RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

LA PROMOTION ET L'ENCADREMENT DES MODES AMIABLES DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

Le Mans Université

Mars 2021

LA PROMOTION ET L'ENCADREMENT DES MODES AMIABLES DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

Composition du groupe de travail

- **Valérie LASSERRE, professeur agrégée des facultés de droit, Université du Mans**
- Frédérique AGOSTINI, présidente de chambre à la cour d'appel de Paris, chambre des affaires familiales
- Christophe BACONNIER, président de chambre à la cour d'appel d'Amiens
- Jacques BEGHAIN, notaire, président du centre de médiation des notaires de Paris
- Nathalie BOURGEOIS-DE-RYCK, conseillère à la Cour de cassation
- Martine BOURRY D'ANTIN, avocate, ancienne membre du conseil de l'Ordre, médiatrice, présidente d'honneur de l'association des médiateurs européens du barreau de Paris
- Erwan DALED, chargé de mission à la première présidence de la cour d'appel de Paris
- Renée DOLLA-VIAL, avocate honoraire, conciliatrice de justice, médiatrice
- Anne GONGORA, présidente de chambre à la cour d'appel de Paris, chambre des affaires familiales
- Jean-Pierre LUCQUIN, président de chambre honoraire du tribunal de commerce de Paris, conciliateur de justice
- Valérie MORLET, conseillère à la cour d'appel de Paris, coordonnatrice conciliation et médiation
- Sandra ORUS, première présidente de chambre à la cour d'appel de Paris, coordinatrice du pôle social

- Ariane PADOVANI, directrice du centre de médiation des notaires de Paris
- Isabelle ROHART-MESSAGER, conseillère à la cour d'appel de Paris
- Bertrand TRUTTMANN, huissier de justice, médiateur
- Fabrice VERT, premier vice-président au tribunal judiciaire de Créteil
- Michèle WEIL-GUTHMANN, magistrate honoraire, médiatrice, formatrice à la médiation

TABLE DES MATIERES

COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL 3

INTRODUCTION 9

SECTION I/ LES ENJEUX DE LA CONCILIATION ET DE LA MEDIATION 11

§ I / Les enjeux de la conciliation et de la médiation en général 11

§ II/ Les enjeux de la conciliation et de la médiation judiciaires en particulier 16

A/ Une justice pacifiée 16

B/ Des solutions plus adaptées, plus constructives et mieux acceptées 18

C/ Un règlement des litiges rapide, efficace et confidentiel 20

D/ Un droit des justiciables à la médiation et à la conciliation 20

§ III/ L'extension des modes amiables de règlement des différends dans la procédure judiciaire 22

SECTION II/ LE CADRE EUROPEEN 23

§ I/ Les directives 23

A/ La directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale 23

B/ La directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation 24

§ II/ La jurisprudence des Cours européennes 25

A/ La Cour européenne des droits de l'homme 25

B/ La Cour de justice de l'Union européenne 25

§ III/ La doctrine de l'Europe 26

SECTION III /LES AVANCEES LEGISLATIVES EN MATIERE DE CONCILIATION ET DE MEDIATION 29

SECTION IV/ LE ROLE DES JURIDICTIONS DANS LA PROMOTION DE LA CONCILIATION ET DE LA MEDIATION 35

SECTION V/ LES OBJECTIFS DU RAPPORT 39

§ I / Les conditions du développement de la conciliation et de la médiation judiciaires 39

§ II / Les propositions de réforme 42

PARTIE I – DEVELOPPER LA CULTURE DES MODES AMIABLES DE REGLEMENT DES LITIGES ET RENFORCER L'INSTITUTIONNALISATION DE LA CONCILIATION ET DE LA MEDIATION DANS LES JURIDICTIONS 45

SECTION I/ CLARIFIER LA DEFINITION DE LA CONCILIATION ET DE LA MEDIATION 46

§ I/ Clarifier la définition de la conciliation 46
§ II/ Clarifier la définition de la médiation 49
SECTION II/ FAVORISER LA MEDIATION CONVENTIONNELLE OU JUDICIAIRE PLUTOT QUE LA MEDIATION PREALABLE OBLIGATOIRE 53
SECTION III/ RENFORCER LA FORMATION DES CONCILIATEURS, DES MEDIATEURS, DES AVOCATS ET DES JUGES 61
SECTION IV/ ORGANISER L'INSTITUTIONNALISATION DE LA MEDIATION DANS LES TRIBUNAUX 67
§ I/ Inciter les juridictions à organiser des audiences de proposition de médiation 67
§ II/ Institutionnaliser un service de médiation dans les juridictions 68
A/ Création d'une chambre pilote de médiation et de conciliation 68
B/ Créer un magistrat coordonnateur de la médiation ou des MARD 70
C/ Nommer un référent national médiation pour les juridictions judiciaires..... 71
SECTION V/ VALORISER LA CONCILIATION ET LA MEDIATION DANS L'ACTIVITE DES TRIBUNAUX PAR L'ELABORATION D'UN OUTIL STATISTIQUE INFORMATISE NATIONAL POUR L'EVALUATION DE LA PRATIQUE DE LA CONCILIATION ET DE LA MEDIATION JUDICIAIRES 73
SECTION VI/ DEVELOPPER UNE POLITIQUE PUBLIQUE DE LA CONCILIATION ET DE LA MEDIATION 77

PARTIE II – CLARIFIER LE REGIME DE LA MEDIATION ET DE LA CONCILIATION JUDICIAIRES 81

SECTION I/ CLARIFIER LES DELAIS : POINT DE DEPART ET DUREE DE LA MEDIATION ET DE LA CONCILIATION 82
§ I/ Le point de départ et la durée de la médiation 82
§ II/ Le point de départ et la durée de la conciliation 85
SECTION II/ CLARIFIER LES MODALITES DE CHOIX ET DE REMUNERATION DU MEDIATEUR 87
§ I/ Le choix du médiateur 87
§ II/ La rémunération du médiateur 89
SECTION III/ CLARIFIER LES RAPPORTS ENTRE LE JUGE, LE MEDIATEUR, LE CONCILIATEUR ET LES PARTIES. 93
§ I/ Entrée en médiation et sortie de la médiation ou de la conciliation 93
§ II/ La confidentialité de la médiation et de la conciliation 95
A/ La confidentialité de la médiation 95
B/ La confidentialité de la conciliation..... 101
§ III/ L'indépendance du médiateur et l'interdiction des conflits d'intérêts 102
§ IV/ L'injonction de rencontrer un médiateur ou un conciliateur aux fins d'information 103
A/ L'injonction de rencontrer un conciliateur et la possibilité pour le conciliateur ou le médiateur de recueillir l'accord des parties pour entrer en médiation ou en conciliation 104
B/ La mise à disposition d'un bureau pour les médiateurs en cas d'injonction faite aux parties de rencontrer un médiateur aux fins d'information 105
C/ La sanction du refus de l'une des parties d'exécuter l'injonction 106

§ V/ Le contrôle de la médiation et de la conciliation 108
A/ Le contrôle de la loyauté de la médiation et de la conciliation 108
B/ Le contrôle du protocole d'accord par le juge de l'homologation 110
§ VI / La valeur probante de l'avis d'un expert désigné par les parties dans le cadre de la conciliation ou de la médiation 114
§ VII/ Permettre au juge du référé commercial et au juge commissaire de déléguer un conciliateur de justice 118

SYNTHESE 119
LISTE DES PROPOSITIONS DE TEXTE 121
LISTE DES RECOMMANDATIONS 129
TABLEAU COMPARATIF DES TEXTES ACTUELS ET PROPOSES 131

ANNEXES 143
LISTE DES PERSONNES ET ASSOCIATIONS AUDITIONNEES 144
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE 145

INTRODUCTION

La cour d'appel de Paris, qui abrite le siège social de GEMME France (groupement européen des magistrats pour la médiation dont le premier président Guy Canivet est un cofondateur) et celui de la CIMJ (conférence internationale pour la médiation judiciaire), a toujours été, sous l'impulsion de ses premiers présidents successifs, un lieu d'initiatives « de bonnes pratiques » en matière de médiation ou de conciliation de justice, initiatives dont certaines ont même été consacrées ensuite par le législateur (comme par exemple le système dit de la double convocation, la présence des conciliateurs aux audiences des anciens juges d'instance devenus juges des contentieux de la protection).

La cour d'appel de Paris est aussi à l'origine de la construction prétorienne de la médiation (notamment à l'occasion de conflits collectifs du travail), reprise par le législateur en 1995 et codifiée en 1996. De nombreux colloques et formations sur la médiation et la conciliation ont été organisés au sein de cette juridiction. Une unité des modes amiables de résolution des différends (UMARD) regroupant l'ensemble des acteurs concernés a été créée en 2014 à l'initiative de la première présidente Chantal Arens.

Dix ans sont passés depuis le rapport Magendie sur la médiation, qui dressait en 2008 un état des lieux des modes amiables de résolution des différends. Pourtant, le bilan du développement des modes amiables de règlement des litiges reste mitigé. Ses préconisations n'ont pas toutes été suivies d'effet. La médiation et la conciliation judiciaires n'ont pas eu le succès que l'on aurait pu escompter, alors même que les modes amiables de règlements des différends ont fait l'objet d'un certain nombre de réformes.

Il a donc semblé opportun à la cour d'appel de se remettre à l'ouvrage et de lancer une nouvelle réflexion, en collaboration avec l'université, aux fins présenter au ministère de la justice un état des lieux de la médiation et de la conciliation, quelques propositions de réformes, ainsi que plusieurs recommandations.

Avant d'entrer dans des débats d'une nature plus technique, il n'est pas inutile de rappeler en introduction, tour à tour les enjeux de la conciliation et ceux de la médiation (Section I), le cadre européen (Section II), les avancées législatives en matière de conciliation et de médiation (Section III), le rôle des juridictions dans la promotion de la conciliation et de la médiation (Section IV), enfin les objectifs du présent rapport (Section V).

Section I/ Les enjeux de la conciliation et de la médiation

Présenter les enjeux de la conciliation et de la médiation suppose d'envisager la conciliation et la médiation en général (§ I), la conciliation et la médiation judiciaires en particulier (§ II), enfin l'extension des modes amiables de règlement des différends dans la procédure judiciaire (§ III).

§ I / Les enjeux de la conciliation et de la médiation en général

Au début du 21ème siècle, le développement des modes amiables de règlement des différends, tels la conciliation et la médiation, apparait non seulement utile, mais aussi indispensable.

La conciliation et la médiation sont capables de répondre à de nombreux enjeux actuels :

- garantir un meilleur accès à la justice, la qualité et l'efficience du système judiciaire,
- développer une justice socialement responsable fondée sur la liberté, l'égalité des parties, leur responsabilité et leur participation à la justice par une solution adaptée et acceptée, ainsi que le respect d'un protocole d'accord,
- développer une culture de la prévention et de la gestion des conflits, à tous les niveaux et dans tous les secteurs de la vie des citoyens,
- renforcer la conservation des liens sociaux, la paix, la cohésion et l'inclusion sociales,
- permettre des économies de temps et de finances,
- renforcer la performance des opérateurs économiques et des institutions,
- améliorer le fonctionnement des institutions, notamment dans leur rapport avec les citoyens.

La médiation publique a fait l'objet d'un rapport publié par France Stratégie en juin 2019. Les pouvoirs publics ont conscience de l'importance du développement des

modes amiables de règlement des différends dans les relations entre les institutions publiques et les citoyens[1].

D'une façon générale, la conciliation et la médiation font l'objet d'une considération particulière dans la majorité des pays du monde et connaissent une extension au niveau mondial[2].

Elles constituent des moyens reconnus de régulation sociale utiles, efficaces et vertueux (créateurs de liens sociaux et de solidarités parce que fondés sur l'adhésion, l'écoute et la reconnaissance réciproques, la négociation et l'entente).

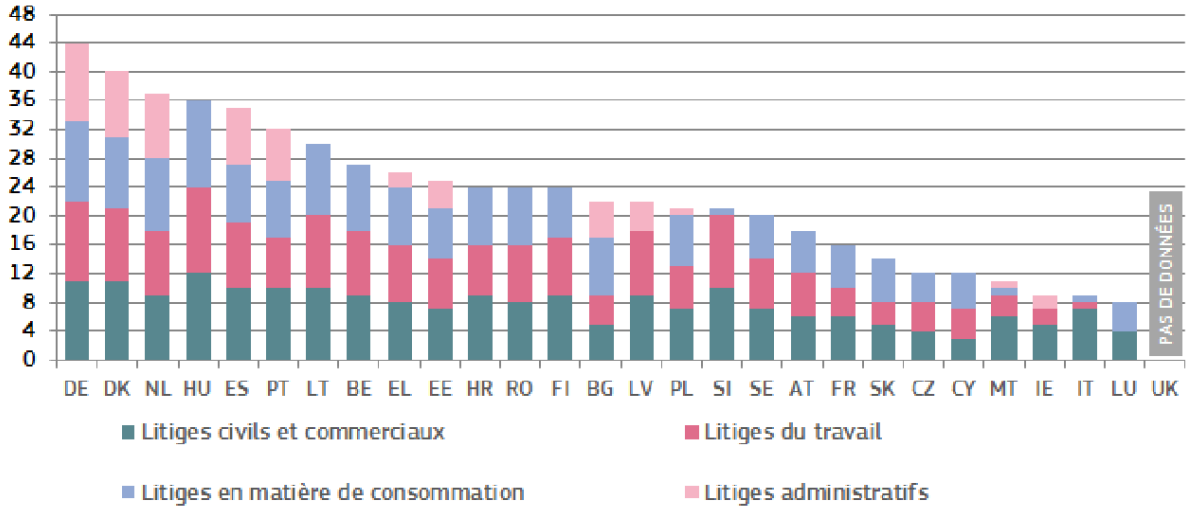
L'Union européenne ne s'en est pas désintéressée. En témoignent la directive 2008/52/CE du parlement européen et du conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale et la directive 2013/11/UE du parlement européen et du conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation qui a favorisé le développement de la médiation de consommation en permettant aux consommateurs qui le souhaitent de recourir gratuitement aux modes amiables de règlement des différends relatifs aux contrats de consommation.

Dans son *Justice scoreboard* de 2019, un tableau de bord présente les efforts des Etats membres pour promouvoir le recours aux MARD à travers des incitations spécifiques (figure n° 27) et permet de comparer les différents systèmes judiciaires. Ce tableau comparatif du recours aux MARD dans les différents Etats membres fait de cet aspect un critère de la qualité de l'accès à la justice.

[1] Médiation accomplie. Discours et pratiques de la médiation entre citoyens et administration. Rapport pour l'assemblée nationale, France stratégie, juillet 2019.

2 Les nouveaux enjeux de la médiation administrative, judiciaire, conventionnelle, à distance, environnementale, interculturelle, dir. B. Blohorn-Brenneur, L'Harmattan, 2016.

Graphique 27: promotion et incitations en faveur du recours aux méthodes de REL (*)
[source: Commission européenne ([87])]



(*) Maximum possible: 48 points. Données agrégées fondées sur les indicateurs suivants: 1) site web fournissant des informations sur les méthodes de REL; 2) campagnes publicitaires dans les médias; 3) brochures destinées au grand public; 4) les tribunaux organisent sur demande des séances d'information spécifiques sur les méthodes de REL; 5) coordonnateur en matière de méthodes de REL et/ou de médiation dans les tribunaux; 6) publication des évaluations du recours aux méthodes de REL; 7) publication de statistiques concernant le recours aux méthodes de REL; 8) l'aide juridictionnelle couvre (en partie ou intégralement) les coûts engendrés par les méthodes de REL; 9) remboursement total ou partiel des droits de greffe, y compris les droits de timbre si la méthode de REL porte ses fruits; 10) aucun avocat requis pour la procédure de REL; 11) le juge peut agir en tant que médiateur; et 12) l'accord conclu par les parties devient exécutoire devant les tribunaux. Pour chacun de ces 12 indicateurs, un point a été attribué pour chaque domaine du droit. ***DK:*** *chaque juridiction dispose d'un ambassadeur chargé de promouvoir le recours à la médiation. Les juridictions administratives peuvent proposer aux parties de recourir à la médiation.* ***IE:*** *les affaires administratives sont intégrées à la catégorie des affaires civiles et commerciales.* ***EL:*** *le REL existe dans le domaine des procédures de passations de marchés publics devant les cours d'appel administratives.* ***ES:*** *le REL est obligatoire dans les affaires relevant du droit du travail.* ***LT:*** *un secrétaire de l'administration nationale des cours et tribunaux coordonne le processus de médiation judiciaire au sein des juridictions.* ***PT:*** *pour les litiges civils/commerciaux, les droits de greffe ne sont remboursés que devant les justices de paix.* ***SK:*** *l'ordre juridique slovaque ne peut intégrer le recours au REL pour des raisons administratives.* ***SE:*** *les juges ont le choix des procédures en ce qui concerne le REL. En effet, ils ont l'obligation de rechercher un règlement à l'amiable sauf si cela se révèle inapproprié.*

Quant à la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), elle élabore, fait évoluer et publie régulièrement des documents de droit souple, recommandations, tels des feuilles de route, boîtes à outils, programmes, lignes directrices, grilles de référence, codes de conduite ou modèles de formulaire de médiation, qui démontrent l'importance et les enjeux des modes amiables de résolution des différends. Elle affiche comme objectif que, « d'ici 2025, au moins 25 % des litiges en matière civile, pénale, familiale et administrative soient réglés par la médiation et non par une procédure judiciaire »[3].

Au niveau de l'instance, l'intérêt de développer la conciliation et la médiation dans le cadre du contentieux est aussi pris en considération. La France était pionnière

3 CEPEJ (2018)8, Feuille de route, 27 juin 2018, p. 2.

lorsqu'elle a légiféré sur la médiation et la conciliation par la loi n° 125-95 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Depuis cette loi, de multiples textes législatifs adoptés témoignent de l'intérêt actuel du développement des modes amiables de règlement des différends dans le cadre même du contentieux judiciaire, que ce soit la conciliation ou la médiation judiciaires ou la convention participative[4].

La médiation en ligne a aussi été introduite dans le système juridique par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et son décret d'application n° 2019-1089 du 25 octobre 2019 relatif à la certification des services en ligne de conciliation, de médiation et d'arbitrage.

Dans certains pays, comme au Québec, les modes amiables de règlement des différends sont inscrits au frontispice du code de procédure civile et considérés comme une condition de la qualité, de l'accessibilité et de la célérité de la justice. Ils doivent nécessairement être envisagés puisque l'article 1er al. 3 du code de procédure civile du Québec énonce que *« les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leurs différends avant de s'adresser aux tribunaux ».*

En France, force est de constater que depuis la loi n° 125-95 du 8 février 1995 des efforts importants ont été réalisés dans tous les domaines pour favoriser la mise en œuvre des modes amiables de règlement des différends.

La doctrine a également cherché à rendre plus visible et plus compréhensible l'intérêt de la médiation et de la conciliation judiciaires. Plusieurs rapports ont fait l'objet d'une publication. On citera le rapport Coulon en 2008 sur *« La dépénalisation de la vie des affaires »*, le rapport Magendie en 2008 *« Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie »*, le rapport Guinchard en 2008 « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », le rapport Magendie *« Célérité et qualité de la justice. Les conciliateurs de justice »* en 2010, enfin le rapport Delmas-Goyon en 2013 *« Le juge du XXIème siècle »*. Le présent rapport se place dans la ligne de cette activité doctrinale et d'offre de loi qui a été menée dans le passé par de grandes figures de l'institution judiciaire. Plus récemment, en 2017, le rapport *« Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile »* de F. Agostini et N. Molfessis a également cherché à favoriser le

[4] Voir *infra* : les avancées législatives.

recours aux modes alternatifs de règlement des différends à tous les stades de la procédure.

En 2008, le rapport Magendie avait posé les bases qui sont les fondations de la réflexion collective conduisant à l'écriture de ce présent rapport et aux propositions qui en découlent :

- mieux définir les notions ;
- ne pas couper la médiation de la société civile ;
- considérer la médiation judiciaire comme un enrichissement de la justice et non un substitut à celle-ci ;
- structurer sans rigidifier ;
- assurer la confiance dans la médiation par sa qualité ;
- ne pas favoriser la médiation obligatoire ;
- créer un observatoire national de la médiation.

Il y avait également été précisé quelles étaient les raisons du manque d'intérêt, voire de l'hostilité qui existait en France à l'égard de la médiation :

- 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 judicaire où l'on emploie souvent des mots guerriers (arène judiciaire, duel judiciaire, vainqueur/vaincu, adversaires), avec une institution qui exerce une fonction régalienne, 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 étudiants en droit, 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 certain nombre de propositions y avaient été faites, qui seront rappelées au cours du présent rapport.

Force est de constater que la culture de la conciliation et de la médiation n'est toujours pas suffisamment développée aujourd'hui. Quant au régime de ces institutions, il n'a pas fait l'objet d'une complète clarification. A certains égards, ces institutions restent floues, ce qui constitue un frein important à leur recours.

§ II/ Les enjeux de la conciliation et de la médiation judiciaires en particulier

L'objet du présent rapport se limite à la conciliation et à la médiation judiciaires.

Il est utile de déterminer au préalable les avantages de ces modes amiables alors même qu'une action en justice est engagée. Ils présentent, en effet, plusieurs intérêts qui relèvent tant des idéaux que du pragmatisme. Tout d'abord, permettre une justice pacifiée (A), ensuite apporter de meilleures solutions (plus adaptées, plus constructives et mieux acceptées) par rapport à celles que le juge pourrait prendre eu égard à son devoir de juger en droit dans les strictes limites de l'objet du litige dont il est saisi (B), garantir un règlement des litiges efficace et confidentiel (C), enfin répondre à un nouveau droit des justiciables, le droit des justiciables à la médiation et à la conciliation (D).

A/ Une justice pacifiée

Favoriser une justice pacifiée est le premier intérêt des modes amiables de règlement des différends.

La conciliation et la médiation vont permettre de parvenir à une solution, dans un cadre plus apaisé, en se plaçant en dehors du cadre contentieux dans lequel les parties sont nécessairement dans une posture irréductible d'opposition, jusqu'à ce que la décision judiciaire tranche le litige en appliquant les règles de droit. Bien que l'idéal de la justice soit d'établir la paix entre les hommes, il s'avère que la décision judiciaire est rarement dotée d'une vertu pacificatrice parce qu'au cours de la procédure les positions des parties se seront souvent radicalisées.

A l'opposé, lorsqu'une conciliation ou une médiation ont abouti à un accord, c'est en réalité beaucoup plus qu'un accord qui a été réalisé. L'accord permet de faire l'économie d'une décision judiciaire, mais aussi d'un éventuel recours contre la décision du juge qui aurait pu être intenté par la partie insatisfaite de la solution judiciaire. Plus encore, l'accord sera aussi un gage de paix pour l'avenir permettant d'éviter d'autres actions ultérieures que la décision judiciaire n'aurait pas pu empêcher, sous réserve du respect de l'autorité de la chose jugée.

Puisque les parties dispensent moins de temps dans le combat judiciaire, le développement de la conciliation et de la médiation impacte nécessairement à la fois les finances publiques et celles des particuliers, avec des économies budgétaires pour le service public de la justice ainsi que des économies de temps et de finance pour les particuliers.

Du côté du service public de la justice, il ne s'agit pas de promouvoir la conciliation ou la médiation aux fins de désengorger les tribunaux en remplaçant la justice par un pis-aller de justice ou une justice mineure.

Pourtant, force est de constater que diriger une partie du contentieux vers la médiation emporte plusieurs conséquences :

- la diminution de la longueur du temps contentieux, lorsque la médiation est proposée par le juge (la médiation dure quelques mois, tandis que le contentieux peut s'étaler sur plusieurs années) ;
- la diminution du nombre des recours (appel et cassation) ;
- et indirectement, la diminution du nombre des éventuels procès que deux parties opposées par la haine, auraient pu intenter postérieurement à une décision judiciaire.

Les modes amiables de règlement des différends sont ainsi dotés d'une double efficacité : ils sont paradoxalement un mode de gestion des conflits et en même temps un mode de prévention de ceux-ci.

Si le développement des modes amiables de règlement des différends est susceptible de générer des économies à moyen comme à long termes, il suppose néanmoins, dans un premier temps, des investissements non négligeables afin de les rendre accessibles, fiables et professionnels, ce qui sera évoqué dans la suite du présent rapport.

La réduction du volume du contentieux judiciaire est une conséquence naturelle de l'augmentation du recours à la médiation et à la conciliation.

Toutefois, le rôle du juge reste central, à la fois pour proposer la médiation ou la conciliation dans les affaires qu'il juge éligibles aux modes amiables de règlement des différends et aussi pour les contrôler par la voie de l'homologation. Le juge est le défenseur de la bonne utilisation des modes amiables de règlement des différends. Dès lors, pour que cette phase amiable puisse être menée sous l'égide du juge dans les meilleures conditions, il est nécessaire de donner à l'institution judiciaire des moyens supplémentaires.

Du côté des justiciables, la médiation est moins coûteuse qu'une procédure. Tout en s'appuyant sur les importantes missions de l'avocat en tant que prescripteur, conseiller juridique, accompagnateur et rédacteur du protocole, la médiation, qui permet de limiter la durée de la procédure, ainsi que le nombre d'actes y afférents, a en effet des incidences économiques indiscutables pour les justiciables.

B/ Des solutions plus adaptées, plus constructives et mieux acceptées

Le deuxième intérêt de la conciliation et de la médiation consiste à permettre aux parties d'élaborer des solutions qui sont plus satisfaisantes que celles que la décision judiciaire aurait pu contenir en application des principes directeurs du code de procédure civile selon lesquels le juge est tenu de respecter l'objet du litige tel qu'il est fixé par les parties et d'appliquer les règles de droit.

La solution issue d'un mode amiable de règlement des différends est plus satisfaisante pour plusieurs raisons.

Premièrement, parce qu'elle permet de préserver le lien social grâce à l'accord conclu par les parties. La conciliation et la médiation sont d'une très grande utilité dans tous les conflits entre des personnes qui seront amenées à se côtoyer postérieurement à l'action en justice. Cela concerne les relations de voisinage, les relations de famille, les relations professionnelles à l'intérieur de l'entreprise ou les relations économiques en général. La vertu de la médiation consiste même à permettre de renouer le dialogue et de recréer la relation entre les parties par des techniques éprouvées de communication.

Deuxièmement, parce que la négociation, utilisée en conciliation notamment, est, dans certains contentieux, un gage utile de rapprochement et de création de solutions pragmatiques pour et par des personnes capables de maîtriser leurs intérêts et aguerries à la négociation. C'est le cas des opérateurs économiques, auxquels la conciliation est proposée dans les tribunaux de commerce, qui sont très sensibles aux intérêts des modes amiables de règlement des différends.

Troisièmement, l'intérêt spécifique de la médiation est de permettre le traitement du conflit sans s'arrêter aux limites du litige soumis au juge. Le rôle du médiateur consiste à aider les parties à envisager tous les éléments du conflit pour leur permettre de trouver des solutions constructives, originales, créatives et efficaces.

La médiation offre un cadre professionnellement géré et confidentiel, donc sécurisé, pour tenter de construire en commun une solution mutuellement satisfaisante et sur-mesure. Cette solution peut contenir des aspects très variés : techniques, relationnels, commerciaux, juridiques et financiers. Ce qui fait sa spécificité, c'est de pouvoir comporter des aspects non juridiques qui peuvent être d'une extrême importance pour les parties sans toutefois pouvoir donner lieu à une action en justice ou permettre une qualification et une réponse juridiques.

