consommateurs<sup>17</sup>) au sein d'un même livre VI sur le « Règlement des litiges ».

**Double ambiguïté.** En réalité, au terme de la recherche conduite, il nous semble que l'ambiguïté de la déjudiciarisation est double. Elle est à la fois une notion singulière dans sa définition et plurielle dans sa mise en œuvre.

## UNE NOTION SINGULIÈRE : LA DÉJUDICIARISATION

**Singularité.** La décomposition du terme déjudiciarisation en trois éléments, la racine judiciaire précédée du préfixe dé- et suivie du suffixe -isation, conduit à préciser son objet avant d'envisager la notion comme une méthode et un mouvement.

**Un objet.** La référence au « judiciaire » contenue dans le terme « déjudiciarisation » apparaît en premier lieu polysémique. Elle désigne, dans un sens large, ce qui est relatif à la justice quand, dans un sens plus restrictif, elle ne renvoie qu'à la justice rendue par les juridictions judiciaires que ce soit en matière civile ou en matière pénale. Le premier sens conduit ainsi à s'intéresser aux hypothèses dans lesquelles la résolution des litiges est confiée, hors du juge, à des professionnels du droit, comme les avocats pour le divorce par consentement mutuel par acte d'avocats déposé au rang des minutes d'un notaire<sup>18</sup>, ou les huissiers de justice pour la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances<sup>19</sup>. Il y a alors déjudiciarisation. Une telle déjudiciarisation totale se rencontre également mais plus rarement au pénal, lorsqu'une réponse continue d'être apportée (ce qui n'est pas le cas de la dépenalisation) mais en la « *sort[ant] du palais de justice* », pour reprendre l'expression de M. le professeur Cadet<sup>20</sup>. Ainsi dans l'amende forfaitaire, contraventionnelle et aujourd'hui délictuelle, procédure a priori administrative dans laquelle le juge ne peut réapparaître qu'en cas de requête en exonération ou de réclamation de l'intéressé. Ainsi encore dans les différentes transactions confiées à certaines administrations.

Le second sens conduit, quant à lui, à retenir dans le champ de la déjudiciarisation les hypothèses dans lesquelles l'on assiste à un recul du rôle du juge judiciaire qui n'intervient plus pour trancher le litige, même si la tendance contemporaine affecte également le juge administratif, particulièrement quant à la médiation.

Dès lors, lorsque la procédure judiciaire est seulement allégée ou simplifiée, il y a « déformalisation » mais non déjudiciarisation. Ceci nous a ainsi conduit à exclure, en matière pénale, tant l'ordonnance pénale que la procédure sur reconnaissance préalable de culpabilité qui aboutit à une décision valant jugement de condamnation<sup>21</sup>. En revanche, lorsqu'une validation ou homologation d'un accord par le juge judiciaire reste requise mais sans possibilité de modification ou sans décision de condamnation, il y a bien déjudiciarisation. Ainsi en va-t-il pour l'homologation de l'article 1565 du code de procédure civile, comme pour la validation de la composition pénale ou de la convention judiciaire d'intérêt public.

**Une méthode.** C'est l'exigence d'un tel accord des parties qui nous a, en second lieu, conduit à définir la déjudiciarisation non pas comme un résultat mais comme une méthode.

En matière civile, des mouvements de transfert de compétences sont constatés en provenance du juge en direction par exemple de l'officier d'état civil (changement de prénom) ou du greffe. De même, le contrôle des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance relève du juge administratif, de telle sorte que le juge judiciaire est ici encore exclu. Pour autant, si dans un cas comme dans l'autre le contentieux est retiré au juge judiciaire ou ne lui a pas été confié, il serait excessif de parler dans ces hypothèses de déjudiciarisation. Certes, si l'on ne retient que le résultat, l'on constate bien une déjudiciarisation. Mais la mise en œuvre de procédés déjudiciarisés est avant tout le choix d'une méthode, d'un mode de règlement des différends reposant sur l'accord des parties, ce qui fait ici défaut.

**Un mouvement.** Enfin, ainsi que l'a relevé Antoine Jammaud, la déjudiciarisation « *Par sa désinence, (...) évoque soit une évolution en cours, soit une action ou une stratégie à l'œuvre* ». En réalité, les deux éléments (évolution d'une part, action d'autre part), peuvent être simultanément relevés. La déjudiciarisation serait donc un mouvement, vers un amoindrissement du juge.

Concrètement, cette tendance peut prendre plusieurs formes. La première est l'extension du domaine des mécanismes déjudiciarisés préexistants, qu'elle soit réelle (relèvement du seuil de litige ou application devant de nouvelles juridictions en matière civile, application à de nouvelles infractions ou catégories d'infractions en matière pénale) ou personnelle (application à de nouvelles personnes physiques comme les mineurs ou morales). La deuxième réside dans l'enrichissement du contenu d'un procédé déjudiciarisé par l'adjonction d'une nouvelle mesure (article 41-1 CPP et composition pénale). La troisième emporte création de nouveaux mécanismes (divorce sans juge, convention judiciaire d'intérêt public) ... qui sont souvent, à leur tour, étendus dans un second temps.

Si besoin était, les nouvelles mesures prévues par le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 l'illustrent parfaitement.

En matière civile, la procédure participative marquerait une nouvelle avancée avec l'acceptation par les époux du principe de la rupture du mariage par acte sous signature privée contresigné par avocats<sup>22</sup>; au divorce « sans juge » même en présence d'enfants mineurs pourrait demain s'ajouter le changement de régime matrimonial sans homologation du juge même en présence d'enfants mineurs<sup>23</sup>; le pouvoir d'injonction du juge de rencontrer un médiateur serait généralisé en tout état de la procédure (y compris en référé et en appel<sup>24</sup>) ; tout comme le préalable obligatoire de conciliation instauré par la loi J21, à peine d'irrecevabilité, pour la saisine du tribunal d'instance<sup>25</sup> serait étendu à celle du tribunal de grande instance<sup>26</sup>. On peut toutefois s'interroger sur la pertinence de la méthode consistant à étendre la déjudiciarisation à un nouveau domaine sans avoir nécessairement tiré le bilan de la précédente... En matière pénale, le projet propose d'ajouter une sixième mesure (l'interdiction de paraître) à l'article 41-1 du code de procédure pénale ainsi qu'à la composition pénale dont le domaine est, par ailleurs, à nouveau étendu, cette fois à tous les délits<sup>27</sup> ainsi qu'aux personnes morales.

<sup>14</sup> Art. 75 et 76.

<sup>15</sup> JORF 16 mars 2016, texte n° 29.

<sup>16</sup> Art. L. 611-1 à L. 616-3 c. conso.

<sup>17</sup> Art. L. 621-1 à L. 623-32 c. conso.

<sup>18</sup> Art. 229-1 s. Code civil et art. 1144 s. Code de procédure civile.

<sup>19</sup> Art. L. 125-1 et R. 125-1 s. Code de procédure civile.

<sup>20</sup> Lors de son audition par la commission Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Rapport au garde des Sceaux*, La documentation française, 2008, p. 48.

<sup>21</sup> Art. 495-11 CPP.

<sup>22</sup> Art. 12 projet de loi (art. 233 C. civ.).

<sup>23</sup> Art. 7 projet loi (art. 1397 C. civ.).

<sup>24</sup> Art. 2 I 2° projet de loi.

<sup>25</sup> Art. 2 II projet de loi.

<sup>26</sup> Art. 1 II du projet de loi.

<sup>27</sup> A l'exception des délits de presse et de l'homicide involontaire, art. 38 projet de loi.

**Définition.** Nous avons donc proposé la définition suivante : la déjudiciarisation recouvre un ensemble de procédés permettant d'éviter le règlement du litige par le juge lui-même, en matière civile comme en matière pénale, soit en imposant aux parties de tenter de conclure un accord avec ou sans l'aide d'un tiers, soit en permettant à l'une des parties de proposer à l'autre un mode de règlement non juridictionnel, soit enfin en permettant aux parties de choisir une voie consensuelle ou en reconnaissant l'accord conclu par elles ; cet accord peut faire l'objet d'une homologation ou validation judiciaire, qu'elle soit prévue de manière systématique ou laissée à la discrétion des parties, sans que cette homologation ne modifie la nature de l'accord pour lui conférer une nature juridictionnelle.

## UNE NOTION PLURIELLE : LES DÉJUDICIARISATIONS

**Pluralité.** La déjudiciarisation ainsi définie et même si celle-ci ne s'y limite plus aujourd'hui, la recherche que nous avons menée a été conçue dans son champ d'élection que constituent le droit privé et les sciences criminelles comme une étude de droit comparé interne entre matière civile et matière pénale.

C'est en ce sens qu'il convient sans doute de parler de « déjudiciarisation » au pluriel, les différences entre déjudiciarisation civile et déjudiciarisation pénale étant nombreuses et pour certaines irréductibles, même si l'unité fondamentale de la notion n'exclut pas un certain nombre de rapprochements.

**Les différences.** Les déjudiciarisation à l'œuvre en matière civile et en matière pénale diffèrent à un certain nombre d'égards, plus particulièrement quant aux sources, aux caractères et aux effets de la déjudiciarisation.

Au civil, les sources de la matière, et donc le cas échéant de la déjudiciarisation, sont plus diversifiées qu'au pénal où certaines n'ont pas leur place. Ainsi, nombre de procédés déjudiciarisés figurant dans le code de procédure civile ont été introduits par simple décret dont l'adoption est plus aisée. Tel est par exemple le cas du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends<sup>28</sup> introduisant dans l'article 56 du code de procédure civile l'obligation d'énoncer dans l'assignation les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ou du décret n° 2016-514 du 26 avril 2016 relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges<sup>29</sup> modifiant les articles 129-2 et 131 alinéa 2 du même code sur la délégation de la mission de conciliation du juge à un conciliateur de justice. La matière pénale, en revanche, relève du domaine de la loi qu'il s'agisse du droit pénal de fond comme de la procédure pénale. Si l'observation paraît évidente, on en trouve de temps à autre le rappel<sup>30</sup>. Et le Conseil d'État ne manque pas de le souligner encore dans son avis sur le projet de loi pour la justice 2018-2022<sup>31</sup>. Surtout en matière civile, et conformément à la liberté contractuelle, la déjudiciarisation peut trouver sa source dans une clause imposant par exemple une tentative préalable de règlement amiable du litige, conciliation ou médiation, laquelle n'a pas sa place en matière pénale. Mais nous aurons l'occasion cet après-midi de revenir sur

<sup>28</sup> JORF 14 mars 2015 p. 4851.

<sup>29</sup> JORF 28 avril 2016 texte n° 17.

<sup>30</sup> La loi du 15 août 2014 introduisant la transaction par officier de police judiciaire dans l'article 41-1-1 du code de procédure pénale avait ainsi prévu que celle-ci serait notamment applicable au délit de vol prévu à l'article 311-3 du code pénal « lorsque la valeur de la chose volée est inférieure à un seuil fixé par décret ». Mais le Conseil constitutionnel dans une décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016 n'a pas manqué de déclarer la disposition contraire à la Constitution au motif qu'« en renvoyant ainsi au pouvoir réglementaire le soin de délimiter le champ d'application d'une procédure ayant pour objet l'extinction de l'action publique, le législateur a méconnu sa compétence dans des conditions affectant l'égalité devant la procédure pénale ». Et le législateur a dû ensuite venir fixer lui-même à 300 euros en 2017.

<sup>31</sup> CE, avis consultatif 12 avril 2018, n° 128.

<sup>32</sup> Art. 37 III 3°.

<sup>33</sup> Art. 41-2 1° CPP.

<sup>34</sup> Art. 41-2 2° CPP.

<sup>35</sup> Art. 38 projet de loi (art. 41-2 CPP).

<sup>36</sup> Étant précisé qu'il peut opérer « directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République » (alinéa 1<sup>er</sup>).

<sup>37</sup> Crim. 21 juin 2011, n° 11-80.003, Bull. crim. n° 141; J.-B. Perrier, « Alternatives aux poursuites : l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique », D. 2011, p. 2349; F. Desprez, « L'illustration d'une insuffisance législative à propos des alternatives aux poursuites », D. 2011, p. 2379; L. Belfanti, « De la révocabilité du rappel à la loi en particulier et des alternatives aux poursuites en général », AJ Pénal 2011, p. 584; J. Danet, « Le rappel à la loi préambule ou "alternative" aux poursuites, au choix du ministère public », RSC 2011, p. 660.

cette différence lorsque sera évoqué le caractère obligatoire ou simplement optionnel de la déjudiciarisation.

À ce stade du colloque, c'est donc essentiellement la différence quant aux effets de la déjudiciarisation qui retiendra l'attention pour constater qu'au pénal la déjudiciarisation est nécessairement affectée par un certain nombre de contraintes liées à la matière qui n'ont évidemment pas leur équivalent au civil.

J'en prendrai trois illustrations, tenant à la liberté individuelle, l'extinction de l'action publique et la notion de sanction ayant le caractère d'une punition, qui génèrent toutes une incertitude sur la portée de la déjudiciarisation en matière pénale.

Nous avons pu constater, qu'à la différence de ce qui se passe en matière civile, la déjudiciarisation en matière pénale est le plus souvent une déjudiciarisation « avec juge » auquel est conservé un certain rôle, même réduit, le plus souvent sous la forme d'une validation ou d'une homologation. Or, à la réflexion, cette intervention du juge pénal ne se justifie que lorsque le procédé déjudiciarisé comporte une mesure susceptible de porter atteinte à la liberté individuelle ou à une liberté fondamentale nécessitant son contrôle.

“

AU PÉNAL LA DÉJUDICIARISATION EST NÉCESSAIREMENT AFFECTÉE PAR UN CERTAIN NOMBRE DE CONTRAINTES LIÉES À LA MATIÈRE QUI N'ONT ÉVIDEMMENT PAS LEUR ÉQUIVALENT AU CIVIL.

”

À cet égard, ne pouvait qu'être favorablement accueillie la perspective de suppression de la validation par le juge de la composition pénale, envisagée par le projet de loi initial de programmation de la justice 2018-2022<sup>32</sup>, lorsque celle-ci consiste dans le versement d'une amende de composition<sup>33</sup> comme dans la remise au profit de l'État de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou qui en est le produit<sup>34</sup>. L'avis précité du Conseil d'État du 12 avril 2018 a néanmoins conduit à limiter cette dispense de validation d'une part, aux délits de faible gravité (punis d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à trois ans) et, d'autre part, à l'amende de composition ou la valeur de la chose dont le mis en cause devra se dessaisir n'excédant pas non plus le plafond des amendes contraventionnelles soit 3000 euros<sup>35</sup>, ce qui apparaît discutable.

Outre la liberté individuelle, c'est encore le caractère extinctif ou non extinctif du procédé déjudiciarisé qui dessine les contours de la déjudiciarisation en matière pénale dans l'un comme dans l'autre cas.

Dans le cas des mesures alternatives (ou classements sous condition) - comprenant la fameuse médiation - de l'article 41-1 du code de procédure pénale, la déjudiciarisation semble totale, puisqu'à l'inverse des compositions pénales, CRPC et autres conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP), aucun processus de validation ou d'homologation par un juge n'est prévu ; la réponse pénale à une infraction étant transférée au

# LA MEDIATION : CADRAGE ET DEFINITIONS

procureur de la République<sup>36</sup>. Pourtant, la Cour de cassation, par arrêt du 21 juin 2011<sup>37</sup>, a décidé, d'une manière surprenante, que l'exécution d'une mesure imposée au titre de l'article 41-1 n'éteignait pas l'action publique, de sorte que la mise en œuvre de cette mesure peut n'entraîner aucune déjudiciarisation... Même si l'hypothèse semble rare en pratique, une telle solution de principe, bien qu'elle ne soit pas contraire à la lettre même des textes<sup>38</sup>, réduit considérablement pour le justiciable impliqué l'intérêt de l'ensemble des mesures de l'article 41-1 et consacre une déjudiciarisation seulement potentielle au cas par cas.

En sens inverse, comme c'est le plus souvent le cas, lorsque le succès du procédé déjudiciarisé débouche sur l'extinction de l'action publique, la mise en œuvre de la déjudiciarisation suppose une garantie minimale des droits fondamentaux de l'intéressé ainsi qu'est venue le rappeler la jurisprudence conjuguant le Conseil constitutionnel sur QPC<sup>39</sup> et du Conseil d'État<sup>40</sup> à propos de la transaction pénale par officier de police judiciaire de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale introduite par la loi dite « *Taubira* » du 15 août 2014, qui devait aboutir à l'annulation<sup>41</sup> du décret d'application du 13 octobre 2015<sup>42</sup>. Si bien que cette nouvelle forme de transaction pénale n'y survivra vraisemblablement pas en l'état de sa disparition programmée par le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022<sup>43</sup>. Cette nécessaire protection des droits des parties au procédé déjudiciarisé, mais aussi des tiers, nous a donc conduits à formuler un certain nombre de propositions spécifiques à la déjudiciarisation en matière pénale.

La portée de cette dernière souffre encore d'incertitude en raison de l'ambiguïté régnant sur la nature de l'amende transactionnelle, mesure phare des nombreuses transactions pénales existantes, en l'état de la décision QPC du Conseil constitutionnel du 26 septembre 2014<sup>44</sup> qui a considéré à propos de l'une d'elles, de façon contestable selon nous, qu'elle ne revêt pas « *le caractère de sanction ayant le caractère d'une punition* ». L'incertitude qui résulte de telles décisions sur des effets aussi essentiels de tel ou tel mode déjudiciarisé n'est donc évidemment pas à même de favoriser la déjudiciarisation en matière pénale.

**Les rapprochements.** Ces différences notables, n'excluent pas, pour autant, un certain nombre de rapprochements entre déjudiciarisation civile et déjudiciarisation pénale. J'en retiendrai deux portant sur le champ d'application puis les coûts et risques de la déjudiciarisation.

Le constat a été fait, tant en matière pénale que civile, d'un mouvement continu d'extension des domaines de la déjudiciarisation. Néanmoins, dans les domaines concernés, la déjudiciarisation procède aussi souvent par exclusion sur le fondement du motif légitime par exemple en matière civile, de telle ou telle infraction ou catégorie d'infractions en matière pénale. Certaines exclusions sont même logiquement communes aux deux matières, telle l'hypothèse des violences intrafamiliales qui fait exception tant à l'injonction du juge aux affaires familiales de rencontrer un médiateur familial<sup>45</sup> et à la tentative en cours d'expérimentation de médiation familiale obligatoire préalable à sa saisine<sup>46</sup> que, dans une moindre mesure, à la médiation pénale<sup>47</sup>.

Sous réserve de ces exclusions, le mouvement continu de développement de la déjudiciarisation auquel l'on assiste à l'heure actuelle tant en matière civile qu'en matière pénale appelle, encore, à prendre conscience de conséquences plus indirectes dont l'importance ne saurait être méconnue,

que ce soit en termes de coûts comme de risques, et varie en fonction des méthodes de déjudiciarisation retenues.

Si la déjudiciarisation poursuit un objectif d'économie budgétaire pour l'institution judiciaire, elle n'est pas forcément neutre, financièrement, du côté du justiciable.



SI LA DÉJUDICIARISATION POURSUIT UN OBJECTIF D'ÉCONOMIE BUDGÉTAIRE POUR L'INSTITUTION JUDICIAIRE, ELLE N'EST PAS FORCÉMENT NEUTRE FINANCIÈREMENT DU CÔTÉ DU JUSTICIAIRE



Lorsqu'un certain rôle est maintenu au juge sous la forme d'une homologation ou d'une validation, se pose la question du maintien à la charge des avocats du droit de plaidoirie<sup>48</sup> dont la suppression a, ainsi, été récemment proposée pour les procédures pénales négociées<sup>49</sup>. Même lorsqu'il y a déjudiciarisation sans juge, le transfert opéré vers un ou plusieurs professionnels du droit, qui peuvent ou non être soumis à un tarif réglementé, peut nécessiter au profit des justiciables une adaptation successive au gré des avancées des textes sur l'aide juridique comme cela a été le cas avec le décret n° 2016-1876 du 27 décembre 2016<sup>50</sup> au regard, non seulement de la médiation (judiciaire ou conventionnelle donnant lieu à la saisine du juge aux fins d'homologation d'un accord), mais aussi du divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats. De même, l'externalisation d'une mission antérieurement dévolue au juge n'a pas les mêmes conséquences, en termes de coût, suivant qu'elle confiée par exemple au greffe ou au notaire.

Le développement de la déjudiciarisation, particulièrement sans juge, présente par ailleurs le risque de voir fleurir des officines se prétendant, souvent par internet, spécialisées dans tel ou tel domaine (le divorce, la médiation familiale voire pénale...)<sup>51</sup> mais ne présentant aucune garantie. Le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 s'est emparé de cette possibilité d'effet pervers des diverses déjudiciarisation et envisage de sécuriser le cadre juridique de l'offre en ligne de résolution amiable des différends, d'une part, par la soumission à différentes obligations (protection des données à caractère personnel, impartialité, compétence, diligence, secret professionnel), et, d'autre part, par l'exigence d'obtention d'une certification par un organisme agréé<sup>52</sup>.

Les risques sont aussi réels pour le parquet qui pourrait même, à l'avenir, se trouver encore surchargé sous l'effet conjugué de la déjudiciarisation pénale mais aussi civile. Le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 envisage en effet de confier au procureur de la République l'exécution forcée, par la réquisition directe du concours de la force publique, non seulement des décisions du juge aux affaires familiales, mais aussi des conventions de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire ainsi que des conventions homologuées fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale qu'il prévoit par ailleurs, toutes conventions qui s'inscrivent quant à elles dans le cadre de la déjudiciarisation en matière civile<sup>53</sup>.

<sup>38</sup> L'article 41-1 CPP prévoit en effet *in fine* que, d'une part, que « *La procédure prévue au présent article suspend la prescription de l'action publique* » et, d'autre part, qu' « *En cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites* », rendant hasardeux un raisonnement *a contrario* sur ce dernier point, quand l'article 41-2 CPP prévoit expressément que « *L'exécution de la composition pénale éteint l'action publique* » ; exécution d'une composition pénale expressément visée par l'article 6 CPP au titre des modes extinctifs de l'action publique à la différence des mesures de l'article 41-1 du CPP.

<sup>39</sup> Cons. const., décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016, *JORF* n° 0224 du 25 septembre 2016 ; J.-B. Perrier, « La transaction pénale et les progrès du Conseil constitutionnel », *D.*, 2016, p. 2545 ; A. Ponselle, « Conseil constitutionnel, 23 septembre 2016, n° 2016-569 QPC, Syndicat de la magistrature et autre », *Constitutions* 2016/4, p. 642 ; F. Engel, « Transaction pénale : vers une meilleure prise en compte des droits de la défense ? », *AJ Pénal*, 2016, p. 546 ; V. Peltier et E. Bonis-Garçon, « Chronique de droit pénal et de procédure pénale », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1er janvier 2017, n° 54, p. 101.

<sup>40</sup> CE, 1<sup>er</sup> et 6<sup>e</sup> ch., 27 juin 2016, n° 395321.

<sup>41</sup> CE 24 mai 2017, req. nos 395321 et 395509 ; A. André, « Transaction pénale versus procès équitable », *D. actu.* 2 juin 2017 ; S. Cimamonti, « Le Conseil d'État et la transaction pénale par officier de police judiciaire : acte 2 », *Lexbase éd. priv.* 2017, n° 705, LXB : A8527WD ; J.-B. Perrier, « La transaction pénale et les apports du Conseil d'État », *D.* 2017 p. 1744 ; F. Engel, « Un pas de plus vers la mise en conformité aux droits de la défense », *AJ Pénal* 2017, p. 409.

<sup>42</sup> *JORF* n°0239 du 15 octobre 2015 p. 19102.

<sup>43</sup> Art. 38 2° projet de loi abrogeant art. 41-1-1 CPP.

<sup>44</sup> Cons. const. décision n° 2014-416 du 26 sept. 2014, Ass°. France Nature Environnement.

<sup>45</sup> Art. 373-2-10 al. 3 C. civ.

<sup>46</sup> Art. 7 dernier al. 3° loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle, *JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016.

<sup>47</sup> Art. 41-1 5° CPP.

<sup>48</sup> Décret n° 2014-1704 du 30 décembre 2014 relatif aux droits de plaidoirie et à la contribution équivalente, *JORF* 31 décembre 2014 p. 23409.

<sup>49</sup> S. Gallois, « Vers une justice pénale transactionnelle ? », *Lexbase Pénal*, éd. n° 3, 22 mars 2018.

<sup>50</sup> Décret n° 2016-1876 du 27 décembre 2016 portant diverses dispositions relatives à l'aide juridique, *JORF* 28 décembre 2016, texte n° 50. *Adde*, circulaire 20 janvier 2017 (NOR : JUST1702035C), *BOMJ* n° 2017-02, 28 février 2017.

<sup>51</sup> J.-B. Perrier, « Justice en boîte », *D.* 2018, p. 505.

<sup>52</sup> Art. 3 projet de loi.

<sup>53</sup> Art. 18 projet de loi.

# LA MÉDIATION JUDICIAIRE : DÉFINITION ET CADRE JURIDIQUE



**VIRGINIE LARRIBAU-TERNEYRE**

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Si la question se pose de savoir en quoi consiste la médiation judiciaire, inscrite dans le cadre du procès, c'est parce qu'à l'origine la médiation est à l'extérieur du droit et du système judiciaire. Elle a par nature un caractère préalable à la justice. Elle s'est donc construite et a été pratiquée en marge du droit. Or, lorsqu'elle a été introduite dans le système judiciaire, avec l'inscription dans le Code civil de la médiation judiciaire, elle l'a été sans véritable définition et dans le présupposé de caractères originels définis essentiellement dans le cadre de la pratique de la médiation familiale. L'intervention du droit de l'Union européenne a ensuite encore davantage brouillé la notion de médiation et sa distinction avec d'autres techniques de règlement amiable des différends et le foisonnement actuel des MARD, avec l'arrivée de nouveaux instruments, comme la convention de procédure participative, mais également la médiation de la consommation, ne contribue pas à éclaircir la notion. Ce constat concerne le droit français mais la même problématique se retrouve également dans d'autres pays, ainsi qu'en témoigne la perspective de droit comparé.

Le constat est donc le suivant : celui d'une appréhension confuse de la notion de médiation par les dispositifs légaux par rapport aux autres MARD, dont rendent compte, au demeurant les acteurs de la médiation, interrogés dans le cadre de la recherche pour la Mission Droit et justice ; d'où la nécessité d'une clarification pour une meilleure appréhension de la médiation judiciaire et de la place de la médiation au sein des MARD ou, en tout cas une prise de position nécessaire.

### UNE APPRÉHENSION CONFUSE DE LA MÉDIATION PAR LES DISPOSITIFS LÉGAUX

Historiquement, les premiers développements de la médiation en tant que processus spécifique, structuré et bien identifié, venu des pays anglo-saxons, se font en matière familiale et les principales caractéristiques de la médiation sont alors dégagées dans ce cadre spécifique des conflits familiaux, en dehors du contexte juridique et judiciaire. Une définition de la médiation familiale sera donnée en 2002 par le Conseil national consultatif de la médiation familiale, après que la médiation judiciaire ait été institutionnalisée par la loi de 1995 et que la médiation familiale ait été introduite dans le Code civil (v. infra). Cette définition, largement inspirée par celle figurant dans le code de déontologie adopté lors du premier congrès européen de médiation familiale, révèle le degré de réflexion et de construction du concept auxquels les acteurs de la médiation familiale étaient parvenus : elle est définie comme « *un processus de construction ou de reconstruction du lien familial, axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation, dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision* - le médiateur familial- favorise, à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial, entendu dans sa diversité et dans son évolution ». La médiation est par ailleurs toujours facultative.

La pratique très organisée de la médiation familiale a ainsi conduit à

définir le concept et à identifier un certain nombre de caractéristiques : la médiation est un processus qui n'est pas destiné à la résolution des conflits mais à la gestion des conflits et qui se définit surtout par le rôle du médiateur : - le médiateur est un tiers neutre et indépendant – il n'a pas de pouvoir de décision. Il est un simple intermédiaire qui favorise la communication et la gestion du conflit par des entretiens couverts par la confidentialité. Par ailleurs, le décret n° 2003-1166 du 2 décembre 2003 relatif au médiateur familial et l'arrêté du 12 février 2004 ont créé un diplôme d'État de médiateur familial.

Ainsi, le concept de médiation ne se trouve véritablement identifié en tant que tel que dans le cas de la médiation familiale. Elle seule apparaît comme véritablement organisée et définie au moment où le législateur introduit la médiation judiciaire dans le Code de procédure civile, en 1995, ce qu'il va faire sans donner de définition précise.

### L'introduction de la médiation dans le système judiciaire sans définition précise

La 1ère étape de l'introduction de la médiation dans le droit est la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, qui a introduit la médiation judiciaire dans le Code de procédure civile.

Or cette rencontre « entre l'institution judiciaire et un concept comme la médiation, issu d'une réflexion citoyenne de la société civile, ne pouvait se produire sans brouiller les repères, créer des confusions, alimenter débats et polémiques. Et cela d'autant plus que cette appropriation de la médiation par l'Institution s'est accomplie sans véritable réflexion préalable, dans le feu de l'action, pour répondre dans l'urgence à des problèmes aigus résultant des évolutions rapides de la société ». Telle est la constatation qui figure dans le rapport du Conseil économique et social « Médiation et conciliation de proximité » publié en 2002.

Si la loi de 1995 vient officialiser la médiation judiciaire et lui donner un cadre institutionnel, elle vise également la conciliation, et la plupart des dispositions sont communes à la conciliation et à la médiation, mis à part les dispositions relatives à la rémunération puisque la conciliation est une activité bénévole alors que la médiation est payante.

Cependant, aucune définition de la médiation n'est donnée par la loi de 1995, à l'occasion de son introduction dans le droit, pas davantage d'ailleurs qu'une définition de la conciliation.

Une amorce de définition est donnée avec le décret d'application de la loi de 1995 qui inscrit la médiation judiciaire dans le Code de procédure civile aux articles 131-5 à 131-15, dans un chapitre distinct de la conciliation. Mais elle reste imprécise au regard de la distinction avec la conciliation : « *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* ». Le texte semble exclure que le médiateur propose lui-même une solution, contrairement au conciliateur mais c'est très implicite (la conciliation quant à elle n'est pas définie).

Finalement, les seuls caractères véritablement distinctifs entre la médiation et la conciliation dans les textes originaux résident dans la gratuité de la conciliation et l'onérosité de la médiation et la désignation du tiers intervenant : médiateur dans un cas et conciliateur de l'autre. Mais le rôle exact du médiateur n'est pas clairement défini, ni son statut, à part dans la médiation familiale où existe un diplôme d'État. La médiation est inscrite dans le Code *a minima*, et - mais on peut seulement le supposer - dans la confirmation implicite des caractéristiques définies par la pratique de la médiation familiale qui a impulsé l'institutionnalisation de la médiation judiciaire : un processus d'écoute destiné à rétablir la communication des parties, volontaire, et dans lequel le médiateur, tiers neutre, indépendant et tenu à la confidentialité ne propose pas une solution aux parties mais favorise la découverte de cette solution d'apaisement par les parties elles-mêmes. Pour autant les choses ne sont pas dites.

## L'incertitude conceptuelle a ensuite été entretenue et même accentuée par les textes ultérieurs

Depuis les années 1990 nombre de textes, français et européens sont intervenus mais ils focalisent un certain nombre de paradoxes, voire de contradictions et n'ont pas éclairci le concept de médiation qui n'est toujours pas défini ni distingué nettement de la conciliation, pas davantage que n'a été précisée son articulation avec la convention de procédure participative, intervenue entretemps.

La notion de MARD et la mise en place d'une politique de développement des MARD a émergé, avec les textes issus de la transposition de la directive communautaire (n° 2008/52) du 21 mai 2008, qui ont repris une partie des règles issues de la loi de 1995. Ils ont proposé une architecture des MARD dans laquelle s'inscrivent à la fois la médiation et la conciliation extrajudiciaires, mais aussi la convention de procédure participative, sans pour autant que l'on assiste à une véritable clarification.

L'ordonnance du 16 novembre 2011 est venue en effet transposer la directive européenne du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale et a modifié en conséquence la loi de 1995. Elle a été elle-même complétée par le décret du 20 janvier 2012, relatif aux modes amiables de résolution des différends (MARD), qui a introduit dans le Code de procédure civile un livre V, constitué des articles 1528 à 1568, relatifs à la médiation et à la conciliation conventionnelles et à la procédure participative. Les MARD tels qu'envisagés dans ce livre V sont donc compris comme des modes de règlement des litiges, en marge et en amont du procès, contrairement à la médiation et à la conciliation judiciaires. Plusieurs corpus de texte se superposent donc à l'heure actuelle et l'ensemble du dispositif manque de clarté, notamment en raison de renvois fait par le livre V, consacré aux modes extrajudiciaires, aux dispositions relatives à la conciliation et à la médiation judiciaire, et en raison également de l'incertitude qui concerne l'intitulé du chapitre « Médiation » dans la loi de 1985 modifiée, car les dispositions générales (section 1, art. à 21-5) visent en réalité aussi la conciliation et au-delà de

la conciliation et de la médiation judiciaires, les modes extrajudiciaires de résolution des différends.

Par ailleurs, il n'existe aucune définition satisfaisante par les textes de la médiation judiciaire, ni de la médiation extrajudiciaire, ni, d'ailleurs, de la conciliation, sauf à considérer que l'ensemble des processus d'intermédiation en vue de parvenir à la résolution amiable des litiges relève de la médiation. C'est le sens de la définition de la médiation donnée par l'ordonnance de 2011 transposant la directive de 2008, qui est une définition générique et extensive, qui concerne aussi bien la médiation judiciaire au sens strict que la conciliation judiciaire et les processus extrajudiciaires de résolution amiable.

La seule définition « opérationnelle » concernant la médiation judiciaire résulte actuellement de la lecture combinée de l'article 21 de la loi de 1985, modifiée par l'ordonnance de 2011 et de l'article 131-1 du Code de procédure civile. La définition donnée par l'article 21 est la suivante : « *la médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, 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* ». Mais cette définition couvre aussi la conciliation. Quant à l'article 131-1 du Code de procédure civile, il indique que « *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 leur point de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* ».

Cette définition « opérationnelle », met seulement l'accent sur la façon dont la médiation est introduite dans l'instance par la désignation d'un tiers (supposé être le médiateur, mais le texte ne le qualifie pas ainsi), qui aide les parties à parvenir à un accord, mais sans que cette aide soit non plus qualifiée. Si le médiateur joue un rôle d'intermédiaire, il n'est pas le seul à jouer ce rôle qui appartient aussi au conciliateur, et aux avocats dans la procédure participative. Certes, les parties tentent de parvenir à un accord, avec l'aide du médiateur, ce qui semble indiquer que le médiateur n'a pas à proposer les termes de l'accord, mais l'indication reste imprécise.

