

Séminaire organisé par l'Union Internationale des Avocats (UIA) sur le thème :
« La médiation comme instrument d'une justice moderne », Beyrouth (Liban), 24 et 25 avril 2019

Table ronde sur le thème « *La médiation judiciaire – succès et défis* »

Introduction :

1. La médiation judiciaire, par opposition à la médiation conventionnelle, se déroule en marge du procès.

2. En France, la médiation est entrée dans le système juridique en 1995 par le biais de la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

Le but était alors d'en promouvoir le recours dans un chapitre dédié à la conciliation et à la médiation judiciaire, l'article 21 de la loi permettant d'ores et déjà au juge de désigner, « *après avoir obtenu l'accord des parties, une tierce personne (...) pour procéder soit aux tentatives préalables de conciliation, soit à une médiation judiciaire* ».

3. Depuis lors, la médiation n'a cessé d'accaparer l'attention du législateur tandis que les articles 21 et suivants de la loi du 8 février 1995 ont subi de nombreuses modifications visant expressément à renforcer la position de la médiation dans le système juridique français :

- *La loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002* confère au juge le pouvoir d'enjoindre aux parties de s'informer sur la médiation (article 22-1 de la loi du 8 février 1995).
- *L'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011* scinde le chapitre « *conciliation et médiation judiciaire* » de la loi du 8 février 1995 en deux sections : (i) l'une générale (définition, obligations du médiateur, confidentialité de la procédure, force exécutoire de l'accord ...), et (ii) l'autre relative à la médiation judiciaire (faculté de proposer une procédure de médiation et d'enjoindre aux parties de s'informer sur la médiation).
- *La loi du 18 novembre 2016 dite de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle* marque le plus grand tournant en adoptant un ensemble de dispositions spécifiques sur la médiation judiciaire :
 - Création des listes de médiateurs à la disposition des Cours d'appel (article 22-1-A de la loi du 8 février 1995), renforçant l'ancrage de la médiation au sein des juridictions.
 - Création d'un Chapitre IV au sein du Titre I code de la justice administrative dédié à la médiation, dont la 3^{ème} section est dédiée à la médiation judiciaire (Art.213-7 à L.213-10). Le décret du 16 février 2018 complète ces dispositions par la mise en place d'un dispositif expérimental de médiation préalable obligatoire.
 - Extension de l'expérimentation de la médiation préalable obligatoire en matière familiale mise en place par l'article 15 de la loi du 13 décembre 2011.

4. En matière prud'homale, le décret du 20 mai 2016 modifie l'article R.1471-2 du Code du travail afin de donner au bureau de conciliation et d'orientation la faculté de proposer une médiation ou bien de soumettre les parties à une obligation d'information.

5. Dernière étape de cette judiciarisation de la médiation, la loi de programmation pour la justice 2018-2022 qui prévoit d'étendre le pouvoir d'injonction du juge de procéder à une tentative de médiation à tous les stades de la procédure (appel et référés compris).

6. De sorte que l'on peut s'interroger, en présence de ces nombreuses mesures visant à ancrer la médiation au sein du système judiciaire français, sur l'instauration, à moyen terme, d'une procédure de médiation préalable obligatoire en France.

Quelle serait alors l'articulation entre justice étatique et médiation ?

Si l'extension de la médiation par ce biais pourrait être bénéfique en ce qu'elle permettrait de renforcer l'accessibilité à la justice et, le cas échéant, sa qualité (I.), il importe toutefois de ne pas perdre de vue que les rôles dévolus au juge et à la médiation ne sauraient se confondre, de sorte qu'une promotion trop agressive de la médiation par le juge risque de dénaturer tant l'office du juge que la médiation elle-même (II.).

I. Avantages et inconvénients de la promotion de la médiation par le juge judiciaire

I.A. La médiation comme moyen d'améliorer l'accessibilité à la justice ?