Enfin, quatrièmement, les modes amiables de règlements des litiges rendent possible une solution juste et consentie dans tous les cas où l'affaire est d'une particulière complexité, ou bien marquée par l'incertitude de la solution judiciaire, ou encore, lorsque la solution juridique serait déraisonnable ou inéquitable.

Très souvent la solution en résultant est plus équitable et ressentie comme plus équitable qu'une décision de justice appliquant seulement le droit dans le cadre de l'objet du litige.

C/ Un règlement des litiges rapide, efficace et confidentiel

Les modes amiables de résolution des différends présentent aussi l'immense avantage d'un règlement rapide, efficace et confidentiel des conflits.

Tout d'abord, la rapidité et l'efficacité sont garanties par le processus de négociation.

La rapidité, parce que le médiateur et le conciliateur ont une obligation de diligence, dans la mesure où leur action est encadrée par des délais.

L'efficacité, parce que la médiation ou la conciliation aboutissent, en effet, à une solution conventionnelle, la conclusion d'un contrat contenant la solution au différend issue de la négociation entre les parties. Or, les parties auront plus à cœur d'exécuter l'accord qu'elles ont conclu plutôt qu'une décision judiciaire leur donnant unilatéralement plus ou moins tort. L'on note, en effet, extrêmement peu de contentieux relatifs aux difficultés d'exécution d'un accord issu d'un règlement amiable.

Quant à la confidentialité, elle est un principe fondamental du régime des modes amiables de règlement des différends et présente, là encore, un avantage primordial, notamment en matière économique.

D/ Un droit des justiciables à la médiation et à la conciliation

Un autre enjeu se réfère aux droits des justiciables. Ne faudrait-il pas faire évoluer notre vision du règlement des conflits ? Ne devrait-on pas envisager un véritable droit à la résolution amiable des différends, comme il existe, par exemple, un droit au recours à l'arbitrage international ?

Il serait, en effet, intéressant, opportun et légitime de mieux faire comprendre aux parties qu'elles ont un droit à la mise en œuvre des modes amiables de règlement des différends.

Ce nouveau paradigme permettrait de mettre en lumière la liberté individuelle (liée à l'autonomie et la responsabilité des individus) et le droit subjectif à la conciliation ou à la médiation qui est aujourd'hui encore insuffisamment connu des parties, des avocats et même des juges.

Souvent les parties considèrent les modes amiables de règlement des litiges comme une contrainte, un passage obligé leur permettant d'accéder au juge dans un second temps, ou, au mieux, seulement un mode alternatif du règlement de leur litige.

Le défi des juges et des avocats, des médiateurs et des conciliateurs est précisément de mettre en valeur ce droit au respect de la volonté, de la liberté et de la responsabilité des parties, ce droit qui revient aux parties de construire ensemble une solution sur-mesure et mutuellement satisfaisante mettant fin à leur conflit dans le cadre sécurisé de la médiation ou de la conciliation. Les modes amiables donnent ou redonnent aux parties un pouvoir auquel ils ont droit.

Malgré une culture française certes encore très attachée au juge, un besoin de liberté et d'autonomie du justiciable peut se ressentir tant en France (défiance grandissante des citoyens envers leur justice) qu'au niveau européen et communautaire (cf. Section 2 - le cadre européen).

Organiser pour le justiciable un cadre légal et rassurant, auquel contribuerait ce droit des justiciables à la médiation et à la conciliation, pourrait avoir plusieurs effets : d'une part, le citoyen augmenterait son autonomie et maîtriserait davantage son destin judiciaire ; d'autre part, cela pourrait avoir pour conséquence de renforcer la légitimité du droit et la confiance portée à l'institution judiciaire.

§ III/ L'extension des modes amiables de règlement des différends dans la procédure judiciaire

Si l'on parvient à relever ce défi qui consiste à mieux mettre en lumière les avantages de la conciliation et de la médiation judiciaires, reste un dernier enjeu : étendre les modes amiables de règlement des différends dans la procédure et parfaire les règles pour garantir la qualité de la conciliation et de la médiation.

La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice s'est donnée pour objectif le développement de la culture du règlement alternatif des différends. L'extension de la place de la médiation et de la conciliation a été réalisée au moyen d'un nouveau droit donné au juge de faire injonction aux parties de rencontrer un médiateur pour être informées sur l'objet et le déroulement d'un processus de médiation (nouvel article 22-1 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995), ainsi que par l'obligation d'une tentative de conciliation, de médiation ou convention de procédure participative pour certains litiges de voisinage et les litiges civils dont l'objet est inférieur à 5.000 euros.

Par ailleurs, les dispositions du code de procédure civile encouragent la conciliation et la médiation à tout moment et provenant de toute initiative, des juges ou des parties, en première instance et en appel.

Par exemple, l'article 128 du code de procédure civile énonce que *« Les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance ».* De même, l'article 22 de la loi du 8 février 1995 prévoit que *« Le juge peut désigner, avec l'accord des parties, un médiateur judiciaire pour procéder à une médiation, en tout état de la procédure, y compris en référé. Cet accord est recueilli dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat ».*

Il est absolument nécessaire de s'assurer que les modes amiables de résolution des litiges ne menacent ni l'Etat de droit, ni la liberté des individus, mais qu'ils soient placés au service des justiciables et de la justice, comme le sont d'ailleurs également les juges et les avocats.

Section II/ Le cadre européen

Le droit national doit être envisagé dans le contexte européen qui est favorable à l'extension des modes amiables de règlement des différends. Au niveau européen, les textes (§ I), la jurisprudence (§ II) et la doctrine (§ III) concourent à soutenir l'essor de la médiation et de la conciliation dans les pays membres de l'Union européenne.

§ I/ Les directives

Deux directives portent sur la médiation, la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale et la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

A/ La directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale

La directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale vise essentiellement à encourager activement le recours à la médiation dans les États membres.

À cette fin, elle contient cinq règles fondamentales ; elle :

- oblige tous les États membres à promouvoir la formation des médiateurs et à veiller à la bonne qualité de la médiation.
- donne à tout juge le droit d'inviter les parties à un litige à recourir d'abord à la médiation s'il estime qu'elle est appropriée compte tenu des circonstances de l'affaire.
- dispose que les accords issus de la médiation peuvent être rendus exécutoires si les deux parties le demandent, et ce, par exemple, au moyen d'une décision d'homologation ou d'un acte notarié.

- exige des Etats qu'ils veillent à ce que la médiation ait lieu dans le respect de la confidentialité et dispose que le médiateur ne peut être tenu de produire en justice, dans le cadre d'un litige ultérieur entre les parties à la médiation, des preuves sur ce qui s'est passé au cours de la médiation.
- exige des Etats qu'ils garantissent que les parties ne seront pas empêchées d'agir en justice du fait de la médiation : les délais impartis pour intenter une action en justice sont suspendus pendant la médiation.

Le droit européen pose ainsi quelques piliers :

- la responsabilité de l'Etat pour la formation des médiateurs et la qualité de la médiation,
- le droit pour le juge d'inviter les parties à entrer en médiation,
- le droit de demander l'homologation de l'accord,
- le droit au respect de la confidentialité,
- le droit d'accéder à la justice et la suspension du délai de prescription.

Ces piliers sont essentiels, mais restent insuffisants pour garantir le cadre des modes amiables de résolution des différends et développer leur culture.

B/ La directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation

La médiation de consommation est entrée dans notre système juridique à la faveur de la transposition de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

La spécificité de cette procédure est d'être gratuite pour le consommateur et de lui permettre d'être mis en relation avec un interlocuteur, un médiateur de la consommation. Cette médiation est encadrée et contrôlée par la Commission de contrôle et d'évaluation de la médiation.

§ II/ La jurisprudence des Cours européennes

Les Hautes Cours européennes ont eu l'opportunité de se prononcer sur la conformité aux textes européens de l'obligation de recours préalable à un mode amiable de règlement des différends.

A/ La Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée par son arrêt *Momcilovic contre Croatie*, rendu le 26 mars 2015[5], dans un sens favorable à la médiation et à la conciliation, en jugeant que l'obligation du préalable de médiation ou conciliation à peine d'irrecevabilité de la demande ne constituait pas une entrave disproportionnée à l'accès au juge, dans la mesure où la partie conserve le droit de refuser l'accord et de saisir le tribunal, et où le but poursuivi par le législateur est d'améliorer le fonctionnement de la justice et de proposer une solution conforme aux intérêts et aux besoins des personnes.

B/ La Cour de justice de l'Union européenne

Le préalable obligatoire doit être articulé avec les impératifs de la jurisprudence européenne sur le droit au recours effectif.

Or, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que le principe de protection juridictionnelle effective, réaffirmé à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ne s'opposait pas à une réglementation nationale subordonnant l'introduction d'un recours juridictionnel en matière de services de communications électroniques et de consommation à la mise en œuvre préalable de procédures de conciliation et de médiation extrajudiciaires lorsque ces procédures n'aboutissent pas à une décision contraignante pour les parties, n'entraînent pas de

[5] CEDH 26 mars 2015, n° 11239/11, RTD civ. 2015. 698, obs. P. Théry.

retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel, suspendent la prescription des droits concernés et ne génèrent pas de frais, ou génèrent des frais peu importants, pour les parties, pour autant, toutefois, que la voie électronique ne constitue pas l'unique moyen d'accès auxdites procédures et que des mesures provisoires sont possibles dans les cas exceptionnels où l'urgence de la situation l'impose[6].

§ III/ La doctrine de l'Europe

Il apparaît clairement que l'objectif de l'Europe est d'améliorer l'accès à la justice pour les citoyens européens dans le cadre d'un espace de liberté et de sécurité. Pour la Commission Européenne, la médiation et la conciliation sont un moyen rapide, simple et économique de résoudre les différends ; elle invite les Etats à instaurer une relation saine entre la médiation et la conciliation et les procédures judiciaires, afin que les justiciables ne soient ni empêchés ni dissuadés d'exercer leurs droits par l'incompatibilité ou la complexité des systèmes judiciaires des différents Etats membres, notamment dans les situations transfrontalières.

Opportunément, le développement de la médiation et de la conciliation apporte, en outre, un palliatif au poids des charges des systèmes juridiques des Etats membres, ayant ainsi un effet bénéfique sur leurs budgets.

L'objectif de l'Europe est donc de promouvoir la médiation et la conciliation, sans l'imposer.

Au sein de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), le groupe de travail sur la médiation (GT-MED) est chargé de faciliter la mise en œuvre des Recommandations du Comité des Ministres aux Etats membres concernant la médiation et, en particulier :

a. mesurer l'impact dans les Etats des Lignes directrices de la CEPEJ, et mettre à jour ces Lignes directrices, le cas échéant. A cette fin, le nouveau groupe de travail a mené une étude d'impact qui lui a permis d'avoir une vision d'ensemble de l'usage qui est fait des différents outils du Conseil de l'Europe en matière de médiation au sein de ses Etats membres

[6] Arrêts du 18 mars 2010, Alassini e.a., C-317/08 à C-320/08, EU:C:2010:146, point 67, et du 14 juin 2017, Menini et Rampanelli, C-75/16, EU:C:2017:457, point 61.

et d'élaborer des recommandations à l'attention des acteurs de la médiation et des autorités publiques afin de favoriser le développement de la médiation en Europe.

b. élaborer de nouveaux outils complémentaires visant à assurer une application effective des recommandations et lignes directrices existantes en matière de médiation. A cette fin, le groupe de travail élabore actuellement une « boîte à outils » afin d'accompagner les principaux acteurs de la médiation et les Etats avec des outils concrets et variés comme la formation et la qualification à la médiation, l'accès à la médiation, la sensibilisation des professions judiciaires, des usagers de la justice et du grand public, etc. A noter que certains de ces outils sont élaborés conjointement avec les organisations représentant les professions judiciaires concernées.

c. contribuer à la mise en œuvre des programmes de coopération pertinents, le cas échéant.

La liste des outils médiation de la CEPEJ est déjà longue :

- Programme de sensibilisation à la médiation pour les juges - décembre 2019
- Programme de sensibilisation à la médiation pour les notaires - décembre 2019
- Programme de formation pour les avocats pour l'accompagnement des clients dans la médiation - décembre 2019
- Lignes Directrices sur la conception et le suivi des programmes de formation des médiateurs - juin 2019
- Manuel européen pour le développement des législations nationales en matière de médiation – juin 2019
- Boîte à outils pour le développement de la médiation pour assurer la mise en œuvre des lignes directrices de la CEPEJ sur la médiation, comprenant :
    - un Guide du renvoi judiciaire à la médiation
    - un programme de base de formation des médiateurs
    - un code de conduite européen relatif aux prescripteurs de médiation
    - des modèles de formulaires de médiation
    - une grille de référence pour les indicateurs de performance de la médiation (statistiques de base sur la médiation)
    - un guide de la médiation pour les avocats

- Feuille de route du CEPEJ-GT-MED fondée sur le rapport du CEPEJ-GT-MED concernant « L'impact des lignes directrices de la CEPEJ relatives à la médiation en matière civile, familiale, pénale et administrative » - juin 2018
- Lignes Directrices sur la conception et le suivi des programmes de formation des médiateurs - juin 2019
- Lignes directrices visant à améliorer la mise en oeuvre de la Recommandation existante concernant la médiation en matière pénale - 7 décembre 2007
- Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre des Recommandations existantes concernant la médiation familiale et en matière civile - 7 décembre 2007
- Lignes directrices visant à améliorer la mise en oeuvre de la Recommandation sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées - 7 décembre 2007
- Recommandation (2002) 10 sur la médiation en matière civile
- Recommandation (2001) 9 sur les modes alternatifs de règlements des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées
- Recommandation (99) 19 sur la médiation en matière pénale
- Recommandation (98) 1 sur la médiation familiale

Section III /Les avancées législatives en matière de conciliation et de médiation

Depuis 25 ans, les modes amiables de règlement des litiges ont été introduits dans le droit positif par touches successives ; certaines ont été impulsées par l'Union européenne.

Se sont ainsi succédés :

- le décret n° 78-381 du 20 mars 1978[7],
- la loi n° 95-125 du 8 février 1995[8],
- le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996[9],
- l'ordonnance n° 2011-1450 du 16 novembre 2011[10],
- le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012[11],
- le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015[12],
- la loi n° 2015-990 du 6 août 2015[13],
- le décret n° 2016-514 du 26 avril 2016[14],
- le décret n° 2016-1876 du 27 décembre 2016[15],
- la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016[16],
- le décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017[17],
- la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019[18],
- le décret n° 2019-1089 du 25 octobre 2019[19],
- le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019[20].

---

7 Décret relatif aux conciliateurs de justice.

8 Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

9 Décret relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires.

10 Ordonnance de transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

11 Décret relatif à la résolution amiable des différends.

12 Décret relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

13 Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

14 Décret relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges et à la déontologie des juges consulaires.

15 Décret portant diverses dispositions relatives à l'aide juridique.

16 Loi de modernisation de la justice du XXIème siècle.

17 Décret relatif à la liste des médiateurs auprès de la Cour d'appel.

18 Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

19 Décret relatif à la certification des services en ligne de conciliation, de médiation et d'arbitrage.

C'est, en premier lieu, le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 qui a consacré le statut des conciliateurs de justice.

Ensuite, depuis la loi n° 95-125 du 8 février 1995, qui est la première loi sur la conciliation et la médiation judiciaires, les pouvoirs publics se sont efforcés de développer les modes amiables de règlement des litiges dans les tribunaux, en suivant plusieurs grandes étapes principales.

Premièrement, des chapitres dédiés à la médiation et à la conciliation ont trouvé place dans le code de procédure civile à la faveur des décrets n° 96-652 du 23 juillet 1996[21] (articles 131-1 et s. du code de procédure civile) et n° 2015-2082 du 11 mars 2015[22] (articles 128 et s. du code de procédure civile).

Deuxièmement, l'ordonnance n° 2011-1450 du 16 novembre 2011 de transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, a introduit un nouveau livre dans le code de procédure civile, le livre cinquième *« La résolution amiable des différends »* (articles 1528 et s. recouvrant la médiation et la conciliation conventionnelles, ainsi que la procédure participative).

Ensuite, en 2015, deux textes importants ont été publiés. Le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015[23] a généralisé l'obligation pour les professionnels du droit d'envisager une solution amiable avant toute saisine d'une juge, puisque toute requête ou assignation ou déclaration devait *« préciser les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige »* (articles 56 et 58 du code de procédure civile) ; à défaut le juge peut proposer une mesure de conciliation ou de médiation (article 127 du code de procédure civile). Les dispositions précitées des articles 56 et 58 du code de procédure ont été abrogées par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019[24].

---

[20] Décret réformant la procédure civile.

[21] Décret relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires.

[22] Décret relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

[23] Décret relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

[24] Décret réformant la procédure civile.

Quant à la loi n° 2015-990 du 6 août 2015[25], elle a permis le recours à la médiation et à la conciliation conventionnelles ainsi qu'à la procédure participative assistée par avocat au contentieux prud'homal. C'est alors le bureau de conciliation et d'orientation qui homologue l'accord. En cas d'échec du mode amiable de résolution du litige librement choisi, les parties devront se soumettre à la tentative préalable de conciliation.

Puis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016[26] a constitué une autre étape importante. Cette loi impose à peine d'irrecevabilité de la déclaration au greffe du tribunal d'instance (désormais tribunal judiciaire) que le juge peut soulever d'office, une tentative de conciliation devant un conciliateur de justice (si l'objet du litige est inférieur à 4.000 euros), prévoit la possibilité de recourir à la procédure participative assistée par avocat même si le juge est déjà saisi du litige, introduit la médiation judiciaire devant les tribunaux administratifs dans les litiges internes et l'expérimentation de la tentative de médiation obligatoire en matière de médiation familiale, dans 11 tribunaux judiciaires (à propos des demandes de modification des dispositions d'une convention de divorce homologuée, ou d'une décision relative à l'exercice de l'autorité parentale, à la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant).

Enfin, et dans la ligne de la loi du 18 novembre 2016, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019[27] a cherché à promouvoir les modes de résolution amiables des litiges en général et la médiation en particulier et à développer la « culture de l'amiable » en autorisant le juge à enjoindre les parties à rencontrer un médiateur qu'il désigne et qui pourra les informer sur l'objet et le déroulement d'une procédure de médiation *« en tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible »* (*L. n° 2019-222, art. 3, I, 2° ; L. n° 95-125, 8 févr. 1995, art. 22-1, mod.)*.

De surcroît, elle introduit de nouvelles tentatives de médiation obligatoires qui ont été précisées par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile :

- A peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au

[25] Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.
[26] Loi de modernisation de la justice du XXIème siècle.
[27] Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 (actions en bornage) et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire.

- *« Les parties sont dispensées de l'obligation mentionnée au premier alinéa dans les cas suivants : 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 tenant soit à l'urgence manifeste soit aux circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative ou nécessitant qu'une décision soit rendue non contradictoirement soit à l'indisponibilité de conciliateurs de justice entraînant l'organisation de la première réunion de conciliation dans un délai manifestement excessif au regard de la nature et des enjeux du litige ; 4° Si le juge ou l'autorité administrative doit, en application d'une disposition particulière, procéder à une tentative préalable de conciliation ».*

Cette loi a également introduit la médiation en ligne dans le système juridique (décret d'application n° du 25 octobre 2019 relatif à la certification des services en ligne de conciliation, de médiation et d'arbitrage).

La médiation a aussi été introduite dans le cadre des actions de groupe.

D'abord, la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, a prévu que, dans le cas où des personnes sont victimes de manquements de la part des professionnels, le juge pourra, s'il l'estime opportun, proposer une mesure de médiation entre l'association requérante et l'entreprise en défense et ce à tous les stades de la procédure.

Par ailleurs, l'article 184 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, qui a introduit une action de groupe en matière de santé, a instauré un mécanisme facultatif de médiation (articles L. 1143-6 à L.1143-10 CSP). Ainsi, le juge peut, avec l'accord des parties, donner mission à un médiateur de proposer aux parties une convention réglant les conditions de l'indemnisation amiable des dommages qui font l'objet de l'action (article L. 1143-6 CSP). Cette proposition doit intervenir rapidement car la mission du médiateur est strictement limitée à un délai de trois mois, renouvelable une fois. Le médiateur peut être assisté d'une commission de médiation

(article R. 1143-6 CSP). La convention d'indemnisation amiable doit faire l'objet d'une homologation par le juge.

Enfin, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a étendu l'action de groupe en cessation du manquement ou en réparation des préjudices subis pour un certain nombre de litiges :

- actions de groupe en matière de discrimination (cas général) ;
- actions de groupe en matière de discrimination en droit du travail ;
- actions de groupe en matière d'environnement ;
- actions de groupe en matière de protection des données à caractère personnel.

Le magistrat peut décider de mettre en œuvre une procédure collective de liquidation des préjudices. Il s'agit là d'une négociation du montant de l'indemnisation. L'accord devra être homologué par le juge qui devra vérifier s'il est conforme aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer et lui donnera force exécutoire.

Il y a donc eu un réel effort du ministère de la justice et du parlement pour instaurer un cadre favorable aux modes amiables tant extrajudiciaires que judiciaires, jusqu'au dernier texte sur la médiation en ligne qui est une véritable innovation (décret n° 2019-1089 du 25 octobre 2019). De même, témoignant de la volonté des pouvoirs publics, le nombre des conciliateurs de justice a été augmenté, ce qui constitue une évolution très positive (presque 2.500 en 2019).

Néanmoins, ces améliorations peuvent sembler encore insuffisantes à certains égards.

Plusieurs lacunes sont persistantes.

Premièrement, la technique législative utilisée pour la législation sur les modes amiables n'a pas suivi le principe de cohérence auquel elle est tenue. Le code de procédure civile ne suffit pas. De nombreuses dispositions se trouvent dans des lois autonomes, comme d'ailleurs la première loi du 8 février 1995 toujours en vigueur, à laquelle renvoient plusieurs articles du code de procédure civile. Il n'est donc pas simple de s'y retrouver lorsqu'il est question de connaître le régime des différends modes amiables de règlement des conflits. S'il faudrait refondre tous les textes, cet objectif supérieur dépasse toutefois le cadre de ce rapport.

Deuxièmement, un certain nombre de principes généraux manquent à l'appel.

Troisièmement, un travail de fond n'a pas encore été fait pour construire les bases d'une véritable culture des modes amiables de règlement des différends (notamment l'institutionnalisation de la médiation dans les tribunaux, l'information sur les modes amiables de règlement des différends et la formation des professionnels du droit).

A ce titre, un parallèle peut être opéré avec les juridictions de l'ordre administratif devant desquelles la médiation n'a fait officiellement son apparition qu'à compter de la loi du 18 novembre 2016, dite Loi de modernisation de la justice du XXIème siècle. Ce caractère récent n'a pourtant pas empêché son essor rapide au sein de l'ordre administratif qui a d'ailleurs organisé les premières assises nationales de la médiation administrative au mois de décembre 2019 avec pour but de donner un nouvel élan à ce changement de culture avec l'ensemble des partenaires des juridictions administratives. D'autres initiatives viennent utilement appuyer ce changement de culture et notamment :

- la fixation d'objectifs chiffrés aux juridictions en matière de prescription de médiations (le nombre de médiations engagées à l'initiative du juge devenant un indicateur de suivi de l'activité des juridictions),
- l'adaptation du logiciel de gestion des dossiers rendant possible la mise en œuvre des dispositions relatives à la médiation et permettant l'extraction d'éléments statistiques,
- la mise en place d'un forum de discussion des référents médiation des juridictions (discussions regroupées par thématiques, rubrique question/réponse pour faire part de ses interrogations pratiques quant à la mise en œuvre du processus), animé par un chargé de mission médiation auprès du secrétariat général du Conseil d'Etat.

Le présent rapport contiendra quelques propositions pour renforcer et clarifier la conciliation et la médiation judiciaires.

Section IV/ Le rôle des juridictions dans la promotion de la conciliation et de la médiation

A côté du législateur, les juridictions ont également joué un rôle important dans la promotion de la conciliation et de la médiation.

La médiation judiciaire est à l'origine issue d'une pratique prétorienne introduite et mise en œuvre à la cour d'appel de Paris dans les conflits collectifs du travail en référé, sous l'impulsion du Premier Président Pierre Drai.

En l'absence de cadre légal et réglementaire spécifique, les articles 808, 809 et 145 du code de procédure civile ont pu initialement constituer le fondement recherché de la médiation judiciaire, au titre des *« mesures »* prises par le juge des référés.

La cour d'appel de Paris abandonna finalement cette approche par des arrêts du 17 décembre 1987[28] et du 16 mai 1988[29] qui posèrent le principe que la médiation *était « une modalité de l'application de l'article 21 du code de procédure civile »*. Cette position a été suivie par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation qui par un arrêt du 16 juin 1993 (pourvoi n° 91-15332) a jugé que : *« 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 »*.

Le développement de la médiation au sein de la cour d'appel de Paris, spécialement dans les conflits individuels du travail, après l'adoption de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et de son décret d'application n° 96-652 du 22 juillet 1996, a été l'aboutissement d'une réflexion commune menée depuis plusieurs années (notamment sous l'impulsion des premiers présidents Guy Canivet et Jean-Marie Coulon) qui a progressivement abouti à l'élaboration d'un schéma d'ensemble visant à améliorer la réponse judiciaire dans le traitement des litiges lui étant soumis.

La médiation a tout d'abord été introduite à titre expérimental dans quatre chambres sociales qui réunissaient à leur demande les parties avec leurs conseils afin de leur proposer d'y avoir recours. Dès l'année 1999, on s'orienta vers une pratique

[28] CA Paris, 17 décembre 1987, D. 1988, IR p. 27.

[29] CA Paris, 1ère ch. – sect. A, 16 mai 1988, SA SNECMA c/ Allain et al., D 1988. IR. p. 174.

consistant à provoquer directement de la part des parties des demandes d'entrée en médiation, tout en cherchant à y associer l'ensemble des chambres sociales.

En février 2008, Jean-Claude Magendie, Premier président de la cour d'appel de Paris, souhaitant développer les modes alternatifs de règlement des conflits, a réuni des représentants de la famille judiciaire et des pionniers de la médiation issus d'horizons très divers. Il leur a donné pour mission d'établir un état des lieux de la médiation et de former des préconisations pour qu'elle devienne un mode habituel de traitement des litiges.

Le groupe de travail s'est attaché à formuler des préconisations en matière de formation, de désignation, de déontologie, d'organisation, de processus et de structure dans un rapport rendu public en octobre 2008 intitulé *« Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie »*.

Enfin, dans le prolongement du *Rapport Magendie* d'octobre 2008, précisément depuis la fin 2009, il a été décidé de passer d'une phase encore expérimentale à un schéma directeur structuré.