L'ordonnance de 2011, en transportant ainsi en droit français l'acception large de la médiation adoptée par la directive de 2008 (qui n'avait pas du tout pour objet de définir la médiation mais de tracer un cadre général applicable à tous les MARD), ne contribue donc pas à éclaircir le concept de médiation au sens strict, et à la distinguer de la conciliation, alors par ailleurs que ni le médiateur, ni le conciliateur ne sont précisément définis ni dotés d'un statut fondamentalement différent.

## L'imprécision entretenue autour du concept de médiation et des caractéristiques de la médiation n'a pas été dissipée par les textes postérieurs

Ainsi, l'introduction par le décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 d'une médiation des litiges de la consommation qui peut intervenir par voie électronique pose question : l'article R 152-3 du décret précise en effet qu'à défaut d'accord amiable entre les parties, il leur propose une solution pour régler le litige. Le médiateur ne se contente pas ici de favoriser la communication des parties pour leur permettre de trouver elles-mêmes une solution au litige puisqu'il propose une solution. Reste-t-il dans la posture

de tiers neutre qui semble caractériser jusqu'ici la médiation et la distinguer de la conciliation ? S'agit-il véritablement de médiation ?

La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle (n° 2016-1547) qui a parmi ses objectifs principaux et affichés de favoriser les modes alternatifs de règlement des différends, introduit l'obligation de procéder à une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, avant toute saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe, et ce, à peine d'irrecevabilité de la demande (art. 4) : elle a également réintroduit, en matière civile, dans certains tribunaux de grande instance et à titre expérimental pour 4 ans, la tentative de médiation familiale obligatoire, pour toutes les demandes relatives à la modification d'une décision judiciaire fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien de l'enfant, ou à la modification des stipulations contenues dans la convention homologuée. Cette tentative de médiation doit intervenir à peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, sauf si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime ou si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant (art. 7). Cette expérimentation est étendue à dix tribunaux de grande instance, alors que la précédente n'en concernait que deux. On voit ici que le caractère non obligatoire de la médiation tend à se trouver remis en question.

Deux constats peuvent être tirés de ce qui précède. Premièrement, il n'existe pas à l'heure actuelle de définition précise de la médiation. Pire encore, l'ordonnance de 2011 a fourni une définition générale de la médiation qui est identique pour la médiation et la conciliation. Si les MARD de façon générale ont désormais un cadre juridique général qui englobe non seulement les modes amiables judiciaires mais aussi extrajudiciaires, on peut se demander dans quelle mesure ce cadre est suffisamment bien structuré car la présentation qui en est faite par les textes est loin d'être claire, à commencer par l'incertitude qui affecte le terme de « médiation » dans le chapitre ainsi intitulé de la loi de 1995 modifiée par l'ordonnance de 2011. Les dispositions générales communes à tous les MARD ne sont pas non plus clairement présentées.

“

IL N'EXISTE PAS À L'HEURE ACTUELLE DE DÉFINITION PRÉCISE DE LA MÉDIATION

”

Le second constat est que cette définition floue est susceptible d'avoir une incidence sur toutes les autres questions, non seulement sa distinction et/ou son articulation avec les autres MARD mais également les questions relatives à son régime et à son articulation avec l'instance dans la perspective d'une politique cohérente de développement des MARD.

On peut ajouter à cela le fait que le cadre procédural de la médiation, autrement dit la manière dont elle s'insère dans le temps du procès, de l'instance (normalement en cours tant qu'il n'y a pas d'accord et donc de désistement), n'est pas rigoureusement réglementé, dans la mesure, où beaucoup de dispositions sont communes à la médiation et à la conciliation, ne consacrant pas sa spécificité.

## Des incertitudes relayées par les acteurs de la médiation

Les enquêtes effectuées dans le cadre du projet de recherche font ressortir la diversité des conceptions de la médiation et, surtout, le fait que jusqu'à récemment, le processus était mal connu et très peu pratiqué : le 1<sup>er</sup> constat est celui de l'ignorance.

Le périmètre géographique de notre étude comportait initialement 21 juridictions et au final, seules 5 juridictions apparaissent dans les tableaux de données (CA Lyon, CA Bordeaux, CA Pau, TGI Pau et TGI de Lyon). Les raisons en sont : en 2014, au début du projet, il y a peu de juridictions où la médiation est pratiquée d'une part (initiatives individuelles de certains magistrats qui se tarissent lors de leur départ) ; et d'autre part, les dossiers dans lesquels il y a eu une médiation ne sont pas référencés. Il est impossible dans la plupart des greffes de les identifier et impossible de croiser en passant par les médiateurs, très réticents à communiquer leur nombre de dossiers et à fournir des indications sur ces dossiers en invoquant la confidentialité (mais en réalité aussi en raison de la faiblesse du nombre de dossiers).

Quoiqu'il en soit, il a été possible de constater un flou plus ou moins important sur la notion de médiation, ses caractéristiques et surtout sa distinction avec la conciliation. À l'exception des médiateurs, les avocats, magistrats et conciliateurs interrogés ont des difficultés à verbaliser une définition de la médiation (alors que les médiateurs, qui ont reçu une formation, ont fait un travail sur la définition de la médiation).

## LA NÉCESSITÉ D'UNE MEILLEURE APPRÉHENSION DE LA MÉDIATION JUDICIAIRE

Une meilleure appréhension de la médiation judiciaire passe d'abord par un effort de définition de la médiation elle-même, de la médiation en général puis de la médiation judiciaire en particulier.

L'absence de définition précise révèle peut-être que la médiation qui est avant tout un process (processus défini par sa substance et non par sa forme) serait par nature non juridique et toujours identique et donc une notion unitaire, quelle que soit ensuite la forme que prend la médiation et spécialement celle d'une médiation judiciaire. Une tentative de définition plus précise pourrait alors être proposée.

“

IL A ÉTÉ POSSIBLE DE CONSTATER UN FLOU PLUS OU MOINS IMPORTANT SUR LA NOTION DE MÊME DE MÉDIATION, SES CARACTÉRISTIQUES ET SURTOUT SA DISTINCTION AVEC LA CONCILIATION

”

## La médiation : une notion unitaire caractérisée par son process

Il faut sans doute revenir à ce qu'est initialement et fondamentalement la médiation, avant de l'inscrire dans le contexte juridique et judiciaire : un processus non juridique, un process spécifique ; dès lors, il est possible d'admettre que la médiation n'aurait ainsi pas une nature différente selon l'usage qui en est fait, ni même selon la nature du conflit auquel elle s'applique, sauf à perdre totalement l'objet « médiation » et à permettre tous les détournements et les confusions : il s'agit d'un processus spécifique ayant vocation à restaurer le dialogue entre les parties.

L'essence de la médiation, et ce qui en fait une notion unitaire consiste dans l'identification de ce processus de rétablissement du dialogue qui en lui-même, ne fait pas appel au droit. Ce processus de rétablissement du dialogue s'intéresse en effet au conflit et non au litige qui est de l'ordre du droit.

Le processus de médiation consiste en effet, essentiellement, dans un travail du médiateur avec les personnes opposées par un différend, sur le conflit qui les oppose et non pas sur le litige. Derrière le litige (juridique), qui sera éventuellement soumis au juge pour qu'il le tranche, se trouve le conflit, plus profond, ou en tout cas moins apparent, souvent d'ordre psychologique et/ ou affectif, que la médiation prend en considération, même si c'est de façon différente selon les modèles de médiation. La médiation repose sur un processus qui passe par la prise de conscience des besoins de l'autre et elle permet une rationalisation du conflit qui va être objectivée grâce à l'expert en dialogue ; elle est d'ailleurs plus efficace encore en cas de relations stables entre les individus qui ont besoin d'une pacification.

“

L'ESSENCE DE LA MEDIATION CONSISTE DANS L'IDENTIFICATION DE CE PROCESSUS DE REETABLISSEMENT DU DIALOGUE QUI, EN LUI-MEME, NE FAIT PAS APPEL AU DROIT

”

Il est intéressant de constater, de ce point de vue, que si les différents acteurs de la médiation ont une vision différente, tantôt fonctionnelle, tantôt substantielle, tous s'accordent pour ne pas faire référence au litige, mais au conflit.

Au-delà de ce constat, la médiation est un processus structuré et complexe qui implique la mise en œuvre de modèles de médiation. Ces modèles de médiation relèvent de la compétence première du médiateur, même si la pratique de la médiation dépasse souvent l'application pure des modèles. Un modèle de médiation décrit ainsi un processus balisé et structuré qui permet de travailler sur l'architecture d'un conflit, pour conduire les parties d'une situation où tout dialogue est rompu, à une situation où elles sont à nouveau en mesure de négocier un accord éventuel.

## La médiation judiciaire : une utilisation de la médiation dans le cadre de l'instance

### L'intégration du processus de médiation dans l'instance

Si la médiation en tant que processus est toujours de même nature, il peut exister des variables qui tiennent à son utilisation et qui sont susceptibles d'entraîner des différences dans sa définition ou dans son régime. Ces variables peuvent tenir soit à la matière et au type de conflit considéré, par exemple en matière familiale ou en matière commerciale ou en matière prud'homale, soit au cadre dans lequel elle est pratiquée : un cadre extrajudiciaire (médiation conventionnelle, articulation d'une médiation avec une convention de procédure participative avant toute saisine du juge) ou un cadre judiciaire. Dans l'approche unitaire de la médiation, la médiation judiciaire ne change pas de nature parce qu'elle est judiciaire. La judiciarisation n'est jamais qu'une inscription du processus de médiation dans le procès et dans l'instance. La médiation, dans ce contexte devient un instrument, un outil de la résolution du litige (et non plus seulement du

conflit, puisque le juge qui désigne le médiateur est déjà saisi d'un litige) ou d'une partie du litige, puisque l'article 131-2, al., 2 du Code de procédure civile précise que la médiation porte sur tout ou partie du litige, ou un moyen de mieux cerner les éléments du litige, et à ce titre, un instrument de meilleure justice pour le juge qui devra trancher. Elle va donc emprunter certains traits et obéir à certaines règles, compte tenu de ce caractère judiciaire, mais sans pour autant que l'essentiel, c'est-à-dire le processus se trouve atteint.

“

UN MODELE DE MEDIATION DECRIT UN PROCESSUS BALISE ET STRUCTURE QUI PERMET DE TRAVAILLER SUR L'ARCHITECTURE D'UN CONFLIT, POUR CONDUIRE LES PARTIES D'UNE SITUATION OU TOUT DIALOGUE EST ROMPU, A UNE SITUATION OU ELLES SONT A NOUVEAU EN MESURE DE NEGOCIER UN ACCORD EVENTUEL

”

Les règles applicables à la médiation judiciaire, inscrite dans l'instance, devraient donc préserver l'essence de la médiation : la mission de rétablissement de la communication entre les parties pour les aider à trouver par elles-mêmes une solution apaisée à leur différend. Ces deux éléments qui sont le rétablissement de la communication d'une part et le fait que les parties doivent trouver elles-mêmes les voies du règlement de leur différend, d'autre part sont des éléments qui ont particulièrement été soulignés par les acteurs de la médiation interrogés, lorsqu'ils étaient en mesure de proposer une distinction entre la médiation et la conciliation. La définition ou la tentative de définition de la médiation judiciaire donnée par l'article 131-1 ne met pas suffisamment en évidence ces éléments essentiels.

Le médiateur recourt pour cela à des techniques spécifiques qui relèvent là encore de l'essence même de la médiation mais qui n'ont peut-être pas à figurer dans une définition, mais elles imposent sans doute en parallèle de mieux préciser le rôle du médiateur et de poser des exigences de formation relativement unifiées, pour préserver l'intégrité du processus de médiation. La définition de la médiation judiciaire doit donc prendre en compte un certain nombre de caractères essentiels.

### La nécessité de préserver certains caractères essentiels

**Caractère volontaire de la démarche :** Le premier caractère dont il faut se demander s'il est important de le préserver est le caractère non obligatoire de la médiation, question qui a divisé les acteurs interrogés. Il est pourtant essentiel même s'il peut être aménagé. Le processus de la médiation implique l'adhésion des parties et le caractère volontaire de la démarche d'entrée en médiation. Ce caractère semble préservé par l'article 131-1 du Code de procédure civile qui prévoit que le juge désigne un médiateur après avoir recueilli l'accord des parties. Toutefois, il reste menacé. D'une part en raison de la tendance actuelle qui consiste à multiplier les mesures incitatives au recours au MARD ; d'autre part en raison du recours à des sanctions par certaines juridictions en cas de refus de la médiation. La technique de l'injonction d'avoir à rencontrer un médiateur aux fins d'information est cependant une solution intéressante à généraliser en toutes matières et pas seulement en matière familiale (actuellement envisagée par les pouvoirs publics) pour favoriser le recours à la médiation, sans porter atteinte au caractère volontaire de l'entrée en médiation.

**La neutralité du médiateur.** Comme le relève un auteur, B. Gorch-Gelzer, le médiateur entretient avec les parties un rapport horizontal, alors que le conciliateur entretient un rapport plus vertical. Le médiateur ne doit pas proposer de solution (c'est la raison pour laquelle la médiation de la consommation, introduite par le décret n°2015-1382 du 30 octobre 2015, n'est pas une médiation, au sens strict). Il aide les parties à trouver par elles-mêmes la solution. La plupart des acteurs interrogés, spécialement les médiateurs, ont confirmé cette posture du médiateur par rapport à celle du conciliateur.

À cet égard, la formule qui figure dans l'article 131-1 du Code de procédure civile selon laquelle « le juge désigne 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 » n'est peut-être pas assez précise. Il serait sans doute opportun de rajouter, de trouver « par elles-mêmes ».

L'article 21-2 de la loi du 8 février 1995 modifiée par l'ordonnance du 16 novembre 2011 indique que le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence et l'article 21-3 le soumet à la règle de la confidentialité, mais la neutralité du médiateur n'est pas posée (ce qui est logique puisque les dispositions générales qui figurent dans les art. 21 à

21-5 concernent aussi la conciliation. Or le conciliateur n'est pas dans cette posture de neutralité). Les dispositions propres à la médiation devraient faire référence à cette neutralité.

Enfin, la gratuité ne paraît pas être de l'essence de la médiation, même si la question du coût de la médiation, qui freine sans doute son développement, est une question importante.

### PROPOSITION DE DÉFINITION DE LA MÉDIATION JUDICIAIRE

Le juge saisi d'un litige peut, à l'initiative des parties ou sur sa proposition, et après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne ayant la qualité de médiateur, afin d'entendre les parties et de les amener par des techniques spécifiques [d'écoute et de communication] à reprendre le dialogue, pour tenter de trouver par elles-mêmes une solution au conflit qui les oppose.

## INTRODUCTION



### GILLES ACCOMANDO

Premier président de la Cour d'appel de Pau

Cette première table ronde a pour objet de dresser un bilan des processus de médiation développés dans plusieurs juridictions et d'en tirer les enseignements. L'intitulé de notre séquence est révélatrice de l'état de la médiation ; il est question « d'expériences locales ». Expériences, cela signifie que la médiation n'est pas généralisée, qu'elle est produite en quelques lieux et exercée selon des modalités différentes. Les termes d'expériences, d'expérimentations, renvoient à des découvertes récentes. Pourtant voilà des années que l'on évoque la médiation et son développement. Il est donc surprenant d'imaginer qu'elle soit encore à ce stade expérimental.

La mission de recherche Droit et Justice avait déjà, à la fin des années 1990, lancé différents appels à projets sur le thème de la médiation. Il convient de citer principalement les travaux de Jacques Faget (Accès au droit et médiation), Jean-Pierre Bonafe-Schmitt et Jean-Claude Robert (Les médiations: logiques et pratiques sociales) ainsi que de Philip Milburn (La médiation: innovation et stabilisation des compétences, rendus en 2000). Il faut aussi signaler la publication par la Mission de recherche Droit et Justice de recherches sur la médiation pénale dans le ressort de la cour d'appel de Paris et d'analyse des témoignages de praticiens avertis (1999). De même la Mission avait publié, au début des années 2000, plusieurs études consacrées aux modes alternatifs de résolutions des conflits, réalisées par Jean-Baptiste Racine, Marie-Claire Rivier et Pierre Chevalier.



LA RECHERCHE, PAR SA MISE EN LUMIÈRE DE PRATIQUES SPÉCIFIQUES, PEUT EN FAVORISER LE DÉVELOPPEMENT



C'est donc à l'initiative de sa directrice, Sandrine Zientara, que la Mission de recherche Droit et Justice a procédé, près de vingt ans après, à un nouvel appel à projets sur ce thème de la médiation. Initiative heureuse, qui une fois encore permet d'affirmer que la recherche, par sa mise en lumière de pratiques spécifiques, peut en favoriser le développement. Mais dans le même temps une interrogation demeure: pour quelle raison la médiation ne s'est pas développée ? Quels sont les freins au recours à la médiation ? Cette table ronde sera l'occasion d'évoquer ces freins.

En ma qualité de premier président je porte un intérêt particulier aux modalités d'organisation des juridictions. Deux questions peuvent retenir notre attention dans le cadre de ce propos introductif: comment se développe une pratique innovante comme la médiation dans le système judiciaire ?

Faut-il structurer la médiation pour lui permettre de se développer ?

La notion de médiation bouleverse les concepts habituels du fonctionnement judiciaire basés sur le traitement de contentieux. Pour introduire la médiation dans les juridictions il a été nécessaire que certains collègues impulsent une nouvelle pratique.

L'innovation dans le monde judiciaire semble complexe. Une étude assez ancienne (Benoît Bastard, Werner Ackermann, Innovation et gestion du changement dans l'institution judiciaire, 1993) avait mis en évidence l'absence de mémoire du système judiciaire, la difficulté à essaimer et à s'inscrire dans le temps. Les difficultés de mise en œuvre de la médiation résultent à mon sens de ces obstacles. J'attends de nos intervenants leurs analyses en la matière.

Seconde question qui sera au cœur des interventions de cette table ronde : faut-il structurer la médiation ? Et si oui, comment faut-il la structurer au sein des juridictions pour lui permettre de perdurer ? L'inscription dans le fonctionnement de la juridiction, par la création d'une structure spécifique de médiation, permet de dépasser cette phase où souvent la médiation était l'œuvre d'un magistrat pionnier. Mais dès que l'on crée une structure se pose immédiatement la question de savoir qui la compose, quelles sont ses compétences.

J'ai connu, dans les différentes juridictions, des pratiques diverses. Étant depuis un an premier président de la cour d'appel de Pau, je me dois de constater que la transition du magistrat pionnier, Philippe Bertrand, à la structure de médiation (unité de médiation judiciaire) s'est effectuée dans d'excellentes conditions parce que initiée par notre collègue. Désormais, nous proposons une étape suivante avec la création d'un pôle de médiation au sein de la cour.

Voici quelques questions que soulève le développement de la médiation. La restitution des travaux lors de cette table ronde s'annonce riche. Nous débuterons par une analyse plus large sur les enjeux de la déjudiciarisation qui nous permettra de comprendre la position des principaux acteurs, magistrats et avocats, face à un phénomène nouveau. Puis nous aurons une restitution des travaux effectués par les universitaires palois et lyonnais et enfin une présentation par un collègue de la pratique affirmée de la médiation dans une juridiction.

# MAGISTRATS ET AVOCATS DANS LE CONTEXTE DE DÉJUDICIARISATION : RETOUR D'EXPÉRIENCE



**JEAN-BAPTISTE PERRIER**

Professeur à Aix-Marseille Université (LDPSC EA 4690)

À la suite des annonces faites dans le cadre du projet de réforme pour la justice, sur le développement des procédés déjudiciarisés, en matière civile et en matière pénale, et surtout au regard de la méthode suivie, les travaux de la Mission de recherche Droit et justice permettent de rappeler que les recherches universitaires peuvent avoir un intérêt pour le travail du législateur, et ce d'autant plus que ces recherches s'inscrivent dans la réalité des pratiques, dans l'environnement juridique et social des propositions faites, ne serait-ce qu'au regard des rencontres et entretiens que nous avons à cette occasion. Ce sont d'ailleurs les fruits de ces rencontres et entretiens, qui ont eu lieu à l'occasion de la recherche menée sur « Les enjeux de la déjudiciarisation », que la présente contribution s'efforce de restituer.

Il convient avant tout de préciser que cette recherche portait sur la déjudiciarisation, un objet plus large que la médiation, objet de ce colloque, et qu'elle portait tant sur la matière civile que sur la matière pénale. Cette comparaison des matières civile et pénale est très intéressante pour ce « retour d'expérience » car elle permet de voir que le regard porté sur les procédés déjudiciarisés varie selon le contentieux dans lequel ils s'insèrent.

Pour croiser ces regards, à l'occasion de cette recherche, nous avons souhaité rencontrer des magistrats, des avocats ou encore des médiateurs, à Aix-en-Provence, Marseille ou encore à Clermont-Ferrand. Cette recherche nous a également permis d'échanger avec des magistrats niçois, et d'interroger, par l'envoi de questionnaires, des magistrats d'autres juridictions.

L'objectif de ces rencontres et questionnaires était de recueillir le sentiment des professionnels, tout particulièrement des magistrats et des avocats, sur la déjudiciarisation afin de pouvoir, le cas échéant, faire des propositions utiles. La recherche étant terminée<sup>1</sup>, la question se pose

alors de savoir quels sont les enseignements que l'on peut en retirer. Il est ici difficile de restituer en quelques mots la richesse de ces échanges et des réflexions qu'ils ont suscitées, mais l'on peut distinguer quatre principaux enseignements : deux points communs, à savoir l'intérêt pour la déjudiciarisation et la méthode employée, et deux questions particulières, à savoir la place du juge et le rôle de l'avocat. Une précision s'impose : les retours d'expérience ici présentés n'ont pas la prétention de refléter l'avis unanime des professionnels rencontrés. Au contraire, des points de vue divergents ont pu être mis en évidence, certains s'expliquant notamment par la taille de la juridiction. Il s'agit donc plus de présenter certains points de vue, certains regards.

## L'INTÉRÊT POUR LA DÉJUDICIARISATION

S'agissant de l'intérêt des praticiens pour la déjudiciarisation, immédiatement, on peut indiquer un sentiment général : il ressort des entretiens et des réponses que nous avons pu avoir que les magistrats ou les avocats font preuve d'un grand intérêt pour les procédés déjudiciarisés. Il peut y avoir des points de crispation, mais qui renvoient alors au domaine ou à la méthode employée, mais il n'y a pas de méfiance ou de défiance générale. Le constat est simple, mais il ne doit pas masquer la très grande diversité des raisons de cet intérêt.

En matière civile, au sens large, les magistrats semblent, dans l'ensemble, favorables aux procédés déjudiciarisés - médiation et conciliation - en ce qu'ils permettent d'apporter une solution à de petits litiges. Leurs regards se portaient surtout sur la mise en œuvre des règlements amiables avant la saisine du tribunal d'instance, ou sur l'encouragement à recourir à une solution amiable une fois l'instance introduite, car de telles solutions permettent de régler un conflit, souvent à faible enjeu, sinon personnel.

<sup>1</sup> *Les enjeux de la déjudiciarisation*, rapport remis à la mission GIP Droit et justice, dir. S. Cimamonti et J.-B. Perrier, 2018 : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/les-enjeux-de-la-dejudiciarisation/>

Ce sentiment est très prégnant chez les magistrats de juridictions de taille moyenne ou importante, le procédé étant vu comme un moyen de décongestion. Dans les plus petites juridictions, les magistrats semblent plus intéressés par la dimension qualitative du procédé, en ce qu'il permet souvent de réconcilier les parties<sup>2</sup>, ce que les professionnels apprécient<sup>3</sup>.

D'une façon générale, ce constat est intéressant : il renvoie à l'adage *de minimis*, et l'on voit que le juge ne souhaite pas particulièrement s'occuper des « choses de peu », soit par manque de temps et il recourt aux solutions alternatives, soit par conscience de l'utilité des solutions amiables.

Ce même constat peut-être fait s'agissant des procédés déjudiciarisés en matière pénale, avec une place particulière pour la médiation pénale car elle reste un accord de nature civile. En effet, s'agissant des alternatives aux poursuites au sens large, dont on rappelle qu'elles représentent 42 % de l'orientation des poursuites<sup>4</sup>, l'intérêt des magistrats, en particulier des magistrats du parquet, ne fait aucun doute et il se traduit par ce recours massif à ces procédés. Les retours que nous avons pu recueillir proviennent quasi exclusivement des magistrats, car les avocats sont très peu souvent sollicités pour les alternatives aux poursuites, et ils le regrettent. Certains ont toutefois pu faire état de problèmes rencontrés lors de médiations pénales, avec le sentiment d'être un intrus, mais il semblerait qu'il s'agisse plus de difficultés ponctuelles que d'une situation générale.

“ **LES TRAVAUX DE LA MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE PERMETTENT DE RAPPELER QUE LES RECHERCHES UNIVERSITAIRES PEUVENT AVOIR UN INTÉRÊT POUR LE TRAVAIL DU LÉGISLATEUR, D'AUTANT PLUS QU'ELLES S'INSCRIVENT DANS LA RÉALITÉ DES PRATIQUES, DANS L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE ET SOCIAL DES PROPOSITIONS FAITES** ”

Au-delà de ces difficultés, on observe que dans les petites juridictions<sup>5</sup>, le recours à ces procédés est plutôt conçu comme un mode de réponse à des infractions de faible gravité, pour apporter une réponse simple et peu punitive à une infraction simple et peu grave. Dans les juridictions de taille plus importante<sup>6</sup>, ces alternatives sont plus un mode de gestion des infractions de masse. On distingue à nouveau une logique quantitative, pour gérer les flux, dans les juridictions de taille importante, et une logique

plus qualitative, dans les juridictions de taille plus modeste, pour apporter une réponse efficace. Cette observation doit immédiatement être nuancée : aucun magistrat ne s'inscrit dans une démarche purement quantitative, sans attention portée aux personnes concernées. De même, aucun ne s'inscrit dans une démarche purement qualitative, sans prendre en compte la gestion du stock de dossiers et la nécessité d'éviter l'engorgement de la juridiction. Il n'en demeure pas moins que cette polarisation, liée à la taille de la juridiction plutôt qu'au contentieux en cause, est tout à fait remarquable. Une matière se distingue : le contentieux familial. En raison de la nature des liens qui unissent les personnes en conflit, de l'ancienneté du recours à la médiation familiale, des expérimentations et de la promotion de ce procédé, on observe une plus grande homogénéité dans la perception du procédé. Les magistrats et les avocats reconnaissent tous l'intérêt de la médiation familiale, certains plus particulièrement<sup>7</sup>, même si d'autres s'interrogent tout de même sur le caractère obligatoire de cette médiation, mais c'est aborder la question de la méthode.

### LA RÉSERVE QUANT À LA MÉTHODE EMPLOYÉE

S'agissant de la méthode employée, sans anticiper la suite de nos réflexions<sup>8</sup>, il est possible d'indiquer que le recours obligatoire à un procédé déjudiciarisé n'est pas très bien perçu par les praticiens. La question ne se pose pas en ces termes en matière pénale, car l'opportunité des poursuites implique qu'il n'y a pas de mode obligatoire de règlement des suites de l'infraction, si ce n'est peut-être l'amende forfaitaire qui, à travers son automaticité, conduit au même résultat<sup>9</sup>. En matière pénale encore, s'agissant de l'élargissement envisagé du domaine de la composition pénale<sup>10</sup>, les magistrats n'en voient pas l'intérêt, plus de 70 % d'entre eux indiquent qu'ils ne la proposeront pas pour une peine supérieure à cinq ans<sup>11</sup>. Cela étant, si l'on peut regretter ce décalage entre la proposition et la pratique, puisqu'il n'y aurait pas d'obligation, la liberté d'appréciation des magistrats ne serait pas remise en cause. En matière civile, les échanges que nous avons pu avoir ont révélé une certaine circonspection de la part des magistrats, mais aussi des avocats, sur la généralisation du recours amiable obligatoire, ou sur de possibles extensions de la médiation obligatoire. Une fois encore, il n'y a ni méfiance, ni défiance, à l'égard de ces procédés déjudiciarisés. La réserve des magistrats tient au fait que, selon eux, dans certaines matières, le procédé déjudiciarisé amiable peut être utile, notamment dans les conflits de voisinage, alors que dans

<sup>2</sup> Ce même intérêt s'observe s'agissant des avocats : ils apprécient le rôle qu'ils jouent parfois lors d'une conciliation, tout en regrettant de pas être souvent sollicités.

<sup>3</sup> V. *Les enjeux de la déjudiciarisation*, rapport remis à la mission GIP Droit et justice, préc., n° 145.

<sup>4</sup> Ce chiffre est issu des *Chiffres clés de la justice*, et procède de l'addition des mesures de l'article 41-1 et des compositions pénales, ces alternatives aux poursuites visées par l'article 40-1, 2° : pour l'année 2017, le taux est de 41,6 % (Chiffres clés 2018), pour l'année 2016, il était de 42,5 % (Chiffres clés 2017).

<sup>5</sup> Notamment à Moulins sur Allier ou encore à Vannes.

<sup>6</sup> Cela est particulièrement vrai à Marseille.

<sup>7</sup> V. notamment les travaux de Monsieur Marc Juston, rencontré lors de la mission de recherche, spéc. « Le juge aux affaires familiales et l'évolution de la famille. Nouvelles lois, nouvelles pratiques ? », *Gaz. Pal.*, 4-5 avril 2008, *doctr.*, p. 717.

<sup>8</sup> V. dans cette publication, S. Cimamonti et J.-B. Perrier, « Le recours à un procédé déjudiciarisé, une option maîtrisée ou une obligation ? ».

<sup>9</sup> Sur ce procédé, les avocats y sont plutôt hostiles.

<sup>10</sup> Art. 38 du projet de loi de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice, dans sa version adoptée par le Sénat le 23 oct. 2018.

<sup>11</sup> V. *Les enjeux de la déjudiciarisation*, rapport remis à la mission GIP Droit et justice, spéc. l'étude statistique en annexe, p. 328.

d'autres, il n'aurait aucun intérêt et aucune chance de succès, notamment dans des conflits purement économique entre parties n'ayant aucun lien<sup>12</sup>. Pour beaucoup des professionnels rencontrés ou interrogés, si l'incitation peut être utile, l'obligation n'a parfois aucun sens et peut même s'avérer être contreproductive. Cette circonspection est plus un retour d'expérience de ces magistrats, ressortant de la pratique des contentieux en cause et de l'état d'esprit des parties, que la volonté de défendre leur domaine d'intervention. Cette observation conduit alors à s'intéresser à la place du juge, non pas telle qu'elle est prévue dans les textes, mais telle qu'elle est pensée par les juges eux-mêmes.

### LA PRÉSERVATION DE LA PLACE DU JUGE

S'agissant de la place du juge, une observation peut à nouveau être faite à titre général : les magistrats ne se sentent pas dépossédés de leur rôle face au développement des procédés déjudiciarisés. Certains expriment des craintes, en matière pénale notamment avec le développement de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, quoiqu'il ne s'agisse pas d'un procédé déjudiciarisé ; mais dans l'ensemble, les magistrats ne semblent pas avoir le sentiment que la déjudiciarisation remet en cause leur rôle. Au contraire, certains considèrent que la déjudiciarisation leur permet de mieux assurer leur rôle, en les déchargeant d'un contentieux de faible gravité et en leur permettant de se concentrer sur les affaires qui nécessitent plus de temps. On voit ici rejaillir l'intérêt de la déjudiciarisation pour les magistrats, sur la perception même de leur rôle.

Au-delà de ces rapports entre déjudiciarisation et judiciarisation, il était également intéressant de se focaliser sur le rôle des magistrats à l'occasion d'un procédé déjudiciarisé. Sur l'explication de leur rôle, les avis semblent bien plus partagés, que l'on se situe au stade de la proposition, ou au stade de l'homologation. Concernant la proposition, en matière civile, les magistrats expliquent leur rôle assez simplement : soit la proposition est imposée, et le juge s'y conforme, soit elle est laissée à sa libre appréciation (d'orienter vers un conciliateur ou de concilier lui-même), et le choix est principalement fait au regard de la situation des parties et des chances de succès. En matière pénale, l'importance quantitative des procédés conduit à un résultat différent. Les procédés sont choisis bien plus au regard de la nature des faits que de la personnalité de l'auteur, si l'on admet que la

personnalité ne se réduit pas au casier (lequel est déterminant dans le choix d'un procédé)<sup>13</sup>. Les magistrats du parquet ont surtout conscience que le procédé alternatif conduit à une modification de leur rôle<sup>14</sup>. Lorsqu'elle est perçue comme telle, cette évolution du rôle des magistrats du parquet est plutôt appréciée par eux ; ils y voient l'opportunité de sortir du rôle « caricatural » qu'ils doivent parfois jouer à l'audience<sup>15</sup>. La déjudiciarisation est porteuse d'une certaine contractualisation et elle permet au magistrat d'échanger avec le justiciable, passer avec lui un « contrat moral ».

Concernant l'homologation, l'on retrouve ce même contraste. En matière civile, les magistrats font état d'un rôle réduit, tel qu'ils le conçoivent, limité à la vérification de la régularité formelle de l'acte et de l'absence de déséquilibre manifeste. Ils se contentent le plus souvent d'homologuer, sans vérifier en détail. En matière pénale, les retours sont plus partagés, certains magistrats du siège indiquent vérifier le contenu, d'autres indiquent même demander la comparution de l'auteur lors d'une composition pénale. Cela étant, le retour dominant reste celui d'une validation assez formelle. Ces retours des magistrats sur leur rôle à l'occasion d'un procédé déjudiciarisé font donc état d'une très grande diversité de pratiques et traduit une perception parfois très différente de ces différents procédés. Il n'y a sans doute rien de surprenant sur ce point, puisque dans les procédures judiciaires, on retrouve ces mêmes divergences entre les magistrats, ces mêmes différences de perception de leur rôle.

### L'APPRÉHENSION DU RÔLE DE L'AVOCAT

S'agissant du rôle de l'avocat, il s'agit ici encore de s'intéresser non pas au rôle tel qu'il est prévu dans les textes, mais tel qu'il est perçu par les avocats eux-mêmes. L'on remarque alors qu'il y a ici une très grande homogénéité dans les réponses, une quasi-unanimité. Les avocats considèrent en effet que leur rôle est essentiel et ils regrettent tous que les justiciables ne soient pas plus systématiquement informés de leur possibilité d'être assistés par un avocat et de la prise en charge de celui-ci au titre de l'aide juridictionnelle. Ce sentiment partagé pourrait faire sourire car l'on pourrait y voir une position corporatiste ; les entretiens que nous avons eus montrent toutefois que la logique n'est pas pécuniaire. En matière civile, les avocats considèrent en effet que leur rôle est important dans les procédés déjudiciarisés, pour conseiller utilement leur client sur le contenu de l'accord proposé, sur les conséquences d'une acceptation, afin d'éviter des accords

<sup>12</sup> V. Les enjeux de la déjudiciarisation, rapport remis à la mission GIP Droit et justice, préc., n° 397.