LA JUSTICE CIVILE

Affaires nouvelles en 2017

Juridictions civiles et commerciales	Toutes affaires		Évolution 2017/16 en %
		dont référés	
Toutes affaires nouvelles¹	2 534 819	223 051	- 5,4
Cour de cassation	22 890		+ 12,2
Cours d'appel	240 910	5 833	- 3,9
Tribunaux de grande instance (hors compétence commerciale) ¹	888 767	101 561	- 7,4
<i>dont ordonnances sur requête</i>	117 828		- 3,2
Tribunaux d'instance ¹	639 394	75 504	- 1,8
Juge des enfants (assistance éducative) ²	367 083		+ 3,4
Juridictions commerciales ³	150 274	19 997	- 7,9
Tribunaux des affaires de sécurité sociale	98 808		- 23,6
Conseils de prud'hommes	126 693	20 156	- 15,4

1. Non compris ordonnances sur requête (TI et JEX), procédures d'injonction de payer et de saisie sur rémunération (cf. p.13), contentieux électoraux, départition prud'homale et ordonnances du code de la consommation pour les TI, la protection des mineurs pour les TGI.

Au 1^{er} juillet 2017 sont entrées en vigueur les dispositions de l'article 15 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle qui suppriment les juridictions de proximité.

Depuis le 1^{er} janvier 2017, pour les divorces par consentement mutuel, la convention établie par les époux et leurs avocats est, sauf exception, enregistrée auprès d'un notaire. Depuis le 1^{er} novembre 2017, la déclaration conjointe de Pacs est faite à l'officier d'état civil de la mairie.

2. Mesures individuelles nouvelles et renouvelées (cf. p.20).

3. Y compris les TGI à compétence commerciale des cours d'appel de Metz et Colmar et les tribunaux mixtes de commerce des DOM.

Affaires terminées en 2017

Juridictions civiles et commerciales	Toutes affaires		Évolution 2017/16 en %
		dont référés	
Toutes affaires terminées¹	2 609 394	223 492	- 0,8
Cour de cassation	20 268		- 5,2
Cours d'appel	248 647	6 129	+ 3,3
Tribunaux de grande instance (hors compétence commerciale) ¹	906 572	101 706	- 3,5
<i>dont ordonnances sur requête</i>	115 216		- 2,6
Tribunaux d'instance ¹	642 473	75 504	- 0,8
Juges des enfants (assistance éducative) ²	367 083		+ 3,4
Juridictions commerciales ³	144 963	19 997	- 8,2
Tribunaux des affaires de sécurité sociale	117 745		+ 30,6
Conseils de prud'hommes	161 643	20 156	- 10,1

Durée moyenne des affaires terminées (en mois)

	2016	2017	
		Toutes affaires	Référés
Cours d'appel	12,7	13,3	2,1
Tribunaux de grande instance ¹	7,4	7,6	2,1
Tribunaux d'instance ¹	5,7	5,7	4,0
Conseils de prud'hommes	14,7	15,4	2,1
Tribunaux de commerce	5,4	5,5	1,8

1. Cf. note 1 ci-dessus.

Affaires en cours au 31 décembre 2017

	Stock	Évolution 2017/16 en %	Âge du stock (en mois)
Cours d'appel	280 343	- 2,5	13,5
Tribunaux de grande instance	753 014	- 2,3	nd
Conseils de prud'hommes (hors référés)	147 104	- 18,9	15,0

Source : Ministère de la Justice/SG/SDSE, Répertoire général civil ; rapport annuel de la Cour de cassation

7. En 2017, le volume d'affaires nouvelles (2 534 819) diminuait légèrement (-5.4%) pour une durée moyenne de traitement restant inchangée (entre 5.7 et 7.6 mois devant les TI et TGI).

Malgré les réformes de la justice et la réduction des délais de procédure en matière civile, la saturation des tribunaux français ne faiblit pas et la France – au même titre que de nombreux pays européens – a fait l'objet de plusieurs condamnations par la CEDH en raison de la lenteur de sa justice (non-respect du principe de délai raisonnable).