C'est dans ce sillon qu'il a été rappelé par la madame la Première Présidente, Chantal Arens, lors d'un colloque célébrant le vingtième anniversaire de la loi sur la médiation judiciaire en France le 19 mai 2015, à la première Chambre de la Cour d'appel de Paris, qu'il est essentiel que les juges réfléchissent à ces questions parce le juge *« est dans une société démocratique, le gardien des libertés individuelles et le garant de l'ordre public. Il doit garder toute sa place dans l'organisation de la médiation pour veiller à ce que les droits fondamentaux des parties soient préservés, tout en sachant s'effacer durant le déroulement du processus lui-même qui doit demeurer libre et souple. Pour employer une métaphore, la médiation pour être équitable ne peut se réaliser qu'à l'ombre du juge »*.

Madame la Première Présidente Chantal Arens a montré comment la cour d'appel de Paris, qui était à la pointe du développement des modes amiables de résolution des différends, avait été un laboratoire d'initiatives remarquées dans ce domaine et avait pu contribuer à la diffusion de la culture de la médiation et au développement de sa pratique[30].

[30] Annonces de la Seine, mercredi 10 juin 2015.

La liste est longue des initiatives de la cour d'appel de Paris :

- développement de la pratique de la double convocation,
- initiation de la présence de médiateurs à l'audience,
- création des audiences de procédure dédiées à la proposition de mesures de médiation,
- organisation de nombreux colloques de sensibilisation sur ce sujet,
- création des unités de médiation, pour réfléchir collectivement sur ces questions en replaçant au centre de ces problématiques le juge, qui est le prescripteur en matière de médiation judiciaire, mais en y associant aussi l'ensemble des différents acteurs de la médiation : avocats, médiateurs, centres de formation, notaires et autres professionnels du droit,
- adoption d'une charte déontologique du médiateur,
- signature de protocoles avec les différents acteurs de la médiation,
- organisation de formations sur ce thème,
- distribution de brochures d'informations dans les juridictions.

Pour Chantal Arens, la cour d'appel de Paris a élaboré une démarche de qualité pour *« assurer un développement harmonieux et significatif de la médiation judiciaire ».*

Ce n'est pas la seule juridiction active en matière de médiation.

Dans son sillage, les tribunaux judiciaires de Créteil et d'Evry ont créé une Unité des Modes Amiables de Règlements des Différends (UMARD) réunissant des magistrats, des greffiers, des avocats, des médiateurs, des conciliateurs de justice, des notaires et des huissiers dans le but de promouvoir les modes amiables et de mettre en œuvre une politique volontariste de développement de ceux-ci.

Ainsi, des permanences tenues par des médiateurs ou conciliateurs de justice ont par exemple été instaurées aux audiences du juge des référés, des juges de la mise en état, ou devant le juge de l'exécution. A Evry, pour la médiation, une audience de conférence a été dédiée aux dossiers identifiés comme éligibles à la médiation, des huissiers tiennent une permanence lors des audiences du JEX pour pouvoir informer en cours d'audience sur l'intérêt d'une médiation. De même, pour la conciliation, une double convocation a été mise en place pour certains dossiers identifiés comme éligibles à la conciliation et des audiences de conciliation ont été instaurées pour le contentieux des baux d'habitation notamment, afin d'éviter les mesures d'expulsion. A Créteil, le juge peut être amené à délivrer une injonction aux parties de rencontrer un

médiateur, ou les invitant à rencontrer un conciliateur de justice étant observé que le juge peut tenir compte dans son appréciation des frais irrépétibles du refus non justifié d'une partie de déférer à cette injonction.

D'autres juridictions favorisent et développent également les modes amiables de résolution des différends dont la Mission de recherche Droit et Justice rend compte, notamment dans les Cours d'appel de Lyon, de Bordeaux, de Pau, et les tribunaux judiciaires de Pau et de Lyon[31]. Il en existe d'autres, comme les Cours d'appel de Versailles, Grenoble, Toulouse, mais la difficulté pour les recenser provient du fait que les dossiers qui ont donné lieu à une médiation ne sont pas toujours référencés.

De toute évidence, comme l'a constaté le Rapport *« Chantiers de la justice », « le juge doit conserver un rôle actif pour consolider l'émergence du recours aux modes alternatifs »*[32].

[31] La médiation. Evaluations, expériences et perspectives, Actes du colloque du 5 juillet 2018.

[32] Chantiers de la justice, Amélioration et simplification de la procédure civile, 2017, dir. F. Agostini, N. Molfessis, p. 25.

Section V/ Les objectifs du rapport

Pour assurer un développement sécurisé et efficace des modes amiables de règlement des différends, il est utile de réfléchir aux conditions du développement de la conciliation et de la médiation judiciaires (§ I). Certaines propositions d'amélioration du droit en vigueur pourront être faites (§ II).

§ I / Les conditions du développement de la conciliation et de la médiation judiciaires

La conciliation et la médiation méritent d'être placées au cœur de l'idéal de justice et du système judiciaire. Les modes amiables ne sont pas cantonnés à être des voies alternatives. L'office du juge ne doit pas être seulement entendu comme le pouvoir exclusif de trancher le litige mais aussi beaucoup plus largement comme le pouvoir de rétablir la paix. C'est pourquoi plus que de modes alternatifs, il faut parler des modes amiables et les développer.

Cela suppose non seulement de continuer de promouvoir efficacement la conciliation et la médiation, mais également de gommer le flou et les incertitudes qui affectent les modes amiables de règlement des différends et de leur garantir un cadre sécurisé au moyen de règles claires et précises.

Il s'agira donc de proposer des moyens efficaces, pragmatiques et adaptés à notre système judiciaire et à notre culture pour promouvoir la conciliation et la médiation.

Le premier obstacle au développement de la conciliation et de la médiation provient d'un environnement juridique et conceptuel incertain. Les définitions générales lacunaires rendent difficiles les prises de position favorables aux modes amiables de règlement des différends par les acteurs du procès et le choix des modes amiables par

les justiciables. L'une des missions de ce rapport est de sensibiliser les acteurs de la justice à l'importance de la clarté des définitions.

Le deuxième obstacle est lié une mauvaise compréhension des raisons sous-tendant la volonté du législateur dans la promotion et le développement des modes amiables de règlement des différends, en les associant à une logique purement gestionnaire et à une nécessité de désengorger les juridictions. Cette vision ne peut que décourager les magistrats et les parties de s'engager sur cette voie. Le présent rapport soulignera le rôle central du juge dans le pilotage d'une conciliation ou d'une médiation qu'il prescrit.

Si l'on prend l'exemple de la médiation, il serait hasardeux de dire qu'elle va permettre de faire gagner du temps au magistrat car cela reviendrait à faire abstraction de la charge de travail supplémentaire pour le magistrat et son greffe : identifier des dossiers susceptibles de se prêter à un méditation, informer et convaincre les parties et leurs conseils, désigner le médiateur adapté à l'affaire, contrôler la bonne exécution de la mesure de médiation prescrite, et pour finir constater le désistement ou traiter le dossier juridiquement si les parties ne sont pas parvenues à un accord.

Afin de promouvoir au mieux les modes amiables de règlement des différends, il sera utile d'orienter une communication valorisante.

Tout d'abord, l'adjectif *« alternatif »* se doit d'être abandonné dans la mesure où il porte en lui une idée erronée d'alternative définitive à la voie judiciaire, de dessaisissement de la justice et de désengagement du magistrat.

Par ailleurs, elle pourra comporter une reconnaissance pour les magistrats du fait que la prescription et le pilotage de ces modes font partie intégrante de leur office et dès lors de leur charge de travail. Une adaptation des logiciels de gestion des dossiers et une prise en compte des prescriptions de modes amiables dans le suivi statistique de l'activité des juridictions participeront à la reconnaissance de ce rôle du magistrat dans le développement de ces modes.

Enfin, les parties ne sauraient partager des enjeux internes à l'institution judiciaire tendant à améliorer le fonctionnement des juridictions, mais seront plus sensibles à ce que ces modes amiables leurs soient proposés en raison des circonstances spécifiques de leur affaire et présentés comme une solution adaptée et différente de celle que peut apporter la solution contentieuse.

Le troisième obstacle est lié au fait que le cadre du recours à des médiateurs n'est pas toujours clair. Il est essentiel de préciser en certains points le régime juridique de la conciliation et de la médiation judiciaires. Si le législateur a, sans aucun doute, cherché à inciter un réflexe amiable chez le juge et les justiciables par une floraison de textes qui ont étendu les modes amiables de règlement des différends, les dispositions générales continuent de manquer. On rappellera aussi l'importance du droit commun.

Le quatrième obstacle vient de ce que le recours aux médiateurs et aux conciliateurs n'est pas sécurisé parce qu'il n'est pas structuré de façon pérenne et permanente dans les juridictions. Cela génère des freins pratiques à la réussite de la médiation et de la conciliation judiciaires.

Un cinquième obstacle provient aussi de la méconnaissance des MARD, de leurs intérêts, de leurs potentialités et de leurs modes de fonctionnement.

Le système juridique exerce une pression assez forte en faveur des modes amiables de règlement des différends.

De nombreuses propositions ont été faites par des chefs de juridiction et des magistrats pour renforcer les dispositifs incitatifs et les leviers des modes amiables de règlement des litiges, comme par exemple généraliser les permanences gratuites d'information sur la médiation ou sur la conciliation lors des audiences, introduire les audiences de propositions de médiation, notamment avec convocation des justiciables, faire des double convocations et surtout construire des UMARD (Unités de modes amiables de règlement des différends) avec l'ensemble des partenaires intéressés.

C'est dans ce sens qu'il faut continuer d'avancer avec des propositions pragmatiques et réalisables.

Cette réflexion porte sur la démonstration de l'intérêt de la conciliation et de la médiation par des définitions claires, la sensibilisation des prescripteurs de médiation par le renforcement de la formation des professionnels et des étudiants, la diffusion de la culture de la médiation auprès des professions du droit, l'inscription de la médiation dans l'organisation judiciaire, et notamment l'amélioration des circuits procéduraux de médiation, le développement de la culture de la médiation, la prise en compte du rôle de toutes les parties prenantes (juges, parties, médiateurs, conseils, tiers) dans la mise en œuvre de la conciliation et de la médiation, la clarification des missions, des droits et des

obligations des parties prenantes et la présentation claire des garanties de la conciliation et de la médiation.

Les objectifs peuvent ainsi être rassemblés autour de deux idées-forces : développer la culture des modes amiables de règlement des litiges et renforcer l'institutionnalisation de la conciliation et de la médiation dans les juridictions, d'une part, clarifier le régime de la conciliation et de la médiation judiciaires, d'autre part.

Il est important de rechercher un point d'équilibre entre la souplesse dont les modes amiables de règlement des différends ont besoin pour être efficaces, et, en même temps, la sécurité qui est essentielle à leur développement et à la confiance que les juges, les parties et leurs avocats placeront dans ces dispositifs. En d'autres termes, toute réforme doit garantir que le cadre puisse coexister avec une certaine liberté.

§ II / Les propositions de réforme

Promouvoir la conciliation et la médiation suppose la mise en œuvre de divers moyens qui peuvent être insérés dans l'ordre juridique ou renforcés, par des modifications des dispositions du code de procédure civile ou de lois spéciales.

Il y a, en effet, dans la loi française certaines lacunes qui méritent d'être comblées sans risque de heurter les principes constitutionnels ou conventionnels.

Le présent rapport a pour objectif de :

- Mieux définir la médiation,
- Définir la conciliation,
- Préciser le point de départ de la conciliation et de la médiation,
- Allonger la durée du renouvellement de la durée de la conciliation et de la médiation,
- Préciser que le montant de la rémunération du médiateur fixé par le juge est hors taxe,
- Préciser la possibilité pour le juge de désigner un médiateur et un co-médiateur et/ou pour le médiateur de s'adjoindre un co-médiateur avec l'accord des parties,

- Prévoir la possibilité pour le juge des référés du tribunal de commerce ou le juge commissaire de désigner un conciliateur de justice,
- Elaborer un schéma national contenant les critères de formation, de compétence et d'expérience pour l'inscription sur les listes de médiateurs auprès des Cours d'appel,
- Prévoir des règles pour le cas de l'utilisation de la médiation à des fins dilatoires,
- Préciser les débiteurs de l'obligation de confidentialité dans la médiation et dans la conciliation, le périmètre et le régime du devoir de confidentialité,
- Préciser les règles relatives aux conflits d'intérêts pour mieux garantir l'indépendance du médiateur,
- Montrer l'importance de la formation, à côté de l'expérience, dans la détermination de la compétence des médiateurs,
- Préciser le régime de l'homologation,
- Déterminer des mesures incitatives, institutionnelles et financières aux modes amiables de résolution des conflits,
- Préciser les devoirs du médiateur et du conciliateur à l'égard du juge, dans le respect du principe de confidentialité,
- Prévoir la possibilité pour le juge d'enjoindre les parties, sous peine de sanction, à rencontrer un conciliateur et non seulement un médiateur et la possibilité pour ces derniers de commencer une médiation ou une conciliation,
- Préciser les limites de l'opportunité de la médiation obligatoire,
- Préciser le régime du recours à un technicien dans le cadre de la médiation ou de la conciliation,
- Promouvoir la création d'un conseil national de la médiation et de la conciliation et en préciser les missions.

La première partie du rapport portera sur le développement de la culture des modes amiables de règlement des litiges et le renforcement de l'institutionnalisation de la conciliation et de la médiation dans les juridictions.

La deuxième partie traitera de la clarification du régime de la médiation et de la conciliation judiciaires.

PARTIE I – DEVELOPPER LA CULTURE DES MODES AMIABLES DE REGLEMENT DES LITIGES ET RENFORCER L'INSTITUTIONNALISATION DE LA CONCILIATION ET DE LA MEDIATION DANS LES JURIDICTIONS

Développer la culture des modes amiables de règlement des litiges et renforcer l'institutionnalisation de la conciliation et de la médiation dans les juridictions sont des enjeux qui concernent tant la clarté des concepts et l'attitude des acteurs de la justice et des justiciables vis-à-vis des modes amiables de règlements des litiges, que des questions d'organisation et d'implantation concrètes de la médiation et de la conciliation au sein des pratiques des juridictions.

Ainsi, plusieurs objectifs seront envisagés tour à tour : clarifier la définition de la conciliation et de la médiation (Section I), favoriser la médiation conventionnelle ou judiciaire plutôt que la médiation légale obligatoire (Section II), renforcer la formation des conciliateurs, des médiateurs, des avocats et des juges (Section III), organiser l'institutionnalisation de la médiation dans les tribunaux (Section IV), valoriser la conciliation et la médiation dans l'activité des tribunaux par l'élaboration d'un outil statistique national informatisé pour l'évaluation de la pratique de la conciliation et de la médiation judiciaires (Section V), enfin développer une politique publique de la conciliation et de la médiation (Section VI).

Section I/ Clarifier la définition de la conciliation et de la médiation

Développer la culture des modes amiables de règlement des litiges nécessite de mieux les distinguer les uns des autres et de délimiter plus parfaitement leurs régimes distincts. Ce qui signifie aussi mieux les définir en les précisant davantage.

La confusion terminologique qui règne actuellement entre les notions de médiation et de conciliation n'est pas satisfaisante et permet difficilement aux justiciables de comprendre leurs contours, leurs enjeux et leurs intérêts respectifs. Dès lors, nuisant à la clarté des modes amiables de résolution des litiges et par suite à leur efficacité, une telle confusion freine inexorablement leur essor.

L'absence de ligne claire de départage entre la médiation et la conciliation est préjudiciable. La directive européenne 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur les différents aspects de la médiation en matière civile et commerciale y a pourtant contribué en définissant la médiation comme *« un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un Etat membre »*.

Dès lors, chaque définition mérite une clarification, tant celle de la conciliation (§ I) que celle de la médiation (§ II).

§ I/ Clarifier la définition de la conciliation

Le mot conciliation vient du latin *« conciliare »* unir alors que le mot médiation vient du mot *« mediare »* être au milieu.

Cette différence exprime que la conciliation se définit principalement par son objectif tandis que la médiation se définit avant tout par sa méthode.

Il est certain, comme le relève Jacques Faget, que l'on assiste à un émiettement conceptuel ou à tout le moins, comme le dit Fabrice Vert, à une confusion terminologique, qui ne sont positifs ni pour la conciliation, ni pour la médiation.

De même que la notion de médiation mérite d'être mieux définie, la notion de conciliation doit être aussi clarifiée.

Il s'avère, en effet, qu'elle ne trouve pas de définition dans le code de procédure civile, pour ce qui concerne la conciliation judiciaire, déléguée à un conciliateur de justice le plus souvent (art 129-2 à 129-6 CPC).

Quant à la conciliation conventionnelle, elle est définie avec les mêmes termes que ceux employés pour la médiation conventionnelle, ce qui n'est pas particulièrement éclairant.

Ainsi, l'article 1530 CPC énonce qu'il s'agit d'un *« processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leur différend, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ».*

Quant au décret n° 78-381 du 20 mars 1978 sur les conciliateurs de justice, il ne s'attarde pas davantage à définir la notion de conciliation.

En revanche, il définit la mission des conciliateurs de justice en énonçant qu'ils « *sont chargés de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition* ».

Comme les mots ont un sens et que la France a la chance de connaître à la fois la conciliation et la médiation, il est important de clarifier la définition de la conciliation, fusse par rapport à la médiation.

La conciliation, qui peut être réalisée par un juge[33], est en général conduite par un tiers conciliateur de justice, bénévole, assermenté et désigné par un premier président de cour d'appel sur un ressort fixé par lui, qui correspond à un ressort juridictionnel. Il intervient, quand il est délégataire du juge, dans le cadre d'une procédure.

Collaborateurs du service public, son statut offre une garantie importante : égalité d'accès pour tous en raison de son bénévolat ; indépendance ; impartialité ; compétence.

[33] Puisqu' *« il entre dans la mission des juges de concilier les parties »*, en application de l'article 21 du code de procédure civile.

Le conciliateur, qui doit donc *« unir »* les parties, les réunira, avec leur accord, pour tenter de parvenir, dans un cadre confidentiel, à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition, le cas échéant en les aidant à trouver les termes de cet accord.

Facilitateur, *« aviseur »*, le conciliateur peut effectuer la traduction juridique d'un litige et même, en appréciant la situation par rapport aux faits, proposer une solution. Aussi, il a le pouvoir, toujours avec l'accord des parties, de se rendre sur les lieux et d'entendre toute personne qui y consent.

Afin de remédier à l'absence de définition de la conciliation dans le code de procédure civile, il est proposé d'y insérer un nouvel article 128-1 :

« La conciliation judiciaire est un mode amiable de résolution des différends consistant pour un juge, lorsque l'affaire le justifie, à concilier les parties ou à déléguer à un conciliateur de justice bénévole le soin d'aider les parties à trouver une solution négociée à leur litige, éventuellement en suggérant une solution. Le conciliateur de justice peut établir le constat d'accord ».

Une telle définition, qui manque actuellement dans le droit positif, donnerait assurément plus de visibilité à la conciliation.

Proposition de texte n° 1

Insérer un article 128-1 dans le code de procédure civile :

> *« La conciliation judiciaire est un mode amiable de résolution des différends consistant pour un juge, lorsque l'affaire le justifie, à concilier les parties ou à déléguer à un conciliateur de justice bénévole le soin d'aider les parties à trouver une solution négociée à leur litige, éventuellement en suggérant une solution. Le conciliateur de justice peut établir le constat d'accord ».*

§ II/ Clarifier la définition de la médiation

Il est également important de clarifier la définition de la médiation.

Actuellement, l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, qui a repris *in extenso* la définition issue de la directive européenne du 21 mai 2008, la définit comme :

« tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige ».

Cet article ne rend pas compte de tous les aspects de la médiation, et notamment :

- qu'il s'agit d'un processus volontaire, coopératif, structuré et confidentiel,
- qui repose sur la responsabilité et l'autonomie des parties,
- que les parties recherchent un accord contenant une solution mutuellement satisfaisante,
- que la médiation peut autant prévenir que résoudre le conflit,
- et que l'objet de la médiation s'étend à l'intégralité du conflit et ne se limite pas aux frontières du litige soumis au juge.

Afin que les justiciables et les praticiens puissent distinguer la médiation des autres modes amiables de règlement des différends, il serait opportun de mieux définir la médiation en mettant en lumière les arêtes vives de ce mode amiable, en substituant à la définition actuelle, reprise de la définition européenne, une définition plus claire et en offrant au justiciable les moyens de comprendre aisément ce que contient et recouvre un tel mode amiable.

C'est pourquoi il est proposé d'abroger les dispositions de l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et les remplacer par les dispositions suivantes :

« La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus volontaire, coopératif, structuré et confidentiel, reposant sur la responsabilité et l'autonomie de deux ou plusieurs parties qui, avec l'aide d'un ou de plusieurs tiers, le médiateur et éventuellement le co-médiateur, choisi par elles ou désigné avec leur accord par le

juge saisi du litige, recherchent un accord contenant une solution mutuellement satisfaisante, en vue de la prévention ou de la résolution amiable de leur conflit ».

D'autre part, le rôle du médiateur fait l'objet d'un seul article, l'article 131-1 du code de procédure civile, qui précise que le médiateur a pour mission *« d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose ».*

Pourtant, la définition pourrait mettre en exergue les conditions de la médiation, c'est-à-dire l'existence d'un tiers sans pouvoir de décision, d'expertise ou de conseil, qui agit aux fins de prévenir ou de résoudre un conflit, par le rétablissement d'un dialogue entre les parties, au cours d'un processus.

Dès lors, il est proposé d'ajouter de nouvelles dispositions dans un nouvel article 131-1-1 du code de procédure civile :

« Le médiateur conduit le processus de médiation par des réunions plénières ou individuelles et facilite les échanges leur permettant de créer les conditions du dialogue, d'envisager l'ensemble des aspects de leur conflit pour trouver une solution à celui-ci au-delà du seul litige soumis au juge ou en prévenir la naissance.

Il n'a aucun pouvoir de décision, d'expertise ou de conseil ».

Le rôle du médiateur est particulièrement attendu dans les conflits d'une certaine complexité, d'une certaine profondeur historique ou d'une certaine dimension affective qui nécessiteront le déploiement d'un processus communicationnel complet pour permettre d'établir et de rétablir un dialogue entre les parties aux fins de construire une solution. Pour des litiges plus simples, la conciliation peut suffire à la résolution du différend.

En effet, la fonction du médiateur consiste à *« tenter de dégager les gens du problème, de les faire négocier sur les intérêts plutôt que sur les positions, de leur faire explorer le champ des possibles et découvrir des alternatives créatives. Il leur fera prendre conscience de leur meilleure solution de rechange. Il pourra aussi les entendre en aparté pour leur permettre de dire ce qu'elles ne veulent ou ne peuvent pas se dire face à face »*[34].

[34] T. Garby, La gestion des conflits, Economica, 2004.

Le médiateur a donc un rôle à jouer lorsque la qualité de la solution exige qu'on s'intéresse à l'entier conflit et que l'on ne se limite pas au tracé du litige et à la demande juridique.

C'est aussi la raison pour laquelle il est attendu du médiateur qu'il ait reçu une formation en psychologie et en techniques de communication pour être en capacité d'utiliser tous les outils de questionnement, d'écoute active, d'empathie, de reformulation, de communication non violente nécessaires pour créer un espace de communication entre les parties leur permettant d'élaborer une solution mutuellement satisfaisante.

Le médiateur doit savoir comment distinguer les observations des interprétations, amener les parties à la description des faits, de leurs besoins et de leurs véritables intérêts, puis savoir les conduire à ébaucher des solutions possibles, avant de sélectionner celle qui leur paraît la plus apte à satisfaire leurs intérêts mutuels.

D'où la question de la qualité de leur formation qui sera traitée *infra*. Car on ne s'improvise pas médiateur.

Il ne semble pas nécessaire de modifier l'article 1530 du code de procédure civile qui contient une définition commune et générale de la conciliation et de la médiation conventionnelle et renvoie à la loi du 8 février 1995.

Cet article énonce

« La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des article 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ».

Proposition de texte n° 2

Abroger les dispositions de l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et les remplacer par les dispositions suivantes :

> *« La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout*

processus volontaire, coopératif, structuré et confidentiel, reposant sur la responsabilité et l'autonomie de deux ou plusieurs parties qui, avec l'aide d'un ou de plusieurs tiers, le médiateur et éventuellement le co-médiateur, choisi par elles ou désigné avec leur accord par le juge saisi du litige, recherchent un accord contenant une solution mutuellement satisfaisante, *en vue de la prévention ou de la résolution amiable de leur conflit ».*

Proposition de texte n° 3

Ajouter de nouvelles dispositions dans un nouvel article 131-1-1 du code de procédure civile :

« Le médiateur conduit le processus de médiation par des réunions plénières ou individuelles et facilite les échanges leur permettant de créer les conditions du dialogue, d'envisager l'ensemble des aspects de leur conflit pour trouver une solution à celui-ci au-delà du seul litige soumis au juge ou en prévenir la naissance.

Il n'a aucun pouvoir de décision, d'expertise ou de conseil ».

Section II/ Favoriser la médiation conventionnelle ou judiciaire plutôt que la médiation préalable obligatoire

Devrait-on élargir le périmètre de la médiation obligatoire, c'est-à-dire de la tentative de médiation préalable obligatoire ?

Force est de constater que le périmètre des modes amiables obligatoires n'a cessé de s'agrandir depuis ces dernières années :

L'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle a introduit un dispositif de tentative de conciliation obligatoire pour les litiges d'un montant inférieur à 4.000 euros (déclaration au greffe devant le tribunal d'instance, devenu tribunal judiciaire).

La loi du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la justice du XXIème siècle a introduit des dispositifs de tentatives de médiation ou conciliation obligatoires pour certains litiges familiaux dans 11 tribunaux judiciaires. À titre expérimental et jusqu'au 31 décembre 2019 (avec une prolongation jusqu'au 31 décembre 2020), une tentative de médiation est obligatoire avant toute demande de modification des décisions et conventions homologuées fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale dans les tribunaux judiciaires de Bayonne, Bordeaux, Cherbourg-en-Cotentin, Évry, Nantes, Nîmes, Montpellier, Pontoise, Rennes, Saint-Denis et Tours.

La loi Egalim du 30 octobre 2018 a également renforcé le rôle de régulateur du médiateur des relations commerciales agricoles en élargissant ses compétences en matière de recommandations ou d'avis et en augmentant ses moyens d'action. Pour tout litige entre professionnels relatifs à l'exécution d'un contrat ou d'un accord cadre, la loi Egalim rend obligatoire, avant saisine du juge, la médiation par le médiateur des relations commerciales agricoles qu'elle substitue à la médiation de droit commun dont le recours prévu par le contrat devient subsidiaire, sauf arbitrage. Alors même que les dispositions de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 sont applicables à cette médiation, elle investit le médiateur *« d'une sorte de pouvoir de préjugement »* puisque c'est *« sur la base de ses recommandations »* que le juge, saisi après échec de la médiation, statuera sur le litige (C.rur., art. L.631-28).

L'article 3 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice complète l'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle : *« Lorsque la demande tend au paiement d'une somme n'excédant pas un certain montant ou est relative à un conflit de voisinage, la saisine du tribunal de grande instance doit, à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation, telle que définie à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, ou d'une tentative de procédure participative ».*

Ces dispositifs doivent être évidemment rapprochés des articles 255 et 373-2-10 du code civil applicables à la matière familiale, préexistants à ces dispositions récentes. Dans ce domaine où, plus que dans d'autres, il importait que les relations humaines puissent être apaisées et maintenues dans l'intérêt bien compris des enfants communs, des textes spécifiques ont été adoptés dans le cadre de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale et de celle n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, intégrant la médiation familiale dans le code civil.