<sup>13</sup> Sur la suffisance des informations, les magistrats du parquet font valoir que les informations dont ils disposent sont « relativement » suffisantes, pour pouvoir décider du recours ou non à une alternative aux poursuites, v. *Les enjeux de la déjudiciarisation*, rapport remis à la mission GIP Droit et Justice, spéc. l'étude statistique en annexe, pp. 326 et 331 ; la note attribuée sur la suffisance des informations est de 5,9 pour la composition pénale et de 6,7 pour la CRPC, étudiée à titre d'objet de comparaison.

<sup>14</sup> S'agissant de la CRPC, et même s'il ne s'agit pas d'un procédé déjudiciarisé, près de la moitié des magistrats du parquet indique que cette procédure traduit, pour eux, une modification de leur rôle et implique également eux une surcharge de travail ; v. *Les enjeux de la déjudiciarisation*, rapport remis à la mission GIP Droit et justice, spéc. l'étude statistique en annexe, p. 333, d'où il ressort de 43% des magistrats interrogés ont le sentiment d'une modification de leur rôle, sans pour autant le regretter.

<sup>15</sup> V. Les enjeux de la déjudiciarisation, rapport remis à la mission GIP Droit et Justice, préc., n° 222

inéquitables ou déséquilibrés. On peut comprendre l'argument, le recul de la place du juge, qui se confirme dans la perception qu'ont les magistrats de leur propre rôle, pourrait, voire devrait être compensé par un renforcement du rôle de l'avocat. Pour autant, les avocats souhaitent le plus souvent que leur rôle se limite au conseil, à l'accompagnement du client. Peu de ceux que nous avons rencontrés ont milité aveuglément en faveur de l'acte d'avocat et au contraire, ils nous ont plutôt fait part d'inquiétudes s'agissant de l'engagement de leur responsabilité dans la procédure de divorce par consentement mutuel, en cas d'erreur dans la convention.

“ **DANS LES PETITES JURIDICTIONS, LE RECOURS À CES PROCÉDÉS EST PLUTÔT CONÇU COMME UN MODE DE RÉPONSE SIMPLE ET PEU PUNITIF À DES INFRACTIONS DE FAIBLE GRAVITÉ. DANS LES JURIDICTIONS DE TAILLE PLUS IMPORTANTE, CES ALTERNATIVES SONT PLUS UN MODE DE GESTION DES INFRACTIONS DE MASSE** ”

En matière pénale, le positionnement est le même : les avocats considèrent que leur rôle est essentiel pour conseiller leur client sur les conséquences de l'acceptation d'une alternative aux poursuites ou d'une composition pénale. Or, ils sont très souvent absents, presque toujours s'agissant des premières et très souvent s'agissant des secondes (si ce n'est lorsque la composition est proposée lors d'une garde à vue). Il leur semble pourtant indispensable de pouvoir conseiller l'intéressé, en particulier face à une tendance dangereuse qui consiste à procéder, *a minima*, à un rappel à la loi à l'issue d'une garde à vue, même lorsque l'infraction est insuffisamment caractérisée<sup>16</sup>. À travers ces arguments, l'on voit donc que la logique n'est pas que pécuniaire. Pour autant, elle n'est pas toujours absente, et à dire vrai, elle semble plutôt nuire à la déjudiciarisation.

Le problème se pose simplement : les procédés déjudiciarisés sont moins bien valorisés que les procédures judiciaires s'agissant de la rémunération versée au titre de l'aide juridictionnelle. Or, face à cela, certains avocats nous confient connaître des confrères qui ont pu ne pas insister en faveur d'un accord en matière civile, voire d'une alternative aux poursuites mais cela est plus rare en raison de la rare présence d'un avocat<sup>17</sup>, car la

rémunération est moins importante. Autrement dit, et même si cela peut choquer, certains peuvent préférer le procès, plus rémunérateur, au procédé déjudiciarisé. Le phénomène semble fort heureusement rare, peut-être plus présent chez les jeunes avocats compte tenu de la paupérisation de la profession. Il est en revanche bien réel, et cela est ressorti des échanges que nous avons eus avec les différents barreaux, de telle sorte qu'il ne s'agit pas d'une pratique locale.

Face à ce constat, la solution pourrait être simple : il suffirait de mieux valoriser les procédés déjudiciarisés. Il n'est pas certain pour autant que cela soit une bonne solution : s'il faut veiller à ce que tous les procédés puissent être pris en charge au titre de l'aide juridictionnelle, la rémunération doit être prévue en fonction du travail fourni ; or, à certains égards, la déjudiciarisation peut simplifier le travail de l'avocat, dans d'autres cas en revanche, elle peut l'alourdir, et l'on voit donc que la question financière ne résout pas tout. Sur ce point comme sur d'autres, il nous semble qu'il s'agit avant tout d'une question de formation, et nos propositions vont en ce sens, pour développer une véritable culture de la déjudiciarisation.

<sup>16</sup> Certes, le rappel à la loi n'est pas inscrit au casier judiciaire, mais l'on sait les conséquences d'une inscription au TAJ dans le choix de l'orientation des poursuites.

<sup>17</sup> Ils indiquent que cela expliquerait que certains confrères ne sollicitent pas une CRPC, alors que celle-ci pourrait être opportunément mise en œuvre ; l'explication se trouve également dans le positionnement de certains avocats, qui estiment ne pas devoir participer aux poursuites.

# Étudier la prescription de la médiation judiciaire



## ADRIEN BASCOULERGUE

Maître de conférences, équipe d'accueil « Droit, Contrat, territoires »,

## PHILIPPE CHARRIER

sociologue, chercheur au Centre Max Weber (UMR 5383),  
Université Lumière Lyon 2

L'intérêt pour la médiation, particulièrement celle judiciaire, n'est pas récent. Plusieurs rapports ont été publiés dès la fin des années 2000 (Floch, 2007 ; Guinchard, 2008 ; Magendie, 2008) ; ils promeuvent et justifient la médiation (et les MARD) comme une solution légitime pour régler les litiges des justiciables. Notre recherche a donc été initiée dans un contexte où ce qui fait débat n'est pas la médiation en tant que telle mais la ou les formes qu'elle devrait prendre dans l'espace judiciaire.

“

NOTRE RECHERCHE A ÉTÉ INITIÉE DANS UN CONTEXTE OÙ CE QUI FAIT DÉBAT N'EST PAS LA MÉDIATION EN TANT QUE TELLE MAIS LA OU LES FORMES QU'ELLE DEVRAIT PRENDRE DANS L'ESPACE JUDICIAIRE

”

Plus précisément, pour les magistrats, la médiation représente un nouvel outil à leur disposition. Cela signifie également les évolutions récentes de l'office du juge, auquel on demande de nos jours une intervention à géométrie variable qui tienne plus fonction de la configuration du litige considéré et un travail d'ajustement plus conséquent. Certains y voient le retour du « juge conciliateur » (Strickler 2012, Cadiet, 2011).

La problématique choisie, celle de la prescription, se justifie parce qu'elle est un des éléments essentiels à décrire et à analyser si l'on souhaite comprendre le développement de la médiation dans l'espace judiciaire. Dans ce cadre, un des enjeux, assez méconnu, était de savoir quels rôles jouent les professionnels du droit, les magistrats principalement. Par prescription, nous entendons ici l'action de suggérer, d'orienter ou d'ordonner aux parties en présence l'utilisation de la médiation pour le règlement de leur litige. Ces actions sont le fait d'acteurs dont nous ignorons bien souvent les motivations.

Pour expliquer la prescription plusieurs hypothèses sont généralement avancées : une stratégie de fluidification des flux judiciaires, la recherche de l'efficacité du service rendu au justiciable ou encore une réponse à l'appétence nouvelles des justiciables pour les modes amiables de règlement des conflits. Nous n'avons pas la prétention de répondre définitivement et entièrement à toutes ces questions. Notre objectif, plus modeste, était de comprendre comment la prescription de la médiation se construit sur le terrain, dans les juridictions et avec quels acteurs. Il était également d'en comprendre les « ressorts », les logiques sous-jacentes, afin de fournir aux acteurs de la justice des éléments pour améliorer et développer la prescription de la médiation judiciaire.

“

NOTRE OBJECTIF ÉTAIT DE COMPRENDRE COMMENT LA PRESCRIPTION DE LA MÉDIATION SE CONSTRUIT SUR LE TERRAIN, DANS LES JURIDICTIONS ET AVEC QUELS ACTEURS

”

### UN REGARD CROISÉ SOCIOLOGIQUE ET JURIDIQUE

La mise en œuvre de cette recherche supposait d'avoir un regard à la fois juridique et sociologique, une perspective croisée et une étude de terrain, sur ce qui se fait aujourd'hui en matière de médiation judiciaire. C'est la raison pour laquelle nous avons associé deux laboratoires de recherches, un de sociologues, le Centre Max Weber (CNRS) et un autre de juristes, le Laboratoire Droit, Contrats, Territoires (Université Lyon 2). Cette étude permettait en parallèle d'alimenter l'Observatoire des médiations en médiations judiciaires tout en permettant de les analyser quantitativement. Les démarches ont consisté en des recueils de données dans les tribunaux pour tenter d'évaluer l'activité en matière de prescription de la médiation. Parallèlement, nous avons rencontrés les acteurs de cette prescription, en premier lieu les magistrats, mais également des avocats et les médiateurs. Nous avons procédé à de nombreux entretiens (n=30) dont près d'un tiers avec des magistrats. La méthode retenue a été celle des entretiens semi-directifs. Ils ont permis d'aborder la manière dont nos interlocuteurs ont développé un intérêt pour les modes amiables de règlements des litiges puis la médiation, les pratiques éventuelles qu'ils en avaient et les moyens ou outils élaborés pour favoriser la médiation et sa prescription. Nous avons conscience d'avoir privilégié un discours que l'on qualifiera de « favorable » la médiation.

## QUELQUES ÉLÉMENTS DE L'ACTIVITÉ DE MÉDIATION JUDICIAIRE ANALYSÉE VIA LES DOSSIERS RECUEILLIS

Les résultats descriptifs des dossiers qui ont fait l'objet d'une saisie et d'une analyse statistique permettent de répondre à plusieurs questions à propos de la prescription de la médiation : le lieu où elle est prescrite, sa durée, la nature du litige. Nous envisagerons aussi brièvement le volume de cette activité, car les données recueillies permettent d'avoir une vision sur plusieurs années.

## Où sont prescrites les médiations judiciaires ?

Nous avons recueillis 373 dossiers de médiation judiciaire. Les deux niveaux d'instance sont investis par la médiation. Si, on constate que les instances d'appel fournissent plus d'affaires que celles de première instance, on ne peut en conclure qu'il existe pour autant un lieu judiciaire où la médiation serait plus appropriée qu'un autre, car les écarts ne sont pas assez significatifs pour révéler une tendance plus favorable à l'un ou à l'autre niveau d'instance.

Répartitions des dossiers étudiés en fonction des tribunaux

JURIDICTIONS	EFF.	%	EFF.	%
Cours d'appel	214	59,4 %		
dont CA de Bordeaux			25	6,7 %
dont CA de Lyon			111	29,8 %
dont CA de Pau			78	20,9 %
Tribunal de Grande Instance	159	40,6 %		
dont le TGI de Lyon			82	22,0 %
dont le TGI de Pau			77	20,6 %
TOTAL	373	100,0%	373	100,0 %

Ce recensement donne une image assez fidèle du volume d'activité de médiation depuis la période 2010 à 2016 dans deux ressorts de cour d'appel (Lyon et Pau). Ainsi, environ 350 à 400 médiations se sont déroulées. La répartition par année, démontre une évolution en forte croissance jusqu'en 2014 (avec un maximum de 64 médiations par an), mais les deux années suivantes marquent un recul. On peut en déduire que les médiations prononcées ne représentent pas toute la potentialité que l'on pourrait en attendre.

“ SUR LES 373 DOSSIERS RECUEILLIS, LA DURÉE MOYENNE DES MÉDIATIONS EST DE 6,9 MOIS ”

### La durée moyenne des médiations

Il a été difficile de déterminer la durée des médiations par manque d'information concernant la date de désignation du médiateur et/ou la date de fin de la médiation. Sur les 373 dossiers recueillis, nous avons pu établir 249 durées de médiation. Ainsi, la durée moyenne des médiations est de

6,9 mois. La durée « normale » d'une médiation judiciaire est de 3 mois, renouvelable une fois. On s'aperçoit que les médiations qui ont eu la durée prévue par la loi sont minoritaires (28%) contrairement à celles qui ont été allées au-delà (de 3 à 6 mois) qui représentent 33%. Par conséquent, les médiations qui ont nécessité jusqu'à 6 mois représentent une large majorité (61%).

Il existe parfois des difficultés très pratiques qui expliquent en partie ces constats. La prise de rendez-vous peut demander beaucoup de temps, voire la majeure partie des 3 mois impartis. Dans ces conditions, organiser une médiation en plusieurs séances devient chronophage et incite probablement le médiateur à demander une prolongation ou bien à aller au-delà de 3 mois en comptant sur la mansuétude du magistrat.

### La nature des affaires

La nature du litige traduit les domaines dans lesquels la médiation apparaît adaptée. À l'analyse, il ne semble pas y avoir de spécialisation ou de relation privilégiée ; les 9 grands ensembles d'affaires sont tous représentés. Ensuite, il ne se dessine pas de spécialisation. Le type de litige le plus mobilisé est celui des contrats (26,3%), suivi des « relations du travail et protection sociale » (19,6%), où il s'agit souvent de conflits liés à

des demandes d'indemnités liées à la rupture d'un contrat de travail. Il ne semble donc pas qu'un type de litige civil soit particulièrement susceptible de se voir prescrire une médiation. Ces constats n'invitent pas à poursuivre l'hypothèse selon laquelle il faudrait associer à la médiation un ou plusieurs domaines litigieux bien circonscrits.

## LES TENTATIVES D'EXPÉRIMENTATIONS DE PRESCRIPTION DE LA MÉDIATION

Parallèlement à ces constats statistiques, nous avons analysé un certain nombre d'expérimentations de la prescription de la médiation judiciaire, en tentant de faire émerger des principes communs. Même si elles ont souvent le statut de procédures exceptionnelles ou marginales, d'une part elles doivent prouver qu'elles peuvent fonctionner et d'autre part qu'elles peuvent durer. C'est ce qui motive la présence de 3 grands principes : réaliser un tri des dossiers éligibles, présenter le processus à des justiciables et des défenseurs qui le connaissent mal ou pas du tout et s'assurer que l'expérience dure.

### Sélectionner des dossiers

La sélection des dossiers est sans doute le problème qui émerge en premier pour le promoteur d'une expérience. Deux voies sont possibles. La première, la plus simple, est de ne pas sélectionner. Il peut très bien considérer qu'il est opportun de ne pas choisir, de ne pas faire de sélection, considérant alors que les catégories juridiques ne sont pas des canevas assez pertinents pour discriminer les litiges « médiables » de ceux qui ne le seraient pas. Opter pour cette voie revient à laisser la majeure partie de la décision aux justiciables et à proposer la médiation de manière systématique. Cette proposition prend probablement du poids parce qu'elle émane d'une autorité, celle du juge.

Toutefois, la plupart des expérimentations observées adoptent une sélection des dossiers en amont. Le magistrat peut déterminer seul les dossiers éligibles selon des critères qui lui sont propres. Parfois il mobilise son intuition. Lorsqu'il les explicite, les critères mobilisés sont les suivants :

- la nature de la relation entre les parties, qui a pour caractéristique qu'elle devra se maintenir après la résolution du litige ;
- la solution juridique envisagée par le magistrat ne répond pas au cœur du litige et le jugement ne clôturera probablement pas le conflit ;
- les éléments du dossier permettent de penser qu'un dialogue peut s'installer entre les protagonistes ou même a déjà été amorcé ;
- un aléa judiciaire assez évident se profile, le magistrat percevant que la solution qui émergera du traitement du dossier risque d'être très ou trop variable.

### Présenter le processus

La présentation du processus est une étape que les magistrats ne sauraient négliger. Comment convaincre les parties que leur dossier débouchera sur une solution solide via la médiation qu'elles ne connaissent vraisemblablement pas ? Trois solutions sont utilisées.

La première est la convocation par courrier, solution la plus simple et la plus économique. Elle peut être accompagnée d'une information aux avocats. La présentation est par conséquent écrite. La deuxième est la proposition lors d'audience où les parties sont présentes ; on leur propose ainsi qu'à leurs conseils d'opter pour une médiation. L'avantage est qu'un échange peut s'enclencher directement entre le magistrat et les parties, permettant de gommer des ambiguïtés ou des incompréhensions concernant le processus. La troisième solution consiste à créer des audiences dédiées

spécifiquement aux dossiers dont le magistrat pense qu'il est opportun de suggérer une médiation. Les parties sont donc convoquées à ces audiences. Les médiateurs peuvent être présents pour en effectuer une présentation succincte et parfois prendre rendez-vous si les parties décident d'intégrer le processus.

### Alimenter le dispositif

Quelles que soit leurs formes, les dispositifs demandent à durer dans le temps pour fournir des éléments de preuves de leur intérêt. Pour cela, il faut alimenter l'expérimentation. Les initiateurs doivent donc s'entourer de médiateurs mais également faire connaître le dispositif aux avocats. Alimenter une expérimentation revient donc à convaincre d'autres prescripteurs potentiels du bien-fondé de l'opération. Il est important de créer une communauté d'intérêt qui assurera une permanence du dispositif. La difficulté réside dans le fait que ces opérations sont assez fragiles notamment parce que les magistrats sont amenés, de par leurs évolutions de carrière, à changer de juridiction. Ainsi, la question de la transmission des dispositifs se pose, car bien souvent, l'affaiblissement de l'activité de médiation dans une juridiction rime avec le départ du magistrat pivot de l'opération.

## DEUX ILLUSTRATIONS D'EXPÉRIMENTATION DE LA MÉDIATION

### La chambre sociale de la Cour d'appel de Lyon

L'expérience de la Chambre sociale de la Cour d'appel de Lyon est sans doute l'une des plus anciennes expérimentations sur le territoire lyonnais. Nous avons pu déterminer que cinq magistrats se sont succédé depuis l'année 2010 et ont bon an mal an maintenu l'expérience depuis lors. Mais la première à avoir lancé le mouvement est Mme B. que nous n'avons malheureusement pas pu rencontrer.

Il y a eu plusieurs périodes dans cette expérimentation. De nos jours elle apparaît assez bien structurée. Il y a eu une phase où les parties étaient convoquées à des audiences spécifiques pour transmettre la proposition de médiation aux parties et aux défenseurs. Les médiateurs, choisis parmi quatre associations de médiateurs étaient présents et pouvaient soit finir de convaincre les parties d'entrer dans ce processus, soit développer une information plus fournie pour ceux qui le souhaitaient.

De nos jours, ces audiences spécifiques n'existent plus. C'est le magistrat qui convoque les parties pour les dossiers qu'il juge opportun de porter en médiation. S'il recueille l'adhésion des deux, il nomme alors une association de médiation qui est prévenue par courrier de sa nomination, charge à elle de contacter les parties et d'organiser la médiation.

Cependant, nous avons pu enregistrer des éléments tendant à prouver que même s'il s'agit d'une convocation officielle à une audience, nombre de justiciables – avec l'assentiment ou non de leur conseil - ne se présentent pas à celle-ci où envisagent qu'elle puisse être facultative. De même, les avocats semblent être généralement des obstacles.

### La Chambre commerciale de la Cour d'appel de Lyon

Au sein de la chambre commerciale de la Cour d'appel de Lyon, une autre initiative a été menée par sa présidente et un conseiller pour promouvoir la médiation. Ces deux magistrats ont pris l'initiative de proposer la médiation de manière systématique, sans sélection des dossiers, tout en prenant le

soin d'exclure ceux où il n'y a pas de possibilité de transiger, à savoir les procédures collectives, ou ceux qui font intervenir une question d'ordre public. Le choix d'éviter la sélection des dossiers *a priori* s'explique par le coût en temps que cette opération exigerait.

D'une manière concrète, ce dispositif consiste dans un premier temps à envoyer un courrier à l'ensemble des protagonistes des litiges que cette chambre reçoit (à l'exception des cas cités plus haut), à savoir les deux parties et leurs avocats respectifs. Le courrier possède une forme assez administrative. Il explique le cadre dans lequel le choix a été fait d'envoyer ce courrier (aux parties et aux avocats) et il prend la précaution de souligner les avantages de ce mode de résolution des litiges en précisant ses avantages (confidentialité, sécurité juridique). Il n'entre cependant pas dans les raisons qui ont motivé cette proposition si ce n'est que cela s'est fait à la suite d'un examen du dossier.



LES AVOCATS PEUVENT ÊTRE DES OBSTACLES À L'ADHÉSION DES PARTIES À LA MÉDIATION



Avec quelques mois de recul sur cette opération, les deux porteurs du projet sont peu satisfaits par les retours. Un décalage semble exister entre l'investissement des magistrats et le résultat, faible en chiffre absolu. En effet, 9 médiations ont été ordonnées sur un total de 88 litiges, un rapport de 8% qui n'est pas à la hauteur des espérances des promoteurs du dispositif. Le principal écueil de ce système tient à la faible personnalisation de la proposition de médiation, car le courrier garde un ton assez administratif.

Certes, ce dernier vante la médiation judiciaire mais rien n'est dit sur les spécificités du processus. Si une partie reçoit un tel courrier, il est vraisemblable qu'elle en informe son avocat et qu'elle se rangera à l'avis de celui-ci. Étant donné que tous les avocats ne sont pas des prescripteurs de la médiation, il est probable que le conseil sera de ne pas accepter une telle solution de règlement. D'ailleurs, les magistrats avaient conscience de ces difficultés. Ils avaient enregistré des retours qui démontraient que les avocats pouvaient être des obstacles à l'adhésion des parties.

Nombre de retours, notamment de la part d'avocats, montrent que la proposition faite par courrier n'est pas reçue au même titre qu'une audience prévue dans le cadre judiciaire. D'un point de vue procédural, il en est bien ainsi. Cependant, les magistrats tentent de créer un contact direct avec les parties, dans le cadre d'une audience, ceux-ci étant convaincu que ce procédé serait plus convaincant.

Ce manque d'efficacité renforce les porteurs du projet dans leur idée que le processus de prescription serait plus efficace si le magistrat était amené à agir lors d'audience prévue dans la procédure. Un des enseignements majeurs de cette expérience, même si elle se solde par une issue peu satisfaisante, est que le face à face entre le juge et le justiciable semble primordial et déterminant quant à l'enclenchement du processus. Il est vrai qu'une option comme la médiation, méconnue par le justiciable (et parfois par son défenseur), aura d'autant plus de légitimité et de poids qu'elle sera incarnée par un homme de loi, ici celui qui symbolise le règlement des litiges. Il ne s'agit pas uniquement de convaincre par le poids de la parole mais également par le poids du symbole (Garapon, 1997).

### PROPOSITIONS POUR AMÉLIORER LA PRESCRIPTION DE LA MÉDIATION JUDICIAIRE

#### Former à la pédagogie de la médiation

L'exigence de formation obligatoire et continue en médiation doit tout d'abord être augmentée pour améliorer la prescription de la médiation judiciaire. Cette amélioration suppose également de développer des formations à la médiation destinées aux prescripteurs portant sur la pédagogie de la médiation. Nombre d'entre eux souhaitent connaître et comprendre quelle est la posture du médiateur sans pour autant vouloir l'adopter dans leur pratique quotidienne.

#### Dépasser les obstacles institutionnels et organisationnels

Au niveau des juridictions, et notamment des Cours d'appel, la désignation d'un conseiller animateur/coordonateur de la médiation paraît indispensable pour permettre le lien entre les différents prescripteurs, favoriser et diffuser la connaissance de la médiation tant auprès des magistrats que des avocats, renforcer institutionnellement le discours favorable à la médiation et aux modes amiable plus globalement, rendre concrètes les initiatives comme celles que nous avons décrites, par la diffusion de débat, des espaces d'échange sur la pratique, etc.

#### Cerner l'activité de médiation judiciaire

Construire un outil statistique permettant de connaître l'activité de médiation dans le ressort de chaque Cour d'appel permettrait non seulement d'agir favorablement et efficacement sur la prescription, d'élaborer un pilotage national de la médiation judiciaire, mais également de reconnaître l'investissement des promoteurs et, sans aucun doute, d'en susciter l'investissement d'autres.

#### Développer l'organisation professionnelle autour de la médiation

Favoriser le regroupement des associations de médiation permettrait enfin de rendre plus visible l'offre de médiation. Cela serait également un surcroît de confiance pour les magistrats prescripteurs.

### BIBLIOGRAPHIE

- CADIET Loïc, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français, *Ritsumeikan Law Review*, n°28, 2011, p165-166.
- FLOCH Jacques, *La médiation en Europe*, Assemblée Nationale, 2007.
- GARAPON Antoine, *Bien Juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997.
- GUINCHARD Serge (dir.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation Française, 2004.
- MAGENDIE Jean-Claude, *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, Cour d'appel de Paris, 2008.
- STRICKLER Yves, *L'office du juge et les principes*, Ecole Nationale de la Magistrature, 2012.

# STRUCTURER LA MÉDIATION AU SEIN DES JURIDICTIONS QUELLES PROCÉDURES, QUEL ENCADREMENT DES PROCESSUS ?



**ARNAUD LECOURT**

Maître de conférences, Université de Pau et des Pays de l'Adour

## L'ANALYSE DES PRATIQUES DE LA MÉDIATION JUDICIAIRE

Il s'agit d'analyser ici la manière dont la médiation s'insère dans le temps du procès et se coordonne avec l'instance. Le cadre procédural renvoie donc à l'articulation entre la médiation et le procès en cours. Les différents acteurs ont été interrogés sur deux points au sujet de ce cadre procédural : sur le moment où le juge peut proposer la médiation et sur les critères qui peuvent l'amener à la proposer.

### Le moment de la proposition de la mesure de médiation

L'absence d'une réglementation contraignante sur ce point conduit à observer une diversité des pratiques sur les différentes interrogations soulevées : qu'il s'agisse de savoir s'il convient de proposer la médiation en première instance ou en appel ou de se demander s'il faut proposer une médiation avant les échanges de conclusion ou à l'audience.

- En première instance ou en appel

Il y a lieu de noter des opinions divergentes face à la question de savoir si la médiation doit être proposée en appel ou dès la première instance. En effet, on peut estimer qu'il est préférable qu'elle soit proposée seulement en appel car le conflit est encore trop vif en première instance. Les parties ne seraient donc pas encore en prédisposition d'accepter la mesure. Alors qu'en appel le temps écoulé et parfois l'absence de satisfaction des deux parties face au jugement rendu en première instance auront suffi à les préparer à accepter plus facilement la mesure. Ainsi dans le panel de médiateurs et d'avocats interrogés une bonne partie est plutôt favorable à la proposition de la mesure plutôt en appel.

Nous observons toutefois que d'autres personnes interrogées sont plus convaincues par l'idée qu'il faut plutôt la proposer dès la première instance. Car il s'agira là de prendre en considération le fait que l'un des avantages de la médiation par rapport au procès c'est sa rapidité.

- À l'audience ou avant les échanges de conclusion

Une fois la question de la première ou de la deuxième instance posée, l'interrogation a porté sur le point de savoir s'il faut proposer la médiation avant ou après les échanges de conclusions, voire au moment de l'audience. L'un des enjeux serait le coût pour les parties. En effet on peut penser que si la médiation est proposée après les échanges de conclusion ou en audience des plaidoiries les parties devront rémunérer leurs avocats pour le travail effectué avant la médiation, ce qui peut se rajouter au coût de la médiation elle-même ainsi qu'à la rémunération de l'avocat pour l'accompagnement à la médiation. Il serait donc préférable de la

proposer dès la déclaration d'appel par exemple pour éviter des honoraires supplémentaires. Mis à part ce facteur lié au coût, on peut estimer qu'il est psychologiquement bon de laisser les parties d'abord exprimer leurs arguments à un juge avant de les orienter ensuite vers la médiation. En outre, il arrive que le juge découvre des éléments nouveaux à l'audience, il devrait dans ce cas pouvoir proposer la médiation à ce moment.

En définitive la question du moment suscite des opinions diverses et il n'en existe pas un qui est unanimement désigné comme le plus propice. Nous pouvons donc croire que le moment idéal ou parfait n'existe pas vraiment. Il dépend plutôt de chaque affaire. Ainsi ne pouvons-nous pas penser que tous les moments s'y prêtent ? Les différents acteurs interrogés partagent souvent cet avis notamment les magistrats et les médiateurs eux-mêmes.

### Les critères de sélection des affaires éligibles à la médiation

L'observation qu'il faut faire au regard des réponses fournies par les différents acteurs est, là encore, celle de la diversité. En effet, il n'existe pas de critère unique. Mais deux critères principaux se dégagent à travers les échanges avec les acteurs. Ils permettraient d'avoir un regard d'ensemble sur le litige.

Le premier, tourné vers le passé, permet d'apprécier l'opportunité de la mesure au regard de ce qu'apporterait un règlement non juridictionnel s'il apparaît que l'application stricte par le juge de la règle de droit ne permet pas nécessairement de trouver la meilleure issue au litige au regard des aspects personnels et humains du dossier et compte tenu de l'impossibilité pour le juge de statuer en équité ; alors l'affaire peut être proposée à la médiation. Ce critère est discuté car il présenterait l'inconvénient d'obliger le juge à se plonger davantage dans le dossier pour apprécier l'incidence de la solution juridictionnelle qu'il devrait avoir au préalable identifié.

Le second critère, tourné vers l'avenir, repose sur les relations qu'entretiennent les parties. Si les parties en litige ont vocation à faire perdurer leurs relations après le litige, en raison de liens commerciaux ou personnels par exemple, alors l'affaire sera proposée à la médiation dans un but d'apaisement et de maintien de la pérennité des relations.

Le critère de la pérennité des relations reçoit un accueil plutôt mitigé, notamment de la part des médiateurs. Cela peut être expliqué par le fait que certains peuvent estimer notamment que l'existence de liens personnels ou professionnels n'est justement pas propice à la médiation. Ils feraient naître des ressentiments qui conduiraient souvent à l'échec voire tout bonnement au refus de la médiation.

Par ailleurs d'autres acteurs estiment que la recherche même de critères est inutile. Le juge devrait simplement proposer la médiation et attendre de

voir si les parties l'acceptent ou pas. La critique qui pourrait être faite à cette position c'est que la plupart des acteurs s'entendent sur le fait que tous les dossiers ne sont pas éligibles à la médiation. Le taux des dossiers éligibles à la médiation tournerait aux alentours des 25%. D'où la nécessité pour eux de rechercher des critères afin d'identifier ceux qui peuvent l'être.

### LES PERSPECTIVES ENVISAGEABLES

Si l'on veut développer une culture de la médiation judiciaire et permettre son développement, il apparaît essentiel que sa pratique soit organisée et institutionnalisée au sein des juridictions.

#### L'amélioration du cadre institutionnel de la médiation judiciaire

De fait, la plupart des juridictions étudiées qui pratiquent la médiation tentent de mettre en œuvre des structures « officielles » destinées à permettre l'implantation de la médiation judiciaire d'une part, et des processus rationalisés concernant le déroulement de la médiation judiciaire, dans le respect des textes, pour tenter de l'optimiser. Mais il est permis de s'interroger d'abord sur le repérage même de la médiation judiciaire au sein du flot des affaires soumises aux juridictions, avant d'envisager les structures concevables pour favoriser l'implantation durable de la médiation judiciaire au sein des juridictions.

“ LA PLUPART DES ACTEURS S'ENTENDENT SUR LE FAIT QUE TOUS LES DOSSIERS NE SONT PAS ÉLIGIBLES À LA MÉDIATION. LE TAUX DES DOSSIERS ÉLIGIBLES À LA MÉDIATION TOURNERAIT AUX ALENTOURS DES 25%. D'OÙ LA NÉCESSITÉ DE RECHERCHER DES CRITÈRES AFIN D'IDENTIFIER CEUX QUI PEUVENT L'ÊTRE ”

- Repérage de la médiation judiciaire

L'idée est simple. Si l'on souhaite, comme c'est le cas du législateur, promouvoir la médiation judiciaire, il faut pouvoir en prendre la mesure. Actuellement, la situation est délicate en ce que ce repérage est inexistant. Dans la plupart des juridictions étudiées où se pratique la médiation judiciaire, il n'existe aucune indexation spécifique permettant d'identifier de suite que dans tel dossier, une médiation a été ordonnée.

Or, cette situation pose problème à plus d'un titre. D'une part l'absence ou la faible tenue de l'enregistrement permet difficilement de réaliser une évaluation de l'activité de médiation judiciaire. Qui plus est, la question de la représentativité de l'activité réalisée est posée. D'autre part, l'absence d'un enregistrement organisé et systématique conduit à s'interroger sur la place accordée à la médiation dans les juridictions. À titre d'illustration, seule une seule chambre de juridiction (près la cour d'appel de Pau comme près la cour d'appel de Lyon) rencontrée fait preuve d'un investissement exceptionnel en matière de médiation et de l'organisation pointilleuse de la greffière ; cela permet un véritable suivi des médiations en cours, réussies ou ayant échoué. Mais cela semble exceptionnel et tient plus à la

personnalité et à l'engagement du magistrat en matière de médiation. Cette absence de faculté de repérage des dossiers dans lesquels une médiation judiciaire a été ordonnée renvoie au flou qui entoure la notion même de médiation. Actuellement, la médiation judiciaire est indexée (lorsqu'elle l'est et c'est loin d'être toujours le cas), comme une mesure d'expertise. On peut légitimement penser que si son statut était plus clair, elle pourrait jouir d'une indexation propre, plus à même d'en faciliter l'identification.

“ L'ABSENCE OU LA FAIBLE TENUE DE L'ENREGISTREMENT PERMET DIFFICILEMENT DE RÉALISER UNE ÉVALUATION DE L'ACTIVITÉ DE MÉDIATION JUDICIAIRE ”

- Institutionnalisation de la médiation au sein des juridictions

Il apparaît qu'en l'absence d'une institutionnalisation minimale, la médiation dépend presque exclusivement d'initiatives de magistrats prescripteurs, convaincus de l'intérêt de la médiation. Mais ces initiatives individuelles sont insuffisantes pour implanter une pratique durable de la médiation judiciaire. Bien souvent, après le départ du magistrat vers une autre juridiction, le processus s'essouffle, voire s'interrompt totalement. D'où la nécessité de structures pérennes au sein des juridictions, avec l'appui des chefs de cours.

La présence d'un magistrat coordonnateur des conciliations et des médiations est à ce titre un atout. Mais il n'est pas suffisant. Selon l'article R 312-13-1 du COJ, un conseiller auprès de la cour d'appel, chargé de suivre l'activité des conciliateurs de justice et des médiateurs et de coordonner leur action dans le ressort de la cour d'appel, est désigné par le premier président de la Cour d'appel. Ce conseiller est chargé dans ce cadre de nombreuses attributions et notamment, il établit chaque année un rapport d'activité remis au premier président de la Cour d'appel et aux présidents des tribunaux de grande instance. Il est également communiqué au ministre de la justice. Ce rapport permet ainsi un repérage des pratiques de médiation judiciaire.