8. Or, si le budget consacré à la justice connaît une augmentation régulière chaque année depuis 2013¹, les difficultés auxquelles elle est confrontée ne semblent pas se résorber et les moyens qui lui sont alloués ne permettront pas de remédier significativement aux problèmes structurels auxquels elle fait face (manque de moyens, délais de procédure, faible motivation du personnel judiciaire, interrogations récurrentes de nombreux acteurs – avocats mais pas seulement – sur la qualité et la pertinence des décisions judiciaires).

9. Cette situation de relative disette budgétaire explique évidemment l’attrait qu’exerce pour le législateur le développement du recours aux modes amiables de résolution des litiges – médiation mais pas seulement : droit collaboratif et procédure participative sont désormais reconnus dans de nombreux domaines du droit – envisagés comme une solution à moindre coût pour fluidifier le fonctionnement des tribunaux en permettant leur « désengorgement ».

10. Encore mal connue et sans doute mal comprise (nombreux sont ceux à la confondre toujours avec la conciliation ou la simple négociation), la médiation a pâti d’un accueil peu enthousiaste et souffre encore d’un manque de légitimité en tant que méthode efficace et intelligente de résolution des conflits, expliquant sans doute les efforts croissants du législateur pour l’ancrer dans le paysage judiciaire et les mentalités de ses acteurs, laissant présager l’instauration, à terme, d’une tentative de médiation préalable obligatoire en début de procédure et avant tout jugement.

11. Si nous n’en sommes pas là aujourd’hui, les nombreux pouvoirs dont dispose le Juge d’inciter les parties à avoir recours à la médiation, seraient néanmoins susceptibles, en les combinant, de créer un « effet psychologique obligatoire ».

I.B. Un système procédural de promotion de la médiation de plus en plus agressif

I.B.1 Le rôle central du juge dans la promotion de la médiation

12. A l’heure actuelle, le Code de procédure civile fait du juge français le promoteur de la médiation en dotant celui-ci de plusieurs prérogatives pour inciter les parties à y avoir recours.

De telles mesures incitatives se sont en effet multipliées à la suite des nombreuses réformes initiées par la loi du 8 février 1995 : la faculté de proposer une procédure de médiation ainsi que le pouvoir d’enjoindre les parties à se plier à une obligation d’information illustrent ainsi le rôle central dévolu au juge pour faire la promotion de la médiation.

¹ Site du Ministère de la justice, les chiffres clés de la Justice : <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/chiffres-cles-de-la-justice-10303/>

I.B.2. L'article 56 du Code de procédure civile : une pression supplémentaire pesant sur le justiciable

13. Le rôle actif du juge est désormais complété par l'article 56 du Code de procédure civile, dont la réforme en 2015 lui confère un pouvoir de contrôle des diligences effectuées par la partie demanderesse avant le lancement de la procédure pour tenter de régler amiablement le litige².

Tant la nature que l'intensité de ces diligences posent question :

- Comment définir les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ?
- Une simple proposition par courrier permet-elle de prouver une démarche authentique de résolution amiable ? Ou faut-il aller plus avant dans une démarche amiable structurée à l'instar d'une médiation ?
- Comment rapporter la preuve que de telles diligences ont bien été entreprises ? Et qu'elles l'ont été de bonne foi ?
- Et surtout, quelles sont les conséquences d'un manquement à une telle obligation, étant précisé qu'aucune sanction n'est prévue par le texte ?

14. La jurisprudence peu fournie de la Cour de Cassation a reconnu la possibilité de régularisation d'un manquement à l'obligation de préciser les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable (arrêt en date du 28 janvier 2015, relatif à la matière successorale) :

² Aux termes de l'article 56 du Code de procédure civile :

« L'assignation contient à peine de nullité, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice :

1° L'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée ;

2° L'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit ;

3° L'indication des modalités de comparution devant la juridiction et la précision que, faute pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire ;

4° Le cas échéant, les mentions relatives à la désignation des immeubles exigées pour la publication au fichier immobilier.