Il n'y a naturellement jamais d'obligation de parvenir à un accord.

Faut-il continuer dans cette voie ?

Rien ne l'empêche. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme n'y voit pas une atteinte au droit d'accès au juge.

Par sa décision Momcilovic c/ Croatie du 26 mars 2015, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé 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, dès lors 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[35].

[35] CEDH 26 mars 2015, n° 11239/11, RTD civ. 2015. 698, obs. P. Théry.

De même, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé, par une décision du 14 juin 2017[36], que le droit de l'Union ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui prévoit, dans les litiges impliquant des consommateurs, qu'une médiation obligatoire soit menée avant tout recours juridictionnel.

La directive européenne du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, ainsi que les principes communautaires d'effectivité et de protection de la confiance légitime, ne s'opposent pas à l'application d'une législation nationale imposant la médiation obligatoire au sens susvisé, dès lors que le préalable imposé de processus de médiation n'aboutit pas à une décision contraignante pour les parties, n'entraîne pas de retard substantiel pour saisir un juge, qu'il suspend la prescription des droits concernés et ne génère pas de frais importants.

Par ailleurs, certains pays européens ont étendu la médiation obligatoire, comme l'Italie. Mais dans la majorité des pays, elle est restée facultative.

Les Etats membres se sont ainsi accordés, au cours du Conseil européen de Vienne des 11 et 12 décembre 1998, puis au cours du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, à créer des procédures de substitution. C'est dans ce contexte qu'a été adopté par la Commission européenne le 19 mars 2002, un livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial. La directive 2008/52/CE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, s'est inspirée de ces travaux. Cette directive demandait aux Etats de veiller à ce que le rapport entre les procédures juridictionnelles et les modes alternatifs de règlement des différends soit équilibré.

Dans la plupart des États membres de l'Union européenne, la médiation est considérée comme nécessitant l'adhésion des parties, à qui elle ne saurait être imposée autoritairement par la loi, ni par le juge. Il en va ainsi par exemple de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Belgique, de la Lettonie, des Pays-Bas, du Portugal, de la Slovaquie, ou encore de la Suède, qui avaient envisagé d'introduire la médiation obligatoire, avant d'y renoncer finalement.

Toutefois, de nombreux pays ont depuis plusieurs années légiféré pour imposer la médiation dans certains domaines.

Ainsi par exemple, à Malte, la médiation est obligatoire dans les conflits familiaux, en Espagne en droit social, en Allemagne et en Autriche en droit du travail et des baux

[36] Affaire C-75/16 Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli/Banco Popolare Societa Cooperativa.

et en matière de divorce, en Finlande en matière de garde d'enfants, aux Pays-Bas, en Grèce, en Slovénie, au Brésil, en Argentine, en Australie en matière commerciale et/ou en droit du travail.

En dehors de l'Europe, dans les autres pays du monde, les approches de la médiation sont très hétérogènes. En Australie, le principe est celui de la tentative de médiation obligatoire avant d'entamer une procédure judiciaire, mais la plupart des médiations sont faites sur un mode volontaire. En Chine, les parties doivent préalablement à la saisine du juge, tenter de résoudre leur conflit par la médiation, ce qui n'empêche pas la médiation d'être basée sur la volonté des parties. Au Canada, dans la province de l'Ontario, la tentative de médiation obligatoire est la règle (obligation d'assister à une séance de médiation avant le procès). Au contraire, au Québec, la médiation est volontaire bien que le Code de procédure civile dispose que *« les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux ».*

Enfin, il convient de souligner que le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, a vérifié la constitutionnalité des dispositions nouvelles de l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016, telles qu'issues de la loi du 23 mars 2019. Il a procédé à cette vérification au regard, d'une part, du droit à un recours juridictionnel effectif et, d'autre part, du principe d'égalité devant la justice. S'agissant du droit à un recours juridictionnel effectif, le Conseil a d'abord rappelé qu'il ne devait pas y être porté d'*« atteintes substantielles »* et il a constaté que tel n'était pas le cas, au vu de trois conditions de mise en œuvre de l'obligation posées par le texte :

- l'obligation est circonscrite aux demandes tendant au paiement de sommes n'excédant pas un certain montant ou relatives à un conflit de voisinage ;
- les parties peuvent librement choisir entre différents modes de règlement amiable (tentative de conciliation, tentative de médiation, tentative de procédure participative), le Conseil ayant spécialement relevé que l'un d'entre eux - la conciliation - est *« gratuit »* ;
- le législateur a réservé l'hypothèse d'un *« motif légitime »* justifiant l'absence de tentative de règlement amiable, en précisant expressément que ce motif pouvait consister dans l'indisponibilité d'un conciliateur dans un *« délai raisonnable »*.

Le Conseil a, cependant, posé une réserve de constitutionnalité en prévoyant que le décret d'application à venir, outre qu'il fixera le champ d'application du nouveau dispositif (matières relevant des *« conflits de voisinage »,* montant en dessous duquel la tentative de règlement amiable est prescrite à peine d'irrecevabilité), devra définir la notion de *« motif légitime »* et préciser le *« délai raisonnable »* d'indisponibilité du conciliateur.

S'agissant du principe d'égalité devant la justice, le Conseil, après avoir constaté qu'en visant à réduire le nombre de litiges soumis au juge, le nouveau dispositif poursuivait l'objectif constitutionnel de bonne administration de la justice, a considéré que le législateur, en retenant des litiges qui se prêtent particulièrement à un règlement amiable (litiges de faible montant, conflits de voisinage *« d'une difficulté limitée* »), n'avait pas instauré de discrimination injustifiée entre les justiciables.

Aujourd'hui, la question se pose de l'opportunité d'une tentative de médiation obligatoire généralisée[37].

D'un côté, la médiation obligatoire se fonde sur plusieurs arguments. Tout d'abord, il ne peut s'agir que d'une tentative de médiation, les parties ne pouvant être obligées de poursuivre la médiation contre leur volonté. Ensuite, la tentative de médiation obligatoire peut sembler être un moyen efficace de renforcer la culture de la médiation. C'est aussi un principe législatif qui a le mérite de la clarté. Enfin, la tentative de médiation n'est qu'une tentative d'expérimenter le processus pour se convaincre de son efficacité avant de s'y engager. Ainsi la tentative de médiation obligatoire pourrait-elle avoir un effet beaucoup plus fort que la simple information des parties sur la possibilité et l'intérêt d'engager un processus de médiation.

Les praticiens, et notamment les juges prescripteurs de modes amiables et particulièrement de médiation, constatent l'importance de la médiation à l'ombre du juge. Aussi, peut-il être opportun de développer la médiation obligatoire (en réalité la tentative) pour faire profiter de cet effet de levier que semble induire l'intervention du juge. Cela impliquerait une formation démultipliée des magistrats, une évolution de l'organisation des chambres et permettrait d'éviter que le préalable obligatoire ne soit qu'une « formalité » pour les parties qui vont devant le médiateur avec l'unique objectif

[37] *Médiation obligatoire ou volontaire*, dir. B. Brenneur, M. Bacqué, L'Harmattan, 2017.

de justifier qu'ils ont fait la démarche, comme cela peut être relevé dans le cadre de l'expérimentation de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO).

De l'autre côté, plusieurs raisons s'opposent à la généralisation de la tentative de médiation obligatoire.

Premièrement, la médiation obligatoire est contraire à l'esprit et aux principes de la médiation qui ne peut être fondée que sur la liberté, la volonté, l'autonomie et la responsabilité des parties. Dès lors, l'obligation pourrait dénaturer la médiation.

Or, la liberté contractuelle comprend, comme toute première liberté, la liberté de décider de contracter.

Il ne peut y avoir en même temps liberté de contracter (et donc de ne pas contracter) et obligation de contracter (ne serait-ce que pour une seule seconde un contrat de médiation).

Deuxièmement, tous les dossiers ne sont pas éligibles à la médiation et la médiation et la médiation obligatoire risquerait de générer un contentieux des motifs légitimes de ne pas recourir aux modes amiables de règlement des différends. D'où une perte de temps conséquente pour le justiciable et pour l'institution judiciaire.

Troisièmement, la tentative de médiation obligatoire risquerait de devenir une simple formalité dont les parties chercheront à s'acquitter sans aucune volonté de s'engager dans un processus de médiation, même dans des cas où un tel processus pourrait possiblement être intéressant.

Enfin, dernier argument, la généralisation de la tentative de médiation obligatoire pourrait donner lieu à un recours massif aux *legaltechs*, aux seules fins d'être en mesure d'indiquer dans l'assignation qu'une tentative a bien été réalisée.

Néanmoins, on sait aussi par expérience que c'est souvent la méconnaissance de la médiation, de son intérêt et de ses enjeux qui explique les hésitations des parties à recourir à y recourir. D'où l'intérêt pratique de leur permettre de rencontrer un médiateur dans le cadre d'une information sur l'objet et le déroulement de la médiation.

L'obligation de tenter une médiation ne semble pas être une bonne solution, même si cela ne priverait évidemment pas les parties de leur droit de mettre fin à la médiation (fût-ce dans la minute qui suit son commencement puisque la médiation repose sur la volonté des parties tout au long du processus).

On pourrait toutefois tempérer cette position en matière de médiation familiale. En ce domaine, en effet, l'existence d'enfants peut justifier de s'efforcer de rétablir un lien entre les parents pour assurer l'éducation de l'enfant dans les meilleures conditions malgré la séparation des parents.

En revanche, dans tous les autres cas, le développement de l'information sur la médiation devrait être favorisé par rapport à l'obligation de médiation. Il semble important de sensibiliser les parties quant à l'existence de la médiation et quant aux avantages que pourrait avoir pour elles leur engagement dans un processus de médiation.

L'information peut être communiquée sur l'injonction du juge qui, après analyse, reconnaît l'opportunité de la médiation pour chaque cas particulier.

Elle peut être délivrée systématiquement par des permanences dans les juridictions. C'est important, à cause de l'effet symbole. Le juge n'est pas loin.

L'information sur la médiation peut aussi être communiquée par les prescripteurs de la médiation que sont les professionnels du droit ou des institutions publiques ou sociales. En revanche, il semble que les réunions d'information collectives, comme cela a été tenté en matière familiale, n'aient pas toujours prouvé leur efficacité. Toutefois, elles ont été tentées avec succès en matière commerciale par la Cour d'appel de Pau, avec des audiences d'information collective pour des dossiers ciblés.

L'article 3 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice qui étend la portée de l'injonction de rencontrer un médiateur aux fins d'informations, est excellent.

L'article 22-1 de la loi du 8 février 1995 dispose dorénavant : *« En tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, le juge peut, s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un médiateur qu'il désigne et qui répond aux conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. Celui-ci informe les parties sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation ».*

Il faudrait, par ailleurs, renforcer le rôle du juge en lui octroyant un pouvoir de sanctions (voir *infra*, p. 106).

Enfin, des permanences d'information devraient être généralisées dans les juridictions.

Il semble que le principe devrait être celui de la médiation facultative dans un contexte de développement de la culture de la médiation et de l'information des parties sur ses avantages et ses enjeux.

L'obligation pour les parties de se soumettre à une séance d'information sur la médiation est envisageable. Elle a déjà prouvé son efficacité.

Avec la généralisation du préalable amiable obligatoire, il conviendrait peut-être aussi de faire peser sur les professionnels du droit une obligation d'informer leurs clients sur les modes amiables de règlement de litiges et de mise en œuvre si possible, à l'instar du droit belge. Aujourd'hui, en France, le règlement intérieur national du barreau invite les avocats à informer leurs clients des modes amiables de résolution des différends. Mais, tant que la médiation n'est pas véritablement en France un mode premier de règlement des litiges, leur difficulté réside dans le risque de perdre tout crédit auprès d'un client qui souhaite en découdre.

Il est recommandé de ne pas étendre le champ de la médiation obligatoire et de développer la médiation facultative dans un contexte de développement de la culture de la médiation et de l'information des parties sur les avantages et les enjeux de la médiation.

Recommandation n° 1

Ne pas étendre le champ de la médiation obligatoire et développer la médiation facultative dans un contexte de développement de la culture de la médiation et de l'information des parties sur les avantages et les enjeux de la médiation.

Section III/ Renforcer la formation des conciliateurs, des médiateurs, des avocats et des juges

La formation des médiateurs est la clé de voûte de l'essor de la médiation et de la professionnalisation de la fonction de médiateur. L'activité de médiateur est extrêmement normée (règles juridiques, règles déontologiques, règles de communication, règles de savoir-faire, règles de savoir-être, etc…). Les médiateurs eux-mêmes expliquent qu'on ne s'improvise pas médiateur.

Le droit reconnaît déjà l'importance de la formation puisque l'article 2 du décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 énonce qu'une personne physique ne peut être inscrite sur la liste des médiateurs près la cour d'appel que si, indépendamment des conditions requises par des dispositions propres à certains domaines particuliers et de celles spécialement prévues à l'article 131-5 du code de procédure civiles pour l'exécution d'une mesure de médiation, elle peut justifier *« d'une formation ou d'une expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation »*.

Les juges, de leur côté, ont besoin de placer leur confiance dans la personne du médiateur qu'ils choisissent. Dès lors, s'assurer de la formation du médiateur est absolument essentiel.

Certains pays imposent une formation pour que les médiateurs puissent être certifiés, comme l'Allemagne qui exige 120 heures de formation (loi du 21 juillet 2012 et décret du 21 août 2016). En Belgique, c'est la Commission fédérale de médiation qui, par une décision à caractère règlementaire, exige un nombre minimum d'heures de formation initiale et continue (90 heures de formation initiale et 18 heures de formation continue tous les deux ans).

En France, la loi n'impose rien de précis en cette matière, hormis la justification *« d'une formation ou d'une expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation »* par l'article 131-5 du code de procédure civile et le décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 y référant.

En revanche, le Centre national des médiateurs avocats (CNMA) a développé des exigences pour le référencement des avocats *« CNMA »*. Un Conseil scientifique valide sur présentation des maquettes les formations qui lui sont soumises (Diplômes universitaires ou formations privées). Le CNMA exige que la formation comprenne 200 heures, soit répartie en 140 heures de formation pratique et en 60 heures de formation théorique, étant précisé que les formations théoriques doivent inclure certains modules essentiels (médiation judiciaire et médiation conventionnelle). Un avocat justifiant avoir suivi une telle formation contrôlée par le conseil scientifique sera référencé de plein droit.

Il semble que la norme retenue par le CNMA soit intéressante et réponde à la problématique de la professionnalisation et de la qualité de la médiation. Une formation de 200 heures, selon la formule du CNMA, garantit un « bagage » conséquent et permet de présumer que les règles et principes de la médiation sont connus du médiateur et qu'il a pu s'exercer à la médiation dans le cadre de la formation suivie.

L'exemple allemand mérite d'être pris en considération. La loi allemande a imposé à tout médiateur une formation obligatoire pour pouvoir se présenter comme médiateur *« certifié »* ; elle renvoie à un décret qui a été pris le 21 août 2016 sur la formation des médiateurs certifiés. Ce texte prévoit le nombre d'heures affectées précisément au développement de chaque compétence spécifique et donc le contenu de ces formations. Il exige pour la certification que la formation comprenne :

- 18 heures, soit 15%, sur l'introduction et les principes de la médiation,
- 30 heures, soit 25%, sur le processus et le cadre de la médiation,
- 12 heures, soit 10%, sur les techniques et compétences de négociation,
- 18 heures, soit 15%, sur la conduite des discussions et les techniques de communication,
- 12 heures, soit 10%, sur les compétences dans la gestion de conflits,
- 6 heures, soit 5%, sur le droit de la médiation,
- 12 heures, soit 10%, sur le droit dans la médiation,
- 12 heures, soit 10%, sur les compétences personnelles, posture et compréhension des rôles,
- des exercices pratiques et de supervision.

Cela peut sembler excessivement détaillé, mais c'est aussi propre à créer des conditions d'égalité entre les formations et à imposer un standard élevé de qualité.

Il est évident que la formation est un critère fondamental qui relève des conditions objectives de la compétence du médiateur. Encore faut-il que la qualité de la formation suivie soit réelle.

Si la formation n'est pas tout et si le médiateur doit aussi y ajouter une expérience pratique et du talent, c'est néanmoins une base indispensable qui présente l'avantage de garantir un niveau technique élevé pour la fonction de médiateur.

Comme l'écrit un auteur expérimenté dans l'art et la technique de la médiation, *« s'il ne devait y avoir qu'un seul critère de choix du médiateur, ce devrait incontestablement être celui de la formation à la médiation. Les techniques de médiation ne s'inventent pas. Les notions de psychologie qui y sont associées non plus. Il faut les avoir apprises et s'en être pénétrées au point qu'elles deviennent des réflexes, des modalités naturelles de perception et de réaction pour celui ou celle qui entend jouer le rôle de médiateur. Il ne suffit donc pas d'avoir appris. Il fait avoir acquis une certaine expérience. Au stade actuel de développement de la médiation en Europe continentale, rares sont les médiateurs comptant de nombreuses expériences à leur actif. Il faut qu'ils commencent et fassent leurs armes. C'est pour cette raison que les formations à la médiation comportent de nombreux exercices de médiations simulées (…). Un médiateur saura comprendre comment le conflit s'est noué. Il saura analyser sa nature. Il déterminera rapidement les facteurs techniques ou psychologiques du blocage. Il disposera des moyens de réinstaurer un dialogue. Il parviendra à faire réfléchir les parties aux solutions possibles et aux alternatives à la négociation. Il les mènera alors à l'examen de ces solutions, à la lumière des alternatives. Dès lors qu'un recoupement sera possible entre le champ des possibles de deux parties, un accord pourra être trouvé… Le médiateur idéal est donc une personne formée à la médiation et disposant d'une certaine expérience en ce domaine, ayant une bonne connaissance des autres mécanismes de résolution des conflits et comprenant suffisamment la technique en cause pour pouvoir suivre les débats »*[38].

Considérant aussi qu' « on ne s'improvise pas médiateur », ce sont également ces qualités de technique, de méthode, de psychologie, de connaissances juridiques, d'expérimentation des mécanismes du processus, en un mot de formation

[38] T. Garby, La gestion des conflits, Economica, 2004, p. 70.

indispensable, auxquelles se réfèrent la plupart des auteurs et praticiens de la médiation[39].

Beaucoup pensent que la formation est insuffisante et qu'il faut aussi une pratique de la médiation. Il est donc opportun de réfléchir aux dispositifs qui pourraient être mis en place pour les nouveaux médiateurs, par exemple un système de médiation gratuite pour les nouveaux diplômés, comme le propose Monsieur Claude Amar, médiateur, ou encore une obligation de co-médiation avant d'être désigné médiateur par un juge, à l'instar de ce qui se pratique dans le compagnonnage.

A ces conditions objectives de formation et d'expérience s'ajoutent des conditions subjectives, comme l'âge, la personnalité, la spécialisation, l'expérience professionnelle complète, qui sont également déterminantes pour le choix du médiateur par le juge et les parties.

Quant aux conciliateurs de justice, leur formation est aussi fondamentale. On rappellera que l'article 2 du décret du 20 mars 1978 énonce que *« peuvent être nommées conciliateurs de justice les personnes justifiant d'une expérience en matière juridique d'au moins trois ans, que leur compétence et leur activité qualifient particulièrement pour l'exercice de ces fonctions ».* De même, depuis un décret d'octobre 2018, ils sont tenus d'une obligation de formation.

Cette nouvelle obligation était attendue, mais il faudrait aller encore plus loin dans le financement de la formation des conciliateurs de justice. Un conciliateur de justice bénévole devrait pouvoir accéder aux formations sur les modes amiables de règlement des différends, notamment publiques et délivrées par les universités. Il faudrait établir des partenariats entre les universités et l'ENM aux fins de permettre aux conciliateurs de justice de recevoir une formation plus soutenue.

Il apparaît donc indispensable d'énoncer des exigences minimales de formation des médiateurs et des conciliateurs de justice.

Pourtant deux questions se posent à propos de la fixation d'une norme sur le contenu de la formation :

- Quelle est l'instance qui doit fixer les normes sur le contenu de la formation ? L'Etat est-il le mieux placé ? Est-ce que cela ne revient pas à la société

39 Voir notamment : G. Pluyette, M. Bourry d'Antin, S. Bensimon, Art et Techniques de la Médiation, Lexis-Nexis, 2018, n° 35, pp. 203-205 (art. 131-5 CPC et nécessité d'une formation).

civile, aux médiateurs eux-mêmes ? Dans ce cas, ne faudrait-il pas plutôt inciter les forces vives de la médiation et l'Etat à créer un conseil national de la médiation comme Mme la première présidente de la cour d'appel de Paris l'a appelé de ses vœux en 2017 et 2018 ?

- Ensuite, faut-il suivre le modèle allemand et chercher à quantifier la part des différentes parties qui doivent composer la formation ?

En tous les cas, afin de créer le contenu d'une formation appropriée à la mission de médiateur, on ne peut faire l'économie de se poser certaines questions :

- Quelles compétences un médiateur doit-il maîtriser pour être *« un bon médiateur »* ? quelles compétences en termes de savoir-faire, de savoirs et de savoir être ? Ces compétences déterminent le *« référentiel métier »* !
- Quelles actions de formation sont nécessaires à l'acquisition des compétences composant le *« référentiel métier »* ? Comment acquiert-on les compétences visées ? Quel est le *« référentiel formation »* le plus approprié pour acquérir les compétences du médiateur ?

Dès lors, il faut s'interroger sur l'instance qui serait la plus légitime pour définir le *« référentiel métier »* et par voie de conséquence le *« référentiel formation »* correspondant.

En attendant que ce travail soit avancé, **il est recommandé d'harmoniser les règles pour l'élaboration des listes de médiateurs par les cours d'appel et d'élaborer et de diffuser, au moyen d'une circulaire, un schéma national contenant les critères de formation, de compétence et d'expérience pour l'inscription sur les listes de médiateurs auprès des cours d'appel. Ce schéma national devrait garantir une égalité de traitement entre toutes les personnes demandant leur inscription sur les listes, reposer sur un référentiel métier et contenir des critères précis et adaptés**.

Il est également recommandé de mandater le futur conseil national de la conciliation et de la médiation, dont la création est demandée par ce présent rapport (voir *infra* p. 77), pour élaborer un référentiel qualité et un référentiel métier et définir le contenu d'une offre de formation conforme à ces référentiels.

Recommandation n° 2

Elaborer par une circulaire un schéma national contenant les critères de formation, de compétence et d'expérience pour l'inscription sur les listes de médiateurs auprès des cours d'appel. Ce schéma national devra garantir une égalité de traitement entre toutes les personnes demandant leur inscription sur les listes, reposer sur un référentiel métier et contenir des critères précis et adaptés.

Recommandation n° 3

Mandater le futur conseil national de la conciliation et de la médiation pour élaborer un référentiel qualité et un référentiel métier et définir le contenu d'une offre de formation conforme à ces référentiels

Section IV/ Organiser l'institutionnalisation de la médiation dans les tribunaux

Pour mieux organiser l'institutionnalisation de la médiation dans les tribunaux, il semble nécessaire d'inciter les juridictions à prévoir des audiences de proposition de médiation (§ I) et d'institutionnaliser un service de médiation au sein des juridictions (§ II).

§ I/ Inciter les juridictions à organiser des audiences de proposition de médiation

L'expérience démontre que, lorsque le magistrat, après avoir sélectionné les dossiers, ordonne la comparution personnelle des parties assistées des avocats, pour leur proposer lui-même une mesure de médiation, puis les invite à rencontrer immédiatement un médiateur qui tient une permanence à ses côtés, les parties sont enclines à tenter une médiation. C'est donc est un système qui montre son efficacité.

Mais, pour pérenniser un tel système, cela suppose que le code de l'organisation judiciaire prévoie des audiences de proposition de médiation avec la spécialisation de magistrats formés en la matière assistés d'un service de fonctionnaires du greffe et d'assistants de justice ou de juristes assistants chargés de sélectionner les dossiers, de convoquer les parties et d'organiser les permanences de médiateurs dans des locaux adaptés.

Il est donc recommandé d'inciter les juridictions, par voie de circulaire, à organiser des audiences de proposition de médiation, avec des magistrats spécialisés et assistés d'un service de fonctionnaires du greffe et d'assistants de justice ou de juristes assistants chargés de sélectionner les dossiers, de convoquer les parties et d'organiser les permanences de médiateurs, dans des locaux idoines, mis à disposition gratuitement.

Recommandation n° 4

Inciter, par une circulaire, les juridictions à prévoir des audiences de proposition de médiation, avec des magistrats spécialisés et assistés d'un service de fonctionnaires du greffe et d'assistants de justice ou de juristes assistants chargés de sélectionner les dossiers, de convoquer les parties et d'organiser les permanences de médiateurs, dans des locaux adaptés

§ II/ Institutionnaliser un service de médiation dans les juridictions

Il est indispensable d'institutionnaliser un service de médiation dans les juridictions. La création d'une chambre pilote de médiation et de conciliation est une possibilité (A) ; celle d'un magistrat coordonnateur de la médiation en est une autre (B). De surcroît, à l'instar du référent médiation pour les juridictions administratives, il faudrait également un référent national médiation pour les juridictions judiciaires (C).

A/ Création d'une chambre pilote de médiation et de conciliation

Il serait souhaitable de développer un véritable circuit procédural de médiation et de conciliation dans les juridictions[40].

Madame la première présidente Chantal Arens avait avancé une proposition d'esprit pragmatique en suggérant pour cela d'envisager, à titre expérimental, dans certaines juridictions la création d'une chambre pilote de médiation et conciliation ou, en fonction de la taille de la juridiction, d'une formation spécialisée sur les modes amiables de règlement des différends.

Elle pourrait être composée de trois magistrats spécialisés et formés dans ce domaine, qui traiteraient de l'ensemble des affaires (en droit civil ou commercial) éligibles à une mesure de médiation ou de conciliation (les autres Chambres pouvant

[40] C. Arens et N. Fricéro, Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? Gazette du Palais 24 avril 2015.

cependant conserver ces dossiers si elles souhaitent elles-mêmes s'investir dans une politique de médiation). Lors de l'examen de l'affaire par cette chambre pilote, selon des critères à définir, il pourrait, avec l'accord des parties, être procédé soit à une conciliation par le juge, soit à la désignation par le Juge d'un médiateur ou d'un conciliateur de justice, soit à une invitation aux parties de se rendre à une permanence d'information sur la médiation qui se tiendrait dans la juridiction, dans des pièces adjacentes.

Ce qui suppose de développer la culture des modes amiables, car la technique de médiation et de conciliation ne s'improvise pas. Il en va de même pour la proposition de médiation ou de conciliation par le juge. D'où l'importance d'organiser la formation, sur ces questions, à la fois des magistrats et des avocats. Car comment imaginer qu'un magistrat ou un avocat puisse utilement proposer au justiciable une mesure de médiation s'il n'en connaît ni la définition et ni le régime juridique et s'il n'a pas été initié aux techniques de médiation lui permettant d'en appréhender l'intérêt ?

Concernant les avocats, dans le cadre de leur formation continue, le barreau de Paris a créé en 2014 au sein de l'Ecole de Formation du Barreau EFB, l'Ecole Internationale des Modes Alternatifs de Règlement des Litiges (EIMA) qui a pour objet de les former à la maîtrise de tous les modes amiables afin de mieux leur permettre d'en proposer le recours pour ensuite accompagner utilement leurs clients dans ces processus. Mais cette initiative unique est bien loin d'être suffisante. Il serait utile que chaque barreau fasse de même.