“ EN L'ABSENCE D'UNE INSTITUTIONNALISATION MINIMALE, LA MÉDIATION DÉPEND PRESQUE EXCLUSIVEMENT D'INITIATIVES DE MAGISTRATS PRESCRIPTEURS, CONVAINCUS DE L'INTÉRÊT DE LA MÉDIATION ”

Par ailleurs, le magistrat coordonnateur exerce des fonctions d'animation et organise des réunions thématiques regroupant l'ensemble des acteurs concernés pour échanger sur les difficultés, formuler des propositions concernant les modes amiables de résolution des différends qui sont transmises au premier président et qui contribuent sans doute à améliorer les pratiques. Aussi utile que soit son rôle, le conseiller coordonnateur doit avoir d'autres relais pour institutionnaliser la médiation judiciaire, comme

la création par exemple la création d'un service de médiation judiciaire. La cour d'appel de Pau a mis en place, dans cet ordre d'idée, une unité de médiation judiciaire qui fonctionne depuis deux ans, à l'initiative du président de la deuxième chambre civile et commerciale, et avec l'appui des chefs de juridictions, le premier président et la procureure générale.

### L'amélioration des règles d'inscription de la médiation dans l'instance

L'inscription de la médiation dans l'instance révèle quelques lacunes et incertitudes qui devraient sans doute être corrigées, concernant le moment du prononcé de la mesure et la question de l'articulation de la médiation avec l'instance. Certaines autres lacunes d'ordre procédural sont également regrettables.

- Le moment du prononcé de la mesure

#### *À quel stade de l'instance et devant quel niveau de juridiction ?*

L'une des premières interrogations d'ordre procédural que suscite la médiation judiciaire est celle de savoir à quel stade de l'instance elle peut être ordonnée, d'une part et, d'autre part au stade du procès à laquelle elle peut être ordonnée, c'est-à-dire quels sont les degrés de juridictions concernés par la médiation judiciaire.

La formulation large retenue par l'article 131-1 du Code de procédure civile autorise assez clairement les juges de première instance à désigner un médiateur à tout moment de l'instance. Par ailleurs, l'article 22 de la loi du 8 février 1995 précise, de façon générale, que « le juge peut désigner un médiateur judiciaire pour procéder à une médiation en tout état de la procédure, y compris en référé ». Peu importe donc que le juge soit saisi pour trancher le fond ou pour prendre une mesure conservatoire ou provisoire. La médiation peut aussi être proposée à toutes les phases de la procédure : lors de la mise en état, lors de l'audience des plaidoiries et même jusqu'au délibéré, la réouverture des débats pouvant être demandée et ordonnée par le juge pour que l'affaire revienne à l'audience et que le juge désigne un médiateur, sous réserve de certains obstacles procéduraux, qui entretiennent cependant des incertitudes. Cette compétence n'est en revanche pas aussi clairement accordée par le Code de procédure civile aux juges d'appel ainsi qu'aux juges de la Cour de Cassation.

Concernant la possibilité de désigner un médiateur en appel, les dispositions de l'article 131-15 énonçant que « la décision ordonnant, renouvelant la médiation ou y mettant fin n'est pas susceptible d'appel » auraient pu être interprétées comme ne prévoyant pas une médiation en cause d'appel puisque le législateur n'a pas fait référence à l'impossibilité de se pourvoir en cassation si par exemple une cour d'appel ne renouvelle pas la médiation. Cette interprétation n'a pourtant pas été retenue par la Cour de cassation qui dans un arrêt en date du 7 décembre 2005 rendue par sa première chambre civile a estimé que l'ordonnance de médiation était une mesure d'administration judiciaire non susceptible d'appel ni de pourvoi en cassation. Par cet arrêt, la cour a donc complété l'article 131-15 du CPC et donné compétence aux juridictions d'appel pour ordonner une médiation. Pour autant, la précision pourrait être apportée par le Code de procédure civile.

S'agissant enfin de la compétence de la Cour de cassation elle-même, la question n'est pas encore clairement tranchée. Elle fait d'ailleurs naître une divergence doctrinale. Certains estimant qu'elle est incompétente puisqu'elle ne tranche pas de litige, alors que d'autres déclarent au contraire sa compétence dans le cadre de la procédure de l'article 1009-1 du CPC (retrait du rôle pour défaut d'exécution de la décision attaquée par le pourvoi en cassation). L'introduction par la loi du 16 novembre 2016 sur la modernisation de la justice du XXIème siècle de la possibilité pour la Cour de cassation de casser sans renvoi et de juger les faits, c'est-à-dire d'avoir plénitude de juridiction vient ici invalider l'argument invoqué par d'aucuns pour écarter sa compétence. L'hypothèse de la désignation d'un médiateur par la Cour de cassation reste cependant jusqu'ici largement d'école.

#### *La question du moment au regard de certaines difficultés d'ordre procédural*

Certaines parties invoquent parfois des obstacles procéduraux pour justifier leur non adhésion à la mesure de médiation proposée : ainsi par exemple, l'obstacle de l'irrecevabilité de l'appel qui a été soulevé, le futur désistement d'une des parties, l'absence de constitution de l'intimé, ont pu être invoqués par certaines parties.

Dans ces hypothèses, c'est l'irrégularité ou l'inexistence actuelle ou future de l'instance d'appel pour cause d'irrecevabilité de l'appel qui justifierait l'impossibilité de la médiation judiciaire et qui pose dès lors la question du moment de proposition de la mesure. En effet, qu'advient-il de la mesure de médiation mise en place en appel alors que l'appel sera jugé irrecevable ? La régularité et la recevabilité de l'appel semblent un préalable indispensable au prononcé d'une médiation judiciaire.

Les hypothèses d'irrecevabilité d'appel ou de nullité de la déclaration d'appel mettent donc en évidence une question non clairement résolue : pourquoi l'irrégularité ou l'inexistence de l'instance continue de justifier parfois le refus du prononcé de la mesure de médiation. Cette incertitude a pu être présentée comme argument par ceux qui sont favorables à la proposition de la médiation seulement au moment de l'audience et non à un stade antérieur. Si l'on veut préserver la possibilité de proposer la médiation avant que la mise en état ne soit achevée, il serait nécessaire de régler ces difficultés procédurales.

- Les problèmes liés à l'articulation de la médiation avec l'instance

L'existence d'une instance en cours soumet les parties ainsi que leurs conseils à des exigences qu'il faut articuler avec la mesure de médiation. Cette articulation est ainsi nécessaire pour ce qui est de la suspension des délais ainsi que de l'ouverture d'une procédure collective.

#### *La question de la suspension des délais*

Cette question est une source d'inquiétude et elle est soulevée de manière récurrente par les acteurs avocats notamment lors des entretiens menés. Prenons le cas d'une instance d'appel : elle impose à l'appelant et à ses conseils de déposer leurs conclusions dans un délai de trois mois à compter de la déclaration d'appel (article 908 CPC). Or si une médiation est ordonnée pendant ce temps aucune interruption du délai n'est prévue par

le CPC. Ainsi, alors qu'une médiation est en cours les médiés se trouvent être obligés de déposer ou de répondre à des conclusions pour éviter d'être sanctionnés par une caducité. Cela peut raviver les tensions et ainsi conduire à un échec de la médiation. En outre la rédaction et le dépôt de conclusions constituent un travail réalisé et comptabilisé, par conséquent il est fort probable qu'il sera facturé par les différents avocats. Le coût ne peut au final être que plus important puisque les parties devront supporter la rémunération du médiateur, celle de leurs avocats pour l'accompagnement à la médiation mais aussi pour les diligences effectuées dans le cadre de l'instance en cours.

Cette question a été heureusement résolue dans le sens attendu par les avocats, par le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile. L'article 22 insère un article 910-2 dans le Code de procédure civile qui dispose : « la décision d'ordonner une médiation interrompt les délais impartis pour conclure et former appel incident, mentionnés aux articles 905-2 et 908 à 910 du même Code. L'interruption de ces délais produit ses effets jusqu'à l'expiration de la mission du médiateur ».

### *L'ouverture d'une procédure collective*

L'ouverture d'une procédure collective peut aussi être comptabilisée parmi les obstacles procéduraux liés à l'existence d'une instance en cours. Il faut noter que l'ouverture d'une liquidation judiciaire ou d'un redressement judiciaire rend souvent très complexe voire impossible le règlement du litige par voie de médiation. En effet, dans ces hypothèses, il est nécessaire, si le mandataire n'est pas partie à la médiation, qu'il y participe et qu'il soit partie à l'accord. Or il apparaît que dans ce cas le formalisme est assez lourd et rend souvent impossible le règlement du litige par voie consensuelle.

- Les autres lacunes procédurales

### *L'initiative de la mesure de médiation judiciaire*

Le rôle du juge à cet égard n'est pas clairement précisé par les textes. L'article 131-1 CPC prévoit seulement que le juge « peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne... ». Strictement, il n'ordonne donc pas une médiation qu'il aurait proposée aux parties et qu'elles auraient acceptée. Il se contente de désigner un médiateur. Cela signifie-t-il qu'il n'a pas le pouvoir de proposer cette mesure ? Il peut le faire en matière familiale puisque l'article 1071 du Code de procédure civile le prévoit expressément. Il peut aussi enjoindre aux parties d'avoir à rencontrer un médiateur en matière de divorce (C. civ., art. 255) et en matière de conflits relatifs à l'exercice de l'autorité parentale (C. civ., art. 373-2-10). L'existence de ces dispositions spéciales semble donc lui interdire d'avoir un rôle d'initiateur en dehors de ces cas spéciaux.

On peut cependant regretter que ce pouvoir de proposition ne lui soit pas reconnu par les textes de façon générale. Enfin, on peut également regretter que rien ne soit prévu concernant les modalités de recueil de l'accord des parties.

### *La nature de la mesure de désignation du médiateur*

La nature juridique de la mesure n'est pas précisée par les textes. Certes, l'article 131-5 CPC précise que la décision ordonnant la médiation « n'est pas susceptible d'appel » ce dont la Cour de cassation a déduit que la décision par laquelle le juge désigne un médiateur est une mesure d'administration judiciaire. Elle n'est donc pas susceptible d'appel ni de pourvoi en cassation. Certes, la Cour de cassation a tranché la question, mais la précision devrait être apportée par les textes, dans la mesure où elle l'est en ce qui concerne la conciliation (art. 129-6). Par ailleurs, qu'en est-il si le juge refuse de désigner un médiateur ? Peut-il refuser une demande

de médiation qui serait présentée par les deux parties ? Et dans ce cas, est-il admissible qu'il n'y ait pas de recours possible contre une telle décision de refus. Les textes, en l'état actuel ne prévoient pas cette hypothèse, qui renvoie à la question déjà examinée et également incertaine, de savoir qui prend l'initiative de la mesure.

### *Le point de départ du délai de trois mois de la mesure*

D'autres incertitudes subsistent sur des questions liées à la médiation indépendamment de l'instance en cours. D'abord la question est de savoir quel est le point de départ et de fin de la mesure de médiation. On peut logiquement penser que le délai de trois mois renouvelable posé par l'article 131-3 du CPC commence à courir à partir de l'ordonnance de désignation du médiateur. Cependant ce point de départ pour le délai de trois mois est-il bien le plus approprié ? En effet, il arrive souvent que la médiation ne débute pas automatiquement après la désignation du médiateur (difficulté de prise de contact...). Si par exemple la première réunion n'a lieu que deux mois après la désignation du médiateur ce dernier n'aura effectivement qu'un mois pour essayer d'obtenir un accord.

Là aussi une intervention législative serait la bienvenue pour lever ces incertitudes sur le point de départ du délai de trois mois. Elle devra alors prendre en compte ces difficultés pratiques liées au fait de faire courir le délai dès la désignation du médiateur.

### *Les conséquences du refus de la médiation*

On relèvera aussi une autre question technique qui est celle de savoir ce qu'il adviendra si une partie refuse la médiation. La question peut paraître surprenante en raison du caractère consensuel de la médiation. Cependant cela n'a pas levé les inquiétudes des acteurs notamment avocats sur la possibilité pour le juge de sanctionner une partie qui aurait refusé sans justification la proposition de la médiation sur le fondement de l'article 700 du CPC. En principe cette sanction ne devrait pas pouvoir être prononcée car le juge ne peut pas contraindre les parties à accepter une médiation.

### *La qualification de l'accord*

Une autre incertitude à lever concerne la qualification de l'accord auquel sont parvenues les médiés. Nous nous demandons là si l'accord de médiation peut être qualifié de transaction ou de contrat judiciaire. La doctrine est divergente sur cette question.

### *Le lieu de la consignation*

Enfin quelques autres questions techniques méritent d'être soulevées notamment celle liée à la consignation. En effet les acteurs se demandent parfois auprès de qui elle doit être faite. Doit-on verser le montant de la consignation auprès du médiateur ou alors auprès des services du tribunal ? Là le caractère judiciaire de cette médiation peut l'emporter et obliger ainsi à consigner auprès du tribunal. Cette option nous paraît être la plus pertinente puisque c'est au juge, dans une ordonnance de taxation de fixer in fine le montant de la rémunération du médiateur. En outre cette rémunération peut être inférieure au montant de la consignation. Il faudra dans ce cas restituer une partie de la consignation aux médiés. Il est préférable qu'elle n'ait pas à se retourner directement auprès du médiateur pour obtenir cette restitution.

# LA PRATIQUE DE LA MÉDIATION DANS LE DOMAINE JUDICIAIRE



## FABRICE VERT

premier vice-président au tribunal de grande instance de Créteil, vice-président du Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME), section France

L'émergence d'un droit à la médiation s'inscrit progressivement dans notre droit positif, notamment à la suite de directives de l'union européenne, comme 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 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 est conforme à l'article 6 § 1 de la Convention européenne. La Cour admet que cette restriction à l'accès direct au tribunal poursuit un but légitime qui est 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.

Le décret du 11 mars 2015, modifiant l'article 56 du code de procédure civile, pose l'obligation à toute partie introduisant une demande initiale en justice par assignation, requête ou déclaration, de préciser les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du conflit. En l'absence de telles diligences, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation.

Transposant la Directive du 21 mai 2013 sur le règlement extra-judiciaire des litiges de consommation, l'ordonnance du 20 août 2015 pose comme principe que « tout consommateur a le droit de recourir gratuitement à un médiateur de la consommation en vue de la résolution amiable du litige qui l'oppose à un professionnel. »

La loi du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle 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 4000 euros, et impose la création d'une liste de médiateurs par cour d'appel.

Tout récemment, le projet de loi de programmation pour la justice 2018 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.

## PHÉNOMÉNOLOGIE DE LA MÉDIATION DANS LE DOMAINE JUDICIAIRE

La médiation (dite moderne) dans le domaine judiciaire en France est d'abord une construction prétorienne, née de pratiques innovantes de certains magistrats, dont les premières manifestations datent du début des années 1970. Ce phénomène est apparu dans un contexte socio-politique et économique de bouleversement des repères traditionnels de notre société avec à la clef une crise profonde de la fonction de régulation

sociale. Les replis identitaires, l'éclatement de la famille, la montée des individualismes, l'effondrement du rôle d'intercesseur social des corps intermédiaires (partis politiques, syndicats, églises, etc.) ont conduit les Français à saisir de plus en plus le juge de litiges, litiges qui se résolvaient auparavant sans l'intervention de ce dernier. Cette saisine exponentielle s'est manifestée rapidement par un engorgement des juridictions, nos concitoyens se plaignant ainsi régulièrement, sondage après sondage, d'une justice trop lente, trop complexe, trop chère et n'apportant pas de réponses satisfaisantes à leurs besoins.

## UNE CONSTRUCTION PRÉTORIENNE

Aussi certains juges, à compter du début des années 1970 se sont interrogés sur leurs pratiques et ont compris que trancher un litige avec le glaive du droit était parfois inapproprié dans certains contentieux. Ainsi il leur est apparu que dans les contentieux familiaux ou de conflits collectifs du travail, favoriser un accord entre les parties était nettement plus satisfaisant. Ils ont eu l'idée originale de confier, soit à des experts, soit à des enquêteurs sociaux la mission d'entendre les parties en permettant à ces dernières de confronter leurs points de vue et de trouver un accord pour mettre un terme à leurs conflits. C'est ainsi que sont nées les premières médiations judiciaires en France. Dès 1968, Pierre Bellet, président du Tribunal de grande instance de Paris, désignait dans le conflit Citroën (opposant le patron à ses salariés) un « expert » pour renouer le dialogue<sup>1</sup>. Cette pratique s'est étendue par la suite au domaine familial.

## INTÉRÊTS DE LA MÉDIATION

L'intérêt de la médiation, en effet, outre sa rapidité, évitant des procès lents et coûteux, et sa confidentialité, est de permettre aux justiciables de se réapproprier le procès en évitant l'aléa judiciaire, d'en devenir des acteurs responsables, de leur permettre de porter eux-mêmes leur parole et d'écouter celle de l'autre, de se comprendre mutuellement, d'aborder l'entièreté du conflit aussi bien dans ses aspects économiques, relationnels, psychologiques, sociaux au-delà du litige strictement juridique qui bien souvent ne traduit pas la véritable origine du conflit, la réponse judiciaire à ce litige ne pouvant dès lors mettre fin à ce dernier. La médiation participe de l'émergence d'une contractualisation de la justice et d'une démocratie procédurale. L'intérêt essentiel de la médiation, au-delà de l'accord ponctuel qui mettra, le cas échéant fin au litige soumis au juge, est de permettre de nouer ou de renouer un lien social entre des parties en conflit et de préserver l'avenir si elles sont amenées à continuer à entretenir des relations, qu'elles soient de nature commerciale, familiale, de voisinage... Elle permet aussi de trouver des solutions inventives et originales où l'équité aura toute sa place.

<sup>1</sup> S. Bensimon, M. Bourry d'Antin, G. Pluyette, Art et techniques de la médiation, Editions Lexis Nexis-Litec 2004, 549 pages.

L'intérêt de la médiation est d'être tournée vers l'avenir alors que le juge, comme le disait le premier Président Draï, apporte souvent des réponses mortes à des questions mortes. Ce haut magistrat n'a-t-il d'ailleurs pas donné la meilleure définition de la médiation en la qualifiant de « moment d'humanité dans des procédures parfois kafkaïennes ». La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 29 mars 1989, a conçu la médiation comme une modalité du processus de conciliation en se référant à l'article 21 du code de procédure civile.

En 1993, la Cour de cassation a, quant à elle, dans un arrêt du 16 juin 1993<sup>2</sup> défini comme suit la médiation : « l'objet de la médiation, qui est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de l'article 21 du nouveau Code de procédure civile tendant au règlement amiable des litiges ».

## LA CODIFICATION DE LA MÉDIATION DANS LE DOMAINE JUDICIAIRE

Le législateur en 1995 a décidé de légaliser cette pratique prétorienne des juridictions par une codification dans le code de procédure civile. La médiation dite judiciaire est ainsi prévue aux articles 131-1 à 131-15 du code de procédure civile, issus du décret du 26 juillet 1996, mettant en application la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, qui renforce la conciliation et la médiation. Ces dispositions permettent à tout juge judiciaire français, à tout stade de la procédure, d'ordonner une mesure de médiation avec l'accord des parties, avec pour objet de permettre aux parties de confronter leurs points de vue, le médiateur, tiers compétent, diligent, et indépendant les aidant à nouer ou renouer un dialogue et à trouver une solution de nature à mettre fin au conflit les opposant. Le juge doit vérifier les compétences, la qualification, la formation, la probité, et l'indépendance du médiateur. Le juge fixe une provision à valoir sur la rémunération du médiateur. À l'issue de la mesure de médiation, le juge peut homologuer l'accord qui lui est soumis et fixe la rémunération du médiateur. Le processus de médiation, soumis au principe de confidentialité est une parenthèse dans la procédure judiciaire et ne dessaisit pas le juge qui peut y mettre fin à tout instant et ordonner des mesures conservatoires ou urgentes qui s'imposeraient.

### Un bilan en demi-teinte

Le paradoxe de la médiation judiciaire en France est que, si notre pays a été l'un des premiers à se doter, en février 1995, d'une loi l'organisant et la codifiant<sup>3</sup>, sa pratique, plus de vingt ans après, reste très peu développée. Des expériences individuelles ont pourtant été conduites avec beaucoup d'énergie dans certaines juridictions et notamment à la cour d'appel de Paris qui est pionnière dans ce domaine, en collaboration étroite avec des

“ FAUTE D'UNE INSTITUTIONNALISATION D'UN SERVICE DE MÉDIATION DANS LES JURIDICTIONS ET D'UNE POLITIQUE PUBLIQUE EN LA MATIÈRE, LES EXPÉRIENCES, AUSSI CONCLUANTES SOIENT ELLES, PRENNENT FIN LORSQUE LES MAGISTRATS QUI EN ONT ÉTÉ LES INITIATEURS, SONT APPELÉS À D'AUTRES FONCTIONS ”

<sup>2</sup> Bulletin 1993 II N° 211 p. 114

<sup>3</sup> Livre I titre VI du code de procédure civile

associations de médiateurs, d'avocats mais aussi issues de la société civile.

La pratique de la médiation ne s'est pas généralisée dans les juridictions, représentant moins de 1% des modes de résolution des différends. Faute d'une institutionnalisation d'un service de médiation dans les juridictions et d'une politique publique en la matière, ces expériences, aussi concluantes soient elles, prennent fin lorsque les magistrats qui en ont été les initiateurs, sont appelés à d'autres fonctions.

Les raisons du manque d'intérêt, voire de l'hostilité, en France à l'égard de la médiation sont bien connues des spécialistes et ont été pertinemment analysées dans le rapport Magendie sur la médiation d'octobre 2010. En voici quelques-unes :

- la tradition de chicane d'un peuple de procéduriers. La France, à l'inverse d'autres pays notamment anglo-saxons, connaît une culture du conflit et non du compromis, valorisant davantage l'affrontement que la négociation dans les situations conflictuelles ;
- la médiation repose sur des principes de liberté, d'égalité entre des partenaires, d'autonomie, de responsabilité, d'écoute, de compréhension mutuelle au travers d'un processus souple et confidentiel, qui peuvent se révéler difficilement conciliables avec le rituel judiciaire où l'on emploie souvent des mots guerriers (arène judiciaire, duel judiciaire, vainqueur/vaincu, adversaires), avec une institution qui exerce une fonction régaliennne, un pouvoir constitutionnel, organisée hiérarchiquement et qui est un lieu d'autorité ;
- la confusion entretenue entre les notions de conciliation, médiation, arbitrage, négociation, transaction et l'utilisation anarchique du terme de médiateur ;
- une insuffisance de la formation à la médiation des professionnels du droit et des garanties de la compétence et du respect de la déontologie par le médiateur ;
- une absence de politique publique en la matière et de capitalisation des acquis des expériences de terrain développées dans les juridictions.

### Un autre paradigme dans la façon de régler le litige

La réussite de la médiation impose une révolution culturelle du rôle du juge et de l'avocat, un changement de paradigme dans l'approche par ses professions du litige, et plus largement du conflit sous-tendu par le litige qui leur est soumis. L'avocat, ne doit plus uniquement soutenir une position juridique, pour le compte de son client, en demandant au juge de trancher le litige avec le glaive du droit. Il doit également, dans le cadre de son devoir de conseil, aider son client à choisir, en fonction des intérêts, des besoins et des moyens de ce dernier, le mode de règlement le plus approprié à la nature du litige, et rechercher si les intérêts et les besoins de son client ne seraient pas davantage satisfaits par un accord mutuellement acceptable avec l'autre partie. En ce qui concerne le juge, c'est le rôle impulsif de ce dernier comme prescripteur de médiation qui sera déterminant, après, qu'il aura pris le temps d'écouter les plaidoiries des avocats et les parties en personne lorsqu'elles sont présentes à l'audience, et instauré un véritable dialogue entre et avec ces derniers. La médiation, conciliation, procédure participative doivent être présentées par le juge comme une

chance supplémentaire pour les parties de résoudre au mieux de leurs intérêts le litige, et non comme un outil imposé.

Il serait peut être plus judicieux dans le cadre d'une politique publique de développer des outils incitatifs, notamment à l'appréciation des magistrats, pour inviter les parties à recourir à la médiation lorsque le litige présente des critères d'éligibilité à une mesure de médiation plutôt que de généraliser de manière systématique la médiation obligatoire.

En effet le risque est grand, en rendant obligatoire la médiation, de la dénaturer, sans être assuré par ailleurs de la développer<sup>4</sup>. La médiation étant axée sur l'autonomie et la responsabilité de l'ensemble de ses acteurs, et supposant le consentement éclairé des médiés, comme le rappelle le code déontologie adopté par les principales associations de médiateurs en France, n'est il pas contraire à l'essence même de la médiation d'en faire un préalable obligatoire à toute action judiciaire ? Le succès de la mesure de médiation ne suppose t-il pas que les parties soient d'abord convaincues de l'intérêt de ce processus ? Si ce processus se transforme en une étape procédurale obligatoire, il risque d'apparaître comme une pure formalité sans aucune consistance et donnera aussi peu de résultats que les tentatives préalables obligatoires de conciliation qui existent déjà dans les conseils de prud'hommes ou les tribunaux d'instance ou les tentatives de médiation obligatoire en matière familiale.

“

LA MÉDIATION, CONCILIATION, PROCÉDURE PARTICIPATIVE DOIVENT ÊTRE PRÉSENTÉES PAR LE JUGE COMME UNE CHANCE SUPPLÉMENTAIRE POUR LES PARTIES DE RÉSOUDRE AU MIEUX DE LEURS INTÉRÊTS LE LITIGE, ET NON COMME UN OUTIL IMPOSÉ

”

Le processus de médiation ne vise pas à l'application d'une règle générale et impersonnelle, en recherchant qui a tort ou raison, mais a pour objet, dans une vision humaniste et empathique, de traiter de la complexité de la relation (avec tout son aspect émotionnel) entretenue entre les parties en conflit. L'essence de la médiation, qui replace les individus au cœur de leur affaire, est de faire du « sur-mesure » destiné à apprécier des situations particulières... Standardiser et rationaliser le processus selon des paramètres utilitaristes et pseudo « scientifiques » ne pourrait que le dénaturer et le priver de tout intérêt par rapport aux procédures judiciaires.

### Une œuvre collective

Tout d'abord, pour s'inscrire dans la durée, et ne pas se dissoudre lors de la mutation de ses initiateurs, une politique de développement des MARD dans un service doit s'inscrire dans le cadre d'une politique de Cour et de juridiction, associant étroitement magistrats, avocats, médiateurs et

conciliateurs de justice, comme c'est le cas à la cour d'appel de Paris et au tribunal de grande instance de Créteil.

La formation des magistrats étant également une clef du développement de la médiation, en collaboration avec la formation continue de l'ENM, une formation pratique sur la médiation destinée aux magistrats du ressort de la cour, (intitulée « Comment proposer de manière pratique la médiation aux avocats et aux parties ? ») est également organisée régulièrement avec la participation d'avocats et de médiateurs.

Par ailleurs, dans le prolongement de l'UMARD de la cour d'appel de Paris (*voir encadré*), les tribunaux de grande instance du ressort ont été incités à créer chacun un UMARD pour décliner cette politique au niveau local. C'est ainsi qu'en décembre 2017, Stéphane Noel, président du TGI de Créteil a créé un UMARD associant l'ensemble des juridictions du Val de Marne, les avocats et l'ensemble des acteurs de la médiation et de la conciliation, étant observé que le barreau du Val de Marne dispense régulièrement des formations sur les MARD à destination des avocats du barreau et a proposé d'élargir aux magistrats ces ateliers de formation. Plusieurs actions collectives ont déjà été entreprises.

### L'UMARD DE LA COUR D'APPEL DE PARIS

En 2014, Chantal Arens, première présidente de la cour d'appel de Paris, a créé une unité de médiation, rebaptisée Unité des modes amiables de résolution des différends (UMARD) pour réfléchir, avec tous les acteurs concernés, sur ce processus d'institutionnalisation visant à remettre au centre de l'organisation de la médiation judiciaire, le prescripteur, à savoir le juge<sup>5</sup>.

Les premiers travaux de l'unité se sont concrétisés par l'élaboration d'une charte déontologique du médiateur, d'un protocole d'accord sur la médiation civile entre les juridictions du ressort, les auxiliaires de justice et les associations de médiateurs dans l'objectif d'établir une politique uniforme de médiation sur le ressort de la cour. Une convention a été conclue entre la cour et l'association régionale des conciliateurs de justice. La liste de médiateurs prévue par le décret du 9 octobre 2017, sera publiée à la fin de l'année 2018.

<sup>4</sup> « Construire la confiance entre justice et médiation », M.G. Hofnung, F. Vert, Gazette du Palais, 20-22 décembre 2015.

<sup>5</sup> C. Arens, et N. Fricero, « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges », Gazette du Palais, 24-25 avril 2015.

## DES PRATIQUES INNOVANTES

Des permanences de médiateurs sont organisées systématiquement à toutes les audiences de référés, les parties en personne étant dans certains dossiers, comme les conflits collectifs du travail, convoquées pour recevoir en début d'audience une information gratuite personnalisée sur la médiation<sup>6</sup>. Ce type de permanences existe dans certaines chambres de la cour d'appel de Paris et dans certaines chambres des autres huit tribunaux de grande instance du ressort de la cour. Il est fréquent que les parties donnent, après cette information, leur accord pour entrer en médiation ou en conciliation. Le référé médiation du tribunal est à la disposition de ses collègues pour leur proposer des modèles de décisions et des noms de médiateurs<sup>7</sup>.

Une autre pratique innovante reprise par plusieurs magistrats civilistes du TGI de Créteil, consiste pour le juge, lorsqu'il constate que la mention des diligences amiables prévue par l'article 56 du code de procédure civile n'est pas indiquée dans l'assignation, et si l'affaire présente des critères d'éligibilité à un processus de résolution amiable, de rendre une ordonnance, sur le fondement des dispositions de l'article 127 du code de procédure civile invitant les parties à rencontrer un médiateur ou un conciliateur de justice, en précisant le nom de ce dernier et le délai pour le rencontrer. Cette pratique rencontre un vif succès.

Tout dernièrement, dans les chambres civiles du tribunal de grande instance de Créteil a été élaboré un bulletin invitant les parties à recourir dans certains contentieux à une convention de procédure participative, tous les modes amiables de résolution des différends étant indistinctement promus dans le cadre de la politique de juridiction décidée par le président Stéphane Noel. En référé, les parties qui sollicitent une mesure d'expertise sont aussi systématiquement informées de la possibilité qui leur est offerte dans le cadre d'une convention de procédure participative de mise en état de choisir elles-mêmes un technicien par un acte contresigné par avocat, ce qui leur confère l'avantage de maîtriser cette mesure notamment dans sa temporalité mais aussi dans son coût. Enfin, une réflexion collective a été mise en place pour déterminer les critères d'éligibilité d'un litige à une mesure de médiation.

En matière familiale au TGI de Créteil, les parties à une procédure contentieuse hors divorce (sauf cas de violences) sont systématiquement invitées à un entretien préalable ou à une réunion collective de présentation de la médiation familiale.

Pour l'année 2017, 937 entretiens de présentation de la médiation ont été organisés dans ce cadre, le tribunal n'ayant eu de retour des associations que pour 822 de ces entretiens. Parmi eux, 263 se sont déroulés avec une personne se présentant seule, 367 avec un couple, et 192 sans personne. Pour renforcer le développement des conventions parentales, le service a élaboré, courant 2017, un modèle de convention parentale qui a été communiqué aux organismes de médiation et est systématiquement envoyé aux parents auteurs d'une requête conjointe. 106 médiations avant-dire droit, et 207 injonctions ou invitations de rencontrer un médiateur dans le cadre d'une décision au fond, soit 313 décisions principalement dans des situations n'ayant pas bénéficié de la double convocation (procédures de divorce, en la forme des référés, etc.) ont été ordonnées par les juges aux affaires familiales de Créteil.

L'objectif est plus de pacifier le débat et de parvenir à des accords au moins partiels, la formalisation d'un accord signé restant anecdotique.



EN MATIÈRE FAMILIALE AU TGI DE CRÉTEIL, LES PARTIES À UNE PROCÉDURE CONTENTIEUSE HORS DIVORCE SONT SYSTÉMATIQUEMENT INVITÉES À UN ENTRETIEN PRÉALABLE OU À UNE RÉUNION COLLECTIVE DE PRÉSENTATION DE LA MÉDIATION FAMILIALE



### LES IMPÉRATIFS D'UNE POLITIQUE PUBLIQUE DES MARD

Le développement significatif des MARD ne pourra se faire sans une politique publique nationale répondant aux impératifs suivants :

- la formation des professionnels du droit sur les processus amiables,
- la garantie de la compétence et de la déontologie des médiateurs,
- des incitations financières encourageant les parties à recourir aux modes amiables,
- une institutionnalisation des processus amiables de résolution des différends dans les juridictions avec notamment la création d'un outil statistique informatisé national permettant de comptabiliser les décisions de médiation,
- la création d'un « conseil national de médiation », composé des pionniers de la médiation en France, capitalisant les acquis et formulant des propositions de réforme à destination pouvoirs publics.

<sup>6</sup> « Le juge des référés et l'amiable », Gazette du Palais, 22 mai 2018.

<sup>7</sup> « Médiation : mode d'emploi », Gazette du Palais, 14 novembre 2014.

## INTRODUCTION



**SORAYA AMRANI-MEKKI**

Professeure à l'Université Paris Nanterre

La problématique de l'accompagnement de la médiation s'impose comme une nécessité alors que nous vivons un profond changement de paradigme en matière judiciaire que le projet de loi de programmation et de réforme de la justice 2018-2022 accélère.

La politique procédurale menée consiste à instaurer chez les justiciables un réflexe amiable. Le recours au juge deviendrait le mode alternatif ou subsidiaire de résolution des différends. Se créerait par voie de conséquence une sorte de pré instance préalable au recours au juge qui construirait une véritable justice amiable. L'heure ne serait plus à la proposition de modes amiables de résolution des différends mais à une institutionnalisation de l'amiable, laquelle crée un marché extrêmement concurrentiel qui nécessite de repenser le positionnement de chacun des acteurs du droit.

Si la pacification des relations sociales que porte l'amiable est sans nul doute à saluer, il n'en demeure pas moins que c'est la place du juge au sein de la société civile qui est questionnée puisqu'il n'interviendrait plus que comme ultime recours au risque de remettre en cause sa fonction d'interlocuteur social.

Se pose dès lors la question d'un développement équitable des modes amiables, bénéfique pour les parties comme pour le service public de la justice sans crainte pour les garanties de droit au recours. C'est la raison pour laquelle l'accompagnement de la médiation est une problématique centrale, voire une condition *sine qua non* de son développement.

