

Sur la possibilité prévue par la loi du 23 mars 2019 d'enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur ^{111q5}

« Tout conflit mal traité laisse des séquelles durant de longues années » (Simon de Bignicourt, *Les pensées et réflexions philosophiques*, 1755)

Véronique TUFFAL-NERSON

Avocat au barreau de Paris

Associé du cabinet TNDA

Médiatrice



La loi du 23 mars 2019 a généralisé la possibilité pour le juge d'enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur pour qu'il les informe sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation, ce qui fait polémique. Cette disposition peut encourir des critiques mais une information bien faite donne des résultats très satisfaisants et favorise la médiation judiciaire.

« Les modes alternatifs (MARD) pourront-ils un jour devenir des "MORD", c'est-à-dire des modes ordinaires de résolution des différends ? » (Coustet T., « Médiation : et si les réticences étaient culturelles ? », Dalloz actualité 16 juill. 2018), c'est l'espoir de beaucoup, mais ce n'est pas le cas aujourd'hui malgré les nombreuses initiatives du législateur.

Bien que les chiffres augmentent au gré des différentes réformes, l'Inspection générale des services judiciaires dans un rapport de 2015¹ consacrait un chapitre à « L'insuccès de la médiation judiciaire ».

Nos voisins européens ont déployé davantage d'efforts pour promouvoir le recours aux méthodes de règlement extrajudiciaire des litiges. La France n'arrive qu'en 24^e position sur 28 États membres.²

Comme l'a rappelé Monsieur Fabrice Vert, vice-président du tribunal de grande instance de Créteil, « La France au lieu de profiter de la transposition de cette directive pour développer une politique ambitieuse

en cette matière, comme l'ont déjà fait plusieurs pays comme le Royaume-Uni, la Hollande ou, tout récemment, l'Italie a transposé cette directive *a minima* »³. L'Allemagne par exemple est allée plus loin que la France dans la transposition de la directive communautaire⁴.

Nombre de pays prévoient que les parties puissent être incitées à se renseigner sur la médiation, sans pour autant les enjoindre à y recourir. Il n'y a guère qu'en Italie où le juge dispose du pouvoir d'imposer une tentative de résolution amiable des litiges⁵.

³ Colloque de La Rochelle, 7-8 juill. 2017.

⁴ *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, 21 juill. 2012, BGBl. I p. 1577, entrée en vigueur le 26 juill. 2012, modifiée par le 10^e règlement du 31 août 2015, BGBl. I p. 1474.

⁵ Mais la poursuite ou non d'une telle procédure reste un choix des parties, assistées de leurs avocats.

¹ Rapport de l'Inspection générale des services judiciaires sur le développement des modes amiables de règlement des différends, avr. 2015, n° 22-15.

² Tableau de bord du 10 mars 2017 de la justice dans l'Union européenne, graph. 30, p. 33.

I. Une volonté du législateur français de favoriser la médiation

Le législateur a multiplié les textes pour favoriser la médiation judiciaire. C'est la loi du 8 février 1995⁶ qui l'a introduite en procédure civile, puis sont intervenues la loi du 4 mars 2002⁷, l'ordonnance du 16 novembre 2011⁸, le décret du 11 mars 2015⁹, la loi du 18 novembre 2016¹⁰, le décret du 20 mai 2016¹¹ qui ont ouvert des possibilités.

Il y a même eu une incitation financière : le décret du 27 décembre 2016¹² a permis la rétribution du médiateur qui assiste une partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle.

II. La loi du 23 mars 2019

Le rapport Agostini-Molfessis¹³ préconisait de favoriser le recours aux modes alternatifs de règlement des différends (MARD).

Il proposait que le juge puisse enjoindre aux parties une information à la médiation plutôt que d'imposer aux parties une médiation avant de trancher le litige. La directive européenne et les principes de droit européen permettent si le consentement des parties n'est pas contraint, que cela n'entraîne pas de retard dans la saisine du juge, que la prescription soit suspendue et que cela n'entraîne pas de frais importants¹⁴.