Pour ce qui concerne les magistrats prescripteurs, il serait est donc recommandé d'institutionnaliser par la voie législative un service modes amiables dans les juridictions et de créer à titre expérimental une chambre pilote de médiation et conciliation composée de trois magistrats spécialisés et formés dans ce domaine, qui traiteraient de l'ensemble des affaires de leur juridiction (en droit civil) éligibles à une mesure de médiation ou de conciliation (les chambres pouvant cependant conserver ces dossiers si elles souhaitent elles-mêmes s'investir dans une politique de médiation).

Dès lors, après examen de l'affaire avec les parties et leurs conseils, celle-ci ferait l'objet (selon des critères à définir telle que la complexité de l'affaire ou les ressources économiques des parties) d'une tentative de conciliation menée par le juge lui-même ou par un magistrat réserviste (sous réserve de modification des attributions de ces derniers), ou d'une désignation par le juge d'un médiateur ou d'une désignation par le

juge d'un conciliateur de justice ou d'une invitation des parties se rendre dans une permanence d'information sur la médiation.

Si l'ordonnance présidentielle, dite de roulement, prévue par l'article L 121-3 du COJ peut aisément pourvoir à la mise en place d'une telle formation, si cela est souhaité, et si nombre de juridictions désignent d'ailleurs leur référent médiation dans cette ordonnance, il serait néanmoins important que ce mouvement soit amplifié et recommandé par voie de circulaire.

B/ Créer un magistrat coordonnateur de la médiation ou des MARD

Si l'on souhaite institutionnaliser par la voie réglementaire les acteurs en charge de la médiation, une autre possibilité consisterait à recourir à l'instar de ce qui existe déjà pour nombre de fonctions (par exemple juge chargé du contrôle des mesures d'instruction - art. R 213-12-1 COJ ou le magistrat coordonnateur de la protection et de la conciliation - art. R 213-9-10 COJ) à la création d'un magistrat coordonnateur de la médiation.

Sa désignation serait soumise à l'avis de l'AG des magistrats du siège (art. R 213-9-10 COJ).

Les pouvoirs de ce magistrat coordonnateur de la médiation pourraient s'inspirer de ceux du juge chargé du contrôle des mesures d'instruction et du JME/CME, appliqué au suivi des mesures de médiation (homologation, constats des désistements, radiation, dépens, article 700 CPC...). Il pourrait également avoir le pouvoir de trancher les désaccords qui subsistent après procédure amiable ou la procédure du livre 5 du CPC par l'ordonnance de roulement.

Il faudrait pour cela une disposition réglementaire dans le COJ.

On pourrait aussi penser à un magistrat chargé de la coordination des MARD, qui pourrait être chargé du suivi de l'affaire, voire de l'uniformisation de la taxation. Cela supposerait de réunir tous les MARD. Il reviendrait à ce magistrat de surveiller les mouvements entre le judiciaire et le conventionnel. Il pourrait devenir juge

homologateur.

Enfin, il faudrait inciter toutes les juridictions à créer un bureau de la médiation, comme pour le bureau d'aide aux victimes.

Recommandation n° 5
Inciter par voie de circulaire les juridictions à créer à titre expérimental une chambre pilote de médiation et conciliation traitant de l'ensemble des affaires de leur juridiction éligibles à une mesure de médiation ou de conciliation ou créer par voie règlementaire un magistrat coordonnateur de la médiation ou un magistrat chargé de la coordination des modes amiables de règlement des différends. Inciter toutes les juridictions à créer un bureau de la médiation.

C/ Nommer un référent national médiation pour les juridictions judiciaires

Sur le modèle du référent national médiation pour les juridictions administratives, il faudrait également nommer un référent national médiation pour les juridictions judiciaires.

La loi dite J 21 a entendu instaurer un magistrat coordonnateur de la médiation et de la conciliation (MCMC) dans chaque cour d'appel, ayant notamment pour mission de faire un rapport annuel sur les activités des médiateurs et sur sa mission de coordination. Il existe également çà et là des UMARD, ou bien des référents par juridiction. Pourtant force est de constater qu'à l'heure actuelle il n'existe pas d'autorité nationale judiciaire semblable à celle du référent national médiation pour les juridictions administratives dont le rôle est d'être un ambassadeur de la médiation, auprès des juridictions, afin de la développer et de diffuser les bonnes pratiques.

A l'administration centrale, la Direction des affaires civiles et du Sceau (DACS) écrit les textes de loi relatifs à la médiation en matière civile et familiale, commerciale,

sociale. Mais, en sa qualité de direction législative, elle n'a pas vocation à développer une culture des MARD, les procédures civiles étant *« la chose des parties »*.

Le Service de l'accès au droit et à la justice et de l'aide aux victimes (SADJAV), quant à lui, rattaché au secrétariat général, est compétent pour gérer et déléguer le budget opérationnel du programme 101, et son action 4, soit les crédits de subvention relevant de la médiation familiale et des espaces de rencontre. Bien que, très récemment, le Service de l'accès au droit et à la justice et de l'aide aux victimes, en lien avec la Direction des affaires civiles et du Sceau, a eu à mettre en œuvre des expérimentations de tentative de médiation familiale préalable obligatoire, celui-ci ne paraît pas correspondre à un coordonnateur national type référent national administratif, dans la mesure où, de plus, il n'a pas vocation à s'adresser aux juridictions, mais aux ordonnateurs secondaires que sont les chefs de cour et leurs délégués, magistrats délégués à la politique associative et à l'accès au droit (MDPAAD) et service de l'administration régionale (SAR).

Le référent national médiation pour les juridictions judiciaires serait en relation avec les référents médiation dans les tribunaux et un chargé de mission « médiation » auprès du ministère. Sa mission consisterait à contribuer au développement de la culture de la médiation dans l'ordre judiciaire, faire des observations sur ce qui a été mis en place et ce qui fonctionne, animer une foire aux questions, un forum de discussions. Il serait membre du conseil national de la médiation et de la conciliation.

Il devrait également travailler avec la Direction des affaires civiles et du Sceau et le secrétariat général pour faire le lien entre la médiation et la médiation familiale, la direction des services judiciaires et le bureau de l'accès au droit et de la médiation.

Recommandation n° 6
Nommer un référent national médiation pour les juridictions judiciaires.

Section V/ Valoriser la conciliation et la médiation dans l'activité des tribunaux par l'élaboration d'un outil statistique informatisé national pour l'évaluation de la pratique de la conciliation et de la médiation judiciaires

Une meilleure institutionnalisation des voies amiables de résolution des différends dans les juridictions suppose également de les valoriser, notamment en élaborant un outil statistique national informatisé pour l'évaluation de la pratique des voies amiables de résolution des différends dans les juridictions.

Actuellement les juridictions ne disposent pas des moyens et outils statistiques leur permettant d'évaluer qualitativement et quantitativement la médiation judiciaire.

Le rapport *« Les chantiers de la justice »* constatait en 2017 que *« Les applicatifs civils ne permettent pas la production de statistiques fiables sur le recours aux mesures de médiation ou de conciliation judiciaires et leurs effets. Il n'existe pas d'éléments chiffrés sur les mesures extrajudiciaires, les seules données disponibles étant communiquées par la fédération des associations de conciliateurs de justice. La fédération des associations de conciliateurs fait mention « de 140 000 dossiers traités par an, dont 90 % en conventionnels, avec un taux moyen d'accord de 60 % ». Ce taux de succès constitue un résultant d'autant plus encourageant qu'il rejoint le taux habituellement admis par les praticiens des MARD. Par ailleurs, aucune évaluation sérieuse n'est disponible sur le recours aux MARD. Aucun bilan n'est à ce jour encore disponible sur l'obligation de tenter une conciliation par un conciliateur de justice préalablement à la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe introduite par l'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 relative à la modernisation de la justice du XXIe siècle. Il en est de même concernant la tentative de médiation obligatoire mise en place à titre expérimental par la même moi en matière familiales en cours devant les tribunaux judiciaires de Evry, Montpellier et Bordeaux qui renouvelle les expérimentions précédemment réalisées à Arras et Bordeaux »* [41].

De même, en 2015, le rapport de l'inspection générale des services judiciaires sur le développement des modes amiables de règlement des différends notait qu'*« il n'existe*

[41] Chantiers de la justice, Amélioration et simplification de la procédure civile, 2017, dir. F. Agostini, N. Molfessis, p. 25.

pas d'outil statistique comptabilisant avec précision au niveau national l'activité des juridictions en matière de médiation et de conciliation. Les applicatifs des juridictions ne leur permettent pas de communiquer des chiffres complets et exploitables au niveau national. Les seuls éléments quantitatifs connus émanent des bilans d'activité des associations qui interviennent dans le champ de la médiation et de la conciliation.

En conséquence, les juridictions qui s'engagent dans un processus volontariste de développement des MARD ne disposent d'aucun outil leur permettant de s'en prévaloir, notamment dans le calcul des effectifs et moyens mis à leur disposition. Tant le travail du greffe que celui des magistrats n'est pas reconnu, et ce, alors même qu'il a nécessité un investissement important.

De la même manière, le fruit de cet investissement peut difficilement être mesuré, dès lors qu'aucun outil ne permet d'assurer une réelle traçabilité des affaires ayant fait l'objet d'un MARD, et leur impact sur l'activité de la juridiction.

Pour cette raison, et comme le préconisait déjà le rapport sur le juge du 21ème siècle (Le Juge du 21ème siècle. Rapport du groupe de travail présidé par Pierre Delmas-Goyon, 2013 – proposition 19), il est indispensable d'une part de faire du développement des MARD un objectif de performance assigné aux chefs de juridiction. Pour ce faire, des indicateurs spécifiques de performance doivent être créés et faire l'objet d'échanges lors des dialogues de gestion avec l'administration centrale. De même, la gestion des dossiers MARD par le greffe doit être incluse dans l'évaluation de sa charge de travail mesurée dans OutilGref. En outre, les juridictions doivent disposer d'outils informatiques facilitant le traitement et la gestion des affaires orientées vers des MARD. Dans l'attente du portail Portalis, les outils actuels doivent être d'ores et déjà développés pour atteindre cet objectif. L'existence de statistiques en la matière est un levier fort d'incitation à recourir aux MARD pour garantir l'inclusion de cette activité aux missions des magistrats et du greffe »[42].

Outre qu'un tel outil statistique se révèle indispensable pour obtenir une évaluation fiable et en tirer les enseignements utiles, elle manifesterait une reconnaissance pour le travail déployé par les fonctionnaires du greffe et les magistrats dans ce domaine.

Il faudrait peut-être tirer un enseignement de ce qui se fait dans l'ordre administratif où le travail de développement de la médiation au sein des juridictions est soutenu par un certain nombre de dispositifs :

[42] Inspection générale des services judiciaires : Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends, 2015, pp. 39-40.

- la fixation d'objectifs chiffrés aux juridictions en matière de prescription de médiations (le nombre de médiations engagées à l'initiative du juge devenant un indicateur de suivi de l'activité des juridictions),
- l'adaptation du logiciel de gestion des dossiers rendant possible la mise en œuvre des dispositions relatives à la médiation et permettant l'extraction d'éléments statistiques,
- la mise en place d'un forum de discussion des référents médiation des juridictions (discussions regroupées par thématiques, rubrique question/réponse pour faire part de ses interrogations pratiques quant à la mise en œuvre du processus), animé par un chargé de mission médiation auprès du secrétariat général du Conseil d'Etat.

Dès lors, il est nécessaire de créer des codes de décision incluant la médiation et la conciliation judiciaires dans les statistiques des tableaux de suivi, permettant :

- de comptabiliser les décisions homologuant un accord de médiation ou de conciliation ou les décisions de désistement et de radiation consécutives à un tel accord ;
- de comptabiliser les invitations faites par les magistrats aux parties de rencontrer un médiateur ou un conciliateur ;
- et de faire de la médiation et de la conciliation un indicateur de performance de l'activité des juridictions comme le préconise le rapport Delmas-Goyon *« Le juge du XXIe siècle »*.

Il est donc recommandé d'élaborer un outil statistique national informatisé pour l'évaluation de la pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires.

Cet outil permettra d'élaborer des statistiques et tableaux de suivi aux fins :

- **de comptabiliser les décisions homologuant un accord de médiation ou les décisions de désistement et de radiation consécutives à un tel accord ;**
- **de comptabiliser les invitations faites par les magistrats aux parties de rencontrer un médiateur ;**
- **de faire de la médiation un indicateur de performance de l'activité des juridictions.**

Recommandation n° 7

- Elaborer un outil statistique national informatisé pour l'évaluation quantitative et qualitative de la pratique de la médiation judiciaire.

  Cet outil permettra d'élaborer des statistiques et tableaux de suivi aux fins :

  - de comptabiliser les décisions homologuant un accord de médiation ou les décisions de désistement et de radiation consécutives à un tel accord ;
  - de comptabiliser les invitations faites par les magistrats aux parties de rencontrer un médiateur ;
  - de faire de la médiation un indicateur de performance de l'activité des juridictions.

Section VI/ Développer une politique publique de la conciliation et de la médiation

Force est de constater, comme l'a fait Monsieur Fabrice Vert, qu' *« une politique publique nationale volontariste coordonnant l'ensemble des initiatives en la matière »*[43] devrait être développée.

A cette fin et pour assurer le bon développement des pratiques de la médiation, il serait indispensable de créer un conseil national de la conciliation et de la médiation composé de praticiens de la conciliation et de la médiation, de représentants d'associations de conciliateurs et de médiateurs, de juristes représentant différentes professions, de magistrats, d'auxiliaires de justice, de directeurs d'instituts de formations, de représentants des pouvoirs publics et d'enseignants-chercheurs[44].

Celle-ci devrait avoir pour mission :

- de superviser la qualité de la conciliation et de la médiation,
- d'observer les initiatives et de recueillir les expériences en matière de conciliation et de médiation,
- de mesurer les évolutions,
- d'élaborer un référentiel qualité et un référentiel métier et de définir le contenu d'une offre de formation des médiateurs conforme à ces référentiels,
- de proposer des méthodes, outils statistiques et tableaux de suivi pour inscrire la médiation dans les statistiques des juridictions (en comptabilisant les décisions homologuant un accord des parties à l'issue d'une médiation ou les décisions de désistement et de radiation consécutives à un tel accord et les invitations faites par les magistrats aux parties de rencontrer un médiateur),
- d'assurer l'évaluation quantitative et qualitative de la médiation judiciaire,
- de promouvoir la conciliation et la médiation de façon régulière et cohérente,

[43] F. Vert, Vademecum de la médiation dans le domaine judiciaire, Droit de la famille 2018, dossier 30, n° 14 et s., spéc. n° 32.

[44] La proposition a été faite par le groupe GEMME et par Chantal Arens, première présidente de la Cour d'appel de Paris. M. Guillaume-Hoffnung propose la création d'un observatoire national de la médiation. Il existe en matière de consommation, une commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation placée auprès du ministre chargé de l'économie mentionnée à l'article L 615-1 du code de la consommation.

- de proposer des textes législatifs et réglementaires dans le cadre d'une politique publique de la conciliation et de la médiation,
- de rédiger un code de déontologie de la conciliation et de la médiation,
- de diffuser la culture de la médiation dans les juridictions, dans les professions du droit, au sein des institutions et chez les justiciables, notamment en créant des obligations de formation pour les magistrats et les juristes.

Dès lors, il est proposé d'insérer un article 21-6 dans la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ainsi rédigé :

« Le Conseil national de la conciliation et de la médiation est composé de praticiens de la conciliation et de la médiation, de représentants d'associations de conciliateurs et de médiateurs, de juristes représentant différentes professions, de magistrats, d'auxiliaires de justice, de directeurs d'instituts de formations, de représentants des pouvoirs publics et d'enseignants-chercheurs.

Il a pour mission :

- **de superviser la qualité de la conciliation et de la médiation,**
- **d'observer les initiatives et de recueillir les expériences en matière de conciliation et de médiation,**
- **de mesurer les évolutions,**
- **d'élaborer un référentiel qualité et un référentiel métier et de définir le contenu d'une offre de formation des médiateurs conforme à ces référentiels,**
- **de proposer des méthodes, outils statistiques et tableaux de suivi pour inscrire la médiation dans les statistiques des juridictions (en comptabilisant les décisions homologuant un accord des parties à l'issue d'une médiation ou les décisions de désistement et de radiation consécutives à un tel accord et les invitations faites par les magistrats aux parties de rencontrer un médiateur),**
- **d'assurer l'évaluation quantitative et qualitative de la médiation judiciaire,**
- **de promouvoir la conciliation et la médiation de façon régulière et cohérente,**
- **de proposer des textes législatifs et réglementaires dans le cadre d'une politique publique de la conciliation et de la médiation,**
- **de rédiger un code de déontologie de la conciliation,**
- **de rédiger un code de déontologie de la médiation,**
- **de diffuser la culture de la médiation dans les juridictions, dans les professions du droit, au sein des institutions et chez les justiciables, notamment en créant des obligations de formation pour les magistrats et les juristes ».**

Proposition de texte n° 4

Insérer un article 21-6 dans la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ainsi rédigé :

« Le Conseil national de la conciliation et de la médiation est composé de praticiens de la conciliation et de la médiation, de représentants d'associations de conciliateurs et de médiateurs, de juristes représentant différentes professions, de magistrats, d'auxiliaires de justice, de directeurs d'instituts de formations, de représentants des pouvoirs publics et d'enseignants-chercheurs.

Il a pour mission :

- de superviser la qualité de la conciliation et de la médiation,
- d'observer les initiatives et de recueillir les expériences en matière de conciliation et de médiation,
- de mesurer les évolutions,
- d'élaborer un référentiel qualité et un référentiel métier et de définir le contenu d'une offre de formation des médiateurs conforme à ces référentiels,
- de proposer des méthodes, outils statistiques et tableaux de suivi pour inscrire la médiation dans les statistiques des juridictions,
- d'assurer l'évaluation quantitative et qualitative de la médiation judiciaire,
- de promouvoir la conciliation et la médiation de façon régulière et cohérente,
- de proposer des textes législatifs et réglementaires dans le cadre d'une politique publique de la conciliation et de la médiation,
- de rédiger un code de déontologie de la conciliation,
- de rédiger un code de déontologie de la médiation,
- de diffuser la culture de la médiation.

Ses modalités de composition et de son fonctionnement seront fixées par décret en Conseil d'État ».

PARTIE II – CLARIFIER LE REGIME DE LA MEDIATION ET DE LA CONCILIATION JUDICIAIRES

Le régime de la médiation et de la conciliation judiciaire est imprécis en certains points. Il est nécessaire de clarifier les règles à trois niveaux : tout d'abord, les délais, c'est-à-dire le point de départ et la durée de la médiation et de la conciliation (Section I), ensuite les modalités de choix et de rémunération du médiateur (Section II), enfin les rapports entre le juge, le médiateur, le conciliateur et les parties (Section III).

Section I/ Clarifier les délais : point de départ et durée de la médiation et de la conciliation

Il est essentiel de connaître le point de départ de la médiation et de la conciliation pour pouvoir calculer leur durée qui est encadrée et qui ne peut excéder trois mois, en principe, sauf demande de renouvellement. La sécurité juridique est en jeu.

Or, les textes manquent de précision.

En effet, concernant la médiation, c'est l'article 131-3 CPC qui énonce que *« La durée initiale de la médiation ne peut excéder trois mois »*.

Quant à la conciliation, l'article 129-2 CPC pose le même principe : *« La durée initiale de la mission ne peut excéder trois mois »*.

Dans les deux cas, les dispositions légales ne permettent pas de savoir précisément quel sera le point de départ de la médiation ou de la conciliation à partir duquel la durée du processus peut alors être calculée.

On envisagera la médiation, puis la conciliation.

§ I/ Le point de départ et la durée de la médiation

S'agissant de la médiation, on pourrait logiquement penser que le point de départ est la date de la désignation du médiateur puisque l'article 131-6 al. 1 CPC dispose que *« la décision qui ordonne une médiation mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur et la durée initiale de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience »*. Faire commencer la médiation au moment de la désignation du médiateur est d'ailleurs nécessaire pour que la confidentialité des premiers échanges soit assurée.

Mais fixer la durée de la médiation à partir de la désignation du médiateur n'est pas opportune en pratique en considération du temps nécessaire à la préparation de la médiation, afin de joindre les parties ou leurs conseils, de les informer, de s'assurer de leur accord pour engager un processus de médiation et de trouver une date de première réunion. Ceci d'autant plus que les parties doivent consigner la provision fixée par la juridiction et que les juridictions accordent un délai assez long aux parties pour procéder à la consignation. Il est fréquent que la médiation ne commence pas avant quelques semaines après la décision judiciaire.

Un certain nombre de magistrats choisissent comme point de départ la date de la consignation des honoraires. La complication, dans ce cas, vient de la charge supplémentaire pour le greffe d'informer le médiateur et les parties du versement de la consignation pour permettre à chacun de connaître la date de la fin de la médiation.

D'autres magistrats choisissent comme point de départ du délai imparti au médiateur pour mener à terme sa mission, la date de la première réunion plénière de médiation. Selon cette pratique, le médiateur doit communiquer à la juridiction qui l'a saisi la date de la première réunion dès que celle-ci a pu être déterminée.

Pour remédier à l'incertitude actuelle concernant la durée de la médiation, il est proposé de dissocier la question du début du processus de la médiation, qui serait la date de la désignation du médiateur, de celle de sa durée qui serait de 3 mois renouvelables à compter de la première réunion plénière de médiation, point de départ des trois mois.

Par ailleurs, le texte actuel ne permet le renouvellement de la mission du médiateur que pour une durée supplémentaire maximum de trois mois. Or, dans de nombreuses médiations, notamment en matière de copropriété, de baux commerciaux, de succession ou de construction, le délai maximum de 6 mois de la médiation est manifestement insuffisant.

La pratique actuelle consiste à laisser le délai se proroger implicitement (avec des incertitudes sur le régime juridique de cette situation) ou, pour certains juges, à mettre fin à la médiation judiciaire. Si, dans certains cas, la médiation judiciaire se poursuit par une médiation conventionnelle à l'initiative des parties, il est arrivé que des parties refusent de poursuivre la médiation hors le cadre judiciaire.

Pour remédier à cette difficulté, il est proposé de permette au juge de proroger cette durée initiale de trois mois par un nouveau délai avec l'accord des parties recueilli par le médiateur.

Il est important de ne pas fixer un terme trop lointain à une mesure de médiation prorogée au terme d'une première durée de trois mois, car les parties risqueraient d'y renoncer si elles étaient certaines d'obtenir un jugement plus rapidement que par la voie de la médiation.

La prolongation de la médiation, au-delà de trois mois et pour une nouvelle durée maximale de 6 mois, semble raisonnable, tout en répondant aux enjeux de la temporalité nécessaire pour mener à bien le processus de médiation.

Il est donc proposé d'abroger les dispositions de l'article 131-3 du code de procédure civile et de les remplacer par les dispositions suivantes :

*« **La médiation commence à compter de la saisine du médiateur dès la date de la décision qui l'ordonne.***

La durée initiale, qui ne peut excéder trois mois, court à compter de la première réunion plénière dont le médiateur informe le juge.

***Elle peut être renouvelée pour une durée de six mois, à la demande du médiateur qui doit avoir recueilli l'accord des parties** ».*

Une difficulté se pose lorsque la médiation s'élargit à d'autres aspects du conflit que le litige qui a été soumis au juge. Il faudrait qu'une convention insère ce volet du conflit, ce qui permettrait la suspension du délai de prescription.

Proposition de texte n° 5

Il est proposé d'abroger les dispositions de l'article 131-3 du code de procédure civile et de les remplacer par les dispositions suivantes :

> *« La médiation commence à compter de la saisine du médiateur dès la date de la décision qui l'ordonne.*
>
> *La durée initiale, qui ne peut excéder trois mois, court à compter de la première réunion plénière dont le médiateur informe le juge.*
>
> *Elle peut être renouvelée pour une durée de six mois, à la demande du médiateur qui doit avoir recueilli l'accord des parties ».*

§ II/ Le point de départ et la durée de la conciliation

Pour la conciliation, l'article 129-2 CPC dispose que : *« La durée initiale de la mission ne peut excéder trois mois »*, sans préciser le point de départ.

En pratique, la proximité de travail des juges des contentieux de la protection (ex juges d'instance) et juges des chambres de proximité et des conciliateurs et la disponibilité de ces derniers permettent, dans la grande majorité des cas, de respecter le délai de 3 mois sans difficulté.

Toutefois, préciser le point de départ serait une bonne chose pour éviter toute difficulté et clarifier le régime juridique de la conciliation.

Il serait possible de le fixer au jour du premier rendez-vous avec l'une ou l'autre parties ou les deux (en effet, il n'est pas rare que les conciliateurs rencontrent d'abord l'une, puis l'autre partie avant une réunion plénière).

La différence avec médiation (pour laquelle on prendrait comme début de la durée la première réunion plénière) s'explique par la pratique. La conciliation est souvent plus rapide et les conciliateurs débutent en général par des réunions avec chacune des parties séparément. Au contraire, en médiation, la réunion plénière sera le plus souvent favorisée dès le début.

Dès lors, il faudrait le rappeler dans la décision du juge pour une meilleure information de tous et notamment pour le greffe qui doit assurer le suivi des dossiers.

Ensuite un alignement des durées maximales de la médiation et de la conciliation semble cohérent.

Il est ainsi proposé d'abroger les dispositions de l'article 129-2 du code de procédure civile et les remplacer par les dispositions suivantes :

« La conciliation commence à compter de la désignation du conciliateur de justice.

La durée initiale, qui ne peut excéder trois mois, court à compter de la première réunion dont le conciliateur informe le juge.

Elle peut être renouvelée pour une durée de six mois à la demande du conciliateur qui doit avoir recueilli l'accord des parties ».

Proposition de texte n° 6

Il est proposé d'abroger les dispositions de l'article 129-2 du code de procédure civile et les remplacer par les dispositions suivantes :

> *« La conciliation commence à compter de la désignation du conciliateur de justice.*
>
> *La durée initiale, qui ne peut excéder trois mois, court à compter de la première réunion dont le conciliateur informe le juge.*
>
> *Elle peut être renouvelée pour une durée de six mois à la demande du conciliateur qui doit avoir recueilli l'accord des parties ».*

Section II/ Clarifier les modalités de choix et de rémunération du médiateur

Deux questions distinctes seront traitées : le choix du médiateur (§ I) et sa rémunération (§ II).

§ I/ Le choix du médiateur

La sélection du médiateur par le juge ou les parties est une question délicate. Les textes indiquent que le médiateur doit posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige et pouvoir justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation (article 131-5 al. 5, 4° du code de procédure civile).

Il existe des points de vue divergents sur l'importance et la valeur de l'expérience ou de l'expertise du médiateur dans le domaine juridique ou technique, objet du conflit.

Certains pensent que le médiateur n'a pas à justifier d'un savoir juridique, ni d'une spécialité et qu'il est suffisant qu'il maîtrise l'expertise du processus de médiation.

D'autres attendent du médiateur qu'il connaisse également la spécialité juridique objet du litige, outre le savoir spécifique attaché au processus de médiation lui-même.