Les organisateurs du colloque ont opportunément choisi de traiter de « l'accompagnement » plutôt que de « l'encadrement », ce dont on ne peut que se féliciter. Le choix des termes n'est pas anodin car une véritable institutionnalisation de la médiation fait craindre la perte de ses atouts essentiels. Autrement dit, à vouloir sécuriser le mode amiable pour rassurer ses utilisateurs, le risque est de perdre en liberté, élément structurant des modes amiables. Encadrer strictement le statut du médiateur, la durée de la médiation ou ses modalités, c'est nuire à la réappropriation par les justiciables du traitement de leurs différends. Heureusement, l'accompagnement n'est pas l'encadrement et n'emporte pas le risque de rigidification de la médiation.

Cette table ronde est l'occasion de s'intéresser plus spécifiquement à la formation des acteurs de la médiation qui témoigne parfaitement de la problématique d'ensemble. La formation rassure, sécurise en même

temps qu'elle sélectionne. Les débats accompagnant la disposition de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, dite loi J21, qui a instauré une liste de médiateurs auprès des cours d'appel pour l'information des juges et la jurisprudence qui commence à émerger sur les critères d'inscription révèlent cette difficulté (Cass. Civ. 2, 27 septembre 2018, n°XX).



L'ACCOMPAGNEMENT N'EST PAS L'ENCADREMENT ET N'EMPORTE PAS LE RISQUE DE RIGIDIFICATION DE LA MÉDIATION



Qui former ? La première question qui peut se poser concerne les personnes qui devraient être formées aux outils amiables si ce n'est, plus précisément, à la médiation. En vérité, cette formation devrait être générale et s'adresser à tous les acteurs du droit : avocats, magistrats, mais aussi notaires, huissiers et étudiants en droit. S'il s'agit de porter un changement de paradigme, le mouvement doit être vaste. Il ne s'agit pas uniquement de former des médiateurs mais les professionnels du droit à d'autres formes de résolution des différends pour éviter le réflexe contentieux. Cela concerne tant les médiateurs, les accompagnateurs en médiation que les prescripteurs de médiation. Et cette formation doit se faire dès le plus jeune âge pour accompagner un changement en profondeur. Il est notable à cet égard que, contrairement à certains pays étrangers, les universités françaises ne proposent pas encore de cours de négociation. Or, ceux-ci sont essentiels comme le révèle l'essor des « soft skills ». Il s'agit d'apprendre à écouter activement, à reformuler, à percevoir chez l'autre autre chose que ce qui peut être verbalement formalisé.

À quoi former ? De trop nombreux débats doctrinaux se sont focalisés sur la différence entre conciliateur et médiateur, l'un proposant un accord, l'autre ne le proposant pas. Le flou actuel des textes juridiques, utilisant parfois indistinctement les deux termes, oblige à concevoir avant de construire. Le déploiement de ce qui ressemble singulièrement à une « codification promotion » vise à inciter à utiliser des modes amiables qui n'ont pas été définis et dont l'utilisateur ne sait souvent pas de quoi il est fait. La confusion règne entre un amiable de gré à gré reposant sur la volonté de renouer les liens entre les parties, un amiable équitable reposant sur une proposition raisonnable d'un tiers, l'amiable d'adhésion fondé sur l'accord sur une proposition technique et même l'arbitrage qui fait curieusement partie des modes amiables dans la première version de la loi de programmation et de réforme de la justice (art. 3).

## INTRODUCTION

La conception de l'office du médiateur implique ainsi de faire un choix sur ce qui est attendu de lui. Elle conduit ainsi, notamment, à prendre position sur la question de savoir ce que signifie la connaissance de la nature du litige (art. 1533 CPC pour la médiation conventionnelle, article 131-5 CPC pour la médiation judiciaire). S'il s'agit de trouver une solution satisfaisante pour tous, même hors le droit, à partir d'une restauration du lien social, la connaissance de la nature du litige est indifférente. S'il s'agit, au contraire, de négocier à partir d'une anticipation de la solution judiciaire, potentiellement par usage d'algorithmes, la connaissance du droit est importante. En ce dernier cas, la nature du litige importe mais les outils amiables (communication non violente, négociation raisonnée, profil neuro linguistique) importent moins. La différence avec l'expert est alors moins nette. Il faut reconnaître que les textes actuels, qu'il s'agisse de la rémunération du médiateur ou de l'établissement de listes, semble malheureusement plus procéder par parallélisme avec l'expertise.

des avocats (CNMA), ce qui impliquait de justifier d'une formation de 200h ou d'une pratique de 4 ans assorties de 10 médiations.

Nous sommes actuellement dans une situation où les critères de formation, leur contenu comme le profil des formateurs divergent sensiblement. Le gouvernement a choisi de ne pas imposer une formation spécifique pour ne pas exclure des médiateurs ou poser des difficultés dans des ressorts où l'accès à la formation (éloignement, coût) constituerait un frein au déploiement de la médiation. Il faut s'en féliciter tout en souhaitant un accompagnement du mouvement pour assurer un minimum de cohérence et de concertation qui fait aujourd'hui défaut entre professions du droit, et même entre cours d'appel certains médiateurs voyant leur demande d'inscription acceptée devant certaines et refusées devant d'autres. La question méritait bien une table ronde aussi riche que celle à suivre par la qualité des intervenants, universitaires ayant réalisé pour le GIP Justice des recherches ou praticiens du droit et de la médiation.

“

NOUS SOMMES ACTUELLEMENT DANS UNE SITUATION OÙ LES CRITÈRES DE FORMATION, LEUR CONTENU COMME LE PROFIL DES FORMATEURS DIVERGENT SENSIBLEMENT

”

Quelle formation ? Le marché de l'amiable qui s'est ouvert s'est accompagné d'un marché de la formation à l'amiable, non réglementé, mais qui est en voie de structuration. Pour l'heure, aucun diplôme n'est exigé pour être inscrit sur les listes près les cours d'appel ainsi que le précise la Cour de cassation vient de la rappeler (Cass. Civ. 27 septembre 2018 préc.). Le collectif Médiation 21 a cependant porté une proposition visant à exiger une formation diplômante. Il existe en effet des masters ainsi que des diplômes universitaires dans de nombreux établissements sur le territoire national. Les professions s'emploient également à former leurs membres, qu'elles mettent elles-mêmes en place ces formations ou procèdent à leur agrément.

Ainsi, de nombreux centres de médiation et instituts privés proposent leurs propres formations qui vont de quelques heures à 200h. Cette sélection par les ordres professionnels vient cependant de trouver une limite dans la décision du conseil d'état (N°411373) annulant une modification du règlement intérieur national exigeant pour se dire médiateur qu'un avocat soit référencé au Centre national de médiation

# LES ENJEUX DE LA FORMATION DANS LA CONSTRUCTION DES COMPÉTENCES DU MÉDIATEUR



**ADRIEN BASCOULERGUE**, Maître de conférences, équipe d'accueil « Droit, Contrat, territoires »

**JEAN-PIERRE BONAFÉ-SCHMITT**, Enseignant-Chercheur au Centre Max Weber (UMR 5383), Université Lumière Lyon 2

**PHILIPPE CHARRIER**, sociologue, chercheur au Centre Max Weber (UMR 5383), Université Lumière Lyon 2

Le renouveau de la médiation est un phénomène relativement récent, ce qui explique qu'il s'agit d'un mode de régulation sociale en construction et qu'il existe encore un certain flou conceptuel autour de la notion même de médiation<sup>1</sup>. Ce flou conceptuel a été souligné aussi bien aux États-Unis, où certains parlent de *médiation jungle*<sup>2</sup>, qu'en France, où d'autres soulignent que la médiation reste une notion nomade<sup>3</sup> et que « *les réalités recouvertes par ce mot finissent par être singulièrement illisibles* »<sup>4</sup>. Ce flou conceptuel a des conséquences non seulement sur ce qui fonde l'identité des médiateurs, mais aussi sur les caractéristiques des processus de médiation qu'ils mettent en œuvre. C'est pour cette raison que la question de la formation des médiateurs constitue un enjeu important, dans le contrôle de ce nouveau mode d'intervention ou marché que constitue la médiation. Elle représente un enjeu non seulement pour les médiateurs qui veulent en faire une profession à part entière, mais aussi pour d'autres acteurs, comme les professions juridiques ou du social, qui veulent annexer cette nouvelle fonction dans leur champ d'intervention. Ces enjeux expliquent en grande partie les rivalités de pouvoir entre les différents acteurs de la médiation pour déterminer le contenu et la durée des formations à la médiation<sup>5</sup>. Si les États, que ce soit au niveau national ou supranational, comme l'Union européenne ou le Conseil de l'Europe, sont intervenus pour institutionnaliser et encadrer cette nouvelle fonction, en revanche, ils sont restés dans un certain flou dans la définition des standards en matière de formation.

“

CE SONT LES ORGANISATIONS DE MÉDIATEURS QUI ONT DÉFINI À LA FOIS LES CONTENUS ET LA DURÉE DES PROGRAMMES DE FORMATION À LA MÉDIATION

”

## UN FLOU CONCEPTUEL SUR LA COMPÉTENCE DES MÉDIATEURS<sup>6</sup>

Si au début des années quatre-vingt, on pouvait comprendre qu'il puisse y avoir des confusions dans la définition de la médiation, il en est tout autrement aujourd'hui en raison des apports faits aussi bien par les organisations de médiateurs que les chercheurs pour définir la médiation par rapport aux autres modes de gestion des conflits, de communication ou d'interventions sociales<sup>7</sup>. C'est ce flou conceptuel autour de la notion de médiation, qui nous a amené à distinguer « les instances » et les « activités » de médiation.

## Les activités de médiation

La confusion entre les activités et les instances de médiation s'explique essentiellement par le fait que la médiation ne constitue pas encore un mode autonome de régulation sociale et représente encore une activité accessoire pour de nombreux professionnels du droit et du social. À côté de ces professionnels traditionnels de la régulation sociale, on a vu émerger au cours de ces dernières années de nouveaux acteurs, comme les médiateurs institutionnels, les adultes-relais, les « grands-frères »... et l'apparition de ces nouveaux tiers dans la gestion des relations sociales traduit la modification de nos systèmes de régulation sociale. La multiplication de ces nouveaux tiers ne doit pas faire illusion, car dans certains cas, ces fonctions dissimulent ou traduisent des évolutions ou des revalorisations de fonctions traditionnelles comme les gardiens d'immeuble qui sont devenus des « médiateurs techniques », les éboueurs qui se sont transformés en « médiateur écologique ». Dans le même sens, certains magistrats revendiquent de jouer un rôle de médiation, c'est le cas notamment des juges aux affaires familiales, des juges pour enfants qui déclarent être des « juges-médiateurs » c'est-à-dire qu'ils tentent de résoudre les conflits qui leur sont soumis d'une manière consensuelle en recherchant l'adhésion des parties à leur décision<sup>8</sup>. Si ces nouveaux tiers ne sont pas à proprement parler des médiateurs, il convient, toutefois de souligner qu'ils sont porteurs d'un nouveau modèle d'intervention car ils ont en commun en premier lieu, d'axer leur intervention sur la communication et non sur les rapports de pouvoir. En second lieu, ils ont aussi pour rôle de créer ou recréer un cadre de communication entre des individus et d'établir ou de rétablir un lien social. Enfin, ils ont pour but de créer les conditions pour favoriser l'autonomie des individus et en faire des acteurs de leur propre histoire.

## Les instances de médiation

Les instances de médiation se distinguent des activités de médiation, non seulement par le statut du médiateur, marqué par son indépendance, son impartialité et son absence de pouvoir, mais surtout par son mode d'action qui repose sur une rationalité communicationnelle et non instrumentale comme dans le cas des activités de médiation. L'action du médiateur repose avant tout sur un « agir communicationnel » pour reprendre la terminologie de J. Habermas dans le sens où il s'agit de mettre en œuvre un processus visant à la recherche d'une intercompréhension entre les parties<sup>9</sup>. Dans cette perspective, la médiation s'apparente à un processus visant à permettre

<sup>1</sup> Guillaume-Hofnung M., La Médiation, PUF, Que Sais-Je, 2015 ; Bonafé-Schmitt J-P, Les médiations, Communication et Organisation, n°11, 1997

<sup>2</sup> Carey T.V. Credentialing for Mediators - To Be or Not To Be, 30 U.S.F. L. Rev. 635 (1995-1996) disponible sur <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/usflr30&div=26&id=&page=2012/2 n° 170>

<sup>3</sup> Chini D., 2001, « Médiation(s) : quelques remarques sur un terme pluriel », ASP, revue du Groupe d'étude et de recherche en anglais de spécialité (Geras), n° 31-33, cité par Battistoni E., 2012, « Le développement des médiations en Europe », Informations sociales, 2 n° 170

<sup>4</sup> Milburn P., Panorama des formes et des pratiques de médiation en France, Informations sociales, 2012/2 n° 170

Guillaume-Hofnung M., De la nécessité de former les médiateurs, Informations sociales 2012/2 n° 170

<sup>5</sup> Sur la question de la compétence des médiateurs cf. Ben Mrad F., Les conceptions de la compétence en médiation, Recherches et Prévisions, n° 53, 1998

<sup>6</sup> Chevalier P., Desdevises Y., Milburn P., Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, La documentation Française, Mission de Recherche Droit et Justice, 2003; Bonafé-Schmitt J-P., Dahan J., Salzer J., Souquet M., Vouche J-P., Les médiations, la médiation, Erès-trajets, 1999 ; Ben Mrad F., Marchal H., Stebé J-M., Penser la médiation, L'harmattan, 2008; De Briant V., Palau Y., La médiation. Définitions, pratiques et perspectives, Nathan Université, Sciences Sociales 128 ; Faget J., Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie, Eres, 2010, 300p.

Guillaume-Hofnung M., La médiation, PUF, Que Sais-Je n°2930; Six J-F, Le temps des médiateurs, Seuil, 1990

<sup>7</sup> Chevalier P., Desdevises Y., Milburn P., Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, La documentation Française, Mission de Recherche Droit et Justice, 2003; Bonafé-Schmitt J-P., Dahan J., Salzer J., Souquet M., Vouche J-P., Les médiations, la médiation, Erès-trajets, 1999 ; Ben Mrad F., Marchal H., Stebé J-M., Penser la médiation, L'harmattan, 2008; De Briant V., Palau Y., La médiation. Définitions, pratiques et perspectives, Nathan Université, Sciences Sociales 128 ; Faget J., Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie, Eres, 2010, 300p.

Guillaume-Hofnung M., La médiation, PUF, Que Sais-Je n°2930; Six J-F, Le temps des médiateurs, Seuil, 1990

<sup>8</sup> Otis L., Reiter E., « Médiation » dans Cadi E. et alii (dir) Recours et Procédures en Appel, LexisNexis, Montréal, 2011, p.159

<sup>9</sup> Habermas J., Théorie de l'agir communicationnel, Tome 2 Pour une critique de la raison fonctionnaliste, Fayard, Paris, 1981

aux personnes de se construire comme acteur, de promouvoir une capacité d'action, une autonomie dans la gestion de leurs conflits et plus largement de leurs relations sociales. Selon cette perspective, la médiation peut être définie comme un processus, le plus souvent formel, par lequel un tiers impartial, le médiateur, tente à travers l'organisation d'échanges entre les parties de leur permettre de confronter leurs points de vue et de rechercher avec son aide une solution au conflit qui les oppose.

S'il est vrai que la médiation est souvent présentée comme un processus informel de règlement des conflits, cela n'empêche pas que celui-ci fasse l'objet d'un minimum de formalisation dans son mode de déroulement. C'est pour cette raison que nous considérons que le processus de médiation représente un véritable rituel, dans le sens où «il maintient l'expression conflictuelle dans des formes rigoureusement déterminées<sup>10</sup>» ; Ce rituel de médiation s'apparente à un véritable processus social car il se construit à partir des interactions élocutoires entre les différentes parties. Mais ce rituel, ce processus de médiation est encore en construction, ce qui explique qu'il y ait des différences notables aussi bien entre les médiations judiciaires et extra-judiciaires qu'entre les différents types de médiation : familiale, travail, quartier,... Ces différences proviennent en grande partie, comme nous allons le voir, des processus de formation qui ont évolué de modules très spécialisés en fonction des champs de la médiation vers des modules plus généralistes.

“ AU NIVEAU EUROPÉEN, LE CONSEIL DE L'EUROPE ET L'UNION EUROPÉENNE, TOUT EN CHERCHANT À INCITER LES ÉTATS À DÉVELOPPER LA MÉDIATION, N'ONT PAS FIXÉ DES STANDARDS PRÉCIS EN MATIÈRE DE FORMATION DES MÉDIATEURS ”

### LA CONSTRUCTION DES COMPÉTENCES DES MÉDIATEURS

À l'origine, la formation des médiateurs a été l'apanage des organisations de médiateurs et c'est dans les domaines familiaux, pénaux et de quartier qu'ont été organisées les premières formations. Ces formations ne dépassaient pas la quarantaine d'heures à la fin des années quatre-vingt ; il en est tout autrement aujourd'hui où l'on assiste à un allongement des durées de formation ; elles peuvent dépasser, en France, les 600 heures dans le cadre du diplôme d'État de médiateur familial ou des masters de médiation.

#### Des formations courtes et spécialisées...

À l'origine, c'est en matière familiale que la question de la formation des médiateurs a été posée. L'Academy for Family Mediators a joué aux États-Unis un rôle pionnier en mettant en place les premières formations au début des années 1980. Il s'agissait d'une formation courte avec une formation de base de cinq jours et une formation avancée de même durée, avec en complément, une supervision en petits groupes. Ce standard de formation a été repris par tous les pays anglo-saxons, y compris le Canada, ce qui explique son adoption dans les pays francophones, comme la France, sous l'influence des formateurs québécois.

À côté de cette logique professionnelle, une autre, plus sociétale, s'est développée à la même période à travers le mouvement de la community mé-

diation, la médiation communautaire, aux États-Unis, ou de la médiation de quartier / de voisinage, dans les pays francophones en Europe. À la différence de la médiation familiale, la médiation communautaire repose sur la participation d'habitants, agissant le plus souvent à titre bénévole, pour gérer les conflits de la vie quotidienne, comme les querelles de voisinage, les problèmes locatifs ou de consommation. Ce type de médiation impliquant des bénévoles explique qu'il s'agissait de formations courtes d'une quarantaine d'heures avec une supervision régulière de l'activité des médiateurs.

#### ...aux formations longues et spécialisées...

Le développement de la médiation des deux côtés de l'Atlantique a entraîné rapidement de profondes modifications de la durée et du contenu des formations, car celles-ci sont devenues un enjeu en matière de professionnalisation de cette fonction. C'est en matière de médiation familiale que ce phénomène a été le plus visible avec l'élaboration, en 1992, d'une Charte européenne de formation. Cette Charte a fixé les compétences requises pour être médiateur et la formation nécessaire à l'acquisition de ces dernières. C'est ainsi que les médiateurs familiaux ont été les premiers à fixer un standard européen en matière de formation en élevant la durée de la formation de 5 et 30 jours.

Ce sont donc les organisations de médiateurs qui ont défini à la fois les contenus et la durée des programmes de formation à la médiation, car les États se sont contentés d'institutionnaliser, et surtout d'encadrer ce nouveau mode de gestion des conflits dans le cadre judiciaire. En effet, les deux textes fondamentaux sur la médiation en France, la loi du 3 janvier 1993 pour la médiation pénale et celle du 8 février 1995 pour la médiation civile sont restés dans un certain flou en ne prévoyant aucune durée et contenu de formation. Il faudra attendre 2003 avec la création du diplôme d'État de médiateur familial pour que l'État intervienne dans la définition du contenu des programmes de médiation. Au niveau européen, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, tout en cherchant à inciter les États à développer la médiation, n'ont pas fixé des standards précis en matière de formation des médiateurs.

#### ... puis aux formations longues, généralistes et diplômantes

Le développement des formations généralistes à la médiation au cours de ces dernières années marque une phase importante dans l'évolution de l'identité de cette nouvelle fonction ou profession de médiateur. À la différence des formations spécialisées, celles de nature généraliste participent à la création d'une identité commune de médiateur à l'image d'autres professions, comme celles de juriste ou de médecin. C'est pour cette raison que l'on voit de plus en plus des organismes privés ou publics de formation proposer des programmes de formation généraliste à la médiation. Dans l'ensemble, ces formations généralistes sont de longue durée puisqu'elles se déroulent sur une ou deux années avec un quota horaire variant de 150 à 600 heures. Le contenu des formations est assez similaire et illustre leur caractère interdisciplinaire en mêlant des approches psychologiques (gestion des émotions, etc.), juridiques (connaissance des textes sur la médiation), sociologiques (analyse des stratégies des acteurs) et même économiques (financement des médiations). Les formations alternent cours magistraux et travaux pratiques avec des études de cas, des mises en situation et la mise en place de stage auprès de professionnels de la médiation.

<sup>10</sup> Girard R., La violence et le sacré Hachette-Pluriel, Paris, 1998 p.165

### LA FORMATION : LES ENJEUX DU CONTRÔLE D'UNE PROFESSION ET D'UN CHAMP D'INTERVENTION

Dans tous les pays, la médiation fait l'objet d'un enjeu de pouvoir entre les différents acteurs intervenant dans la gestion des conflits pour contrôler l'émergence de cette nouvelle profession et, plus largement, ce nouveau champ d'intervention ou ce marché. Les enjeux sont multiples et portent aussi bien sur la durée et le contenu des programmes de formation, que sur les modes de certifications et d'accréditation des médiateurs.

#### Les enjeux autour de la durée et du contenu des formations

La question de la durée des formations a constitué un des premiers enjeux entre les différentes organisations de médiateurs, car très vite, les partisans de la logique de professionnalisation ont élevé la durée des formations dans le but de légitimer cette nouvelle profession par rapport aux autres professions de la gestion des conflits comme les avocats ou les juges. Cet enjeu autour de la durée des formations cristallise l'opposition de ceux qui voient dans la médiation essentiellement une profession, et ceux qui considèrent que la médiation peut-être une activité accessoire à une autre profession ou encore un moyen de redonner du pouvoir aux acteurs de la société civile sous la forme de ce que les Anglo-Saxons appellent l'empowerment.

Il est un autre enjeu qui n'est pas toujours perceptible, c'est celui du contenu des programmes de formation, car la médiation est souvent présentée comme une simple technique de gestion des conflits et non comme un modèle de régulation sociale. Il conviendrait donc d'avoir un esprit plus critique sur ces transferts de technologie de gestion des conflits, car il n'est pas neutre. On ne peut ignorer le rôle dominant joué par les États-Unis dans la conception de ces outils de médiation et leur diffusion dans tous les pays à travers les formations. Il suffit pour s'en convaincre d'analyser les contenus de formation et de constater l'omniprésence de l'apprentissage de la négociation raisonnée de W. Ury et R. Fischer dans tous les programmes de formation de la médiation.

Enfin, le développement de la médiation et l'allongement des durées de formation ont créé un véritable marché de la formation, ce qui constitue un véritable enjeu entre les organismes privés et publics pour l'organisation de ces formations. Si les organismes privés tenaient une place prépondérante en matière de formations jusqu'au début des années 2000, il en est tout autrement aujourd'hui ou les structures universitaires ou para-universitaires ont largement investi ce champ de la médiation. L'implication des structures universitaires notamment à travers la création des diplômes universitaires de médiation et surtout la création de masters de médiation témoigne de la création d'une véritable filière professionnelle allant du CAP d'agent de médiation au master de médiation en France.

“ LE DÉVELOPPEMENT DE LA MÉDIATION ET L'ALLONGEMENT DES DURÉES DE FORMATION ONT CRÉÉ UN VÉRITABLE MARCHÉ DE LA FORMATION, CE QUI CONSTITUE UN VÉRITABLE ENJEU ENTRE LES ORGANISMES PRIVÉS ET PUBLICS POUR L'ORGANISATION DE CES FORMATIONS ”

### Les enjeux des standards en matière de qualification, d'accréditation et de certification des médiateurs

Si les programmes de formation ont contribué à la création d'une identité du médiateur, les procédures de qualification, d'accréditation et de certification représentent pour les organisations de médiateurs des instruments pour définir et contrôler cette nouvelle profession.

Sur cette question de la qualification, les organisations de médiateurs en France, n'ont pas accordé autant d'importance aux procédures d'accréditation que les pays anglo-saxons et privilégiés souvent les formes de certification par l'État, c'est-à-dire de reconnaissance par les diplômes. C'est notamment le cas en matière de médiation familiale avec le DEMF ou en matière de médiation sociale avec la création récente d'un titre professionnel de « médiateur (trice) social(e) accès aux droits et services ». Dans les autres champs de la médiation, il n'existe pas de certification mais plutôt des textes qui fixent les conditions et les procédures d'habilitation pour être reconnu médiateur dans le domaine judiciaire. C'est le cas du décret du 22 juillet 1996 qui fixe les conditions que doit remplir un médiateur pour exercer une médiation civile et celui du 27 septembre 2004 pour les médiateurs pénaux et dernièrement le décret du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel qui ne donne aucune indication sur le contenu et la durée de la formation.

“ ON NE PEUT IGNORER LE RÔLE DOMINANT JOUÉ PAR LES ÉTATS-UNIS DANS LA CONCEPTION DE CES OUTILS DE MÉDIATION ET LEUR DIFFUSION DANS TOUS LES PAYS À TRAVERS LES FORMATIONS ”

Toutefois, les organisations de médiateurs ne sont pas restées inactives puisque la Plateforme de la Médiation Française qui regroupe les principales organisations de médiateurs travaille sur la création d'un référentiel de médiation et a défini en octobre 2017 une forme de certification pour les médiateurs généralistes qui doivent justifier d'au moins de 120 heures de formation. De son côté, le Conseil National des Barreaux (CNB) a demandé aux postulants de justifier d'une formation qualifiante (entre 140h et 200h) et d'une certaine pratique pour être inscrits sur la liste du site du Centre National de Médiation des Avocats (CNMA).

### CONCLUSION

L'analyse de l'évolution des processus de formation montre que ceux-ci sont le reflet d'enjeux de pouvoir entre les différents acteurs de ce nouveau champ d'intervention ou marché pour contrôler cette nouvelle profession. Dans les années à venir ces enjeux devraient perdurer, car la médiation est encore un champ en construction et que les frontières sont encore floues comme en témoignent les débats autour de la notion de médiation. On peut faire aussi l'hypothèse que l'allongement de la durée des formations devrait se poursuivre dans tous les champs de la médiation (entreprise, pénal...). On devrait aussi assister à une modification du marché de la formation avec l'intervention de plus en plus grande des organismes de formation publics comme les instituts de travail social, des universités... aux dépens des organismes privés mis en place par les pionniers de la médiation.

### FORMER LES PROFESSIONS JURIDIQUES À LA MÉDIATION



#### CARINE DENOIT-BENTEUX

Avocate au Barreau de Paris, Médiateur, Présidente de la Commission Textes du Conseil national des barreaux, responsable du Centre national de médiation des avocats

photo © Sébastien Dolidon

La médiation s'affirme aujourd'hui comme un mode ambitieux de résolution des différends tant il offre aux justiciables une alternative remarquable face au recours traditionnel au Juge.

En effet, la médiation apparaît comme un moyen efficace et rapide de renouer le dialogue et de parvenir à un accord pérenne sans pour autant remettre le litige entre les mains d'un tiers faisant figure d'autorité. Ceci étant, elle se déroule sous l'égide du médiateur, formé pour faire dialoguer les parties et les aider à formuler leurs besoins profonds. En ce sens, la médiation consiste à confier à un tiers impartial, qualifié et sans pouvoir de décision sur le fond la mission d'entendre les parties en conflit et de confronter leurs points de vue au cours d'entretiens contradictoires ou non, afin de les aider à rétablir une communication et à trouver elles-mêmes des accords mutuellement acceptables<sup>1</sup>. Si cette définition donne à la médiation un cadre clair et dépourvu d'équivoque, force est de constater que tous les acteurs du droit ne la partagent pas. Ainsi, la médiation est devenue protéiforme tant les pratiques diffèrent en fonction de la matière ou de la personne du médiateur. De fait, il n'existe pas à l'heure actuelle de définition clairement codifiée de la médiation, de la mission du médiateur et du déroulé du processus, de telle sorte que celui-ci n'est pas uniformisé à ce jour. Cette absence de consensus est dommageable à l'heure où la médiation se développe rapidement et nécessiterait pourtant un cadre standardisé qui servirait de référence commune aux avocats et aux parties. Et l'enjeu est important, car il en va de la confiance des justiciables dans ce mode amiable. Trop souvent, la médiation et la conciliation sont d'ailleurs confondues, alors qu'il s'agit bien de processus distincts pour lesquels il n'existe aucune ambiguïté quant au rôle joué par le médiateur ou le conciliateur. Ainsi, cette définition commune apparaît comme une avancée indispensable et souhaitée par l'ensemble de la profession.

En attendant une codification des attributs de la médiation, il est possible de dégager dès aujourd'hui plusieurs pistes de réflexion afin d'accompagner au mieux l'ensemble des acteurs de ce processus. Ainsi, trois enjeux majeurs peuvent être isolés. La question de la formation initiale et continue des médiateurs est le premier et sans doute le plus crucial de tous, car en dépend la qualité des prestations et l'efficacité de la recherche de l'accord. Il conviendra également de s'intéresser à la question de l'accès aux médiateurs grâce aux outils numériques et à l'émergence des plateformes en ligne. En effet, les parties doivent pouvoir détecter aisément via ces outils les médiateurs qui pourront offrir des prestations de qualité et les garanties suffisantes à l'accomplissement de leur mission.



LA RÉUSSITE DES MODES AMIABLES ET LE DÉVELOPPEMENT DE LA MÉDIATION EN FRANCE PASSERA OBLIGATOIREMENT PAR UNE ÉVOLUTION DE LA PRATIQUE DES AVOCATS



Enfin, la réussite des modes amiables et le développement de la médiation en France passera obligatoirement par une évolution de la pratique des avocats, reposant notamment sur leur volonté d'entrer dans le processus et de s'associer à la réussite commune. Ils peuvent promouvoir la pratique des modes amiables et participer au changement des mentalités directement auprès des justiciables. À cet égard, le rôle que doivent jouer les avocats est au moins aussi important que celui des pouvoirs publics. Il est ici question d'un véritable changement de posture que les avocats doivent eux-mêmes adopter. En ce sens, la question de la préparation et de la formation des avocats pour entrer et accompagner le processus de médiation se doit d'être évoquée.

#### QUELLE FORMATION POUR LES MÉDIATEURS ?

À ce jour, le principe de la formation des médiateurs est définitivement acquis. En effet, le 3° de l'article 2 du décret n°2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à l'inscription des médiateurs auprès des Cours d'appel est venu préciser qu'une personne physique ne peut être inscrite sur les listes que si elle justifie d'une formation ou d'une expérience attestant son aptitude à la pratique de la médiation. Néanmoins, on pourra regretter l'absence de formation uniformisée qui permettrait pourtant de standardiser les pratiques. Une uniformisation commune serait la bienvenue afin de tendre vers une pratique universelle qui permettrait de garantir à tous une équivalence dans les prestations, notamment en ce qui concerne le rôle du médiateur tout au long du processus. À l'occasion d'une dépêche du Ministère de la Justice en date du 8 février 2018 précisant les dispositions du décret et à destination des Présidents de Cours d'appel, il est également spécifié que l'activité de médiation n'est pas subordonnée à la détention d'un diplôme particulier. Ainsi, par exemple le diplôme d'État de médiateur familial (DEMF) créé par le décret n° 2003-1166 du 2 décembre 2003 n'est pas un préalable obligatoire à la pratique de la médiation familiale.

En effet, si par son volume horaire et la densité de sa formation ce diplôme d'État est un gage de qualité indéniable, il convient de garder à l'esprit que le choix de la personne du médiateur est tout autant déterminant afin que le processus s'opère sereinement. Pour cette raison, il doit demeurer possible

<sup>1</sup> Définition du Bulletin d'information de la Cour de cassation – hors série – La médiation

dans chaque dossier de pouvoir travailler auprès de médiateurs d'horizons divers ayant chacun une expérience et une personnalité singulière, notamment en matière familiale.

“ LA RICHESSE DU PROCESSUS REPOSE SUR LA DIVERSITÉ DES PROFILS DE MÉDIATEURS ”

Assurément, la richesse du processus repose sur la diversité des profils de médiateurs. Dans ce cadre, seule une formation certifiée qui conduirait à la délivrance d'un diplôme attestant de la connaissance du déroulement, du savoir-faire et de la maîtrise du processus de la médiation doit être privilégiée. Il en va de la qualité et de la confiance des parties dans le processus. Ceci étant, la dépêche du 8 février 2018 ajoute qu'il n'y a pas lieu en l'état actuel de la réglementation de privilégier une formation par rapport à une autre. Sont néanmoins prises en compte les actions de formation continue ainsi que les analyses de pratique et de supervision auxquelles le candidat participe. Ainsi, la formation des médiateurs s'annonce comme l'un des jeux déterminants de ces prochaines années, car la situation actuelle n'est pas satisfaisante. On notera enfin que le Conseil des barreaux européens a adopté lors de son comité permanent en date du 23 mars 2018 un « Guide de la médiation pour les avocats ». Ce guide préconise qu'une formation théorique et pratique à la médiation soit incluse dans le programme des facultés de droit et à l'occasion des cours de formation continue proposés par les Barreaux et l'Ordre des avocats.

### LA COEXISTENCE DE DIFFÉRENTES PLATEFORMES DE MÉDIATION

Avec l'essor des modes amiables, de nombreux acteurs se sont insérés dans ce marché particulièrement concurrentiel. Désormais, l'accès à la médiation pour le grand public peut s'avérer particulièrement fastidieux. Ainsi, il n'est pas toujours aisé de distinguer les organismes offrant des garanties suffisantes pour la mise en œuvre d'une médiation efficace. Pourtant, il est nécessaire que les justiciables disposent d'outils clairs afin que la prise de contact avec un médiateur ou un centre de médiation s'opère rapidement et sans encombre. L'accès au médiateur doit être facilité au maximum pour ne pas décourager les parties. À ce propos, le « Guide de la médiation pour les avocats » précédemment évoqué propose plusieurs options possibles, et notamment dans le cadre des médiations judiciaires la possibilité pour les juridictions de se référer à des listes de médiateurs référencés sur certaines plateformes.

À ce titre, des professions se sont déjà dotées d'outils permettant de mettre en avant leurs propres médiateurs selon leur propre référencement.