Elle comprend en outre l'indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée. Ces pièces sont énumérées sur un bordereau qui lui est annexé.

Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige.

Elle vaut conclusions ».

« L'omission, dans l'assignation en partage, de tout ou partie des mentions prévues à l'article 1360 du code de procédure civile³, est sanctionnée par une fin de non-recevoir ; que cette omission est susceptible d'être régularisée, de sorte qu'en application de l'article 126 du même code, l'irrecevabilité est écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue »

Plus récemment, la Haute juridiction a rendu un arrêt (n°13-50049, du 19/12/2018) au visa de l'article 58⁴ du Code de procédure civile, considérant que les demandes intéressant la conformité à des dispositions d'ordre public peuvent être considérées comme un motif légitime, justifiant un manquement à l'article 58 du code de procédure civile.

15. Considérant l'état l'esprit actuel du législateur, il est pourrait être à craindre que l'obligation de diligence aboutisse à conditionner systématiquement le procès à une tentative de résolution amiable obligatoire, avec pour conséquence de dénaturer le procès nonobstant la volonté affichée de promouvoir les modes amiables pour satisfaire à une exigence de célérité de la justice judiciaire (à budget quasi-constant...).

II. Une judiciarisation excessive de la médiation serait préjudiciable tant à la justice judiciaire qu'à la médiation

II.A. Le risque de dénaturation du rôle du juge

16. Le pouvoir d'injonction indirect actuellement conféré au juge rend l'incitation du recours à la médiation fastidieux et délicat pour le juge, faisant de lui l'instrument d'un choix politique de ne pas s'attaquer à la racine des problèmes rencontrés par la justice tandis que les parties pourraient avoir le sentiment d'être repoussées des prétoires par le juge sensé les juger...

³ Aux termes de l'article 1360 du Code de procédure civile :

« A peine d'irrecevabilité, l'assignation en partage contient un descriptif sommaire du patrimoine à partager et précise les intentions du demandeur quant à la répartition des biens ainsi que les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable ».

⁴ Aux termes de l'article 58 du Code de procédure civile :

« La requête ou la déclaration est l'acte par lequel le demandeur saisit la juridiction sans que son adversaire en ait été préalablement informé.

Elle contient à peine de nullité :

1° Pour les personnes physiques : l'indication des nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance du demandeur ;

Pour les personnes morales : l'indication de leur forme, leur dénomination, leur siège social et de l'organe qui les représente légalement ; [suite sur la page suivante]

2° L'indication des nom, prénoms et domicile de la personne contre laquelle la demande est formée, ou, s'il s'agit d'une personne morale, de sa dénomination et de son siège social ;

3° L'objet de la demande.

Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige.

Elle est datée et signée ».

17. Or, que penser d'un juge qui pousserait les parties à résoudre leur litige ailleurs que dans son tribunal ? Avant même d'aborder la problématique du consentement à la médiation, cette façon de procéder crée un problème d'apparence de la justice : si l'attribution au juge d'un pouvoir de promotion de la médiation se justifie, c'est toutefois à la condition qu'il n'impacte pas négativement la perception que le justiciable a de la justice et au détriment de la confiance qu'il porte en elle.

Plus largement, c'est le fondement même de l'Etat de droit qui serait en cause.

Il convient donc d'être prudent lorsque l'on fait du juge l'outil de promotion d'une nouvelle forme de justice ; il convient également d'être attentif à l'articulation entre justice judiciaire et médiation et à leur utilité respective dans le drôle de couple qu'elles auront de plus en plus vocation à former.