Il se peut que le juge ou les parties souhaitent identifier un médiateur disposant d'antécédents professionnels dans le domaine considéré, mais ce n'est pas nécessairement le cas. Le juge ou les parties peuvent vouloir choisir un médiateur dont l'expertise est centrée sur la gestion des conflits et des émotions sous-jacentes aux conflits. Dans certaines situations complexes, le choix est difficile.

La co-médiation, qui propose l'intervention de deux ou plusieurs médiateurs, qui peuvent être d'expérience professionnelles, de méthodes, de personnalités, de cultures ou de genres différents, peut être une option. Elle peut être indiquée pour répondre à la

complexité de la situation conflictuelle, des enjeux, des problématiques et aux attentes des personnes en présence.

La co-médiation est aussi un outil de formation pour permettre à de jeunes médiateurs de travailler avec un médiateur plus expérimenté.

Il est donc proposé de permettre expressément au juge et aux parties d'y avoir recours en modifiant les articles 131-6 et 131-7 du code de procédure civile.

L'article 131-6 du code de procédure civile énonce :

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

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

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

Il est proposé d'ajouter *« le co-médiateur en cas de besoin »* dans l'alinéa premier de l'article 131-6 du code de procédure civile :

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

L'article 131-7 du code de procédure civile dispose :

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

Le médiateur fait connaître sans délai au juge son acceptation.

Dès qu'il est informé par le greffe de la consignation, il doit convoquer les parties ».

Il est également proposé d'insérer un quatrième alinéa dans l'article 131-7 du code de procédure civile :

« Sous réserve de l'accord des parties, le médiateur peut s'adjoindre un co-médiateur ».

Proposition de texte n° 7

Ajouter *« le co-médiateur en cas de besoin »* dans l'alinéa premier de l'article 131-6 du code de procédure civile :

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

Proposition de texte n° 8

Insérer un quatrième alinéa dans l'article 131-7 du code de procédure civile :

> *« Sous réserve de l'accord des parties, le médiateur peut s'adjoindre un co-médiateur ».*

§ II/ La rémunération du médiateur

L'intervention du médiateur est payante (article 131-6 du code de procédure civile), à la différence de celle du conciliateur.

Les articles 131-6 et 131-13 du code de procédure civile précisent les modalités de la fixation de sa rémunération.

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

A l'expiration de sa mission, le juge fixe la rémunération du médiateur et autorise le médiateur à se faire remettre, jusqu'à due concurrence, les sommes consignées au greffe.

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

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

Il est rarement indiqué dans la décision de désignation du médiateur fixant le montant de la provision à valoir sur sa rémunération, si la somme forfaitaire ainsi fixée s'entend TTC ou HT.

Lorsque rien n'est indiqué (dans la plupart des cas), la pratique en déduit que cette somme s'entend TTC. Cela crée une disparité entre les médiateurs qui doivent soustraire de cette somme le montant de la TVA et les autres médiateurs qui n'y sont pas soumis. Dans un souci égalitaire, il conviendrait donc de mentionner le montant de la provision en précisant HT.

Il est proposé d'ajouter la précision *« hors taxe »* à l'article 131-6 du code de procédure civile :

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

A l'expiration de sa mission, le juge fixe la rémunération du médiateur et autorise le médiateur à se faire remettre, jusqu'à due concurrence, les sommes consignées au greffe.

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

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

Proposition de texte n° 9

Ajouter *« hors taxe »* dans l'article 131-6 al. 2 du code de procédure civile et en les remplaçant par les dispositions suivantes :

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

Un autre point fait l'objet de nombreux débats ; il s'agit des modalités de paiement des honoraires du médiateur.

En effet, les articles 131-6 et 131-13 du code de procédure civile précisent les modalités de la fixation de sa rémunération.

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

A l'expiration de sa mission, le juge fixe la rémunération du médiateur et autorise le médiateur à se faire remettre, jusqu'à due concurrence, les sommes consignées au greffe.

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

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

Or, le texte pose des difficultés liées à la consignation de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur qui s'effectue à la régie du tribunal.

Il ressort des expériences de cours d'appel et de tribunaux judiciaires que lorsqu'une chambre développe de manière significative la médiation, cette consignation, compte tenu des formalités administratives qu'elle implique, est un facteur important de perte de temps pour la mise en place de la médiation alors que bien

souvent l'intérêt de la médiation réside dans la rapidité de la réponse que ce processus peut apporter au litige. Par ailleurs, la consignation accroît considérablement le travail du greffe qui est en sous-effectif notoire, ce qui a été constaté non seulement à Paris et en région parisienne, mais aussi auprès de différentes autres juridictions françaises dont certaines déplorent une absence totale d'effectif (et où il est même impossible d'appliquer le système de la consignation).

Ainsi, d'auncuns proposent de remplacer le système de la consignation au greffe par celui de la remise de la provision directement entre les mains du médiateur, système déjà prévu dans le code de procédure civile pour les mesures de consultation ou de constatation par un technicien. Une telle mesure ne contrevenant à aucune disposition d'ordre public, serait un facteur important de simplification de la gestion administrative des dossiers tant pour le greffe que pour les médiateurs, d'allégement de la procédure et du travail du greffe et de réduction des délais nécessaires à la mise en place de la médiation.

Néanmoins, M. le Premier Président Jean-Michel Hayat estime que si le sujet interroge certains, le souci de la transparence à l'égard du justiciable doit conduire, malgré les inconvénients soulignés, à privilégier une procédure qui exclut tout risque de dérive, alors que le principe de la consignation à la régie permet à chacun de connaitre, sans risque de mauvaise surprise, le coût exact de la mesure de médiation.

Section III/ Clarifier les rapports entre le juge, le médiateur, le conciliateur et les parties

Les rapports entre le juge, le conciliateur, le médiateur et les parties doivent d'être précisés. La clarification devrait porter sur l'entrée en médiation et sur la sortie de la médiation et de la conciliation (§ I), sur la confidentialité de la médiation et de la conciliation (§II), sur l'indépendance du médiateur et l'interdiction des conflits d'intérêts (§ III), sur l'injonction de rencontrer un conciliateur aux fins d'information et la possibilité dans ce cas pour le conciliateur ou le médiateur de recueillir l'accord des parties pour entrer en médiation ou en conciliation (§ IV), sur le contrôle de la médiation et de la conciliation (§ V), sur la valeur probante de l'avis d'un expert désigné par les parties dans le cadre de la médiation ou de la conciliation (§ VI), enfin la possibilité en matière commerciale pour le juge des référés et le juge commissaire de déléguer un conciliateur de justice (§ VII).

§ I/ Entrée en médiation et sortie de la médiation ou de la conciliation

Il est important de rappeler par un texte le principe de la liberté des parties d'entrer dans la médiation et d'en sortir. La médiation repose sur le consentement, la volonté et l'autonomie des parties. Leur liberté et leur responsabilité en sont les ressorts véritables et la raison d'être.

Les parties décident librement d'entrer en médiation. Elles décident également librement d'en sortir.

La médiation est également soumise à un devoir de bonne foi qui s'impose aux parties et au médiateur à travers son devoir d'impartialité, ce qui sera développé *infra*, p. 107.

C'est pourquoi, il est proposé de rappeler ces différents principes pour la médiation, en insérant un nouvel article 131-7-1 dans le code de procédure civile :

« Le médiateur est garant de la loyauté du processus.

A tout moment, les parties peuvent quitter le processus de médiation.

Le médiateur refuse d'engager un processus de médiation s'il apparaît que l'une des parties utilise la médiation à des fins déloyales, notamment comme un moyen dilatoire. S'il apparaît, au cours du processus, que l'une des parties utilise le processus à des fins déloyales, le médiateur, interrompt celui-ci et en informe le juge, tout en respectant son obligation de confidentialité ».

Concernant la conciliation, il est également proposé une disposition identique, par un nouvel article 129-2-1 qui serait inséré dans le code de procédure civile :

« Le conciliateur de justice est garant de la loyauté de la conciliation.

A tout moment, les parties peuvent mettre fin à la conciliation.

S'il apparaît, au cours de la conciliation, que l'une des parties manque au devoir de bonne foi, le conciliateur de justice interrompt la conciliation et en informe le juge, tout en respectant son obligation de confidentialité ».

Proposition de texte n° 10

Insérer un article 131-7-1 dans le code de procédure civile :

> *« Le médiateur est garant de la loyauté du processus.*
>
> *A tout moment, les parties peuvent quitter le processus de médiation.*
>
> *Le médiateur refuse d'engager un processus de médiation s'il apparaît que l'une des parties utilise la médiation à des fins déloyales, notamment comme un moyen dilatoire. S'il apparaît, au cours du processus, que l'une des parties utilise le processus à des fins déloyales, le médiateur, interrompt celui-ci et en informe le juge, tout en respectant son obligation de confidentialité ».*

Proposition de texte n° 11

Insérer un article 129-2-1 dans le code de procédure civile :

> *« Le conciliateur de justice est garant de la loyauté de la conciliation.*
>
> *A tout moment, les parties peuvent mettre fin à la conciliation.*
>
> *S'il apparaît, au cours de la conciliation, que l'une des parties manque au devoir de bonne foi, le conciliateur de justice interrompt la conciliation et en informe le juge, tout en respectant son obligation de confidentialité ».*

§ II/ La confidentialité de la médiation et de la conciliation

Pourquoi la confidentialité de la médiation et de la conciliation est-elle si importante ?

La confiance que le conciliateur ou le médiateur obtiennent des parties constitue la base de ces deux institutions ; la confidentialité en est le ciment.

Il est en effet essentiel que les parties mises en confiance par le conciliateur ou le médiateur sachent que leurs échanges seront confidentiels pour qu'elles puissent exprimer et confier ainsi au conciliateur ou au médiateur les causes réelles de leur différend et tout ce qui le concerne.

Ni le juge, ni les tiers ne doivent connaître ce qui a été dit et échangé au sein de la médiation ou de la conciliation. Il s'agit d'une garantie fondamentale de ces modes amiables.

Actuellement, pourtant tant pour la conciliation que pour la médiation, les textes existants sont imprécis.

A/ La confidentialité de la médiation

En matière de médiation, l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 (modifié par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive du 21 mai 2008 sur la médiation et du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends) dispose :

« Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité.

Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties.

Il est fait exception aux alinéas précédents dans les deux cas suivants :

a) En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ;

b) Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution.

Lorsque le médiateur est désigné par un juge, il informe ce dernier de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord ».

L'article 7 de la directive du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale insistait sur ce principe, en prévoyant qu'il appartient aux Etats membre de veiller *« à ce que, sauf accord contraire des parties, ni le médiateur ni les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne soient tenus de produire, dans une procédure judiciaire, civile ou commerciale ou lors d'un arbitrage, des preuves concernant les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci ».*

Avec des exceptions : *« lorsque cela est nécessaire pour des raisons impérieuses d'ordre public dans l'Etat membre concerné, notamment pour assurer la protection des intérêts primordiaux des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne et lorsque la mise en œuvre ou l'exécution de l'accord conclu en médiation, nécessite la divulgation de son contenu ».*

Les dispositions du code de procédure civile portant sur le régime de la confidentialité de la médiation judiciaire contiennent des lacunes concernant le champ d'application du devoir de confidentialité et les personnes concernées par elle.

Pourtant, l'efficacité de la médiation nécessite une confidentialité élargie.

Les dispositions de la loi pourraient donc d'être complétées et affinées.

S'agissant, premièrement, des personnes concernées par la confidentialité, s'agit-il du médiateur uniquement, du médiateur et des parties, ou également de tout tiers, par exemple, sachant ou expert, pouvant être appelé à intervenir au processus ?

La directive de 2008 vise de façon large *« les personnes participant à l'administration du processus de médiation »*, ce que l'ordonnance ne reprend pas.

Il convient de considérer que l'ensemble des parties au processus de médiation doivent s'abstenir de faire état des *« constatations du médiateur ou […] déclarations recueillies au cours de la médiation »*. En ce sens, le rapport au Président de la République indique que la confidentialité visée à l'article 21-3 de l'ordonnance *« s'impose à l'ensemble des personnes qui y participent, sauf accord contraire des parties à la médiation »*[45].

On pourrait ajouter dans la loi : *« sauf accord contraire des parties et sauf disposition légale contraire, la médiation est soumise au principe de confidentialité qui s'impose à toutes les personnes qui participent au processus de médiation »*.

Il faudrait ajouter que le devoir de confidentialité s'impose au médiateur comme aux parties et à leur conseil, même si les avocats sont déjà soumis au secret professionnel.

De même, la confidentialité de ce qui est recueilli par le médiateur dans le cadre d'un entretien séparé doit également être rappelée par une règle, même si l'on peut considérer que les apartés font partie de la médiation.

Il faudrait également préciser que toute personne qui a connaissance de ces informations, se voit interdire de les divulguer.

S'agissant, deuxièmement, de l'objet de la confidentialité, ne sont évoquées que les constatations et déclarations, mais il est admis que cela porte sur tous les documents échangés pendant la médiation dès lors qu'ils ont été créés pour les besoins de la médiation (notamment une offre écrite, une note au médiateur ou un document d'évaluation d'un préjudice).

En l'état du droit, la question de savoir si sont couvertes par la confidentialité l'ensemble des pièces évoquées ou échangées dans le cours de la médiation se pose.

Le rapport au Président de la République de l'ordonnance précitée précise que l'ordonnance *"a pour objet d'empêcher les parties de divulguer les constatations du*

45 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

médiateur et les déclarations recueillies au cours du processus de médiation, ni faire état au cours d'une procédure judiciaire ou arbitrale de tels éléments"[46].

Il indique que le principe de confidentialité "*innerve l'ensemble du processus de médiation*" et également que la formulation empruntée *« ne sera pas de nature à empêcher les parties de faire valoir devant la juridiction saisie des moyens de preuve qu'elles auraient pu produire à défaut d'une médiation. Ainsi, le principe du droit d'accès à un tribunal est préservé »*[47].

On peut donc penser que le principe de confidentialité consisterait à protéger l'ensemble des informations (pièces comprises) qui n'ont pu être obtenues que grâce au processus de médiation.

Cela signifierait que la partie qui apporte des pièces, au cours du processus de médiation, pourrait s'en servir en cas d'échec de la médiation dans le cadre d'une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure. Et l'autre partie ne pourrait utiliser ces pièces à son profit que si elle pouvait en connaître l'existence, en disposer ou pouvait les obtenir indépendamment du processus de médiation.

Mais il y a un risque d'instrumentalisation du processus : on pourrait produire des pièces pour empêcher l'autre de s'en servir en justice (ce qui serait contraire à un procès équitable).

Selon le professeur N. Fricero, la confidentialité ne concerne pas les pièces que l'une des parties apporte en médiation. Ces pièces peuvent être produites dans le procès qui suit en cas d'échec de la médiation.

C'est la meilleure interprétation. En effet, le texte de l'article 21-3 ne vise pas les pièces, mais seulement les constatations du médiateur et déclarations recueillies.

46 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

47 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

Si les parties veulent se montrer un document qui doit rester confidentiel, un mécanisme permettant de traiter de façon confidentielle ce document peut être mis en place dans le cadre de la médiation.

Il est donc proposé d'insérer *« et sauf disposition légale contraire »* et *« qui s'impose au médiateur et aux parties, ainsi qu'à toutes les personnes qui participent au processus de médiation, à quelque titre que ce soit, notamment les avocats des parties, les experts ou tout tiers »* dans le premier alinéa de l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 :

« Sauf accord contraire des parties et sauf disposition légale contraire, la médiation est soumise au principe de confidentialité qui s'impose au médiateur et aux parties, ainsi qu'à toutes les personnes qui participent au processus de médiation, à quelque titre que ce soit, notamment les avocats des parties, les experts ou tout tiers ».

Il est également proposé » d'insérer un deuxième alinéa dans l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 :

« Sauf accord contraire des parties, la confidentialité à l'égard des tiers et de l'autre partie s'applique à ce qui est recueilli par le médiateur dans le cadre d'un entretien séparé ».

Il est également souhaitable d'insérer « les documents établis pour les besoins de la médiation » dans le deuxième alinéa de l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 :

« Les constatations du médiateur, les documents établis pour les besoins de la médiation et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent, sans l'accord des parties, être divulgués aux tiers ni produits ou invoqués dans la suite de la procédure ou dans une autre instance judiciaire ou arbitrale ».

Par suite, il faudra également modifier l'article 131-14 du code de procédure civile pour prendre en considération les modifications de l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 :

« Les constatations du médiateur, les documents établis pour les besoins de la médiation et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être ni produits ni invoqués dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance ».

Proposition de texte n° 12

Insérer *« et sauf disposition légale contraire »* et *« qui s'impose au médiateur et aux parties, ainsi qu'à toutes les personnes qui participent au processus de médiation, à quelque titre que ce soit, notamment les avocats des parties, les experts ou tout tiers »* dans le premier alinéa de l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 :

> *« Sauf accord contraire des parties et sauf disposition légale contraire, la médiation est soumise au principe de confidentialité qui s'impose au médiateur et aux parties, ainsi qu'à toutes les personnes qui participent au processus de médiation, à quelque titre que ce soit, notamment les avocats des parties, les experts ou tout tiers ».*

Proposition de texte n° 13

Modifier le deuxième alinéa dans l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 :

> *« Les constatations du médiateur, les documents établis pour les besoins de la médiation et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent, sans l'accord des parties, être divulgués aux tiers ni produits ou invoqués dans la suite de la procédure ou dans une autre instance judiciaire ou arbitrale. Sauf accord contraire des parties, la confidentialité à l'égard des tiers et de l'autre partie s'applique à ce qui est recueilli par le médiateur dans le cadre d'un entretien séparé ».*

Proposition de texte n° 14

Modifier l'article 131-14 du code de procédure civile :

> *« Les constatations du médiateur, les documents établis pour les besoins de la médiation et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être ni produits ni invoqués dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance ».*

B/ La confidentialité de la conciliation

En matière de conciliation judiciaire, l'article 129-4 al 2 CPC énonce que *« Les constatations du conciliateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni, en tout état de cause, dans le cadre d'une autre instance ».*

En ce qui concerne le conciliateur de justice, l'article 8 du décret du 20 mars 1978 dispose que *« le conciliateur de justice est tenu à l'obligation du secret. Les informations qu'il recueille ou les constatations auxquelles il procède ne peuvent être divulguées ».*

Enfin la violation de la confidentialité par le conciliateur est passible des peines prévues par l'article 226-13 du code pénal.

Néanmoins les parties ne paraissent pas soumises à une obligation de secret, ni de confidentialité.

Pour les mêmes raisons que celles exposées à propos de la médiation, il est proposé d'abroger l'article 129-4 al. 2 du code de procédure civile et d'insérer un nouvel article 129-4-1 contenant les dispositions suivantes :

« Sauf accord contraire des parties et sauf disposition légale contraire, la conciliation est soumise au principe de confidentialité qui s'impose au conciliateur et aux parties, ainsi qu'à toutes les personnes qui participent à la conciliation à quelque titre que ce soit, notamment les avocats des parties, les experts ou tout tiers.

Les constatations du conciliateur, les documents établis pour les besoins de la conciliation et les déclarations recueillies au cours de la conciliation ne peuvent, sans l'accord des parties, être divulgués aux tiers ni produits ou invoqués dans la suite de la procédure, ou dans une autre instance judiciaire ou arbitrale.

Sauf accord contraire des parties, la confidentialité à l'égard des tiers et de l'autre partie s'applique à ce qui est recueilli par le conciliateur dans le cadre d'un entretien séparé ».

Proposition de texte n° 15

Abroger l'article 129-4 al. 2. du code de procédure civile.

Proposition de texte n° 16

Insérer un nouvel article 129-4-1 dans le code de procédure civile :

> *« Sauf accord contraire des parties et sauf disposition légale contraire, la conciliation est soumise au principe de confidentialité qui s'impose au conciliateur et aux parties, ainsi qu'à toutes les personnes qui participent à la conciliation à quelque titre que ce soit, notamment les avocats des parties, les experts ou tout tiers.*
>
> *Les constatations du conciliateur, les documents établis pour les besoins de la conciliation et les déclarations recueillies au cours de la conciliation ne peuvent, sans l'accord des parties, être divulgués aux tiers ni produits ou invoqués dans la suite de la procédure, ou dans une autre instance judiciaire ou arbitrale.*
>
> *Sauf accord contraire des parties, la confidentialité à l'égard des tiers et de l'autre partie s'applique à ce qui est recueilli par le conciliateur dans le cadre d'un entretien séparé ».*

§ III/ L'indépendance du médiateur et l'interdiction des conflits d'intérêts

Le médiateur doit être indépendant, neutre et impartial à l'égard des parties.

L'article 131-5, 5° exige que le médiateur présente *« les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation ».* L'article 21-2 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 prévoit que *« Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ».*

Le cas échéant, il doit faire connaître au juge et aux parties les circonstances qui, aux yeux des parties, seraient de nature à affecter son indépendance et/ou son impartialité. Il ne peut alors être confirmé ou maintenu dans sa mission qu'avec l'accord écrit de toutes les parties ou décision du juge.

Il est proposé de préciser dans le code de procédure civile l'interdiction des conflits d'intérêt comme condition de l'indépendance du médiateur et d'y insérer un nouvel article 131-5-1 contenant les dispositions suivantes :

*« **Le médiateur doit divulguer aux parties toutes les circonstances qui sont de nature à affecter son indépendance et sa neutralité ou entraîner un conflit d'intérêt. Ces circonstances sont toute relation d'ordre privé ou professionnel avec l'une des parties, tout intérêt financier ou autre, direct ou indirect, dans l'issue de la médiation.***

Le médiateur ne peut alors être confirmé ou maintenu dans sa mission qu'après avoir reçu l'accord exprès des parties ».

Proposition de texte n° 17

Insérer dans le code de procédure civile un nouvel article 131-5-1 contenant les dispositions suivantes :

> *« Le médiateur doit divulguer aux parties toutes les circonstances qui sont de nature à affecter son indépendance et sa neutralité ou entraîner un conflit d'intérêt. Ces circonstances sont toute relation d'ordre privé ou professionnel avec l'une des parties, tout intérêt financier ou autre, direct ou indirect, dans l'issue de la médiation.*
>
> *Le médiateur ne peut alors être confirmé ou maintenu dans sa mission qu'après avoir reçu l'accord exprès des parties ».*

§ IV/ L'injonction de rencontrer un médiateur ou un conciliateur aux fins d'information

Plusieurs questions sont concernés : la possibilité d'enjoindre les parties de rencontrer un conciliateur, à côté de celle d'enjoindre les parties à rencontrer un médiateur et la possibilité pour eux de recueillir l'accord des parties pour entrer en médiation ou en conciliation (A), la question des modalités pratiques de cette injonction et, plus particulièrement, la mise à disposition d'un bureau pour les médiateurs en cas

d'injonction faite aux parties de rencontrer un médiateur (B), enfin la sanction du refus de l'une des parties d'exécuter l'injonction (C).

A/ L'injonction de rencontrer un conciliateur et la possibilité pour le conciliateur ou le médiateur de recueillir l'accord des parties pour entrer en médiation ou en conciliation

Depuis la loi du 23 mars 2019, l'article 22-1 de la loi du 8 février 1995 dispose désormais que :

« En tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, le juge peut, s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un médiateur qu'il désigne et qui répond aux conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. Celui-ci informe les parties sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation ».

Ne serait-il pas opportun d'étendre le périmètre des modes amiables et de permettre aux juges de faire une injonction de rencontrer un conciliateur de justice ?

Cela peut être utile lorsque les parties n'ont pas les moyens de rémunérer un médiateur.

Il s'agirait alors de le prévoir dans l'article 22-1 de la loi du 8 février 1995, en ajoutant *« ou un conciliateur de justice »,* à côté du médiateur.

De même, il serait très utile de dire clairement que le médiateur ou le conciliateur sont, à l'issue de la séance d'information, en mesure de recueillir l'accord des parties pour entrer en conciliation ou en médiation, si elles le souhaitent, dès lors que le juge en est informé.

Dans la pratique, en effet, il n'est pas rare que les parties souhaitent commencer la médiation à l'issue de la séance d'information.

Il est donc proposé de modifier l'article 22-1 de la loi du 8 février 1995 qui deviendrait :

« En tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, le juge peut, s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un conciliateur de justice ou un médiateur qu'il désigne et qui répond aux conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. Ces derniers informent les parties sur l'objet et le déroulement d'une mesure de conciliation ou de médiation.

Le conciliateur ou le médiateur peuvent recueillir l'accord des parties pour entrer en conciliation ou en médiation. Dans ce cas, il en informe le juge ».

Proposition de texte n° 18

Il est donc proposé de modifier l'article 22-1 de la loi du 8 février 1995 qui deviendrait :

> *« En tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, le juge peut, s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un conciliateur de justice ou un médiateur qu'il désigne et qui répond aux conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. Ces derniers informent les parties sur l'objet et le déroulement d'une mesure de conciliation ou de médiation.*
>
> *Le conciliateur ou le médiateur peuvent recueillir l'accord des parties pour entrer en conciliation ou en médiation. Dans ce cas, il en informe le juge ».*

B/ La mise à disposition d'un bureau pour les médiateurs en cas d'injonction faite aux parties de rencontrer un médiateur aux fins d'information

La nouvelle faculté offerte aux juges par l'article 22-1 de la loi du 8 février 1995 modifié par la loi du 23 mars 2019, de demander aux parties de s'informer auprès d'un médiateur sur l'objet de la médiation et son déroulement, devrait être accompagnée de moyens matériels.

En effet, il est indispensable qu'un bureau soit mis à la disposition du médiateur, dans chaque juridiction, afin que l'injonction puisse être suivie d'effet sans perte de temps, ni coût supplémentaire pour les parties.

L'information sur la médiation dépend de la mise à disposition des espaces pour cette information. Cela suppose une permanence des médiateurs pour laquelle des espaces doivent être aménagés à côté des salles d'audience, comme cela a été le cas à la chambre sociale de la cour d'appel de Paris.

L'efficacité passe par des lieux dédiés, que ce soit dans l'enceinte judiciaire ou dans des structures d'accès au droit (comme les maisons de justice et du droit ou les anciennes maisons de service au public devenues France service).

Il est recommandé d'inciter, par circulaire, les juridictions à mettre à disposition, en tant que de besoin, un bureau pour les médiateurs ou conciliateurs, leur permettant de tenir des réunions d'information, s'agissant d'une mission non rémunérée confiée par l'autorité judiciaire.

Un *« bureau de la médiation ou des MARD »* bien identifié à l'instar des BAV (bureau d'aides aux victimes) ou autre BEX (bureau d'exécution des peines) serait un gage que le processus d'institutionnalisation est en marche.

Recommandation n° 8

Inciter, par circulaire, les juridictions à mettre à disposition, en tant que de besoin, un bureau pour les médiateurs ou conciliateurs, leur permettant de tenir des réunions d'information, s'agissant d'une mission non rémunérée confiée par l'autorité judiciaire.

C/ La sanction du refus de l'une des parties d'exécuter l'injonction

Le magistrat ne dispose d'aucun moyen de sanctionner la ou les parties qui refusent de se rendre à la réunion d'information.

L'efficacité de la mesure de l'injonction est dès lors sujette à caution.