#### Huissiers médiateurs

Les huissiers font figure de pionniers en la matière. En effet, depuis 2011, l'exercice à titre accessoire d'une activité de médiation conventionnelle ou judiciaire par les huissiers de justice est autorisé<sup>2</sup>. À cet égard pour leur permettre de devenir médiateurs la Chambre nationale des huissiers de justice (CNHJ) a ouvert un centre de médiation en 2014, Medicys, pour l'exercice de l'activité de médiation de la consommation mais aussi pour la

médiation conventionnelle et judiciaire. Il s'agit de <https://conso.medicys.fr/>. Cette plateforme a été agréée par la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (CECMC). La plateforme Medicys propose une e-médiation modulable en fonction de l'intensité du litige. Les médiations peuvent s'opérer 100 % en ligne pour les litiges les plus simples (appelés les micro-conflits), par visioconférence pour les litiges d'une complexité moyenne ou en cas de difficultés de déplacement. Enfin, les litiges les plus complexes se font en présentiel au travers d'une médiation classique. Enfin, pour devenir huissier médiateur une formation à l'Enp Pro est nécessaire. Cette formation qualifiante s'étend sur une durée de 7 jours complétée par 8 heures en e-learning.

#### Notaires médiateurs

Les notaires se sont également dotés d'un annuaire internet à l'adresse <https://mediation.notaires.fr/>. La qualification de « notaire-médiateur » est délivrée après une formation spécialisée par une commission du Conseil supérieur du notariat à laquelle participe un magistrat honoraire de la Cour de cassation.

“ SEULE UNE FORMATION CERTIFIÉE QUI CONDUIRAIT À LA DÉLIVRANCE D'UN DIPLÔME ATTESTANT DE LA CONNAISSANCE DU DÉROULEMENT, DU SAVOIR-FAIRE ET DE LA MAÎTRISE DU PROCESSUS DE LA MÉDIATION DOIT ÊTRE PRIVILÉGIÉE ”

#### Avocats médiateurs

Lors de son Assemblée générale des 11 et 12 décembre 2015, le Conseil national des barreaux a voté la création du Centre national de médiation des avocats (CNMA). Celui-ci se matérialise par une plateforme accessible sur internet (<https://cnma.avocat.fr>) qui met à disposition du grand public un annuaire des avocats médiateurs. À ce jour, ce sont 465 avocats médiateurs répartis sur toute la France qui sont inscrits sur cet annuaire. D'ailleurs, depuis la modification de l'article 6.3.1 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat, votée en assemblée générale du Conseil national des Barreaux en décembre 2016, tout avocat souhaitant faire état de sa qualité de médiateur doit figurer obligatoirement sur les listes du CNMA. Afin d'être référencés, les avocats médiateurs doivent se doter d'une formation d'excellence, puisqu'ils doivent justifier *a minima* de 200 heures de formation selon plusieurs modalités possibles : 140 heures de formation pratique et 60 heures de formation théorique ; 140 heures de formation complétées d'une justification de pratique. Cette formation comprend un ensemble de modules obligatoires incontournables et nécessaires à l'exercice de la profession, notamment vis-à-vis de la déontologie du médiateur, sa connaissance du processus, des techniques de communication et de négociation. Jusqu'au 31 décembre prochain, les avocats justifiant d'une expérience de médiateur (au moins 10 médiations dans les quatre dernières années), ont également la possibilité de présenter leur dossier pour une demande de référencement.

En tout état de cause, le caractère qualitatif de ce référencement a expressément été reconnu par la dépêche du 8 février 2018 qui recommande

<sup>2</sup> Décret n°2011-1173 du 23 septembre 2011

aux magistrats de se référer à l'annuaire du Centre national de médiation des avocats (au même titre que l'annuaire des notaires médiateurs et la liste des huissiers médiateurs). Ainsi, on ne pourra que se féliciter de doter les avocats d'une formation dense et complète afin de se faire référencer, notamment par rapport aux autres acteurs du droit qui souhaitent proposer leurs propres offres de médiation. Cette qualité de formation témoigne du sérieux de la profession lorsqu'il s'agit d'appréhender la médiation et de la confiance renouvelée dans l'avenir de la résolution amiable des litiges.

### LA FORMATION OBLIGATOIRE DES AVOCATS ACCOMPAGNEATEURS

Avec la participation grandissante des avocats aux côtés de leurs clients, la qualité de la médiation ne repose plus exclusivement sur les épaules des médiateurs. Ils doivent être aidés par le rôle actif des avocats pleinement intégrés au processus de médiation jusqu'à la rédaction finale de l'acte d'accord. Ainsi, si la présence des conseils est une réelle plus-value pour parvenir à un accord éclairé, celle-ci ne doit pas entacher le déroulement du processus ni entraver le travail du médiateur : leur capacité à s'imprégner des étapes de la médiation et à en tirer un maximum pour leur client est déterminant pour qu'un accord efficace soit trouvé par les parties. À ce jour, il n'est pas nécessaire de valider une formation pour être avocat accompagnateur. Pour autant, de plus en plus d'avocats se forment d'eux-mêmes à la négociation raisonnée, à la communication non violente, à l'écoute active et à l'ensemble des outils de communication pour être au service de la résolution pacifiée des différends.

D'ailleurs, ce mouvement d'ensemble touche également les jeunes générations. Ainsi, en ce qui concerne les élèves-avocats, les choses ont évolué depuis la décision à caractère normatif du 7 janvier 2015 du Conseil national des barreaux définissant les principes d'organisation et harmonisant les programmes de la formation des élèves-avocats. Dans son article 3, il est indiqué que les modes alternatifs de règlement des litiges doivent irriguer toute la formation des élèves-avocats, témoignant de la confiance renouvelée de la profession dans l'avenir des modes amiables. L'article 6 est quant à lui consacré aux choix de formations laissés aux centres de formation professionnelle des avocats. Ainsi, les centres qui le souhaitent peuvent mettre en place des formations spécifiques à la médiation. Enfin, la commission formation envisage de faire prochainement un nouvel état des lieux de ces formations afin d'effectuer un premier bilan en la matière.

En tout état de cause on rappellera que si la présence des avocats en médiation n'est pas encore une pratique universellement répandue, elle apparaît incontournable à chaque médiation car les avocats apportent leur savoir-faire et leur expertise pour finaliser le processus et rédiger l'accord final. Cette fonction ne relève pas du médiateur, dont le rôle n'est jamais de formaliser par écrit l'entente convenue entre les parties.

Assurément, l'avènement de la médiation passera par l'introduction dans la loi d'une définition précise de la médiation, aux fins d'établir un cadre sécurisé qui servira de référence commune aux parties. D'ailleurs, l'établissement de critères à l'échelle européenne serait également le bienvenu et participerait d'un mouvement plus large d'uniformisation internationale des pratiques, en permettant de mettre en place plus facilement des médiations transfrontalières au travers de repères communs. Cette définition de la médiation est d'autant plus essentielle qu'elle viendra impacter les offres de formation, que ce soit pour les avocats médiateurs ou les avocats accompagnateurs. En ce sens, une formation unique et qualifiante pour devenir médiateur apparaît désormais incontournable pour garantir la confiance des magistrats et des justiciables dans ce processus.

Enfin, il conviendra de souligner que la plateforme internet du Centre national de médiation des avocats est une réussite qui participe indéniablement au développement rapide de la médiation et permet à la profession de se doter d'un outil fiable et accessible pour communiquer ou se faire référencer.

“

LA PRÉSENCE DES AVOCATS APPARAÎT INCONTOURNABLE À CHAQUE MÉDIATION CAR CES DERNIERS APPORTENT LEUR SAVOIR-FAIRE ET LEUR EXPERTISE POUR FINALISER LE PROCESSUS ET RÉDIGER L'ACCORD FINAL

”

### PAROLES DE MÉDIATRICE JUDICIAIRE



#### BRIGITTE MAUFRAIS

Médiateur et Consultante en ressources humaines et relations sociales

Je ne suis le porte-parole d'aucun groupement ou association de médiation. Mes propos n'engagent que moi et n'ont que la valeur du témoignage. Je suis agréée par une association de médiation ce qui me permet d'intervenir dans le cadre judiciaire en matière civile, auprès des chambres sociales de la Cour d'appel de Versailles. Je participe par le truchement de l'association dont je suis membre à des séances régulières d'analyse de la pratique entre pairs. En trois ans, j'ai été désignée 72 fois pour mener des médiations ordonnées par ces mêmes chambres sociales, soit après une audience de plaidoiries à laquelle j'ai assisté, soit après des rendez-vous d'information sur le processus de médiation que j'ai animés au stade de la mise en état. Même en appel, des médiations se mènent favorablement car le temps fait son œuvre, le jugement de première instance a fait réfléchir et le moment est souvent venu de « tourner la page ».

#### Un médiateur expert ?

Le thème de cette présente table ronde est la formation des acteurs et les compétences des médiateurs. Je peux évidemment attester que je me suis formée à la médiation et ai obtenu mon diplôme universitaire de médiateur. J'y ai appris que le médiateur n'avait pas à être forcément expert de la matière ou du litige pour accompagner les médiés vers leur solution. Le médiateur devait d'abord désapprendre pour mieux accueillir et accompagner sans jugement la restauration du dialogue. C'est pourquoi, je me propose d'aborder la question du médiateur/expert. Le médiateur doit-il être un expert de la matière en plus d'être expert en communication ayant intégré la bonne posture - ou le savoir être - dans le respect de l'éthique et de la déontologie et ayant les bons savoir-faire en matière de conduite de négociation ?

Lors de ma formation en médiation, je me suis naturellement intéressée, au vu de mon parcours, au module entreprise. Cette même formation proposait des modules spécifiques en fonction des tropismes des uns et des autres et sans aucun doute des particularités des champs d'intervention. Je suis issue du monde de l'entreprise, et j'y ai développé une expertise des relations individuelles comme collectives. Je suis en quelque sorte une technicienne de la relation de travail. Je suis juriste de formation, spécialisée en droit du travail. J'ai évolué opérationnellement pendant plus de quinze ans dans les directions des ressources humaines et particulièrement dans les relations sociales au sein de grands groupes, mais aussi en milieu associatif. Ainsi donc, j'ai conservé mon fil rouge en intervenant en médiation principalement dans le champ du conflit du travail.

Je peux témoigner que mon expérience, mon profil de juriste, mais aussi et surtout mon parcours en entreprise me permettent d'être crédible et légitime et, à tout le moins, de me ressentir comme telle et par là même de créer et d'installer la confiance des parties prenantes de la médiation, vis-à-vis des magistrats prescripteurs, des avocats avec lesquels le débat juridique est possible, des parties/justiciables ou médiés qui se sentent entendus car ils perçoivent que l'environnement professionnel et les réalités de l'entreprise sont connus et partagés par le médiateur. Il existe une kyrielle de situations de travail qui fonde l'expérience de ces réalités de l'entreprise d'aujourd'hui et des relations professionnelles.

#### Se centrer sur la relation et l'écoute

Comprendre rapidement les enjeux, les impératifs et les contraintes de l'entreprise mais aussi son organisation, les métiers et leur transformation, les codes et les cultures d'entreprise favorise cette mise en confiance par ce tiers neutre. Neutre, parce que si j'ai été investie du rôle de représentante de Direction, il n'en demeure pas moins que je suis restée une collaboratrice intégrée à une organisation. Dans le contentieux du travail, il y a ce qui relève de la réglementation et ce qui relève de la relation. Et parce que je suis dans un domaine connu, je peux me centrer davantage sur la relation et moins sur le litige. Ce que l'on fait valoir devant la Justice ce sont précisément les éléments de fait qui ont trouvé une traduction juridique et qui seront appréciés en droit et strictement en droit. Le combat judiciaire avec la confrontation des arguments est rude. Au cours des plaidoiries, il faut aller à l'essentiel, vite et fort, c'est souvent violent à vivre pour les parties qui sont présentes. Alors que justement, en médiation on peut prendre le temps de discuter, de s'expliquer et de traiter ce qui n'aura pas trouvé sa place dans le dossier juridique et/ou dans le parcours judiciaire, ce qui constitue souvent la partie immergée de l'iceberg. Je constate toujours que ce dont ont besoin les parties elles-mêmes c'est d'abord et avant tout d'être écoutées... avec patience. D'ailleurs souvent, je remarque que ce qui est échangé en séance de médiation peut être parfois éloigné de ce qui a été plaidé, comme s'il s'agissait d'une autre histoire. « Il y a le dessus du litige et les dessous de l'affaire ». Les parties sont invitées à faire part de « leur » vérité par nature subjective. Je leur dis souvent que même si elles feront le choix de revenir à des faits qu'elles considéreront objectifs, en sélectionner certains et en laisser d'autres de côté, c'est aussi être subjectif. C'est bien sur cette lecture croisée des événements qu'il est intéressant d'échanger dans la confidentialité des discussions. En tout état de cause, ce sont toujours les parties elles-mêmes qui savent infiniment mieux ce qui s'est passé pour en arriver là, au contentieux.

Mais, cette compréhension de ce qui a pu se jouer, issue de la force de l'expérimentation, est de mon point de vue indispensable à trois moments clés :

- dans un premier temps pour « donner envie » de recourir au processus de médiation, pour convaincre les parties elles-mêmes de l'opportunité de résoudre autrement leur différend par la voie de la médiation, car il s'agit d'une démarche qui implique et responsabilise, mais qui libère.

- dans un deuxième temps pour accompagner la discussion vers ce qui est vraiment important pour chacun. En tant que médiateur, je suis sans aucun doute plus précise dans ma reformulation, plus pertinente dans mon questionnement. Mon empathie est plus immédiate encore. L'appréhension des situations est plus rapide.

- puis pour finir pour œuvrer à l'émergence d'une solution équilibrée et mutuellement satisfaisante qui aura été pesée et choisie par les parties.

Ce tiers indépendant, neutre vis-à-vis de la situation, impartial vis-à-vis des parties (ou plutôt multi-partial, comme je le dis souvent), garant du cadre du processus de médiation et familier du monde de l'entreprise intervient en complémentarité avec les avocats.

Mes connaissances juridiques me permettent de discuter sans complexe avec les Conseils et d'apprécier avec eux leur risque. Mes connaissances de l'intérieur et des rouages du monde de l'entreprise permettent de poser un autre regard sur ce qui s'est noué autour du litige. C'est un atout dans la recherche du point d'équilibre acceptable et décidé par les parties qui restent maîtres évidemment de leur solution. Pour terminer, pour le clin d'œil, un des sujets du bac de Philo de cette année m'a semblé avoir quelques résonances avec ce que je viens d'exposer. Le sujet est le suivant : « Eprouver l'injustice, est-ce nécessaire pour savoir ce qui est juste ? ». Cela nous renvoie sans doute chacun à notre humanité. Enfin, le projet de loi de programmation 2018-2022 et de la réforme pour la Justice veut remettre le justiciable au centre, en favorisant la proximité. Alors, on est bien au cœur du sujet avec la médiation !

### UNE UNITÉ ET UN PÔLE TRANSVERSAL DE MÉDIATION

#### INNOVATIONS ET EXPERIMENTATIONS À LA COUR D'APPEL DE PAU



**PHILIPPE BERTRAND**

Président de chambre honoraire, coordonnateur de médiation, Cour d'appel de Pau

Si la loi du 8 février 1995 institue la conciliation et la médiation judiciaires (chapitre 1er du Titre II sur les dispositions de procédure civile), en tant que donner une définition (article 21), cette loi relative à "l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative" ne donne pourtant aucune indication sur l'organisation de la médiation. C'est seulement quinze années plus tard que le décret du 1er octobre 2010 prévoit la désignation d'un magistrat coordonnateur dans chaque cour d'appel.

Le choix de la coordination au niveau de la cour d'appel est-il pertinent, à l'heure des réformes sur l'organisation territoriale de la justice ? Comment mettre en place une coordination qui favorise le développement de la médiation tout en respectant son essence ? L'exemple de l'Unité de Médiation Judiciaire de la cour d'appel de Pau peut constituer un élément de réponse.

Mais le constat partagé du faible développement de la médiation malgré les initiatives prises localement, nécessite d'explorer d'autres types d'organisation dans l'institution judiciaire, et au niveau qui paraît le plus efficient, celui de la juridiction : il sera fait référence à la création (en cours) d'un pôle transversal de médiation, toujours à la cour d'appel de Pau.

#### COORDONNER AU NIVEAU DU TERRITOIRE DE LA COUR D'APPEL

Le décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010 prévoit donc que, dans le ressort de chaque cour d'appel, un conseiller est désigné par le premier président, "chargé de suivre l'activité des conciliateurs de justice et des médiateurs et de coordonner leur action dans le ressort de la cour d'appel"; dès lors la légitimité d'une coordination de la médiation au niveau du territoire de chaque cour d'appel ne devrait pas se poser.

Si chaque cour d'appel est dotée d'un magistrat coordonnateur, selon des modalités diverses (il s'agit indifféremment d'un conseiller, ou d'un président de chambre, en activité ou honoraire, voire de deux magistrats, l'un chargé de la conciliation, l'autre de la médiation) ces magistrats bénéficient depuis 2014 d'une session de formation qui leur est spécialement dédiée dans le cadre de l'École nationale de la magistrature (ENM).

Par ailleurs le ressort de la cour d'appel représente toujours chez les acteurs judiciaires une identité forte, que ce soit pour les magistrats, les avocats et les autres juristes ; l'identification à ce territoire paraît partagée, notamment en province, par les médiateurs et leurs associations locales, souvent créées dans ce cadre.

Par contre la coordination de la médiation au niveau national peine à se mettre en place : le ministère de la justice n'a créé un bureau dédié (partiellement) à la médiation que très récemment<sup>1</sup>; les différentes associations nationales de médiateurs tentent cependant, au travers d'une plateforme commune, de se constituer en interlocuteur crédible, en particulier au sujet de la constitution des listes de médiateurs. Ces listes de médiateurs, créées par l'article 8 de la loi du 18 novembre 2016 dite J21, dont les conditions d'établissement ont été précisées par décret

du 9 octobre 2017, sont et seront dressées en 2018 dans chaque cour d'appel, ce qui renforce d'autant la coordination à ce niveau (des échanges sont prévus entre les magistrats coordonnateurs de médiation, chargés d'instruire les candidatures de médiateurs, dans l'hypothèse de candidatures dans plusieurs cours d'appel). Si l'on veut bien considérer que cette coordination ressort de la mission du magistrat désigné à cette fin et dans le territoire de chaque cour d'appel, les modes amiables et en particulier la médiation sont par essence des modes de résolution des litiges participatifs, avec l'introduction d'un tiers, le médiateur, qui intervient avec les acteurs traditionnels du procès, juge et avocat, et avec l'accord des parties, selon un processus structuré.

Par conséquent le rôle ou la "posture" du magistrat coordonnateur consiste à faire en sorte que tous les acteurs de la médiation puissent, dans un territoire donné, participer au développement de ce mode amiable sans attitude ou prétention de monopole; le fait que ce soit un magistrat, neutre et indépendant, lui confère une légitimité.



LE RESSORT DE LA COUR D'APPEL REPRÉSENTE TOUJOURS CHEZ LES ACTEURS JUDICIAIRES UNE IDENTITÉ FORTE



L'Unité de Médiation Judiciaire de la cour d'appel de Pau a été créée en mai 2015 pour répondre à cet objectif participatif ; toutefois il est important de préciser que sa création a suivi et s'est inscrite dans le cadre d'une pratique et d'une expérimentation de plus de quatre ans, conduite sans élaboration préalable d'un protocole. En effet depuis mars 2011 la chambre commerciale de cette cour d'appel avait élaboré un processus original et structuré de mise en oeuvre de la médiation, qui avait été progressivement adopté par d'autres chambres et dans certains tribunaux de grande instance, créant ainsi une dynamique propre à la cour d'appel dans son ensemble.

La convention signée le 4 mai 2015 procède de cette expérimentation qu'elle formalise, selon des objectifs dont les principaux sont déclinés comme suit :

- 1- Constituer un lieu (neutre) d'information, d'échanges et de réflexion sur les pratiques entre les différents acteurs
- 2- Développer une information claire et impartiale sur l'offre de médiation
- 3- Élaborer un référentiel sur l'office du juge prescripteur (le processus)
- 4- Proposer une liste de médiateurs agréés
- 5- Proposer des formations régionales adaptées
- 6- Définir des règles déontologiques et d'éthique
- 7- Mettre en place des outils d'évaluation

<sup>2</sup> La convention est consultable sur le site intranet de la cour d'appel de Pau.

La composition et l'organisation de cette UMJ reflètent bien le caractère participatif de ce mode amiable<sup>2</sup>: toutes les juridictions du ressort en sont membres, de même que les cinq barreaux du ressort, les notaires et les huissiers de justice dans leur représentation régionale, et six associations de médiateurs; en outre deux membres sont associés, l'université de Pau et (plus récemment) le tribunal administratif de Pau. Un comité de pilotage, composé par un représentant de chacun des membres, est chargé d'animer l'UMJ, par le magistrat coordonnateur.

Les réalisations de l'Unité de Médiation Judiciaire sur trois années sont en particulier les suivantes :

- sans aucun doute, mais sans qu'il soit possible de vraiment le mesurer l'Unité de Médiation Judiciaire a participé à la création d'une identité commune et partagée dans le territoire de la cour d'appel : la médiation, qui à l'origine (en 2011 expérimentation de la chambre commerciale) rencontrait de multiples résistances, en particulier chez les avocats, ou une incompréhension quasi totale, notamment chez les magistrats, fait désormais consensus, sept ans plus tard.
- c'est dans le cadre de l'UMJ qu'a été élaborée, après un travail de réflexion et de concertation tout à fait important, la liste officielle des médiateurs en 2017
- si les dispositions applicables ne permettaient pas d'élaborer la liste officielle de l'année 2018 selon les mêmes modalités, les travaux de l'UMJ ont servi d'appui à l'instruction de ces demandes.

Enfin l'UMJ dans ses différentes composantes a suscité ou participé à la création de deux formations régionales : l'une de formation de médiateurs dans le cadre de l'université de Pau (DU des modes amiables), l'autre pluridisciplinaire sur la prescription et/ou l'accompagnement en médiation. Si la première formation obéit à un format et à un contenu assez classique dans le cadre de l'université, la deuxième formation est originale et sans doute porteuse d'avenir en ce qu'elle s'adresse, ensemble et en commun, aux différents acteurs que sont les magistrats prescripteurs, les avocats et autres juristes (notaires et huissiers) qui accompagnent leurs clients en médiation ; la session qui s'est achevée au premier semestre 2018 démontre que cet objectif a été atteint, par la qualité des échanges entre ces acteurs.

### EXPLORER D'AUTRES FORMES D'ORGANISATION

Le constat général du faible développement de la médiation, au plan national comme localement, est partagé malgré l'insuffisance ou même l'inexistence de statistiques fiables et/ou de tableaux de bord.

Le processus structuré qui a été mis en place depuis 2011 dans une chambre de la cour d'appel de Pau (chambre commerciale), adopté dans d'autres chambres et en première instance, est positif en ce que près de 90 % des parties répondent à la proposition de médiation après sélection des affaires éligibles, 40 % de ces affaires sélectionnées donnent lieu à l'accord de toutes les parties.

Cependant ce processus suscite des interrogations et comporte des limites :

- il suppose un investissement important en temps en particulier dans la phase du recueil de l'adhésion des parties
- il n'existe pas de règles suffisamment précises quant au processus de médiation lui-même
- en réalité le rapport entre l'investissement que cela représente et les

résultats (en nombre de médiations ordonnées) est relativement faible: tout au plus 10 % du contentieux est résolu par la médiation, dans les conditions les plus favorables.

Le turn-over des magistrats prescripteurs de médiation, par suite de leurs fréquentes mutations, constitue une difficulté objective pour mettre en place un processus et des pratiques pérennes, et oblige les autres acteurs, avocats et médiateurs en particulier, à se positionner lors de chaque changement d'interlocuteur, en fonction de l'intérêt que celui-ci manifeste ou non sur la médiation, alors que la mise en oeuvre de ce mode amiable suppose du temps et de la confiance. Les différences et l'hétérogénéité des pratiques entre les services, les chambres et les contentieux sur le processus de médiation, qui existent même au sein d'une seule et même juridiction, constituent autant de difficultés qui insécurisent les acteurs ; c'est par exemple le cas de la provision (sur les honoraires du médiateur) et de la taxation du coût de la médiation, de l'articulation des délais de procédure avec la décision de médiation, des modalités du choix et de la désignation du médiateur, du suivi de la médiation, de l'homologation de l'accord.

Les moyens et les objectifs pour remédier à ces difficultés pourraient être les suivants :

- impulser une dynamique de juridiction (dans le cadre du projet de juridiction?)
- pérenniser le processus en harmonisant les pratiques (choix du médiateur - consignation - suivi - renouvellement - homologation)
- donner ou restaurer la confiance des acteurs
- mettre en place des outils d'évaluation fiables au niveau d'une juridiction
- élargir à l'ensemble des modes amiables

Dès lors que la cour d'appel de Pau en tant que juridiction disposait d'une expérience et d'une pratique de la médiation dans plusieurs chambres, et donc dans les différents contentieux civil, commercial, social et familial, il est apparu intéressant d'y expérimenter un pôle transversal de médiation, qui aurait vocation à mettre en oeuvre l'ensemble du processus jusqu'à son terme.

Le terme de la mesure de médiation (et donc de la "compétence" du pôle) a été assez facile à déterminer : si les parties parviennent à un accord (75 % des affaires en moyenne), le désistement pourrait être acté par le pôle médiation; dans l'hypothèse d'une demande d'homologation, le pôle pourrait également y satisfaire, dès lors qu'il s'agit d'affaires gracieuses, avec l'avantage de dégager une ligne jurisprudentielle commune et donc cohérente; si les parties ne parviennent pas à un accord, mais seulement dans ce cas (25% en moyenne), l'affaire revient à la chambre saisie à l'origine.

Par contre la "compétence" du pôle médiation est apparue plus délicate à définir pour les entrées, c'est-à-dire la sélection des affaires éligibles à la médiation. Dès lors qu'il était impossible pour le pôle médiation d'appréhender et donc de sélectionner toutes les affaires de quatre chambres (plus de 3.300 affaires nouvelles pour les quatre chambres concernées, sans considérer le stock des affaires en cours), que chaque chambre disposait de la meilleure connaissance de son contentieux et donc de l'éligibilité à la médiation, une répartition entre chaque chambre

et le pôle médiation a été proposée, sur la base du fonctionnement de la chambre sociale.

Dans cette chambre les affaires éligibles sont sélectionnées par le magistrat coordonnateur, sur la base d'une transmission électronique d'une fiche de synthèse établie par les magistrats, chaque quinzaine, sur un site dédié.

Cette organisation, qui a démontré son efficacité, devrait être élargie à l'ensemble des autres chambres : à partir des fiches de synthèse le pôle médiation programme les réunions d'information collectives, à raison de 15 à 20 affaires par réunion, trois fois par mois, tous contentieux confondus, soit environ 50/60 affaires sélectionnées/mois. Le choix et la désignation des médiateurs, comme le suivi des médiations ordonnées, serait assuré par le pôle médiation, qui offrirait également deux services à disposition des autres chambres : la tenue et l'analyse de tableaux de bord et d'outils statistiques (qui existent déjà) ; l'organisation des permanences d'injonction de rencontrer un médiateur, qui sont prévues par la loi de programmation. En l'état les moyens de ce pôle transversal sont constitués par une équipe composée du magistrat coordonnateur, d'un greffier détaché à temps plein et d'un juriste assistant à temps partiel, avec une utilisation maximale des outils informatiques.

La création de ce pôle médiation a fait l'objet de discussions et de rencontres entre le premier président, les (quatre) présidents des chambres concernées et le magistrat coordonnateur, lors du premier semestre 2018, avec les objectifs suivants : harmoniser le processus de médiation et les pratiques ; alléger la charge que cela représente pour les quatre chambres ; parvenir à sélectionner 600 affaires/an, tous contentieux confondus, soit environ 18% des affaires nouvelles. Si le principe de cette création a été entériné par une assemblée générale des magistrats du siège (juin 2018), avec mise en oeuvre à partir de novembre 2018, il subsiste en réalité des résistances et des freins, qui peuvent être résumés comme suit :

- le niveau de connaissance et d'implication reste très différent selon les chambres concernées ; il y aura nécessité de faire oeuvre de "pédagogie", tout en inscrivant la création du pôle médiation dans l'organisation des services
- l'articulation entre les contraintes liées à la procédure d'appel (délais Magendie) et le processus contractuel de la médiation constitue une difficulté qui est souvent opposée par les présidents de chambre et qui nécessitera une attention particulière du pôle médiation

Enfin et surtout, alors que nombre de magistrats adoptent à l'égard de la médiation une position attentiste ou de neutralité, la crainte d'une "dépossession" d'une partie du contentieux au profit du pôle amiable s'est exprimée clairement, alors qu'il s'agit d'une offre de service et d'un outil supplémentaire à leur disposition, que l'on ne devrait donc pas opposer règlement contentieux d'une affaire et résolution amiable par la médiation. D'autres magistrats, plus favorables à la médiation et de fait prescripteurs, ont exprimé leur volonté de tout maîtriser y compris la sélection des affaires éligibles, le choix du médiateur, le coût de la médiation.

Par conséquent si la création de ce pôle transversal a été décidée en son principe, les modalités de mise en oeuvre vont nécessiter des échanges "participatifs" entre les différentes chambres et le pôle médiation.

“

**LA CRÉATION D'UNE STRUCTURE SOUPLE DE TYPE PARTICIPATIF COMME L'UNITÉ DE MÉDIATION JUDICIAIRE, FORMÉE ET REPRÉSENTÉE PAR L'ENSEMBLE DES ACTEURS LOCAUX DU PROCESSUS DE MÉDIATION, CONSTITUE UN OUTIL EFFICACE**

”

En conclusion, l'organisation et l'animation de la médiation dans l'institution judiciaire sont essentiellement mises en oeuvre dans le territoire de chaque cour d'appel par un magistrat coordonnateur ; la création d'une structure souple de type participatif comme l'Unité de Médiation Judiciaire, formée et représentée par l'ensemble des acteurs locaux du processus de médiation, constitue un outil efficace qui favorise et participe d'une identité et d'une culture commune. D'autres formes d'organisation sont à explorer, pour assurer la pérennité du processus de médiation, harmoniser les pratiques, instaurer la confiance des différents acteurs, et probablement au niveau de chaque juridiction : c'est le projet de création d'un pôle "transversal" de médiation.

### LA NÉCESSAIRE STRUCTURATION DE L'OFFRE DE MÉDIATION



#### SÉGOLÈNE PASQUIER

Magistrat, Adjointe au Chef du bureau de l'accès au droit et de la médiation, Service de l'accès au droit et à la justice et de l'aide aux victimes (SADJAV)

photo © C.Montagné/DICOM/MJ

Qu'est-ce que le bureau de l'accès au droit et de la médiation ?

Depuis la réforme du secrétariat général de mai 2017, qui a adjoint la médiation à son intitulé de « bureau de l'accès au droit », en sus des actions en lien avec la médiation familiale et les espaces de rencontre, le bureau de l'accès au droit et de la médiation (BADM) a aussi pour mission de coordonner la médiation au sein du Ministère de la justice. Il porte toutes les réflexions relatives à la médiation civile, même s'il travaille en étroite collaboration avec les bureaux de la Direction des affaires civiles et du sceau (DACS) et de la Direction des services judiciaires (DSJ) qui traitent des modes alternatifs de règlement des différends (MARD). Le BADM est bien identifié par les médiateurs individuels ou leurs représentants (fédérations ou associations). Il participe aux instances nationales ayant trait à la médiation, notamment s'agissant de la médiation familiale, en lien avec la CNAF, la Direction générale de la cohésion sociale (DGCS) et les principales fédérations. Il rencontre régulièrement les représentants de professions juridiques et judiciaires réglementées qui ont également fortement encouragé leurs pairs à se former à la médiation ou à l'accompagnement de leurs clients dans de tels processus.

Le BADM a notamment été chargé de participer à la rédaction du décret d'application de l'article 8 de la Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 modifiant l'article 22-1 A de la loi n°95-125 du 8 février 1995 qui prévoit désormais qu'il est établi une liste de médiateurs par cour d'appel pour l'information des juges. Certaines limites sont toutefois à prendre en compte. D'une part, non seulement la pratique des mesures de médiation ne constitue pas une profession réglementée mais d'autre part la commande ne prévoyait pas de réglementer cette pratique.

Il est également d'ores et déjà rappelé que seul le diplôme d'État de médiateur familial (DEMF), créé en 2003 et codifié aux articles R 451-66 à R 451-72 du code de l'action sociale et de familles, précise les conditions d'obtention du diplôme en matière de médiation familiale, et que c'est à ce titre qu'il est exigé, notamment dans le cadre du référentiel national de la médiation familiale, révisé en 2018, pour permettre aux médiateurs familiaux exerçant dans des associations conventionnées avec la Caisse nationale des allocations familiales (CNAF) de percevoir des subventions au titre de prestations de service. Pour les autres types de médiation, de nombreuses formations existent mais, en l'état actuel de notre réglementation, aucun diplôme en particulier ne peut être exigé, ni de minimum en matière de contenu formation. En matière de formation des magistrats, pour les sensibiliser aux MARD et les encourager à y avoir recours, un module a été intégré à l'École nationale de la magistrature en formation initiale, et le BADM participe, autant que faire se peut, aux sessions de formation continue qui les évoquent.

#### CONSTITUER DES LISTES DE MÉDIATEURS

Le décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel qui prévoit les modalités d'établissement de ces listes a vu sa publication, prévue dans les 6 mois qui suivaient la loi J21 du 18 novembre 2016, retardée à cause des échéances électorales. Il a été suivi d'une dépêche le 9 février 2018 expliquant aux magistrats coordinateurs de la médiation et de la conciliation, désignés par chaque président de cour d'appel (MCMC), comment constituer les listes. Des trames pour les candidatures l'accompagnaient. Le SADJAV tient à jour la liste de ces conseillers, leur apporte son soutien et répond à leurs questions par l'intermédiaire d'une liste de discussion privée qui leur est dédiée. Si certaines cours d'appel ont déjà publié leur liste<sup>1</sup>, d'autres le feront avant la fin de cette année 2018. Ces listes doivent être approuvées par les assemblées générales des magistrats du siège des cours d'appel qui se tiennent traditionnellement en novembre. Les listes sont publiées sur les sites intranet ou internet des cours d'appel, pour celles qui en disposent. Les liens hypertexte menant à ces listes seront également publiés sur les pages dédiées du site [www.justice.fr](http://www.justice.fr)

Il importe pour le ministère d'avoir une vision globale de la médiation, de ses pratiques, de ses formations, etc. Comme ce n'est pas une profession réglementée, et que les médiateurs font le choix, ou pas, de se regrouper au sein d'associations ou de fédérations mais sans exclusivité, il est très

<sup>1</sup> Au 28 août 2018, six cours d'appel (Bastia, Besançon, Fort-de-France, Lyon, Reims, Rennes) ont publié leurs listes, ce qui représente 300 médiateurs inscrits, personnes physiques et morales confondues. Le nombre de médiateurs inscrits peut être très différent entre les cours d'appel. Par exemple, la cour d'appel de Bastia compte seulement 3 inscrits en matière civile, sociale et commerciale alors que la cour d'appel de Lyon compte 96 médiateurs inscrits, tous domaines confondus.

difficile aujourd'hui d'annoncer le nombre de médiateurs susceptibles d'exercer une médiation en France. Dans une intervention précédente de cette journée, il a été indiqué que 63% des médiateurs se revendiquaient d'une association. Or, on constate que certains sont adhérents de plusieurs associations. Dès lors, pour dénombrer les médiateurs, on ne peut se contenter d'additionner les adhérents des associations qui ont choisi de se faire connaître. Là où nous nous attendions à des milliers de candidatures de médiateurs il semblerait que même la cour d'appel de Paris n'ait reçu à ce jour que quelques centaines de candidatures.