II.B. Le risque de dénaturation de la médiation

18. Comme le note Fabrice Vert, conseiller à la Cour d'appel de Paris, dans son rapport à la commission Magendie sur la médiation :

« la médiation étant fondée sur la volonté des parties, il est contraire à sa nature d'en faire un préalable obligatoire à toute action judiciaire. La réussite du processus suppose que les parties soient convaincues dès le départ de l'intérêt que présente la médiation pour les conduire à trouver un accord. Contraindre les parties à tenter un processus de médiation ferait de ce processus un passage obligatoire, systématique et purement formel qui s'apparenterait aux tentatives préalables obligatoires de conciliation dans les conseils de prud'hommes ou les tribunaux d'instance dont l'objectif n'est pas atteint ».

19. Le succès d'une médiation est, on le sait, largement fonction de la bonne volonté des parties et leur rôle actif tout au long du processus, de sorte qu'une médiation qui serait contraignante augmenterait nécessairement le risque d'échec de celle-ci, avec pour double conséquence de ne pas parvenir à la rendre attractive auprès du public mais également d'amplifier les problèmes structurels auxquels la justice doit faire face.

En outre, et ce point est essentiel, la médiation est notamment appréciée pour ne pas être soumise à l'imperium du juge et être indépendante de celui-ci.

Souplesse et confidentialité constituent en effet les points forts de la médiation et il ne faudrait pas que l'insertion accrue de la médiation dans le système judiciaire n'aboutisse à la vider progressivement de sa substance et à en corrompre l'esprit.

20. Excessivement enserrée dans un carcan judiciaire, la médiation risquerait de perdre très vite de son attrait tandis que les médiés pourraient considérer avec méfiance la proximité du juge judiciaire et, partant, ne pas placer leur confiance dans la médiation en doutant non seulement de sa confidentialité mais également de l'indépendance du médiateur – pas tant envers elles qu'à l'égard du juge.

Conclusion

21. Les acteurs institutionnels de la médiation ont pris conscience des risques que porte sa judiciarisation croissante et ils sont nombreux à réfléchir aux moyens d'une conjugaison harmonieuse de mesures incitatives efficaces aux principes cardinaux de la médiation que sont la confidentialité du processus, l'indépendance et l'impartialité du médiateur et la démarche volontaire des parties d'entrer dans le processus⁵.

Ainsi :

- Promouvoir la médiation dans des secteurs porteurs comme celui de l'entreprise au sens large, dont les conflits se prêtent bien à la médiation pour des raisons économiques et managériales (conflit d'associés, harcèlement au travail ...)
- Améliorer la visibilité de la médiation au moyen de statistiques publiées par un centre indépendant dédié à l'étude statistique de la médiation ;
- Donner la faculté aux parties de faire homologuer leur accord indépendamment l'une de l'autre (amendement de l'article 1534 du CPC).

22. Le rôle de l'avocat ne saurait non plus être négligé : pour remédier au risque de voir sa crédibilité entamée du fait de la proposition faite à son client de tenter de résoudre son litige par voie de médiation, il pourrait être envisagé – pour combler cet écueil tout en offrant au justiciable la possibilité d'un choix éclairé – de prévoir une obligation déontologique des avocats d'informer leurs clients sur la médiation et ses avantages divers.

23. Enfin et surtout, la médiation ne saurait être considérée comme le *factotum* d'une justice en crise.

Il revient aux pouvoirs publics d'en assurer une promotion réfléchie dans une enceinte qui ne saurait être que judiciaire, en mettant en avant son utilité objective comme méthode intelligente de résolution des conflits par la création de solutions adaptées aux besoins des parties, au terme d'un processus confidentiel et sécurisé piloté par un professionnel qualifié et soumis à une déontologie stricte, conformément à des dispositions législatives claires qui viendraient consacrer de façon intelligible pour tous les principes cardinaux de la médiation qui en font aussi la vertu.

David Lutran
Avocat au Barreau de Paris
Médiateur

⁵ Voir, par exemple, Le rapport du Club des Juristes de février 2019 sur le thème : « Médiation et Entreprise / l'opportunité de l'autodétermination : une liberté créatrice de valeur ».