Il est donc proposé d'ajouter un deuxième alinéa à l'article 22-1 de la loi du 8 février 1995 :

« La partie à l'instance qui ne défèrera pas à cette injonction pourra être privée par le juge du bénéfice de l'article 700 du code de procédure civile. En outre, si c'est le demandeur à l'instance qui ne défère pas à cette injonction, l'instance pourra être radiée administrativement par le magistrat si le défendeur ou l'un des défendeurs ne s'y oppose pas ».

L'intérêt de l'ajout d'une sanction avait déjà été évoqué dans le rapport Magendie en 2008. Il a été de nouveau rappelé dans le rapport *« Chantiers de la justice »* : *« Le refus de rencontrer ensemble le médiateur ou le conciliateur de justice pourrait être sanctionné par une caducité de la demande lorsque le refus émane du demandeur, ou une modulation de l'indemnité prévue au titre des frais non compris dans les dépens par l'article 700 du code de procédure civile »*[48].

Proposition de texte n° 19

Ajouter un deuxième alinéa à l'article 22-1 de la loi du 8 février 1995 :

> *« La partie à l'instance qui ne défèrera pas à cette injonction pourra être privée par le juge du bénéfice de l'article 700 du code de procédure civile. En outre, si c'est le demandeur à l'instance qui ne défère pas à cette injonction, l'instance pourra être radiée administrativement par le magistrat si le défendeur ou l'un des défendeurs ne s'y oppose pas ».*

[48] Chantiers de la justice, Amélioration et simplification de la procédure civile, 2017, dir. F. Agostini, N. Molfessis, p. 26.

§ V/ Le contrôle de la médiation et de la conciliation

Le contrôle de la médiation et de la conciliation porte sur le contrôle de la loyauté de la médiation et de la conciliation (A) et le contrôle du protocole d'accord par le juge de l'homologation (B).

A/ Le contrôle de la loyauté de la médiation et de la conciliation

La médiation est soumise à un devoir de bonne foi qui s'impose aux parties et au médiateur à travers son devoir d'impartialité.

Or, le devoir de loyauté n'est pas évoqué dans le code de procédure civile, alors qu'il fait indiscutablement partie du cadre de la médiation et de ses règles.

Le devoir de loyauté s'impose en principe à toutes les relations contractuelles. L'article 1104 du code civil, tel qu'issu de la dernière réforme du droit des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, énonce que : *« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».*

Dès lors, le devoir de loyauté s'impose non seulement au médiateur (qui a des obligations contractuelles), mais aussi aux parties qui s'engagent à discuter dans le cadre spécifique d'une médiation.

Il semble pourtant, du fait de la spécificité de la matière, opportun de le rappeler par une disposition du code de procédure civile et, notamment, d'en préciser les conséquences : en cas de déséquilibre entre les parties et de déloyauté dans les échanges, le médiateur est tenu d'interrompre le processus de médiation.

La bonne foi des médiés signifie à la fois :

- leur volonté de coopérer et de s'impliquer dans le processus de médiation aux fins de construire ensemble une solution mutuellement satisfaisante,
- le respect de l'autre pendant toute la durée de la médiation,
- et l'absence d'utilisation de la médiation à des fins dilatoires ou déloyales.

A titre de comparaison, en matière de procédure participative, l'article 2062 du code civil prévoit, à propos de la convention de procédure participative assistée par avocat que : *« La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige ».*

Il est donc proposé de rappeler ces différents principes pour la médiation, en insérant un nouvel article 131-7-1 dans le code de procédure civile :

« Le médiateur est garant de la loyauté du processus.

A tout moment, les parties peuvent quitter le processus de médiation.

Le médiateur refuse d'engager un processus de médiation s'il apparaît que l'une des parties utilise la médiation à des fins déloyales, notamment comme un moyen dilatoire. S'il apparaît, au cours du processus, que l'une des parties utilise le processus à des fins déloyales, le médiateur, interrompt celui-ci et en réfère au juge, tout en respectant son obligation de confidentialité ».

Concernant la conciliation, il est également proposé une disposition identique, par un nouvel article 129-2-1 du code de procédure civile :

« Le conciliateur de justice est garant de la loyauté de la conciliation.

A tout moment, les parties peuvent mettre fin à la conciliation.

S'il apparaît, au cours de la conciliation, que l'une des parties manque au devoir de bonne foi, le conciliateur de justice interrompt la conciliation et en réfère au juge, tout en respectant son obligation de confidentialité ».

Le respect de l'obligation de confidentialité est fondamental. Le médiateur ne doit pas révéler au juge les détails du comportement jugé déloyal, ni l'identité de l'auteur de ce comportement perçu comme déloyal.

Propositions de texte n° 10 et 11
Voir supra

B/ Le contrôle du protocole d'accord par le juge de l'homologation

L'homologation facultative du protocole d'accord ou de la transaction devrait permettre de mettre fin à la conciliation et à la médiation d'une façon simple et claire en parachevant le protocole d'accord par l'octroi de la force exécutoire.

Ce moyen de renforcer l'efficacité d'un acte contractuel est d'autant plus utile que les pouvoirs publics souhaitent renforcer la conciliation et la médiation.

Pourtant, l'homologation de l'accord amiable pose un certain nombre de questions du fait de l'existence d'incohérences et d'incertitudes qui l'affectent.

Les difficultés ont plusieurs origines : des bases légales diversifiées selon les types de conciliations et de médiations, des conditions hétérogènes en fonction des bases légales utilisées, une nature également variable.

Il n'est pas lieu de proposer ici une refonte du droit de l'homologation, notamment avec un régime commun permettant de simplifier et de clarifier son emploi.

Dès lors, le présent rapport se bornera à traiter du régime de l'homologation des accords issus de la conciliation ou de la médiation judiciaires.

Pour la conciliation de justice, l'article 131 CPC prévoit que :

« Des extraits du procès-verbal dressé par le juge peuvent être délivrés. Ils valent titre exécutoire. A tout moment, les parties ou la plus diligente d'entre elles peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le conciliateur de justice. Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties à l'audience. L'homologation relève de la matière gracieuse ».

Pour la médiation judiciaire, l'article 131-12 CPC énonce que :

« A tout moment, les parties, ou la plus diligente d'entre elles, peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le médiateur de justice. Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties à l'audience.

L'homologation relève de la matière gracieuse.

Les dispositions des deux alinéas précédents s'appliquent à l'accord issu d'une médiation conventionnelle intervenue alors qu'une instance judiciaire est en cours ».

Plusieurs points méritent une révision et une clarification : la procédure à suivre, les pouvoirs du juge, les effets de l'homologation, les recours.

Premièrement, s'agissant de la procédure à suivre, une difficulté provient du fait que le législateur a prévu que lorsque l'accord résulte d'une médiation judiciaire ou d'une conciliation judiciaire déléguée, l'homologation relève de la matière gracieuse (articles 131 et 131-12 CPC).

Or, en application de l'article 25 CPC, le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle.

S'agissant de l'homologation d'un protocole d'accord issu d'une médiation ou d'une conciliation, un contrôle du juge n'est pas exigé puisque les parties ne sont pas obligées de demander l'homologation.

Il en ressort que c'est davantage la procédure sur requête qui est visée que les conditions de la matière gracieuse.

Si le renvoi à la matière gracieuse ne concerne que la procédure qui est applicable, il faudrait, au lieu d'énoncer que l'homologation relève de la matière gracieuse, dire expressément que la demande est formée par requête et que le juge est saisi par la remise de cet acte au greffe de la juridiction (articles 60 et 61 CPC).

Il est donc proposé de supprimer l'alinéa 3 de l'article 131 et l'alinéa 2 de l'article 131-12 : *« L'homologation relève de la matière gracieuse »*.

Le rapport Magendie avait déjà suggéré cette proposition.

S'agissant des pouvoirs du juge, il semble opportun de préciser que le juge ne peut modifier l'accord.

En effet, l'article 1565 al. 2 CPC mentionne expressément que *« le juge à qui est soumis l'accord ne peut en modifier les termes »*. Si la règle ne concerne formellement que certains accords amiables, c'est-à-dire les accords basés sur une médiation conventionnelle, une conciliation conventionnelle ou une procédure participative, elle est admise depuis longtemps pour tous. Il faudrait également le dire expressément.

La nature du pouvoir de contrôle du juge pourrait également être précisé.

Le contrôle du juge de l'homologation est un contrôle léger mais essentiel.

Le juge doit contrôler la conformité de l'acte à l'ordre public. Le juge de l'homologation ne pourrait permettre qu'une convention dont la contrariété à l'ordre public est certaine puisse être exécutée avec le concours de l'autorité publique. La Cour de cassation a statué en ce sens.

Il est donc proposé d'insérer les alinéas trois et quatre dans l'article 131-12 du code de procédure civile :

« Le juge contrôle l'absence de contrariété de l'accord à l'ordre public.

Le juge ne peut modifier les termes de l'accord qui lui est soumis ».

Il est, comme pour l'homologation des accords issus de la médiation judiciaire, deuxièmement proposé d'insérer les alinéas trois et quatre dans l'article 131 du code de procédure civile :

« Le juge contrôle l'absence de contrariété de l'accord à l'ordre public.

Le juge ne peut modifier les termes de l'accord qui lui est soumis ».

Enfin, il est proposé d'insérer *« l'accord signé par les parties »* à la place du *« constat d'accord établi par le médiateur de justice »* dans l'article 131-12 du code de procédure civile :

« A tout moment, les parties, ou la plus diligente d'entre elles, peuvent soumettre à l'homologation du juge l'accord signé par les partie. Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties à l'audience ».

En effet, le médiateur ne rédige pas le protocole d'accord.

Proposition de texte n° 20

Supprimer l'alinéa 2 de l'article 131-12 du code de procédure civile :

> *« L'homologation relève de la matière gracieuse ».*

Proposition de texte n° 21

Supprimer l'alinéa 3 de l'article 131 du code de procédure civile :

> *« L'homologation relève de la matière gracieuse ».*

Proposition de texte n° 22

Insérer les alinéas trois et quatre dans l'article 131-12 du code de procédure civile :

> *« Le juge contrôle l'absence de contrariété de l'accord à l'ordre public.*
> *Le juge ne peut modifier les termes de l'accord qui lui est soumis ».*

Proposition de texte n° 23

Insérer les alinéas trois et quatre dans l'article 131 du code de procédure civile :

> *« Le juge contrôle l'absence de contrariété de l'accord à l'ordre public.*
> *Le juge ne peut modifier les termes de l'accord qui lui est soumis ».*

Proposition de texte n° 24

Insérer *« l'accord signé par les parties »* à la place de *« le constat d'accord établi par le médiateur de justice »* dans l'article 131-12 du code de procédure civile :

> *« A tout moment, les parties, ou la plus diligente d'entre elles, peuvent soumettre à l'homologation du juge l'accord signé par les partie. Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties à l'audience ».*

§ VI / La valeur probante de l'avis d'un expert désigné par les parties dans le cadre de la conciliation ou de la médiation

Les tentatives de rapprochement des parties peuvent se heurter à une question de fait qui bloque la progression des discussions et sur laquelle elles ont besoin d'être éclairées par un technicien qu'il soit constatant, consultant ou expert.

Par exemple, l'expertise peut être utile pour la valorisation d'un bien immobilier ou l'évaluation d'un préjudice.

Dans le cadre de l'évaluation judiciaire, l'expert sera tenu par les délais prévus par le code de procédure civile et devra intervenir à l'intérieur du délai de trois 3 mois renouvelable une fois. Il devra donc faire preuve d'une très grande célérité.

Mais les parties peuvent craindre que l'avis de l'expert en cas d'échec de la médiation ait une moindre force probante qu'une expertise judiciaire. Cette crainte est souvent un frein au recours à l'expertise dans le cadre de la médiation.

Pourtant dès lors que les conditions de l'indépendance, de l'impartialité et du contradictoire sont réunies, l'avis de l'expert devrait avoir la même force probante que l'avis de l'expert judiciaire désigné par le juge.

On pourrait s'inspirer de ce qui est prévu pour la procédure participative assistée par avocat.

Selon l'article 2062 du code civil, la convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige. Cette convention, obligatoirement rédigée par écrit, par les avocats, est conclue pour une durée déterminée.

La prescription est suspendue pendant toute la durée de la procédure participative et pendant une durée de 6 mois après l'expiration du terme de la convention (art. 2238 du code civil).

Dans ce cadre, les parties peuvent avoir recours à un technicien. Elles le choisissent d'un commun accord et déterminent sa mission (art. 1547 du code de procédure civile).

Elles pourront également adapter la durée de celle-ci en tenant compte de cet élément.

Les parties doivent indiquer le cadre de la mission, puisqu'aucun juge ne contrôle l'expertise, étant précisé que les textes imposent :

- l'indépendance du technicien (art. 1548 du code de procédure civile),
- l'accomplissement de sa mission avec conscience, diligence, impartialité dans le respect du principe du contradictoire (art. 1549 du code de procédure civile),
- la remise d'un rapport écrit, qui pourra en cas d'échec être produit en justice (art. 1554 du code de procédure civile) et aura une force probante équivalente à une expertise judiciaire, en raison de son caractère contradictoire et du respect par le technicien des principes directeurs du procès.

Pourquoi ne pas insérer une disposition similaire à l'article 1554 dans le Code de procédure civile pour l'expertise amiable décidée d'un commun accord par les parties au cours du processus de médiation ou de conciliation ? Mais cela dans la seule mesure où l'ensemble des médiés en seraient d'accord, compte tenu du principe de confidentialité régissant le processus de médiation.

Dans la médiation, les parties devront d'abord choisir leur l'expert.

En principe, les parties sont libres de choisir un technicien. Dans le cadre de la médiation, elles le choisissent en accord avec le médiateur.

Le technicien n'est pas nécessairement un expert inscrit près d'une cour d'appel ; il peut être un tiers qualifié, tel un notaire en matière immobilière.

Mais un expert inscrit apportera une meilleure garantie de respect des principes du procès équitable (indépendance, impartialité, contradictoire).

Elles doivent ensuite lui donner une mission.

Les parties pourront soit opter pour un simple avis qui pourra être oral et sa mission relèverait davantage de la consultation, soit décider de mettre en place une véritable mesure d'expertise qui pourrait alors être utilisée en justice, en cas d'échec de la médiation, si les parties en sont d'accord.

En l'absence d'un juge du contrôle de l'expertise, il faudra prendre soin de fixer par écrit :

- le cadre de la mission,
- une déclaration d'indépendance et d'impartialité,
- le calendrier des réunions et toutes précisions sur les délais,
- les conditions de respect du contradictoire,
- les pièces qui devront être échangées,
- le montant des honoraires, sa répartition et les dates de leur paiement,
- les contours de la confidentialité,
- enfin, le sort de l'expertise en cas d'échec de la médiation.

Le code de procédure civile traite de l'expertise dans la médiation dans l'article 131-8 qui énonce :

« Le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction. Toutefois, il peut, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre les tiers qui y consentent.

Le médiateur ne peut être commis, au cours de la même instance, pour effectuer une mesure d'instruction ».

Il est donc seulement précisé que le médiateur ne peut se comporter en expert, mais qu'il peut entendre des tiers donc des experts, au titre de tiers, avec l'accord des parties.

Il est proposé d'ajouter un troisième et un quatrième alinéas dans l'article 131-8 du code de procédure civile :

« Les parties peuvent, d'un commun accord, recourir en cours de médiation à un technicien dans les conditions prévues aux articles 1547 à 1554 du code de procédure civile.

Les parties peuvent néanmoins décider préalablement que son rapport oral ou écrit restera confidentiel ».

Pour la conciliation, l'article 129-4 al. 1 du code de procédure civile énonce que :

« Le conciliateur de justice peut, avec l'accord des parties, se rendre sur les lieux et entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile, sous réserve de l'acceptation de celle-ci ».

Il est proposé d'ajouter un deuxième et un troisième alinéas dans l'article 129-4 du code de procédure civile :

« Les parties peuvent, d'un commun accord, recourir en cours de conciliation, à un expert dans les conditions prévues aux articles 1547 à 1554 du code de procédure civile.

Les parties peuvent néanmoins décider préalablement que son rapport oral ou écrit restera confidentiel ».

Proposition de texte n° 25

Ajouter les alinéas troisième et quatrième dans l'article 131-8 du code de procédure civil :

> *« Les parties peuvent, d'un commun accord, recourir en cours de médiation à un technicien dans les conditions prévues aux articles 1547 à 1554 du code de procédure civile.*
>
> *Les parties peuvent néanmoins décider préalablement que son rapport oral ou écrit restera confidentiel ».*

Proposition de texte n° 26

Ajouter un deuxième et un troisième alinéas dans l'article 129-4 du code de procédure civile :

> *« Les parties peuvent, d'un commun accord, recourir en cours de conciliation, à un expert dans les conditions prévues aux articles 1547 à 1554 du code de procédure civile.*
>
> *Les parties peuvent néanmoins décider préalablement que son rapport oral ou écrit restera confidentiel ».*

§ VII/ Permettre au juge du référé commercial et au juge commissaire de déléguer un conciliateur de justice

Actuellement, les textes applicables à la procédure du tribunal de commerce prévoient que la formation de jugement du tribunal de commerce ou le juge chargé d'instruire l'affaire au commerce puissent ordonner des conciliations à tout moment (art 860-2 et 863 du code de procédure civile).

En revanche, ce n'est prévu ni pour le juge du référé ni pour le juge commissaire.

Il y a là une très importante lacune. Cette obligation de rencontrer un conciliateur pourrait être notamment très utile en matière de contestation de créances. Cela éviterait de saisir plusieurs juridictions, limiterait les frais et permettrait de trouver des solutions plus rapides.

Il faudrait proposer une modification pour que tant le juge du référé commercial que le juge commissaire puissent décider la désignation d'un conciliateur.

Il est donc proposé de modifier les articles 872 et 860-2 du code de procédure civile en y ajoutant la possibilité pour *« le juge des référés » et « le juge commissaire »* de désigner un conciliateur de justice.

Proposition de texte n° 27

Ajouter un deuxième alinéa dans l'article 872 du code de procédure civile en ajoutant :

> *« Il peut désigner un conciliateur de justice dans les conditions prévues à l'article 860-2 du code de procédure civile ».*

Proposition de texte n° 28

Ajouter un deuxième alinéa dans l'article 860-2 du code de procédure civile en ajoutant :

> *« Le juge commissaire peut désigner un conciliateur de justice dans les mêmes conditions ».*

SYNTHESE

- Liste des propositions de texte

- Liste de recommandations

- Tableau comparatif des textes actuels et proposés

Liste des propositions de texte

Proposition de texte n° 1

Insérer un article 128-1 dans le code de procédure civile :

> *« La conciliation judiciaire est un mode amiable de résolution des différends consistant pour un juge, lorsque l'affaire le justifie, à concilier les parties ou à déléguer à un conciliateur de justice bénévole le soin d'aider les parties à trouver une solution négociée à leur litige, éventuellement en suggérant une solution. Le conciliateur de justice peut établir le constat d'accord ».*

Proposition de texte n° 2

Abroger les dispositions de l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et les remplacer par les dispositions suivantes :

> *« La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus volontaire, coopératif, structuré et confidentiel, reposant sur la responsabilité et l'autonomie de deux ou plusieurs parties qui, avec l'aide d'un ou de plusieurs tiers, le médiateur et éventuellement le co-médiateur, choisi par elles ou désigné avec leur accord par le juge saisi du litige, recherchent* un accord contenant une solution mutuellement satisfaisante, *en vue de la prévention ou de la résolution amiable de leur conflit ».*

Proposition de texte n° 3

Ajouter de nouvelles dispositions dans un nouvel article 131-1-1 du code de procédure civile :

> *« Le médiateur conduit le processus de médiation plénières ou individuelles et facilite les échanges leur permettant de créer les conditions du dialogue, d'envisager l'ensemble des aspects de leur conflit pour trouver une solution à celui-ci au-delà du seul litige soumis au juge ou en prévenir la naissance.*
>
> *Il n'a aucun pouvoir de décision, d'expertise ou de conseil ».*

Proposition de texte n° 4

Insérer un article 21-6 dans la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ainsi rédigé :

« Le Conseil national de la conciliation et de la médiation est composé de praticiens de la conciliation et de la médiation, de représentants d'associations de conciliateurs et de médiateurs, de juristes représentant différentes professions, de magistrats, d'auxiliaires de justice, de directeurs d'instituts de formations, de représentants des pouvoirs publics et d'enseignants-chercheurs.

Il a pour mission :

- *de superviser la qualité de la conciliation et de la médiation,*
- *d'observer les initiatives et de recueillir les expériences en matière de conciliation et de médiation,*
- *de mesurer les évolutions,*
- *d'élaborer un référentiel qualité et un référentiel métier et de définir le contenu d'une offre de formation des médiateurs conforme à ces référentiels,*
- *de proposer des méthodes, outils statistiques et tableaux de suivi pour inscrire la médiation dans les statistiques des juridictions,*
- *d'assurer l'évaluation quantitative et qualitative de la médiation judiciaire,*
- *de promouvoir la conciliation et la médiation de façon régulière et cohérente,*
- *de proposer des textes législatifs et réglementaires dans le cadre d'une politique publique de la conciliation et de la médiation,*
- *de rédiger un code de déontologie de la conciliation,*
- *de rédiger un code de déontologie de la médiation,*
- *de diffuser la culture de la conciliation et de la médiation.*

Ses modalités de composition et de son fonctionnement seront fixées par décret en Conseil d'État ».

Proposition de texte n° 5

Il est proposé d'abroger les dispositions de l'article 131-3 du code de procédure civile et de les remplacer par les dispositions suivantes :

« La médiation commence à compter de la saisine du médiateur dès la date de la décision qui l'ordonne.

La durée initiale, qui ne peut excéder trois mois, court à compter de la première réunion plénière dont le médiateur informe le juge.

Elle peut être renouvelée pour une durée de six mois, à la demande du médiateur qui doit avoir recueilli l'accord des parties ».

Proposition de texte n° 6

Il est proposé d'abroger les dispositions de l'article 129-2 du code de procédure civile et les remplacer par les dispositions suivantes :

« La conciliation commence à compter de la désignation du conciliateur de justice.

La durée initiale, qui ne peut excéder trois mois, court à compter de la première réunion dont le conciliateur informe le juge.

Elle peut être renouvelée pour une durée de six mois à la demande du conciliateur qui doit avoir recueilli l'accord des parties ».

Proposition de texte n° 7

Ajouter *« le co-médiateur en cas de besoin »* dans l'alinéa premier de l'article 131-6 du code de procédure civile :

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

Proposition de texte n° 8

Insérer un quatrième alinéa dans l'article 131-7 du code de procédure civile :

« Sous réserve de l'accord des parties, le médiateur peut s'adjoindre un co-médiateur ».

Proposition de texte n° 9

Ajouter *« hors taxe »* dans l'article 131-6 al. 2 du code de procédure civile et en les remplaçant par les dispositions suivantes :

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

Proposition de texte n° 10

Insérer un article 131-7-1 dans le code de procédure civile :

> *« Le médiateur est garant de la loyauté du processus.*
>
> *A tout moment, les parties peuvent quitter le processus de médiation.*
>
> *Le médiateur refuse d'engager un processus de médiation s'il apparaît que l'une des parties utilise la médiation à des fins déloyales, notamment comme un moyen dilatoire. S'il apparaît, au cours du processus, que l'une des parties utilise le processus à des fins déloyales, le médiateur, interrompt celui-ci et en informe le juge, tout en respectant son obligation de confidentialité ».*

Proposition de texte n° 11

Insérer un article 129-2-1 dans le code de procédure civile :

> *« Le conciliateur de justice est garant de la loyauté de la conciliation.*
>
> *A tout moment, les parties peuvent mettre fin à la conciliation.*
>
> *S'il apparaît, au cours de la conciliation, que l'une des parties manque au devoir de bonne foi, le conciliateur de justice interrompt la conciliation et en informe le juge, tout en respectant son obligation de confidentialité ».*

Proposition de texte n° 12

Insérer « et sauf disposition légale contraire » et « qui s'impose au médiateur et aux parties, ainsi qu'à toutes les personnes qui participent au processus de médiation, à quelque titre que ce soit, notamment les avocats des parties, les experts ou tout tiers »

dans le premier alinéa de l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 :

> *« Sauf accord contraire des parties et sauf disposition légale contraire, la médiation est soumise au principe de confidentialité qui s'impose au médiateur et aux parties, ainsi qu'à toutes les personnes qui participent au processus de médiation, à quelque titre que ce soit, notamment les avocats des parties, les experts ou tout tiers ».*

Proposition de texte n° 13

Modifier le deuxième alinéa de l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 :

> *« Les constatations du médiateur, les documents établis pour les besoins de la médiation et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent, sans l'accord des parties, être divulgués aux tiers ni produits ou invoqués dans la suite de la procédure ou dans une autre instance judiciaire ou arbitrale. Sauf accord contraire des parties, la confidentialité à l'égard des tiers et de l'autre partie s'applique à ce qui est recueilli par le médiateur dans le cadre d'un entretien séparé ».*

Proposition de texte n° 14

Modifier l'article 131-14 du code de procédure civile :

> *« Les constatations du médiateur, les documents établis pour les besoins de la médiation et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être ni produits ni invoqués dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance ».*

Proposition de texte n° 15

Abroger l'article 129-4 al. 2. du code de procédure civile

Proposition de texte n° 16

Insérer un nouvel article 129-4-1 dans le code de procédure civile :

> *« Sauf accord contraire des parties et sauf disposition légale contraire, la conciliation est soumise au principe de confidentialité qui s'impose au conciliateur et aux parties, ainsi qu'à toutes les personnes qui participent à la*

conciliation à quelque titre que ce soit, notamment les avocats des parties, les experts ou tout tiers.

Les constatations du conciliateur, les documents établis pour les besoins de la conciliation et les déclarations recueillies au cours de la conciliation ne peuvent, sans l'accord des parties, être divulgués aux tiers ni produits ou invoqués dans la suite de la procédure, ou dans une autre instance judiciaire ou arbitrale.

Sauf accord contraire des parties, la confidentialité à l'égard des tiers et de l'autre partie s'applique à ce qui est recueilli par le conciliateur dans le cadre d'un entretien séparé ».

Proposition de texte n° 17

Insérer dans le code de procédure civile un nouvel article 131-5-1 contenant les dispositions suivantes :

« Le médiateur doit divulguer aux parties toutes les circonstances qui sont de nature à affecter son indépendance et sa neutralité ou entraîner un conflit d'intérêt. Ces circonstances sont toute relation d'ordre privé ou professionnel avec l'une des parties, tout intérêt financier ou autre, direct ou indirect, dans l'issue de la médiation.

« Le médiateur ne peut alors être confirmé ou maintenu dans sa mission qu'après avoir reçu l'accord exprès des parties ».

Proposition de texte n° 18

Il est donc proposé de modifier l'article 22-1 de la loi du 8 février 1995 qui deviendrait :

« En tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, le juge peut, s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un conciliateur de justice ou un médiateur. Ces derniers informent les parties sur l'objet et le déroulement d'une mesure de conciliation ou de médiation.

Le conciliateur ou le médiateur peuvent recueillir l'accord des parties pour entrer en conciliation ou en conciliation. Dans ce cas, il en informe le juge ».