Dans le cadre de l'accroissement des mesures visant à encourager le recours aux MARD, notamment dans le projet de loi justice, il est important de savoir si l'offre de médiation sera suffisante pour répondre à la demande.

“

IL IMPORTE POUR LE MINISTÈRE D'AVOIR UNE VISION GLOBALE DE LA MÉDIATION, DE SES PRATIQUES, DE SES FORMATIONS, ETC

”

Il n'est pas question non plus de prévoir dans les listes une nomenclature comme dans les listes des experts. La question de la spécialisation de la médiation n'a pas été occultée même si certains la posent : pour être « bon », un médiateur, maître des techniques acquises qui visent à faire surgir l'accord ou en tout cas à renouer le dialogue, a-t-il besoin d'être expert dans un domaine pour prétendre s'y présenter ? Il n'appartient pas, pour l'instant, au ministère de fixer cette technicité. À tout le moins, il nous a paru opportun de permettre, par analogie avec les contentieux traités par les différentes chambres de cours d'appel, de permettre aux médiateurs de déclarer, à leur choix, une spécificité dans le domaine civil, social ou commercial. Une rubrique spéciale est prévue pour ceux qui déclarent pratiquer la médiation en matière familiale.

### VERS UNE CONFÉRENCE NATIONALE DE LA MÉDIATION ?

Si la médiation trouve à s'exercer au sein de type de structures très différentes (exercice libéral, salariat, au sein d'associations, conventionnées ou non) pour autant, et à la différence de la conciliation, elle est une activité qui doit être rétribuée. Les tarifs sont libres. C'est également une différence avec la médiation à la consommation qui, codifiée aux articles L. 151-1 et suivants du Code de la consommation, depuis l'Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, prévoit un recours gratuit à un médiateur pour un consommateur ayant un différend avec un professionnel qui lui a vendu un produit ou fourni un service. Il ne nous semblait pas opportun d'énoncer ces tarifs sur les listes. Le décret n°91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique modifié en 2017 prévoit la rétribution pour les médiateurs intervenant au titre de l'aide juridictionnelle à hauteur de 256 euros pour une partie et 512 euros au maximum pour deux.

La certification, enfin, envisagée par l'article 3 de la loi de programmation de justice qui sera examinée au parlement à l'automne 2018, vise spécifiquement les plateformes de médiation en ligne, dont l'appellation recouvre de nombreuses pratiques. Des réserves ont d'ores et déjà été prises en compte lors de l'élaboration du texte quant aux algorithmes, à la prise en charge en présentiel ou automatisée, etc. Il faut également tenir compte du Règlement général sur la protection des données personnelles (RGPD).

Il convient d'insister sur l'importance de la formation continue. Il a pu y avoir des refus d'inscription pour des candidats titulaires d'un diplôme mais ne pouvant justifier d'une pratique régulière et récente de la médiation. L'article 9 du décret prévoit que la décision de refus d'inscription ou de radiation puisse donner lieu à un recours devant la Cour de cassation.

Le ministère entend les appels à la constitution de ce qui pourrait être une conférence nationale de la médiation. Celle-ci regrouperait, autour d'une même instance, les représentants des professionnels, usagers et personnes qualifiées. Elle aurait pour objet, notamment, de recenser et évaluer des pratiques dans les différents champs de la médiation, de formuler des propositions en vue de labelliser les formations à la médiation existantes et les associations de médiateurs. Sa mission serait surtout d'élaborer un Code national de déontologie de la médiation auquel tous se réfèreraient.

Ainsi, nous pouvons conclure à la structuration nécessaire de cette offre de médiation.

“

DANS LE CADRE DE L'ACCROISSEMENT DES MESURES VISANT À ENCOURAGER LE RECOURS AUX MARD, IL EST IMPORTANT DE SAVOIR SI L'OFFRE DE MÉDIATION SERA SUFFISANTE POUR RÉPONDRE À LA DEMANDE

”

L'information relative aux modes alternatifs de règlement des différends est régulièrement actualisée sur le site [www.justice.fr](http://www.justice.fr) dans l'onglet « régler ses litiges autrement » <https://www.justice.fr/régler-vos-litiges-autrement>



**THOMAS CLAY**

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1

Avant de systématiser la médiation, il n'est pas inutile de tenter d'en faire l'évaluation. Celle-ci est double, à la fois quantitative et qualitative. Et le résultat est lui aussi double puisqu'il est aussi décevant quantitativement que satisfaisant qualitativement. Il est d'ailleurs étonnant que, au rebours des lois naturelles classiques, la qualité ne rejaillisse pas davantage sur la quantité.

Force est pourtant de constater que, depuis plus de vingt ans, les pouvoirs publics n'ont pas ménagé leurs efforts pour promouvoir la médiation. Ainsi par un mouvement continu, dépassant les majorités politiques différentes, la médiation n'a cessé d'être renforcée, affermie et améliorée. Certes, cette faveur pour la médiation n'a pas toujours été motivée par de bonnes raisons. Elle ne doit en effet rien à ses qualités intrinsèques ou à cette autre manière de résoudre les litiges qu'elle incarne, mais plutôt au fait qu'elle a été perçue et promue comme une solution pour éviter l'asphyxie de l'institution judiciaire, comme une manière de déjudiciariser, bref comme une source d'économies d'échelle. L'intérêt qui lui est porté tient donc principalement à des considérations comptables. Il n'empêche que le fait est là : la médiation n'a cessé de se développer sur le plan juridique au point d'offrir aujourd'hui un dispositif complet, homogène et prêt à l'emploi. Mieux : la formation à la médiation s'est généralisée et améliorée. Les organismes formateurs, plus ou moins sérieux d'ailleurs, se sont multipliés au point qu'ils seront bientôt plus nombreux que les médiations elles-mêmes. Bref, l'acclimatation à la médiation a eu lieu, et la réglementation est opérationnelle.

“

AVANT DE SYSTEMATISER LA MEDIATION, IL N'EST PAS INUTILE DE TENTER D'EN FAIRE L'EVALUATION

”

Dès lors pourquoi, puisque tout est en place, le recours à la médiation reste si rare ? Et d'ailleurs, sait-on quelle est la réalité de cette pratique ? Au-delà de la polysémie du mot et de la variété des modèles de médiation, quelle est l'effectivité contemporaine du phénomène ?

C'est la question de l'évaluation de la médiation, qui fait l'objet de la première partie des développements qui suivent. On verra que l'analyse statistique n'est pas encore au point et que l'approche sociologique n'est encore que partielle. Reste alors l'enquête à partir du terrain et, sur ce point, l'expérience de la médiation obligatoire actuellement menée dans dix TGI, dont celui de Pontoise racontée ici, livre un certain nombre d'enseignements précieux, notamment quant à la question de la médiation obligatoire.

Cela permet d'en venir à la seconde question : faut-il la rendre obligatoire ? Sur ce point, les avis divergent, même si les trois intervenants qui s'expriment dans les pages qui suivent, à l'instar de la doctrine majoritaire, y sont défavorables, parfois résolument au motif, notamment, qu'il n'y aurait de médiation que réellement voulue. Il est vrai que cet argument a de quoi convaincre. Mais il est vrai aussi que sans transformation profonde des pratiques et des réflexes, le recours à la médiation pourrait rester lettre morte. Ne faut-il pas, dès lors, en passer par une période transitoire où le recours à la médiation serait obligatoire en première instance, le temps d'acclimater les praticiens et de la faire entrer dans les mœurs ? Après quoi, elle redeviendrait facultative et les parties auraient alors le choix, en pleine connaissance de cause, et en fonction de leurs expériences antérieures, d'y recourir ou non ?

C'est le sens du projet de loi de programmation et d'efficacité de la justice actuellement en discussion. Il envisage en effet de contraindre à tenter la médiation en première instance. On y verra au choix une prolongation du décret du 11 mars 2015 qui énonçait déjà la règle mais sans prévoir de sanction, ou l'élargissement de la loi dite « Justice du 21e siècle » qui a imposé la conciliation préalable obligatoire devant le juge d'instance lorsqu'il est saisi par déclaration au greffe, ou encore la généralisation de la procédure prud'homale dont il serait pourtant avantageux de ne s'inspirer qu'avec parcimonie.

On y verra en tous les cas un motif de débats et de discussions passionnés et passionnants, comme, au fond, dans n'importe quelle médiation.

“

NE FAUT-IL PAS EN PASSER PAR UNE PERIODE TRANSITOIRE OU LE RECOURS A LA MEDIATION SERAIT OBLIGATOIRE EN PREMIERE INSTANCE, LE TEMPS D'ACCLIMATER LES PRATICIENS ET DE LA FAIRE ENTRER DANS LES MŒURS ?

”

# LES ENQUÊTES NATIONALES QUANTITATIVES AUPRÈS DES JURIDICTIONS

## EMMANUEL CAICEDO

Responsable de la section « domaine civil » au bureau des dispositifs statistiques, des études et de la diffusion, Sous-direction des statistiques et des études (SDSE), Ministère de la Justice

Mon intervention porte sur les aspects quantitatifs d'une évaluation et, plus précisément, sur les pré-requis de mesure quantitative pour une évaluation. Je vais présenter et décrire les outils quantitatifs de mesure que nous avons mis en place pour évaluer l'expérimentation de tentative de médiation familiale préalable obligatoire, c'est-à-dire l'obligation de passer par une phase de médiation avant de saisir le Juge aux affaires familiales (JAF) en TGI pour des questions de modification des clauses des séparations concernant les enfants : garde et droit de visite le cas échéant, pension alimentaire, contribution à l'entretien de l'enfant, etc. Il s'agit d'une expérimentation qui se déroule sur trois ans dans une dizaine de TGI sur les quelque 170 que compte la France. Elle est portée par le Service de l'accès au droit et à la justice et de l'aide aux victimes (SADJAV).

### UNE SAISINE EN AMONT

La SDSE a été sollicitée très en amont de la mise en place de cette expérimentation par le SADJAV pour le volet d'évaluation quantitative. Cela mérite d'être souligné, car malgré le mouvement général d'évaluation de la législation que l'on peut dater de la réforme constitutionnelle du 26 juillet 2008, les différents services statistiques ministériels sont souvent sollicités après la mise en place de ces expérimentations ou de ces réformes pour fournir des éléments de mesure permettant de réaliser des évaluations. Il est alors demandé au service de quantifier des phénomènes potentiellement liés aux réformes par des indicateurs que les systèmes d'information ne permettent pas de mesurer. Il s'agit là d'un obstacle rédhibitoire car, en amont de l'évaluation, il y a forcément la mesure. Grâce à une saisine précoce, dans ce cas précis, nous avons pu réfléchir aux modifications à porter au système d'information issu des logiciels de gestion des procédures civiles en TGI et se donner les moyens d'une mesure quantitative adaptée (voir annexes) et remplir ainsi ce premier pré-requis à une évaluation quantitative.

### DES INFORMATIONS SOCIO-ÉCONOMIQUES

Je voudrais ensuite insister sur la pauvreté du système d'observation du Ministère de la justice. Celui-ci est historiquement très centré sur la mesure de l'activité des juridictions (autant dire du contrôle de gestion) et très peu orienté sur le justiciable, ses besoins, la qualité du service rendu par la justice, la pérennité des décisions, etc.

Ainsi, le système d'information permanent basé sur les logiciels de gestion des juridictions permet d'identifier :

- l'existence d'une saisine, codée en fonction de l'instruction et de la

procédure à laquelle elle va donner lieu,

- l'existence d'une fin d'instance, qui permet d'identifier les fins d'instance sans décision au fond (jonction, dessaisissement géographique, caducité...)
- incidemment, la durée du traitement de cette affaire.

Ces indicateurs de performance interne mettent en avant non pas la qualité de la décision et son adaptation à des réalités diverses mais uniquement la vitesse de traitement des demandes, et ce afin d'affecter au mieux les moyens humains du Ministère dans les différentes juridictions. Cela répond très mal à une autre mission de la statistique publique qui est celle de la description socio-économique des justiciables, voire de la valeur ajoutée ou de l'utilité sociale du service rendu, cette même observation qui permet dans un deuxième temps, d'évaluer des modifications législatives et leur impact, non plus interne sur le fonctionnement des juridictions mais externe, sur les « usagers ».

“ L'ÉVOLUTION DE LA COLLECTE STATISTIQUE À PARTIR DES OUTILS DE GESTION ET LA QUALITÉ DE LA SAISIE DE CERTAINS CHAMPS DANS CES LOGICIELS DANS LES JURIDICTIONS SONT DES OBJECTIFS ESSENTIELS À LA RÉALISATION D'ÉVALUATIONS PERTINENTES DES RÉFORMES LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES. ”

Si cette situation peut sembler naturelle en raison de l'inutilité de marqueurs socio-économiques dans le déroulé de la procédure juridique, voire normale en raison d'une justice égale pour tous, quelques points permettent de préciser la difficulté à faire de l'évaluation dans le cadre d'un tel paradigme. Le code postal des justiciables est saisi par les greffiers dans les logiciels de gestion pour des besoins de communication (convocations, notifications, etc.). Cette information est, de fait, d'une particulièrement bonne qualité, mais n'est pas remontée dans les chaînes statistiques. Or, dans le cas précis d'une demande post-divorce, on peut aisément faire l'hypothèse que la demande n'a pas la même nature si les deux parents vivent dans la même commune, à proximité de l'école des enfants, ou s'ils habitent à plusieurs centaines de kilomètres l'un de l'autre. Le code « nature d'affaire » lié à une instance (qui distingue uniquement les demandes selon que les parents ont été mariés ou en union libre), ne suffit vraisemblablement pas à segmenter correctement les différentes demandes post-divorce qui sont adressées aux juridictions. Le code postal de l'un et de l'autre serait une information supplémentaire utile, *a fortiori* dans le cadre de l'évaluation de l'expérimentation de Tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO).

Autre exemple, la date du divorce (le cas échéant) n'est pas une information saisie dans les logiciels de gestion. Or, le temps écoulé entre le divorce et la date de l'instance post-divorce peut être utilisé comme un marqueur de la conflictualité entre les parties et, incidemment, de la potentialité de la médiation pour trouver une solution adaptée à la situation particulière des parties. Il en va de même pour la date du mariage, qui n'a aucun impact sur la procédure. Or, la durée de vie commune entre les parents et la période passée à élever les enfants conjointement semble également un bon outil de segmentation des instances.

On peut imaginer que les Catégories socioprofessionnelles (CSP) et / ou le niveau d'éducation des parents, la scolarisation des enfants, les niveaux de revenu de l'une et l'autre partie, etc., sont aussi nécessaires à une meilleure identification des différentes instances post-divorce et permettraient de mieux appréhender la satisfaction des besoins des usagers-justiciables au-delà de la performance interne du circuit de médiation judiciaire. Sans aller jusqu'à transformer les outils de gestion des procédures en support d'enquêtes socio-économiques, il est évident que, pour l'ensemble des systèmes d'information et bien au-delà du seul cas de la TMFPO, l'évolution de la collecte statistique à partir des outils de gestion et la qualité de la saisie de certains champs dans ces logiciels dans les juridictions sont des objectifs essentiels à la réalisation d'évaluations pertinentes des réformes législatives et réglementaires.



L'ÉVALUATION QUANTITATIVE DE CETTE EXPÉRIMENTATION A NÉCESSITÉ UNE ADAPTATION DE L'OUTIL DE MESURE ET LE DÉTOURNEMENT D'UN OUTIL DE GESTION DE PROCÉDURE VERS UN OUTIL D'OBSERVATION



### INCLURE DES BESOINS EN OBSERVATION

Je souhaite également souligner l'importance des nomenclatures dans le cadre de la mesure des phénomènes et, incidemment, leur utilité à appréhender correctement les impacts de ces évolutions législatives et procédurales.

Les nomenclatures juridiques sont très souvent construites pour les seuls besoins « métier », en lien avec les besoins des procédures juridiques. Or, les nomenclatures constituent également les seules informations exploitables dans les fichiers statistiques et, incidemment, la seule source d'information quantitative disponible. Dans le cas de la mesure de l'expérimentation de TMFPO, il apparaît clairement le besoin d'inclure des besoins en observation dans la construction de ces nomenclatures.

Ainsi, l'expérimentation rend obligatoire le passage par une phase de médiation à peine d'irrecevabilité. Afin de mesurer le nombre de saisines subissant cette fin d'instance, il est nécessaire de distinguer ce motif des autres motifs d'irrecevabilité, même si leurs implications juridiques sont les mêmes. Dans le cadre de cette expérimentation, le code décision « 33G » a été créé pour exprimer l'irrecevabilité liée au non-respect de cette

obligation de tentative de médiation ; le code « 33A » irrecevabilité a été limité aux autres motifs d'irrecevabilité, afin de mesurer les effets propres de cette nouvelle obligation dans les juridictions concernées.

La nomenclature de natures d'affaires (NAC), c'est-à-dire la nomenclature des objets de demande associés à une procédure, a elle aussi été détaillée. Les affaires soumises à TMFPO dans le cadre de l'expérimentation relèvent de cinq natures d'affaire (NAC) :

- 22A : demande de modification de l'exercice de l'autorité parentale ou de la résidence habituelle des enfants mineurs
- 22C : demande de fixation ou de modification de la contribution à l'entretien des enfants
- 22E : demande de modification du droit de visite
- 24A : demande relative à la pension alimentaire des enfants mineurs nés hors mariage
- 27F : demande relative à l'exercice de l'autorité parentale, à la fixation de la résidence habituelle des enfants mineurs, ou au droit de visite, dans le cas de parents non mariés.

Pour autant, toutes les affaires de ces NAC ne sont pas soumises à la TMFPO : les premières demandes demandant à statuer sur ces natures d'affaire ne nécessitent pas de TMFPO avant saisine du JAF. Celles concernant les enfants majeurs non plus.

Par ailleurs, la médiation familiale, quoique devenue obligatoire dans les juridictions de l'expérimentation, est une pratique de règlement des différends déjà existante. Certaines saisines en TGI font suite à l'échec d'une médiation qui a été initiée de façon volontaire par les parties, en dehors de toute obligation légale.

L'intérêt de distinguer ces différents cas lors de l'arrivée d'une saisine en justice (demande non soumise à TMFPO et demande suite à un échec de médiation en dehors de l'obligation) est évident si l'on souhaite mesurer correctement les seuls effets de l'obligation imposée aux parties dans le cadre de l'expérimentation. C'est pourquoi ces 5 codes NAC ont également fait l'objet d'une ventilation selon l'origine de la médiation, le cas échéant.

### UN SCENARIO DE RÉFÉRENCE

Le dernier message porté par ma présentation, à l'usage d'autres évaluations quantitatives, est celui de l'importance du scénario de référence. En effet, comme déjà exprimé ci-dessus, la médiation familiale préexiste à l'expérimentation de TMFPO et les résultats des médiations volontaires ne doivent pas être imputés à l'expérimentation. Ainsi, la mesure d'une situation de référence où il existe déjà des médiations familiales préalables aux saisines du JAF doivent être prises en compte, dans le cadre de l'impact de cette obligation, pour mesurer le nombre de médiations supplémentaires tentées (et le coût induit) au regard de leur réussite (et de la diminution induite des saisines du JAF).

Pour cela, la nomenclature de NAC permettant de distinguer les différents cas de médiation préalables à la saisine a été étendue à d'autres juridictions - les juridictions témoins. À défaut de connaître la situation qui

a prévalu dans les juridictions expérimentales et qui aurait perduré après la mise en place de l'expérimentation, la mesure de la situation vis-à-vis de la médiation familiale dans d'autres juridictions permet d'estimer ce scénario de référence. L'identification fine des affaires dans les deux types de juridictions (expérimentales et témoins), sur la base des autres informations fournies par les systèmes d'information, permettra de dégager l'effet de la seule obligation de médiation, y compris au regard du désengorgement des tribunaux.

L'évaluation quantitative de cette expérimentation a donc nécessité une adaptation de l'outil de mesure et, en quelque sorte, le détournement d'un outil de gestion de procédure vers un outil d'observation. Il a demandé la prise en compte de besoins statistiques dans ces outils en coordination avec les autres besoins afin de pouvoir tirer des conclusions pertinentes sur l'intérêt ou pas de cette expérimentation, notamment en termes d'activité des juridictions.

#### QU'EST-CE QUE LA SOUS DIRECTION DES DES STATISTIQUES ET DES ÉTUDES ?

Rattachée au Secrétariat général du Ministère, la Sous-direction des statistiques et des études (SDSE) du Ministère de la justice est un service statistique ministériel (SSM). La SDSE conçoit, produit, valorise et diffuse l'information statistique du ministère de la Justice. Elle collabore avec les directions et services qui la sollicitent à la mise en place d'outils permettant d'observer des phénomènes particuliers ou d'estimer l'impact des évolutions législatives et leur apporte son expertise sur l'analyse et l'interprétation des données, sur les méthodologies d'enquête et sur l'organisation des systèmes d'information.

En savoir plus : <https://www.insee.fr/fr/information/1302192>

### COMMENT FAIRE EVALUER UNE EXPERIMENTATION LOCALE ?



**GWENOLA JOLY-COZ**

Présidente du Tribunal de grande instance de Pontoise

© Maria-Angelica Bailly/JSS

Le rôle des cours d'appel et des premiers présidents a été évoqué tout à l'heure. Je vais, quant à moi, m'exprimer sur celui du président de tribunal de grande instance (TGI). Dans cette table ronde, je représente le premier niveau juridictionnel. Le TGI de Pontoise s'est porté candidat pour faire partie des onze juridictions expérimentales pour la tentative obligatoire de médiation familiale avant la saisine du juge aux affaires familiales (TMFPO). Le TGI de Pontoise s'est lancé dans cette expérimentation car il s'agit d'un tribunal qui souhaite par principe s'engager dans les expériences innovantes. Une telle démarche implique, d'une part, une prise de risque, d'autre part un fort engagement des équipes.

Dès le début, j'ai indiqué en tant que présidente que je souhaitais accompagner le projet avec une évaluation de l'expérimentation, en direct, pendant que nous travaillions à la mise en œuvre. En ma qualité de cheffe de juridiction, je constate les difficultés du terrain pour se lancer dans une évaluation malgré l'intérêt évident de cette pratique et des liens qu'elle suscite entre les magistrats et les universitaires. Deux axes d'action sont à retenir comme étant ceux d'une présidente qui souhaite évaluer et donc faire évaluer.

#### SE POSITIONNER

En interne, au sein de la juridiction, il relève du rôle du président de « dire » qu'il est important d'évaluer. Cette première étape de prise de parole et de position est indispensable. Il faut dire aux collègues que nous nous pouvons nous-mêmes regarder ce que nous faisons en même temps que nous sommes en train de le faire. Il est impossible de faire et de se regarder faire. Il faut absolument qu'un tiers nous observe, nous interroge, nous interpelle. Afin de dire en interne qu'il faut agir, il faut recontextualiser. Le rôle fondamental du président est de donner du sens, d'expliquer pourquoi nous faisons cela dans la juridiction et pourquoi il faut évaluer.

Dire, c'est énoncer les valeurs. C'est le rôle du président de tenir un discours sur l'intérêt de l'évaluation, la nécessité de faire observer en direct nos pratiques, nos erreurs, mais aussi de mettre en valeur nos choix pertinents. La solution la plus simple aurait été de renoncer : de se dire qu'il est trop compliqué d'évaluer, d'agir au niveau local en attendant que la Chancellerie propose un dispositif d'évaluation.

Il faut ensuite « convaincre », dépasser les oppositions internes. Celles-ci sont assez fortes. Elles sont de deux ordres. En juridiction, la très importante charge de travail est toujours opposée à l'idée d'accueillir les universitaires dans les services, elle est vécue comme une contrainte. La première réaction entendue est « cela va prendre du temps, de l'énergie, il va falloir se consacrer aux relations avec les universitaires, il va falloir aller chercher des dossiers dans les archives, etc. ». Il faut y ajouter la méfiance des équipes qui redoutent d'être observées, jugées dans leurs pratiques professionnelles. Se faire évaluer, c'est aussi se faire critiquer et il faut l'accepter.

“ LA RENCONTRE ENTRE MAGISTRATS ET CHERCHEURS N'EST PAS NATURELLE ET AISÉE ”

#### SE METTRE EN MOUVEMENT

Se mettre en mouvement n'est pas si simple. Il faut d'abord « trouver », identifier des partenaires susceptibles de conduire l'évaluation. Lors des États généraux de la recherche sur le droit et la justice, en janvier 2017, j'avais déjà signalé le fait que les relations entre les TGI et les universitaires n'étaient pas évidentes. La difficulté de repérer les bons interlocuteurs est récurrente et je le déplore depuis des années.

Le Ministère de la justice a besoin d'évaluation mais la rencontre entre magistrats et chercheurs n'est pas naturelle et aisée. La recherche des spécialistes à l'échelle nationale s'avère complexe et aboutit finalement à des choix de circonstances, au hasard des rencontres.

Il faut aussi « financer », c'est-à-dire obtenir des budgets pour l'évaluation. Un tribunal n'a pas l'habitude de monter des dossiers de demandes de financement et encore moins de mobiliser des « tours de table ». Il faut savoir trouver les financeurs adéquats et les chefs de juridiction ne connaissent pas forcément les chemins à prendre, les manières de faire et les calendriers d'attribution des budgets. Pour cela, la Mission de recherche Droit et Justice est un véritable lieu ressource pour nous. Nous avons aussi bénéficié de l'investissement du Service de l'accès au droit et à la justice et de l'aide aux victimes (SADJAV) qui a participé à un comité de pilotage de l'expérimentation à Pontoise. Il est aussi important d'avoir des partenaires locaux. La Caisse d'allocations familiales (CAF) du val d'Oise a été intéressée par notre projet d'évaluation et va contribuer à son financement. La question budgétaire est vraiment importante tout autant que délicate.

“ LA MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE EST UN VÉRITABLE LIEU RESSOURCE ”

En conclusion, je dirais qu'il est très difficile pour une juridiction d'évaluer. Je ne peux que constater et regretter la faiblesse de nos organisations quand il s'agit de penser l'évaluation de nos politiques publiques. En tant qu'actrice de ce processus, je me sens très isolée. Cela a pour conséquence l'instauration de zones de risques non maîtrisées pour le Ministère. Par exemple, j'ignore à ce jour si l'une des autres onze juridictions retenues pour TMFPO a impulsé une évaluation et avec quelle équipe. L'intérêt de nous coordonner apparaît pourtant évident pour assurer une certaine cohérence.

Le Ministère aurait intérêt à professionnaliser en interne ces processus d'évaluation.

# UNE ENQUÊTE SOCIOLOGIQUE LOCALE SUR L'ÉVALUATION DE LA TENTATIVE DE MÉDIATION FAMILIALE OBLIGATOIRE



**VALÉRIE BOUSSARD**

Professeure de sociologie, Université Paris Ouest Nanterre La Défense

La recherche, soutenue par la Mission de recherche Droit et Justice, que je dirige, démarrera à l'automne prochain. Elle propose de compléter le dispositif d'évaluation nationale quantitative prévu pour l'expérimentation de la médiation obligatoire (TMFPO), par une évaluation locale s'approchant au plus près des situations de travail et des situations relationnelles vécues par les protagonistes de la tentative de médiation. Il s'agit en particulier d'intégrer une approche sociologique des enjeux de la médiation familiale obligatoire, tant du point de vue des professionnels engagés dans le règlement des différends familiaux (juges, avocats, médiateurs), que du point de vue des justiciables. Il s'agit également d'apprécier comment ces enjeux sont pris en compte par l'organisation technique de TMFPO (information, procédure, suivi, etc.). L'enquête se centrera sur la façon dont les pratiques professionnelles des différents acteurs sont transformées par la médiation obligatoire, et en quoi ces transformations transforment à leur tour l'institution judiciaire. L'enquête mettra au regard de ces transformations, les pratiques des justiciables, en se focalisant sur le processus de construction des accords soumis aux juges et de ce qu'il relève des rapports sociaux en général, et au sein des couples en particulier. Il s'agira là encore de regarder quel type de justice produisent ces accords et en quoi ils transforment l'institution judiciaire. L'enquête réalisée sera d'abord une monographie sur un TGI (Pontoise), puis une comparaison avec un autre TGI (à déterminer).

### CONTEXTE

La médiation familiale a été institutionnalisée par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. L'article 7 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle instaure une tentative de médiation familiale « obligatoire » (TMFPO), pour une durée de 3 ans. Dans le cadre de modifications des décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi que les stipulations contenues dans la convention homologuée, la saisine du juge par le ou les parents, doit être précédée d'une tentative de médiation familiale, à peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office.

Onze juridictions ont été retenues pour cette expérimentation : Bayonne, Bordeaux, Cherbourg-Cotentin, Evry, Montpellier, Nantes, Nîmes, Pontoise, Rennes, Saint-Denis de la Réunion et Tours (arrêté du 16 mars 2017, publié le 23 mars 2017). Cette expérimentation s'inscrit dans un mouvement qui a vu apparaître le champ de la médiation dans la justice française (Milburn, 2002, 2009), tout en restant assez limité (Bastard, 2012). Le passage à l'obligation, dans les situations délimitées par TMFPO, a pour objectif d'une part de participer à baisser la conflictualité dans les situations post-séparation et d'autre part à déjudiciariser certaines décisions des couples séparés et ce faisant, désengorger le service des affaires familiales, en soulageant les magistrats de dossiers où leurs compétences juridiques ne sont pas toujours requises. La médiation permet au couple de construire un accord dont l'homologation est demandée ensuite au juge.

### LES HYPOTHÈSES

- TMFPO participe-t-elle de la déjudiciarisation, ou seulement d'une alternative au procès, puisque le médiateur est nommé par le juge ? Cette déjudiciarisation s'accompagne-t-elle d'une déjuridicisation ? La déjudiciarisation n'est-elle pas antagonique avec les demandes de juridicisation venant des justiciables ?
- Quelle forme de justice et de transformation de l'institution judiciaire la délégation d'une partie du travail habituellement judiciaire à des acteurs associatifs provoque-t-elle ?
- Comment la négociation insufflée par la médiation obligatoire sera investie par des couples qui n'avaient pas l'habitude de négocier, tels que ceux provenant des classes populaires (Bastard, 2005) ?
- Comment la figure du médiateur et la négociation obligatoire seront investis par des hommes et femmes aux trajectoires sociales, professionnelles et migratoires différentes ? De quelle manière ces différences qui supposent des inégalités dans la capacité de négociation (Collectif Onze, 2013) seront pris en compte lors la médiation obligatoire ?
- La médiation obligatoire permettra-t-elle de prendre en compte les questions du genre sous-jacentes aux situations de séparations ? En particulier, sera-t-elle en mesure de reconnaître le travail féminin - c'est

### L'équipe de recherche (Université Paris Nanterre)

- Valérie Boussard, responsable du projet, Professeure de sociologie : sociologie des professions et de la gestion
- Maud Simonet, Directrice de recherche en sociologie : sociologie des associations et du travail dans les associations
- Marc Pichard, Professeur de droit : droit de la famille, genre et droit
- Ornela Mato, post-doctorante en sociologie : sociologie des professions et de la pluridisciplinarité
- Un-e chercheur-e contractuel spécialisé en traitement statistique

à dire la valeur réelle du travail de la prise en charge quotidienne des enfants, souvent assuré par la mère lors des séparations - alors que la jurisprudence exige du père un droit de regard sur l'éducation des enfants sans obligation d'assurer la prise en charge quotidienne (Collectif Onze, 2013) ? La négociation entre les parents permettra-t-elle de mieux faire reconnaître dans les accords la division sexuée du travail ou tendra-t-elle plutôt vers une plus grande invisibilisation, du fait de rapports de sexe inégaux reproduits dans le cours de la négociation ?

- On sait que les brèves interactions avec les juges et les propriétés sociales souvent trop distantes avec les justiciables incitent les premiers à trancher avec des connaissances hâtives sur ces situations (Collectif Onze, 2013). Dans quelle mesure les propriétés sociales et de genre des médiateurs permettront-elles aux femmes de classes populaires d'être mieux entendues sur leurs requêtes d'ordre financier par exemple ?

“ IL S'AGIT D'INTÉGRER UNE APPROCHE SOCIOLOGIQUE DES ENJEUX DE LA MÉDIATION FAMILIALE OBLIGATOIRE, TANT DU POINT DE VUE DES PROFESSIONNELS QUE DU POINT DE VUE DES JUSTICIAIBLES ”

### LA MÉTHODOLOGIE

Le projet se propose de mener l'évaluation en deux phases successives : une enquête monographique au TGI de Pontoise, complétée par une comparaison avec une autre juridiction. L'enquête pourrait être complétée ultérieurement, en fonction des premiers résultats, par une étude comparative plus complète étendue à plusieurs juridictions.

Une première phase exploratoire de 3 mois aura pour objectif la compréhension des enjeux de TMFPO. Elle consistera en des entretiens informatifs sur l'expérimentation TMFPO au TGI de Pontoise avec les acteurs impliqués (membres du comité de pilotage et comité de suivi + personnes en charge des dossiers) ; en l'analyse du suivi quantitatif organisé dans le cadre de l'évaluation nationale ; en l'analyse documentaire des ressources internes au TGI et sur expérimentation nationale ; en l'analyse de la littérature grise (rapports, livres blancs, etc.) ; en une revue de littérature scientifique sur la question de la médiation.

La deuxième phase de l'enquête de 6 mois aura pour objectif la compréhension et l'analyse des enjeux professionnels autour de la médiation obligatoire (Juges/Avocats/Médiateurs). Elle consistera en la conduite d'entretiens avec des juges, des avocats, des médiateurs ; en l'observation de réunions bi ou tri-partites organisées dans le cadre de TMFPO ; en le recueil et analyse de notes et synthèses écrites produites par les représentants de chaque groupe professionnel concernant TMFPO (Ministère/syndicats de magistrats/Présidence du tribunal ; Représentants des associations et cabinets de médiation ; Ordre des avocats et barreaux).

La troisième phase, de 6 mois également, partiellement simultanée avec la précédente, visera la compréhension et l'analyse des processus de négociation/conflictualité. Elle s'appuiera sur l'observation de séances d'information sur la médiation obligatoire, de séances de médiation à

partir de 10 cas, suivis depuis la séance d'information jusqu'à la fin de la médiation. Des entretiens avec les justiciables seront aussi réalisés au cours de cette phase qui affinera également les variables statistiques nécessaires à la construction d'un suivi quantitatif des dossiers TMFPO et à la production d'analyses statistiques : arrêt après la première séance, médiation avec accord homologué par le juge, médiation avec accord non homologué par le juge, médiation avec désaccord ; si accord, nature de l'accord ; âge et profession des justiciables, nombre d'enfants ; situation familiale, nom des avocats et médiateurs, etc.

La quatrième phase sera celle de l'enquête comparative entre les données recueillies à Pontoise (entretiens informatifs et analyse des dossiers) et celles d'un autre TGI.

### Bibliographie

Bastard, B., (2012), « Médiation familiale : une profession qui peine à trouver son public », Informations sociales, vol. 170, no. 2, pp. 66-73.

Bastard, B., (2005), « Mais à qui profite la médiation familiale ? », Dialogue 2005/4 (no. 170), pp. 65-80.

Le Collectif Onze, (2013), Au tribunal des couples. Enquêtes sur des affaires familiales, Odile Jacob.

Milburn P., (2002), La médiation : expériences et compétences, La découverte.

Milburn P., (2002), « La compétence relationnelle : maîtrise de l'interaction et légitimité professionnelle. Avocats et médiateurs », Revue française de sociologie, 43-1. pp. 47-72.

Milburn P., (2009), « Evolution de la place de la médiation dans la justice française », Négociations, 2009/2, no. 12, pp. 147-153.

Milburn, P., (2010), « Les procureurs de la République : passeurs de justice ou gestionnaires des « politiques pénales » ? », Droit et société, no. 74, pp. 73-90.

# LE RECOURS À UN PROCÉDÉ DÉJUDICIARISÉ, UNE OPTION MAÎTRISÉE OU UNE OBLIGATION ?



**SYLVIE CIMAMONTI, JEAN-BAPTISTE PERRIER,**

Professeurs à l'Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de droit privé et sciences criminelles

La déjudiciarisation, telle qu'elle a pu être définie lors du début du colloque, est un mouvement en marche et pourrait-on même dire à marche forcée, si l'on en juge d'après les avancées qu'entend encore mettre en œuvre en ce domaine le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Dans ce contexte, le recours à un procédé déjudiciarisé doit-il être conçu comme une obligation imposée aux justiciables ou comme une simple faculté d'option laissée à leur disposition ce qui n'exclue pas une possibilité d'encadrement ?

**Procédés conventionnels.** Liminairement, il convient d'exclure du débat la déjudiciarisation résultant de la volonté des justiciables sous la forme notamment d'une clause en ce sens.

En matière civile, une tentative préalable de règlement amiable peut être imposée par une clause de médiation ou de conciliation que les parties auront insérée au sein de leur contrat, préalablement à la survenance du litige. Reposant sur la liberté contractuelle, de telles clauses sont valables à la condition d'être conformes à l'ordre public ce qui, plus précisément, conduit à considérer qu'elles ne peuvent intervenir que dans les matières dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits. Elles figurent ainsi dans de nombreux contrats, encouragées par la jurisprudence de la Cour de cassation qui, de manière remarquable, a admis qu'elles pouvaient être sanctionnées au-delà des classiques sanctions de l'inexécution du contrat par une fin de non-recevoir, ce qui leur confère une efficacité processuelle indubitable<sup>1</sup>. La validité comme l'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation obligatoire est toutefois sujette à caution dans les contrats entre professionnels et consommateurs, en l'état, d'une conjonction paradoxale. La jurisprudence récente<sup>2</sup> présume, en effet, abusive, sur le fondement de l'article R. 212-2, 10° du Code de la consommation<sup>3</sup>, la clause qui contraint le consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation avant la saisine du juge (sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire), quand, dans le même temps, l'article L. 612-4 du même code interdit « toute clause ou convention obligeant le consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation préalablement à la saisine du juge ».

En matière pénale, il n'est évidemment pas admissible que l'éviction du juge pénal puisse résulter, directement et de manière générale, de la seule volonté des « parties », tout particulièrement du mis en cause<sup>4</sup>. Des

clauses de déjudiciarisation sont inconcevables en dehors de tout cadre légal. Même dans un tel cadre, elles peuvent être prohibées. Ainsi, le fait que la convention judiciaire d'intérêt public soit limitée aux personnes morales et n'affecte en rien la responsabilité pénale des personnes physiques, notamment de ses représentants légaux ou dirigeants<sup>5</sup>, ne permet pas qu'elle puisse comporter une clause atténuant ou excluant cette responsabilité, ce qui ne pourrait que conduire à la non validation de la convention.

**Procédés légaux.** En circonscrivant le débat aux seuls procédés déjudiciarisés de source légale (au sens large du terme en matière civile), la recherche que nous avons conduite a fait le choix de la libéralisation s'agissant du recours à un tel procédé. L'obligation en la matière apparaît, en effet, comme une orientation techniquement mal maîtrisée quand une simple possibilité d'option est, sans doute, rationnellement préférable.

### L'OBLIGATION, UNE ORIENTATION TECHNIQUEMENT MAL MAÎTRISÉE

**En matière pénale.** L'étendue et l'intérêt du débat quant au choix entre obligation ou simple faculté de déjudiciarisation sont assez limités en matière pénale dans la mesure où la déjudiciarisation n'y est généralement qu'une simple possibilité, qu'elle prenne la forme de mesures alternatives (dont la médiation), composition pénale, transactions diverses, convention judiciaire d'intérêt public. L'incitation à l'acceptation de cette voie par le mis en cause résulte alors, souvent mais pas toujours, d'un allègement de la mesure déjudiciarisée par rapport à la peine qui pourrait résulter de la mise en œuvre de poursuites selon la voie traditionnelle. Il n'y a guère que le recours à l'amende forfaitaire, qu'elle soit contraventionnelle ou délictuelle, qui s'avère en pratique imposé, les textes n'ouvrant pas une faculté mais édictant que « lorsque la loi le prévoit, l'action publique est éteinte par le paiement de l'amende forfaitaire », le retour au juge ne pouvant avoir lieu que sur requête en exonération ou réclamation de l'intéressé.

Pourtant, même dans ce domaine restreint, la généralisation de l'amende forfaitaire actuellement à l'œuvre semble relever d'une méthode critiquable. Alors qu'elle était, à l'origine exclusivement contraventionnelle<sup>6</sup>, elle est devenue délictuelle<sup>7</sup> avec la loi « J21 » du 18 novembre 2016<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Chambre mixte, 14 févr. 2003, 00-19423, 00-19424, D. 2003, p. 1386, note P. Ancel et M. Cottin, p. 2480, obs. T. Clay, RTD civ. 2003, p. 294, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 349, obs. R. Perrot.

<sup>2</sup> Civ1, 16 mai 2018, n° 17-16.198 ; JCP G, n° 25, 18 juin 2018, 710, note G. Paisant. Cf. antérieurement, en sens contraire, Civ1, 1er février 2005, n° 03-19.692 ; Bull. civ. I, n° 64 ; JCP G 2005, I, 141, n° 8 à 14, obs. J. Ghestin.

<sup>3</sup> « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions des premier et cinquième alinéas de l'article L. 212-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : ... 10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ».

<sup>4</sup> Il n'y a guère que pour les délits « privés », pour lesquels la plainte de la victime est une condition nécessaire de la poursuite, que le retrait de la plainte entraîne extinction de l'action publique (art. 6 al. 3 CPP) et l'éviction du juge. Mais, pour ces infractions, c'est avant tout la judiciarisation qui, par exception, dépend de la volonté de la victime.

<sup>5</sup> Art. 41-1-2 CPP.

<sup>6</sup> Art. 529 et s.; R. 49 et s. CPP.

<sup>7</sup> Art. 495-17 et s. CPP.

<sup>8</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016.

## FAUT-IL RENDRE LA MEDIATION OBLIGATOIRE ?

“

LA GÉNÉRALISATION DE LA DÉJUDICIARISATION OBLIGATOIRE NE RÉPOND DONC PAS À UNE MÉTHODE ÉPROUVÉE QUE CE SOIT EN MATIÈRE CIVILE OU PÉNALE. ELLE NE POURRAIT ALORS SE JUSTIFIER QUE RATIONNELLEMENT. EST-CE BIEN LE CAS ? C'EST CE QU'IL CONVIENT DE VÉRIFIER DANS UN SECOND TEMPS

”

Et, en ce dernier domaine, où viennent d'être pris les textes d'application<sup>9</sup> en matière routière pour les deux délits concernés de conduite sans permis<sup>10</sup> et sans assurance<sup>11</sup>, son extension est déjà prévue, sans bilan antérieur, par le projet de loi de programmation de la justice pour les années 2018-2022<sup>12</sup> à de nouveaux délits relatifs à la vente d'alcool aux mineurs<sup>13</sup>, l'usage de stupéfiants<sup>14</sup> et la durée du travail dans les transports routiers<sup>15</sup>. Et l'on ne prend guère de risque à prédire que d'autres encore seront certainement à l'avenir concernés par l'amende forfaitaire délictuelle, vraisemblablement de la même manière... De façon plus spécifique, l'extension de l'amende forfaitaire au délit d'usage de stupéfiants est à même d'entraîner la privation corrélatrice du parquet d'avoir recours à une alternative aux poursuites à visée sanitaire ou sociale<sup>16</sup>.

**En matière civile.** C'est la même (absence de) méthode qui est à l'œuvre en matière civile où la déjudiciarisation obligatoire est beaucoup plus importante. L'on peut en juger à travers trois exemples emblématiques de généralisation d'une telle déjudiciarisation envisagée par l'actuel projet de loi de programmation au regard des avancées antérieures déjà opérées notamment par la loi précitée de modernisation de la justice du 21<sup>ème</sup> siècle du 18 novembre 2016.

S'agissant, en premier lieu, de la tentative de médiation obligatoire avant toute saisine du juge aux affaires familiales, la loi J21 a reconduit cette fois pour trois ans et devant onze tribunaux<sup>17</sup> l'expérimentation qui avait antérieurement été menée devant les TGI d'Arras et de Bordeaux. Or cette reconduction, de l'aveu même de nos collègues palois qui n'ont pu les obtenir, ne s'appuie pas sur les résultats de cette première expérience devant ces deux tribunaux dont les rapports n'ont pas été publiés, alors même que le bilan semble « très mitigé »<sup>18</sup>.

S'agissant, en second lieu, du préalable obligatoire à peine d'irrecevabilité d'une tentative de conciliation, de médiation, ou d'une procédure participative, le projet de loi étend à la saisine du TGI<sup>19</sup>, à nouveau sans

bilan, la prévision instaurée par la loi J21 pour la saisine du tribunal d'instance<sup>20</sup>, sans grande prise en compte dans les deux cas de la nature du contentieux soumis. Un tel recours à la médiation obligatoire, encore attesté par la généralisation du pouvoir d'injonction du juge de rencontrer un médiateur en tout état de la procédure y compris en référé lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible<sup>21</sup>, se heurte de surcroît aux difficultés de constitution des listes de médiateurs devant intervenir d'ici fin 2018 dont même la presse généraliste s'est fait l'écho<sup>22</sup>.

Au divorce « sans juge » même en présence d'enfants mineurs<sup>23</sup> pourrait enfin s'ajouter le changement de régime matrimonial sans homologation du juge même en présence d'enfants mineurs<sup>24</sup>, là encore sans forcément le recul nécessaire quant aux conséquences du système très particulier retenu par le droit français, à la différence d'autres droits étrangers, en présence d'enfants mineurs<sup>25</sup>, ni quant au coût réel pour les justiciables de la procédure déjudiciarisée.

La généralisation de la déjudiciarisation obligatoire ne répond donc pas à une méthode éprouvée que ce soit en matière civile ou pénale. Elle ne pourrait alors se justifier que rationnellement. Est-ce bien le cas ? C'est ce qu'il convient de vérifier dans un second temps.

### L'OPTION, UNE ORIENTATION RATIONNELLEMENT PRÉFÉRABLE < JEAN-BAPTISTE PERRIER >

La recherche menée a permis de démontrer que ce n'est pas tant l'existence d'un mode déjudiciarisé qui soulève des difficultés, ni son application à tel ou tel autre contentieux, mais l'obligation de recourir à un procédé déjudiciarisé. Et cette difficulté apparaît dans la matière civile, où l'incitation devient obligation, mais aussi et de façon peut-être plus surprenante, dans la matière pénale.

**En matière pénale.** A travers le principe de l'opportunité des poursuites, le parquet dispose d'une option<sup>26</sup>, entre le choix de poursuivre, de proposer une alternative aux poursuites (une mesure de l'article 41-1 ou une composition pénale), ou de classer sans suite. Si l'on sait que les politiques pénales, locales ou nationales, peuvent influencer ce choix, le principe reste celui d'un choix libre.

Pourtant, la liberté de choix de ces magistrats semble remise en cause au regard des dernières innovations et de leurs possibles extensions, en particulier s'agissant de l'amende forfaitaire délictuelle. Le procédé est déjà connu pour les contraventions, et il y est largement appliqué notamment en matière routière. Appliqué aux délits, ce procédé se traduira par une orientation quasi-systématique du règlement des infractions vers une réponse forfaitaire, sans appréciation de son utilité<sup>27</sup>. Pour les deux

<sup>9</sup> V. dernièrement l'arrêté du 14 oct. 2018 précisant les modalités des contestations dématérialisées des amendes forfaitaires délictuelles prévues à l'article 495-20 du code de procédure pénale, JORF du 21 oct. 2018, texte n° 6.

<sup>10</sup> Art. L. 221-2 code de la route.

<sup>11</sup> Art. L. 324-2 code de la route.

<sup>12</sup> Art. 37 projet de loi.

<sup>13</sup> Projet art. L. 3353-3 code de la santé publique : amende forfaitaire de 300 €, amende minorée de 250 €, amende majorée de 600 €.

<sup>14</sup> Projet art. L. 3421-1 code de la santé publique : amende forfaitaire de 300 €, amende minorée de 250 €, amende majorée de 600 €.

<sup>15</sup> Projet art. L. 3315-5 code des transports : amende forfaitaire de 800 €, amende minorée de 640 €, amende majorée de 1600 €.

<sup>16</sup> Art. 41-1 2° CPP.

<sup>17</sup> Art. 7 loi J21 et arrêté désignant les juridictions habilitées à expérimenter la tentative de médiation préalable obligatoire à la saisine du juge en matière familiale, JORF n°0069 du 22 mars 2017, texte n° 32.

<sup>18</sup> V. Larribau-Terneyre et A. Lecourt, Réflexions sur la nature et le régime de la médiation au sein des modes amiables de résolution des différends à partir des expériences de médiation dans le ressort des cours d'appel d'Aquitaine, de Paris et de Lyon, rapport pour la mission de recherche Droit et Justice, juillet 2017, p. 160.

<sup>19</sup> Art. 2 II projet de loi.

<sup>20</sup> Art. 4 loi J21.

<sup>21</sup> Art. 2 I 2° projet de loi.

<sup>22</sup> J.-B. Jacquin, « Les couacs de la réforme de la médiation judiciaire », Le Monde 5 mars 2018. 23

<sup>23</sup> Art. 229-2 1° C. Civ.

<sup>24</sup> Art. 7 projet loi (art. 1397 C. Civ.).

<sup>25</sup> Art. 229-2 1° C. Civ.

<sup>26</sup> Selon les termes de l'article 40-1 CPP.

<sup>27</sup> Sur ce point, v. Les enjeux de la déjudiciarisation, rapport remis à la mission GIP (dir. S. Cimamonti et J.-B. Perrier), 2018, n° 205.

## FAUT-IL RENDRE LA MEDIATION OBLIGATOIRE ?

délits routiers actuellement visés, on pourrait considérer qu'après tout, il ne s'agit que d'une « reconventionnalisation » qui ne dit pas son nom. Ces délits restent bien des délits et l'amende reste donc bien une amende correctionnelle, mais on applique à ces délits un mode de règlement transposé depuis la matière contraventionnelle.

En revanche, pour l'extension envisagée dans le projet de réforme, en particulier s'agissant de l'usage de stupéfiants, la question prend un sens particulier en ce qu'une telle extension se traduirait par un recours systématique à l'amende forfaitaire pour l'usage de cannabis. Une telle systématisation empêcherait alors d'apprécier l'opportunité d'une autre solution, plus sanitaire ou sociale, notamment pour prendre en charge la dépendance<sup>28</sup>. Or, de telles solutions sont déjà offertes au procureur de la République, soit au titre des alternatives aux poursuites<sup>29</sup>, soit au titre de la composition pénale s'il apparaît nécessaire de recourir à une mesure plus « punitive »<sup>30</sup>; dans ces deux hypothèses, la prise en charge thérapeutique peut s'accompagner de l'accomplissement d'un stage de sensibilisation aux dangers de l'usage de stupéfiants, pour qu'une logique éducative accompagne la logique sanitaire<sup>31</sup>. De même, le procureur peut encore proposer une injonction thérapeutique à une personne ayant fait un usage illicite de stupéfiants, prenant la forme d'une mesure de soins et de surveillance, et l'action publique n'est alors pas exercée à son encontre<sup>32</sup>.

Le procureur de la République dispose donc déjà d'un panel de mesures plus ou moins punitives, permettant à chaque fois de proposer à l'auteur des faits une prise en charge thérapeutique; le procureur peut ainsi individualiser le mode de réponse pénale et cette individualisation réalisée lors de l'orientation des poursuites est à l'évidence préférable à la systématisation du recours à l'amende forfaitaire. Un même constat peut et doit être fait s'agissant de la matière civile.

**En matière civile.** Les échanges avec les magistrats révèlent que ceux-ci sont très circonspects sur la généralisation de l'exigence de tentative préalable de règlement amiable, comme ils le sont sur une obligation de médiation, et ce quelle que soit la matière<sup>33</sup>. Une telle obligation peut parfois être perçue comme un obstacle pour les justiciables, voire comme une perte de temps. Elle peut également être contreproductive en ce qu'elle se traduit par une attente imposée pour le règlement du litige : les parties doivent rechercher un accord amiable, alors qu'il est évident que toute recherche en ce sens est vaine ou inopportune. Dans de telles hypothèses, le recours au juge est inévitable et le retard de son intervention peut conduire à enraciner le conflit plus profondément encore.

Or, on connaît les pistes de réflexion actuelles et elle tendent à une généralisation de l'obligation : au divorce « sans juge » pourrait s'ajouter le changement de régime matrimonial sans homologation du juge même en présence d'enfants mineurs<sup>34</sup>. De même, le préalable obligatoire de conciliation instauré, à peine d'irrecevabilité, pour la saisine du tribunal d'instance pourrait être étendu à celle du tribunal de grande instance.

Pourtant, notre recherche nous a conduit à considérer que l'option offerte est encore la meilleure solution, elle est préférable à l'obligation. Il s'agit ici de laisser le soin aux professionnels, avocats et magistrats, d'orienter les justiciables vers une solution déjudiciarisée, toutes les fois où cela leur semblera être pertinent.

Dès l'apparition du litige, l'avocat peut de sa propre initiative, sans y être contraint, indiquer à son client une telle possibilité, sans devoir vainement, ou artificiellement, tenter de la mettre en œuvre. Certes, il est possible d'opposer à cette proposition le faible engouement des praticiens pour les procédés déjudiciarisés, mais l'on peut alors répondre que cet engouement ne sera pas suscité par un recours obligatoire à de tels procédés, lesquels échoueront la plupart du temps. L'on sait par exemple que l'obligation faite de justifier d'une tentative de règlement amiable se traduit souvent par une clause de style dans les mises en demeure et les assignations rédigées, sans véritable tentative en ce sens. A l'évidence, plus qu'une obligation, il s'agit ici de développer une culture de la déjudiciarisation.

De plus, si, malgré une première initiative de l'avocat, le litige est porté à la connaissance du juge, celui-ci peut encore apprécier l'opportunité d'un règlement amiable, ses chances de succès ou au contraire ses inconvénients. S'il l'estime utile, le juge peut alors contraindre les parties à rencontrer un médiateur, non parce que la loi l'impose de façon abstraite et systématique, mais parce qu'il l'estime utile, au regard de la situation des parties et du conflit existant entre elles.

“ S'IL DOIT Y AVOIR UNE CONTRAINTE LÉGALE, ELLE NE DOIT PAS IMPOSER DE RECOURIR À UN PROCÉDÉ DÉJUDICIARISÉ MAIS SIMPLEMENT IMPOSER DE LE PROPOSER. ”

Seule la matière familiale peut être distinguée en ce que l'existence de liens entre les parties peut justifier un envoi en médiation. Mais il faudra encore être vigilant, en cas de violences, car toutes ne sont pas connues, car la médiation dans ces hypothèses peut être douloureuse pour la victime<sup>35</sup>.

En définitive, si, dans certaines matières, le recours obligatoire à une tentative de médiation ou à un procédé déjudiciarisé peut se comprendre, **il convient de privilégier, pour les nouvelles perspectives d'extension, une simple incitation.** S'il doit y avoir une contrainte légale, elle ne doit pas imposer de recourir à un procédé déjudiciarisé mais simplement imposer de le proposer. La question se pose même de savoir s'il doit y avoir une telle contrainte : n'est-il pas plus simple, et dès lors préférable, de faire confiance aux avocats et aux juges, à même d'apprécier l'opportunité d'un mode amiable ?

Le système est sans doute perfectible, il faudrait développer cette culture de la déjudiciarisation, dont nous avons déjà beaucoup parlé, mais l'option est préférable à l'obligation, pour éviter ce paradoxe d'un système imposant de façon rigide le recours à un procédé que l'on veut souple.

<sup>28</sup> On rejoint ici les observations faites, car « avec l'amende forfaitaire, l'Etat renonce à toute individualisation de la sanction et, au-delà, à toute ambition sanitaire », Y. Bisiou, « Cannabis : payer pour fumer », AJ Pénal 2017, p. 486.

<sup>29</sup> Art. 41-1, 2° CPP ; v. supra n° 4.

<sup>30</sup> Art. 41-2, 17° CPP. Si le procureur l'estime nécessaire, la comparution de l'intéressé est également possible, et la peine proposée pourrait prévoir une telle prise en charge thérapeutique.

<sup>31</sup> Art. 41-1, 2° CPP ; art. 41-2, 15° CPP.

<sup>32</sup> Art. L. 3423-1 du code de la santé publique.

<sup>33</sup> Sur ce point, v. les échanges relatés dans notre rapport, Les enjeux de la déjudiciarisation, préc., n° 222.

<sup>34</sup> Cf. supra n° 5.

<sup>35</sup> V. sur ce point « Violences familiales et médiation : est-ce encore possible », in La médiation civile : alternative ou étape du procès, dir. A. Leborgne, PUAM, 2018, pp. 205 et s.

### PRÉALABLE OBLIGATOIRE DE MÉDIATION : UNE FAUSSE BONNE IDÉE



**LOUIS DEGOS**

Avocat au Barreau de Paris, Président de Commission au Conseil national des barreaux, Ancien Membre du Conseil de l'Ordre, Associé Gérant du bureau parisien du cabinet K&L Gates

photo © Studio Falour

La réforme de la Justice initiée en mars 2018 n'a pas fini de faire parler d'elle. L'actuel projet de loi prévoit notamment, pour les petits litiges (conflits de voisinage, sujets familiaux), de rendre obligatoire le recours à une tentative de mode alternatif de règlement des différends (MARD) pour chercher un règlement «à l'amiable» avant d'envisager la saisine d'un juge. À terme, l'idée serait de généraliser cette obligation de MARD ou de médiation avant tout procès, aussi bien en droit civil qu'en droit des affaires.

Le but est de «déjudiciariser» le règlement des conflits pour réduire le nombre de procès et désengorger les tribunaux. L'intention peut sembler bonne, mais cette réforme motivée par des raisons principalement économiques pourrait être en réalité néfaste et contre-productive pour plusieurs raisons.

#### QUATRE RAISONS CONTRE UN PRÉALABLE OBLIGATOIRE DE MARD

La première raison est d'ordre pratique : si aucune des deux parties ne souhaite trouver de solutions à l'amiable, chacune bâclera la médiation préalable pour «se débarrasser» de cette étape obligée et pouvoir engager un véritable procès. Après quoi, le juge pourra toujours tenter de proposer encore le recours à une médiation judiciaire... Vainement car, dans l'esprit des parties, cette médiation aura déjà eu lieu précédemment dans de mauvaises conditions. Le juge perdra donc un outil précieux pour régler certains conflits, cet outil étant désormais gâché et galvaudé.

La deuxième raison touche à une question de confidentialité. L'existence même d'une procédure de médiation doit être confidentielle pour que chacune des deux parties puisse avancer de manière constructive dans le règlement de leur différend sans que quiconque puisse savoir même qu'un litige existe entre eux. En droit des affaires, cette confidentialité est primordiale. Or, si la médiation préalable devient obligatoire :

- d'une part, son existence «se déconfidentialise» puisqu'il faudra bien démontrer avoir participé à cette médiation préalable qui s'institutionnalise et finalement se «rejudiciarise» en devenant une étape du procès avant saisine du juge ;

- d'autre part, tout procès devant un juge signifierait qu'une médiation «ratée» a eu lieu auparavant entre les deux parties. Cet aveu d'échec implicite enverrait un message négatif à toutes les parties impliquées dans la vie économique de chaque entreprise, notamment les actionnaires et les banques qui pourraient s'interroger sur le pourquoi de l'échec de la médiation, voire sur les capacités de négociation du management. En somme, la confiance au sein des entreprises françaises pourrait être fragilisée.

La troisième raison est directement liée à la précédente : pour prouver l'échec d'une médiation, chacune des deux parties cherchera à accuser la partie adverse de mauvaise foi et de blocage dans le processus de résolution amiable. Cela ne pourra qu'envenimer une situation déjà conflictuelle et amènera les procès à démarrer dans des conditions encore plus délétères. Pour répondre à ce problème, la loi prévoit bien que la médiation préalable puisse être évitée en cas de «motif légitime», mais cette solution ne réglerait aucun problème puisqu'alors le motif avancé pour échapper à la médiation conduira de plus fort à faire état d'information confidentielle telle que des pourparlers antérieurs.

Enfin, la quatrième raison tient au fait que cette réforme pose un problème juridique d'accès au juge, alors que le Droit constitutionnel définit cet accès comme un droit fondamental. Le Conseil d'État a d'ailleurs considéré que le recours à une médiation obligatoire ne pouvait avoir lieu qu'à deux conditions : que la médiation soit très facilement accessible, et que son coût puisse être nul ou modeste. Cela signifie que certaines personnes aux faibles ressources devraient se contenter de prestations de médiation à faible coût peu personnalisées, tandis que d'autres personnes plus aisées pourraient avoir recours à des prestations plus coûteuses et réellement sur-mesure pour traiter leurs différends. Cela se traduirait par une Justice à double vitesse et mal encadrée. Par ailleurs, la problématique de l'accès au juge serait incompatible avec un projet actuellement discuté par le Parlement européen pour que les utilisateurs de services en ligne puissent (sans obligation aucune) à tout moment engager une procédure devant un juge, avant ou après une médiation judiciaire.



L'INTENTION PEUT SEMBLER BONNE, MAIS CETTE RÉFORME MOTIVÉE PAR DES RAISONS PRINCIPALEMENT ÉCONOMIQUES POURRAIT ÊTRE EN RÉALITÉ NÉFASTE ET CONTRE-PRODUCTIVE





## MARIE-CHARLOTTE DALLE

Sous-directrice du droit civil, Direction des Affaires civiles et du sceau (DACS), Ministère de la Justice

La recherche d'alternatives au procès est ancienne : le recours aux MARD est certes ancien, mais surtout son développement est souhaité et favorisé par le législateur. Il s'accélère sous l'effet de plusieurs facteurs : statut du conciliateur de justice (décret de 1971), loi de 1995 comportant des dispositions sur la médiation et la médiation judiciaire, développement de la médiation en matière familiale (possibilité pour le juge d'enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur), expérimentation de tentatives de médiation familiale obligatoires, influence du droit européen (directive de 2008 sur la médiation, directive de 2013 sur le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation).

La Loi du 18 novembre 2016 dite J21 a franchi une étape en imposant en matière civile une tentative de conciliation préalable à la saisine du tribunal d'instance (TI). Certes, ce préalable de conciliation obligatoire est limité aux demandes par déclarations au greffe, donc limitées à la somme de 4000 euros, et n'est pas exigé dans certains cas (motif légitime, existence de diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige, demande d'homologation d'accords) mais c'est une étape importante. L'étape suivante, c'est l'extension de cette obligation de tenter un mode de résolution amiable du différend préalablement à la saisine d'une juridiction. Article 2, I du Projet de loi de programmation et de réforme pour la justice (P JL) prévoit la possibilité de médiation post sentencielle en matière familiale

L'Article 2, II du P JL<sup>1</sup> prévoit l'extension de la tentative préalable de conciliation obligatoire aux demandes en paiement n'excédant pas un certain montant ou relatives à un conflit de voisinage, exception faite des demandes relatives aux crédits à la consommation.

S'interroger sur le retard, non pas de développement, mais de recours aux MARD par les justiciables, nécessite d'avoir une approche culturelle de la question. L'accès au juge a toujours été privilégié au travers d'un maillage territorial des juridictions dense, de modalités de saisine diversifiées et qui apparaissaient simples jusqu'à la révolution numérique. Aujourd'hui, cette dernière bouleverse tout et oblige l'institution judiciaire à se moderniser : Portalis, acte de saisine numérique, développement de la communication électronique, régulation des plateformes proposant des MARD en ligne.

1 II. - L'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle est ainsi rédigé :

« I. - 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 ou 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 ;

« 4° Si le juge doit, en vertu d'une disposition particulière, procéder à une tentative préalable de conciliation.

« II. - Un décret en Conseil d'État définit les modalités d'application du I, 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 I. 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. »



NOTRE IDÉE EST DE DÉVELOPPER LES POSSIBILITÉS DE MÉDIATIONS À TOUS LES STADES DE LA PROCÉDURE



### ENCADRER L'OFFRE DES PLATEFORMES EN LIGNE

Une fois constaté le besoin de permettre au public de distinguer les sites « sécurisés » des autres, plusieurs options étaient possibles. La proposition de loi d'orientation et de programmation pour le redressement de la justice émanant de Monsieur Philippe Bas, adoptée au Sénat le 24 octobre 2017, prévoit en son article 8 la régulation des offres en ligne de modes alternatifs de résolution des litiges, d'une part, et la création d'un service public en ligne, d'autre part. Le développement d'un service public de résolution amiable des différends a cependant été écarté par le projet de loi de programmation et de réforme pour la justice. En effet, cette option aurait nécessité des investissements techniques considérables, alors même que de nombreux opérateurs privés se développent sur ce terrain, en proposant des solutions numériques innovantes. Ont également été écartées la piste de la création d'une commission de certification au sein du ministère de la justice et celle de l'extension de la compétence de la commission de médiation de la consommation dont le champ est spécifique. La démarche choisie pour sécuriser ces plateformes s'inscrit dans le projet général de modernisation et de dématérialisation de la procédure civile. Il est prévu de créer un outil qui aidera les utilisateurs à choisir parmi l'offre en ligne de résolution des litiges. Un label, dont l'octroi sera soumis à plusieurs conditions et qui permettra au public de s'assurer que la médiation proposée intervient dans un cadre sécurisé et respectueux de nos règles de procédure civile et de la législation sur la protection des données personnelles.

Nous constatons que les legal techs se développent, et que leur développement « frotte » avec le « périmètre du droit » des avocats. Ces plateformes n'offrent actuellement aucune garantie aux justiciables en termes de protection de données, de confidentialité, de modalités du processus de résolution des litiges (une personne physique, un algorithme) : il s'agit d'abord d'une incitation de marché. Les conciliateurs de justice, les médiateurs de la consommation et les médiateurs inscrits sur la liste des médiateurs d'une cour d'appel bénéficieront de plein droit de la certification. Le maintien de cette disposition est nécessaire en raison de la demande croissante de la société de plus de digital et de dématérialisation. L'absence de réforme en la matière n'aurait en rien empêché le développement de plateformes peu vertueuses.

“ LES PERSPECTIVES OUVERTES PAR CE COLLOQUE SONT PARTICULIÈREMENT PRÉCIEUSES POUR NOUS ”

## CRITÈRE DE LA PERSONNE PHYSIQUE

La certification devrait reposer sur des caractéristiques de fonctionnement et les méthodes employées. L'utilisateur doit être informé du recours à un algorithme. La médiation, dans notre conception, et telle qu'elle est définie par notre code de procédure civile à l'article 1532, nécessite l'intervention d'un médiateur, personne physique. C'est également le cas en matière d'arbitrage (art 1450 CPC) et de conciliation (art 2 du décret du 20 mars 1978), qui impliquent pareillement l'intervention d'une personne physique. La certification ne pourra être accordée que si une personne physique intervient au cours de cette résolution. Médiateurs, conciliateurs et arbitres doivent être soumis au secret professionnel. Action avec compétence, diligence, indépendance et impartialité, sont autant de qualités et d'attitudes attendues d'un médiateur.

La plateforme devra aussi nécessairement présenter des garanties quant à la protection des données personnelles. La procédure de certification sera gérée par des sociétés accréditées par l'intermédiaire du Comité français d'accréditation (COFRAC), association de droit privé à but non lucratif désignée comme unique instance nationale d'accréditation par le décret du 19 décembre 2008. Le retrait de certification sera possible, de même que la certification facultative. Il sera également prévu par voie réglementaire que

la labellisation sera requise en prévision du raccordement des plateformes concernées au système d'information de la justice, l'objectif étant de permettre la récupération des données du dossier du justiciable.

“ ON NE PEUT FORCER LES PERSONNES À SE PARLER, L'OBLIGATION D'ENTREPRENDRE UNE MÉDIATION N'A PAS DE SENS, ET ELLE N'AURAIT QUE TRÈS PEU DE CHANCE DE RÉUSSITE. LA MÉDIATION IMPLIQUE CONFIANCE ET CONSENTEMENT ”

La Loi de Programmation et de réforme de la justice n'est qu'une partie de notre projet puisque le rapport Agostini Molfessis préconise une réforme importante de la procédure civile. Notre idée est de développer les possibilités de médiations à tous les stades de la procédure : il est nécessaire de rechercher des solutions acceptées pour favoriser une solution apaisée des contentieux. C'est pourquoi nous avons généralisé le pouvoir d'injonction du juge : il s'agit de se rendre à une information sur la médiation. Nous souhaitons inciter et non aller au-delà ; on ne peut forcer les personnes à se parler, l'obligation d'entreprendre une médiation n'a pas de sens, et elle n'aurait que très peu de chance de réussite. La médiation implique confiance et consentement. En outre, il n'est pas envisageable de rendre obligatoire une procédure amiable payante.

Le PJJ est une étape : le titre du chapitre du titre 2 est « développer la culture du règlement amiable des différends ». C'est bien cette nouvelle culture que nous souhaitons promouvoir. Elle ne résultera pas des seules nouvelles règles de droit et les travaux de la DACS sur la médiation ne sauraient se conclure avec ces dispositions. Les perspectives ouvertes par ce colloque sont donc particulièrement précieuses pour nous.