Proposition de texte n° 19

Ajouter à la fin de l'article 22-1 alinéa premier de la loi du 8 février 1995 :

> *« La partie à l'instance qui ne défèrera pas à cette injonction pourra être privée par le juge du bénéfice de l'article 700 du code de procédure civile. En outre, si c'est le demandeur à l'instance qui ne défère pas à cette injonction, l'instance pourra être radiée administrativement par le magistrat si le défendeur ou l'un des défendeurs ne s'y oppose pas ».*

Proposition de texte n° 20

Supprimer l'alinéa 2 de l'article 131-12 du code de procédure civile :

> *« L'homologation relève de la matière gracieuse ».*

Proposition de texte n° 21

Supprimer l'alinéa 3 de l'article 131 du code de procédure civile :

> *« L'homologation relève de la matière gracieuse ».*

Proposition de texte n° 22

Insérer les alinéas trois et quatre dans l'article 131-12 du code de procédure civile :

> *« Le juge contrôle l'absence de contrariété de l'accord à l'ordre public. Le juge ne peut modifier les termes de l'accord qui lui est soumis ».*

Proposition de texte n° 23

Insérer les alinéas trois et quatre dans l'article 131 du code de procédure civile :

> *« Le juge contrôle l'absence de contrariété de l'accord à l'ordre public. Le juge ne peut modifier les termes de l'accord qui lui est soumis ».*

Proposition de texte n° 24

Insérer *« signé par les parties »* à la place de *« établi par le médiateur de justice »* dans l'article 131-12 du code de procédure civile :

> *« A tout moment, les parties, ou la plus diligente d'entre elles, peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord signé par les partie. Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime*

nécessaire d'entendre les parties à l'audience ».

Proposition de texte n° 25

Ajouter un troisième alinéa premier dans l'article 131-8 du code de procédure civile :

« Les parties peuvent, d'un commun accord, recourir en cours de médiation à un technicien dans les conditions prévues aux articles 1547 à 1554 du code de procédure civile.

Les parties peuvent néanmoins décider préalablement que son rapport oral ou écrit restera confidentiel ».

Proposition de texte n° 26

Ajouter un troisième alinéa premier dans l'article 129-4 du code de procédure civile :

« Les parties peuvent, d'un commun accord, recourir en cours de conciliation, à un expert dans les conditions prévues aux articles 1547 à 1554 du code de procédure civile.

Les parties peuvent néanmoins décider préalablement que son rapport oral ou écrit restera confidentiel ».

Proposition de texte n° 27

Ajouter un deuxième alinéa dans l'article 872 du code de procédure civile en ajoutant :

« Il peut désigner un conciliateur de justice dans les conditions prévues à l'article 860-2 du code de procédure civile ».

Proposition de texte n° 28

Ajouter un deuxième alinéa dans l'article 860-2 du code de procédure civile en ajoutant :

« Le juge commissaire peut désigner un conciliateur de justice dans les mêmes conditions ».

Liste des recommandations

Recommandation n° 1

Ne pas étendre le champ de la médiation obligatoire et développer la médiation facultative dans un contexte de développement de la culture de la médiation et de l'information des parties sur les avantages et les enjeux de la médiation.

Recommandation n° 2

Elaborer par une circulaire un schéma national contenant les critères de formation, de compétence et d'expérience pour l'inscription sur les listes de médiateurs auprès des Cours d'appel. Ce schéma national devrait garantir une égalité de traitement entre toutes les personnes demandant leur inscription sur les listes, reposer sur un référentiel métier et contenir des critères précis et adaptés.

Recommandation n° 3

Mandater le futur conseil national de la conciliation et de la médiation pour élaborer un référentiel qualité et un référentiel métier et définir le contenu d'une offre de formation conforme à ces référentiels

Recommandation n° 4

Inciter, par une circulaire, les juridictions à prévoir des audiences de proposition de médiation, avec des magistrats spécialisés et assistés d'un service de fonctionnaires du greffe et d'assistants de justice ou de juristes assistants chargés de sélectionner les dossiers, de convoquer les parties et d'organiser les permanences de médiateurs, dans des locaux adaptés

Recommandation n° 5

Inciter par voie de circulaire les juridictions à créer à titre expérimental une chambre pilote de médiation et conciliation traitant de l'ensemble des affaires de leur juridiction éligibles à une mesure de médiation ou de conciliation ou créer par voie règlementaire un magistrat coordonnateur de la médiation ou un magistrat chargé de la coordination des Modes amiables de règlement des différends.

Inciter toutes les juridictions à créer un bureau de la médiation.

Recommandation n° 6

Nommer un référent national médiation pour les juridictions judiciaires.

Recommandation n° 7

- Elaborer un outil statistique national informatisé pour l'évaluation quantitative et qualitative de la pratique de la médiation judiciaire.

  Cet outil permettra d'élaborer des statistiques et tableaux de suivi aux fins :

  - de comptabiliser les décisions homologuant un accord de médiation ou les décisions de désistement et de radiation consécutives à un tel accord ;
  - de comptabiliser les invitations faites par les magistrats aux parties de rencontrer un médiateur ;
  - de faire de la médiation un indicateur de performance de l'activité des juridictions.

Recommandation n° 8

Inciter, par circulaire, les juridictions à mettre à disposition, en tant que de besoin, un bureau pour les médiateurs ou conciliateurs, leur permettant de tenir des réunions d'information, s'agissant d'une mission non rémunérée confiée par l'autorité judiciaire.

Tableau comparatif des textes actuels et proposés

1	
Néant	**nouvel article 128-1 CPC**
Néant	*La conciliation judiciaire est un mode amiable de résolution des différends consistant pour un juge, lorsque l'affaire le justifie, à concilier les parties ou à déléguer à un conciliateur de justice bénévole le soin d'aider les parties à trouver une solution négociée à leur litige, éventuellement en suggérant une solution. Le conciliateur de justice peut établir le constat d'accord.*

2	
article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995	**nouvel article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995**
La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige.	La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus volontaire, coopératif, structuré et confidentiel, reposant sur la responsabilité et l'autonomie de deux ou plusieurs parties qui, avec l'aide d'un ou de plusieurs tiers, le médiateur et éventuellement le co-médiateur, choisi par elles ou désigné avec leur accord par le juge saisi du litige, recherchent un accord contenant une solution mutuellement satisfaisante, en vue de la prévention ou de la résolution amiable de leur conflit.

3	
Néant	**nouvel article 131-1-1 CPC**
Néant	*Le médiateur conduit le processus de médiation par des réunions plénières ou individuelles et facilite les échanges leur permettant de créer les conditions du dialogue, d'envisager l'ensemble des aspects de leur conflit pour trouver une solution à celui-ci au-delà du seul litige soumis au juge ou en prévenir la naissance* *Il n'a aucun pouvoir de décision, d'expertise ou de conseil.*

4	
Néant	**nouvel article 21-6 dans la loi n° 95-125 du 8 février 1995**
Néant	*Le Conseil national de la conciliation et de la médiation est composé de praticiens de la conciliation et de la médiation, de représentants d'associations de conciliateurs et de médiateurs, de juristes représentant différentes professions, de magistrats, d'auxiliaires de justice, de directeurs d'instituts de formations, de représentants des pouvoirs publics et d'enseignants-chercheurs.* *Il a pour mission :* • *de superviser la qualité de la conciliation et de la médiation,* • *d'observer les initiatives et de recueillir les expériences en matière de conciliation* • *et de médiation,* • *de mesurer les évolutions,* • *d'élaborer un référentiel qualité et un*

	référentiel métier et de définir le contenu d'une offre de formation des médiateurs conforme à ces référentiels, • *de proposer des méthodes, outils statistiques et tableaux de suivi pour inscrire la médiation dans les statistiques des juridictions (en comptabilisant les décisions homologuant un accord des parties à l'issue d'une médiation ou les décisions de désistement et de radiation consécutives à un tel accord et les invitations faites par les magistrats aux parties de rencontrer un médiateur),* • *d'assurer l'évaluation quantitative et qualitative de la médiation judiciaire,* • *de promouvoir la conciliation et la médiation de façon régulière et cohérente,* • *de proposer des textes législatifs et réglementaires dans le cadre d'une politique publique de la conciliation et de la médiation,* • *de rédiger un code de déontologie de la conciliation,* • *de rédiger un code de déontologie de la médiation,* • *de diffuser la culture de la médiation dans les juridictions, dans les professions du droit, au sein des institutions et chez les justiciables, notamment en créant des obligations de formation pour les magistrats et les juristes.*

5	
article 131-3 CPC	**nouvel article 131-3 CPC**
La durée initiale de la médiation ne peut excéder trois mois. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du médiateur.	*La médiation commence à compter de la saisine du médiateur dès la date de la décision qui l'ordonne.* *La durée initiale, qui ne peut excéder trois mois, court à compter de la première réunion plénière dont le médiateur informe le juge.* *Elle peut être renouvelée pour une durée de six mois, à la demande du médiateur qui doit avoir recueilli l'accord des parties.*

6	
article 129-2 CPC	**nouvel article 129-2 CPC**
Lorsque le juge, en vertu d'une disposition particulière, délègue sa mission de conciliation, il désigne un conciliateur de justice à cet effet, fixe la durée de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée. La durée initiale de la mission ne peut excéder trois mois. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du conciliateur.	*La conciliation commence à compter de la désignation du conciliateur de justice.* *La durée initiale, qui ne peut excéder trois mois, court à compter de la première réunion dont le conciliateur informe le juge.* *Elle peut être renouvelée pour une durée de six mois à la demande du conciliateur qui doit avoir recueilli l'accord des parties.*

7	
article 131-6 al. 1 CPC	**nouvel article 131-6 al. 1 CPC**
La décision qui ordonne une médiation mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur et la durée initiale de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience.	*La décision qui ordonne une médiation mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur, le co-médiateur en cas de besoin, et la durée initiale de la mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience.*

8	
article 131-7 CPC	**nouvel alinéa quatrième dans l'article 131-7 CPC**
Dès le prononcé de la décision désignant le médiateur, le greffe de la juridiction en notifie copie par lettre simple aux parties et au médiateur. *Le médiateur fait connaître sans délai au juge son acceptation.* *Dès qu'il est informé par le greffe de la consignation, il doit convoquer les parties.*	*Sous réserve de l'accord des parties, le médiateur peut s'adjoindre un co-médiateur.*

9	
article 131-6 al. 2 CPC	**nouvel article 131-6 al. 2 CPC**
Elle fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai imparti ; si plusieurs parties sont désignées, la décision indique dans quelle proportion chacune des parties devra consigner.	*Elle fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible hors taxe et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai imparti ; si plusieurs parties sont désignées, la décision indique dans quelle proportion chacune des parties devra consigner.*

10	
Néant	**nouvel article 131-7-1 CPC**
Néant	*Le médiateur est garant de la loyauté du processus.* *A tout moment, les parties peuvent quitter le processus de médiation.* *Le médiateur refuse d'engager un processus de médiation s'il apparaît que l'une des parties utilise la médiation à des fins déloyales, notamment comme un moyen dilatoire. S'il apparaît, au cours du*

	processus, que l'une des parties utilise le processus à des fins déloyales, le médiateur, interrompt celui-ci et en informe le juge, tout en respectant son obligation de confidentialité.

11	
Néant	**nouvel article 129-2-1 CPC**
Néant	*Le conciliateur de justice est garant de la loyauté de la conciliation.* *A tout moment, les parties peuvent mettre fin à la conciliation.* *S'il apparaît, au cours de la conciliation, que l'une des parties manque au devoir de bonne foi, le conciliateur de justice interrompt la conciliation et en informe le juge, tout en respectant son obligation de confidentialité.*

12	
article 21-3 al. 1 de la loi du 8 février 1995	**nouvel article 21-3 al. 1 de la loi du 8 février 1995**
Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité.	*Sauf accord contraire des parties et sauf disposition légale contraire, la médiation est soumise au principe de confidentialité qui s'impose au médiateur et aux parties, ainsi qu'à toutes les personnes qui participent au processus de médiation, à quelque titre que ce soit, notamment les avocats des parties, les experts ou tout tiers.*

13	
article 21-3 al. 2 de la loi du 8 février 1995	**nouvel article 21-3 al. 2 de la loi du 8 février 1995**
Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties.	*Les constatations du médiateur, les documents établis pour les besoins de la médiation et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent, sans l'accord des parties, être divulgués aux tiers ni produits ou invoqués dans la suite de la procédure ou dans une autre instance judiciaire ou arbitrale. Sauf accord contraire des parties, la confidentialité à l'égard des tiers et de l'autre partie s'applique à ce qui est recueilli par le médiateur dans le cadre d'un entretien séparé.*

14	
Article 131-14 CPC	**nouvel article 131-14 CPC**
Les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance.	*Les constatations du médiateur, les documents établis pour les besoins de la médiation et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être ni produits ni invoqués dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance.*

15	
article 129-4 CPC	**nouvel article 129-4 CPC**
Le conciliateur de justice peut, avec l'accord des parties, se rendre sur les lieux et entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile, sous réserve de l'acceptation de celle-ci.	*Le conciliateur de justice peut, avec l'accord des parties, se rendre sur les lieux et entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile, sous réserve de l'acceptation de celle-ci.*

Les constatations du conciliateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties ni, en tout état de cause, dans une autre instance.	*Les parties peuvent, d'un commun accord, recourir en cours de conciliation, à un expert dans les conditions prévues aux articles 1547 à 1554 du code de procédure civile.* *Les parties peuvent néanmoins décider préalablement que son rapport oral ou écrit restera confidentiel.*

16	
Néant	**nouvel article 129-4-1 CPC**
Néant	*Sauf accord contraire des parties et sauf disposition légale contraire, la conciliation est soumise au principe de confidentialité qui s'impose au conciliateur et aux parties, ainsi qu'à toutes les personnes qui participent à la conciliation à quelque titre que ce soit, notamment les avocats des parties, les experts ou tout tiers.* *Les constatations du conciliateur, les documents établis pour les besoins de la conciliation et les déclarations recueillies au cours de la conciliation ne peuvent, sans l'accord des parties, être divulgués aux tiers ni produits ou invoqués dans la suite de la procédure, ou dans une autre instance judiciaire ou arbitrale.* *Sauf accord contraire des parties, la confidentialité à l'égard des tiers et de l'autre partie s'applique à ce qui est recueilli par le conciliateur dans le cadre d'un entretien séparé.*

17	
Néant	**nouvel article 131-5-1**
Néant	*Le médiateur doit divulguer aux parties toutes les circonstances qui sont de nature à affecter son indépendance et sa neutralité ou entraîner un conflit d'intérêt. Ces circonstances sont toute relation d'ordre privé ou professionnel avec l'une des parties, tout intérêt financier ou autre, direct ou indirect, dans l'issue de la médiation.* *Le médiateur ne peut alors être confirmé ou maintenu dans sa mission qu'après avoir reçu l'accord exprès des parties.*

18	
article 22-1 de la loi du 8 février 1995	**article 22-1 de la loi du 8 février 1995**
En tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, le juge peut, s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un médiateur qu'il désigne et qui répond aux conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. Celui-ci informe les parties sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation.	*En tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, le juge peut, s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un conciliateur de justice ou un médiateur qu'il désigne et qui répond aux conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. Ces derniers informent les parties sur l'objet et le déroulement d'une mesure de conciliation ou de médiation. Le conciliateur ou le médiateur peuvent recueillir l'accord des parties pour entrer en conciliation ou en médiation. Dans ce cas, il en informe le juge.*

19	
Néant	**nouvel article 22-1 al. 2 de la loi du 8 février 1995**
Néant	*La partie à l'instance qui ne déférera pas à cette injonction pourra être privée par le juge du bénéfice de l'article 700 du code de procédure civile. En outre, si c'est le demandeur à l'instance qui ne défère pas à cette injonction, l'instance pourra être radiée administrativement par le magistrat si le défendeur ou l'un des défendeurs ne s'y oppose pas.*

20	
article 131 CPC	**Nouvel article 131 CPC**
Des extraits du procès-verbal dressé par le juge peuvent être délivrés. Ils valent titre exécutoire. *Les parties peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le conciliateur de justice. L'homologation relève de la matière gracieuse.*	*Des extraits du procès-verbal dressé par le juge peuvent être délivrés. Ils valent titre exécutoire.* *Les parties peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le conciliateur de justice.* *Le juge contrôle l'absence de contrariété de l'accord à l'ordre public.* *Le juge ne peut modifier les termes de l'accord qui lui est soumis.*

21	
article 131-12 CPC	**Nouvel article 131-12 CPC**
A tout moment, les parties, ou la plus diligente d'entre elles, peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le médiateur de	*A tout moment, les parties, ou la plus diligente d'entre elles, peuvent soumettre à l'homologation du juge l'accord établi par les parties. Le juge statue sur la*

justice. Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties à l'audience. *L'homologation relève de la matière gracieuse.* *Les dispositions des deux alinéas précédents s'appliquent à l'accord issu d'une médiation conventionnelle intervenue alors qu'une instance judiciaire est en cours.*	*requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties à l'audience.* *Les dispositions de l'alinéa précédent s'appliquent à l'accord issu d'une médiation conventionnelle intervenue alors qu'une instance judiciaire est en cours.* *Le juge contrôle l'absence de contrariété de l'accord à l'ordre public.* *Le juge ne peut modifier les termes de l'accord qui lui est soumis.*

22	
article 131-8 CPC	**Nouvel article 131-8 CPC**
Le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction. Toutefois, il peut, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre les tiers qui y consentent. *Le médiateur ne peut être commis, au cours de la même instance, pour effectuer une mesure d'instruction.*	*Le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction. Toutefois, il peut, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre les tiers qui y consentent.* *Le médiateur ne peut être commis, au cours de la même instance, pour effectuer une mesure d'instruction.* *Les parties peuvent, d'un commun accord, recourir en cours de médiation à un technicien dans les conditions prévues aux articles 1547 à 1554 du code de procédure civile.* *Les parties peuvent néanmoins décider préalablement que son rapport oral ou écrit restera confidentiel.*

23	
article 872 CPC	**Nouvel article 872 CPC**
Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de commerce peut, dans les limites de la compétence du tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.	*Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de commerce peut, dans les limites de la compétence du tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.* *Il peut désigner un conciliateur de justice dans les conditions prévues à l'article 860-2 du code de procédure civile.*

24	
article 860-2 CPC	**Nouvel article 860-2 CPC**
Si une conciliation entre les parties apparaît envisageable, la formation de jugement peut désigner un conciliateur de justice à cette fin. Cette désignation peut revêtir la forme d'une simple mention au dossier.	*Si une conciliation entre les parties apparaît envisageable, la formation de jugement peut désigner un conciliateur de justice à cette fin. Cette désignation peut revêtir la forme d'une simple mention au dossier.* *Le juge commissaire peut désigner un conciliateur de justice dans les mêmes conditions.*

ANNEXES

- Liste des personnes et associations auditionnées

- Bibliographie

Liste des personnes et associations auditionnées

- **Association des conciliateurs de justice de la cour d'appel de Paris**
  - *Monsieur Alain YUNG-HING – président*

- **Association des conciliateurs de l'Essonne** (ACE)
  - *Madame Alexandra GEORGES – présidente*

- **Association des médiateurs européens** (AME)
  - *Madame Angela ALBERT – présidente, avocate à la cour*

- **Association nationale des médiateurs** (ANM)
  - *Madame Gabrielle PLANES – déléguée régionale*

- **Association pour la médiation familiale** (APMF)
  - *Monsieur Sébastien CUINET – co-président*

- **Centre de médiation et d'arbitrage** (CMAP)
  - *Madame Sophie HENRY – déléguée générale*
  - *Madame Bérangère CLADY – directrice du pôle MARD*

- **Institut d'expertise, d'arbitrage et de médiation** (IEAM)
  - *Monsieur Didier FAURY, président*

- **Union professionnelle indépendante des médiateurs** (UPIM)
  - *Madame Michèle GUILLAUME-HOFNUNG – présidente*
  - *Accompagnée de Monsieur Philippe BIJU DUVAL – président de l'association des médiateurs diplômés de Paris 2 Panthéon-Assas*

Bibliographie indicative

- F. Agostini, N. Molfessis (dir.), **Chantiers de la justice, Amélioration et simplification de la procédure civile**, 2017.

- S. Amrani-Mekki, K. Haeri, F. Vert, **« Gérer le contentieux en évitant le juge »,** JCPE 23 juin 2016.

- S. Amrani-Mekki (dir.), **Guide des modes amiables de règlement des différends**, dir. Lexis-Nexis, 2020.

- M. Bourry d'Antin, G. Pluyette, S. Bensimon, **Arts et techniques de la médiation**, 2ème éd., LexisNexis, 2018.

- B. Brenneur, **La médiation pour tous**, éd Médias et médiation, 2013.

- B. Blohorn-Brenneur et D. Calin (dir.), **La médiation, un chemin pour la justice en Europe**, L'Harmattan, 2015.

- B. Blohorn-Brenneur (dir.), **Les nouveaux enjeux de la médiation administrative, judiciaire, conventionnelle, à distance, environnementale, interculturelle**, L'Harmattan, 2016.

- J.-P. Bonafé-Schmidt, J. Dahan, J. Salzer, M. Souquet, J.-P. Vouche (dir.), **Les médiations. La médiation**, , Erès, 2003.

- N. Borga, I. Rohart-Messager, F. Legrand, C. Thévenot, **« Techniques de négociation et utilisation des modes alternatifs résolution des différends en procédure amiable et collective »**, Bulletin Joly Entreprises en difficulté, septembre 2018, p. 378.

- L. Cadiet, T. Clay, **Les modes alternatifs de règlement des conflits**, 3ème éd., Dalloz, 2019.

- M. Clément, **Un voyage aux origines du conflit, Utopies et médiation**, Médias & médiations, 2016.

- P. Delmas Goyon (dir.), Rapport Delmas-Goyon ***« Le juge du 21ème siècle. Un citoyen acteur, une équipe de justice »***, 2013.

- N. Dion (dir.), **De la médiation**, dir, Mare et Martin, 2018.

- R. Dumas, G. Yildirim, I. Sauviat (dir.), **Médiations et entreprises, Regards croisés. Droit et Gestion**, dir. L'Harmattan, 2019.

- J. Faget, **« Médiations – Les ateliers silencieux de la démocratie »,** Toulouse, Eres, 2010.

- M. Fefeu, J. Salzer, J.-P. Saubesty (dir.), **Guerre et paix : dans l'entreprise, entre entreprises et ailleurs**, Médias & Médiations, 2018.

- T. Fiutak, **Le médiateur dans l'arène, Réflexions sur l'art de la médiation**, 1999.

- N. Fricero (dir.), **Guide des modes amiables de résolution des différends,** Dalloz, 2017/2018.

- N. Fricero, F. Vert, **« La médiation face aux enjeux du numérique et du service public de la justice »,** Dalloz actualités, 24 janvier 2018.

- **Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires**, L'Harmattan, 2012.

- M. Guillaume-Hofnung, **La médiation**, Que sais-je ?, 2015.

- P.-C. Lafond, **Régler autrement les différends**, LexisNexis, 2015.

- S. Lambert-Wiber, V. Lasserre, A. Vignon-Barrault (dir.), **Les regards interdisciplinaires sur la médiation, phénomène juridique et social**, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2021 (à paraître).

- **La médiation**, Dalloz, 2009.

- **La qualité de la médiation**, Archives de philosophie du droit, 2019.

- Lasserre V., **« Validité et portée des clauses de conciliation ou de médiation »,** JCPG juin 2020 (à paraître).

- Lasserre V., **« L'article 6 du Code civil et les clauses de conciliation et de médiation »,** Revue de l'Université Paris II, septembre 2020 (à paraître).

- Lasserre V., **« La formation des médiateurs »**, in : Archives de philosophie du droit, 2019, pp. 117 et s.

- Lasserre V., **« La responsabilité du médiateur et des acteurs de la médiation »**, in : Archives de philosophie du droit, 2019, pp. 171 et s.

- Lasserre V., **« Les failles de la régulation des plateformes en ligne de médiation ou de conciliation »**, in : JCPG, 2019, 502.

- Lasserre V., **« Les graves lacunes de la réforme de la procédure civile en matière de médiation »**, in : Recueil Dalloz, 2019, pp. 441.

- A. Leborgne (dir.), **La médiation civile : alternative ou étape du procès**, PUAM, 2018.

- B. de Loynes de Fumichon, **Histoire de la médiation**, Médias & médiations, 2016.

- J.-C. Magendie (dir.), Rapport Magendie ***« Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie »,*** 2008.

- J.-C. Magendie (dir.), **Rapport Magendie *« Célérité et qualité de la justice. Les conciliateurs de justice »***, 2010.

- **Médiation accomplie. Discours et pratiques de la médiation entre citoyens et administration**. Rapport pour l'assemblée nationale, France stratégie, juillet 2019.

- J. A. Mirimanoff (dir.), **Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables de règlement des différends**, 1ère éd., Bruylant, 2019.

- F. Monéger (dir.), **La médiation en débat**, Paris, editoo.com, 2002.

- A. Pekar Lempereur, J. Salzer, A. Colson, **Méthode de médiation**, Dunod, 2008.

- **Pour un droit des règlement amiables des différends**, 1ère éd., LGDJ, 2018.

- P.-P. Renson (dir.), **Prescrire et intervenir en médiation un nécessaire changement de mentalités ?**, Larcier 2017.

- J.-F. Roberge, **La justice participative. Fondements et cadre juridique**, Ed Yvon Blais, 2017.

- I. Rohart-Messager, F. Vert, « **Le choix du médiateur Le choix du médiateur par le juge »**, Gazette du Palais, 18 décembre 2018.

- M. B. Rosenberg, **Les mots sont des fenêtres (ou bien ce sont des murs)**, La découverte, 2016.

- C. Smets-Gary et M. Becker, **Médiation et techniques de négociation intégrative**, Larcier, 2012.

- J.-P. Tricoit, **Droit de la médiation et de la résolution amiable**, 1ère éd., Gualino, 2019.

- F. Vert, **« Le rapport Magendie sur la médiation :enjeux et perspectives »**, les Cahiers de l'Arbitrage, 2010.

- F. Vert, **« L'expérimentation du rapport Magendie sur la médiation dans le ressort de la cour d'appel de Paris »,** Gazette du Palais, 25 -27 avril 2010.

- F. Vert, **« L'office du juge : conciliation et médiation »**, les Annonces de la seine 22 avril 2013.

- F. Vert, **« La tentation de la médiation obligatoire »,** Gazette du palais, 17 janvier 2014.

- F. Vert, **« Médiation : comment trouver les 50 milliards ! »** , Gazette du palais, 30 avril 2014.

- F. Vert, **« Des avantages de la médiation judiciaire »,** Gazette du palais, 24 mai 2014.

- F. Vert, **« Médiation et justice : pour une démarche de qualité dans l'espace européen »,** les Cahiers de l'Orient, printemps 2014.

- F. Vert, **« Médiation : mode d'emploi »,** Gazette du palais, 14 novembre 2014.

- F. Vert, **« La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement »**, Gazette du Palais, 30 janvier 2015.

- F. Vert, **« Construire la confiance entre justice et médiation »,** Gazette du palais, 20- 22 décembre 2015.

- F. Vert, **« L'expert judiciaire :auxiliaire du juge pacificateur, garant de la paix sociale »**, Gazette du Palais, 25 octobre 2016.

- F. Vert, **« Le juge des référés et l'amiable »**, Gazette du palais, 22 mai 2018.