6 L. n° 95-125, 8 févr. 1995, art. 22-1, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

7 Créé par L. n° 2002-305, 4 mars 2002, art. 5 : JORF, 5 mars 2002 – C. civ., art. 373-2-10 : « En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. À l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder. Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure. »

8 Ord. n° 2011-1540, 16 nov. 2011, qui a transposé la directive n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale : JO L 136, 24 mai 2008, p. 3.

9 CPC, art. 127 : « S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation. »

10 L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, art. 4 et s., art. 10 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

11 C. trav., art. R. 1471-2, modifié par D. n° 2016-660, 20 mai 2016 : « Le bureau de conciliation et d'orientation ou le bureau de jugement peut, quel que soit le stade de la procédure : 1° Après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur afin de les entendre et de confronter leurs points de vue pour permettre de trouver une solution au litige qui les oppose ;

2° Enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur qui les informe sur l'objet et le déroulement de la mesure. L'accord est homologué, selon le cas, par le bureau de conciliation et d'orientation ou le bureau de jugement. »

12 D. n° 2016-1876, 27 déc. 2016.

13 Agostini F. et Molfessis N. (référénts), Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la justice civile, ministère de la Justice, 15 janv. 2018.

14 CEDH, 26 mars 2015, n° 11239/11, Momcilovic c/ Croatie : Procédures 2015, comm. Fricero N. – CJUE, 14 juin 2017, n° C-75,

La loi du 23 mars 2019¹⁵ a repris dans une disposition d'application immédiate la proposition du rapport.

La loi du 8 février 1995 a donc été modifiée¹⁶, l'article 3 de la loi prévoyant : « 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'État. Celui-ci informe les parties sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation ».

Il n'y a pas de grande nouveauté, mais l'extension de la possibilité pour le juge d'enjoindre aux parties une information (pour convaincre les parties d'accepter une médiation) :

- dans tous les litiges en matière civile ;
- quelle que soit la nature du contentieux, y compris en matière de divorce ou de séparation de corps ;
- quelle que soit la juridiction saisie ;
- même en appel.

Le juge a un rôle prépondérant. S'il enjoint aux parties cette information, c'est qu'il a estimé qu'une résolution amiable du litige était possible, quand bien même les tentatives préalables de résolution amiable à la saisine des tribunaux ont échoué.

Aucune sanction n'est prévue en cas de refus des parties. Certains juges pourraient refuser de juger l'affaire tant que les parties n'ont pas satisfait à cette obligation ou leur refuser le bénéfice de l'article 700 du Code de procédure civil.

III. Les réserves sur l'injonction

Un certain nombre d'acteurs restent par principe opposés aux modes alternatifs de résolution des litiges en général et à la médiation en particulier¹⁷.

Ils invoquent notamment :

- le peu d'efficacité de la médiation ;
- l'accroissement inutile des délais et des coûts pour les justiciables en cas d'échec de la médiation ;
- l'opacité des accords¹⁸.

Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli c/ Banco Popolare Societa Cooperativa.

15 L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

16 L. n° 95-125, 8 févr. 1995, art. 22-1, modifié par L. n° 2019-222, 23 mars 2019, art. 3, I.

17 « La Cour de cassation a déjà montré, pour ce qui est du droit électoral, une certaine réserve à l'égard de ces formalités pour des matières qui paraissent par nature peu perméables à des modes alternatifs de règlement des litiges en raison de la place prééminente qu'y occupe l'ordre public » (v. Cass. soc., 19 déc. 2018, n° 18-60067 : RDT 2019, p. 123, obs. Guiomard F.) : Guiomard F., « Loi de programmation et de réforme de la justice : quel impact sur la justice du travail ? », RDT 2019, p. 203.

18 Rapport de la commission des lois du Sénat : la chambre s'est « opposée à de nombreuses mesures tendant à accentuer la logique de déjudiciarisation, souvent au détriment de la protection des personnes vulnérables, dans le seul but de rechercher des économies ».

Toutes les réserves du rapport Agostini-Molfessi pour rejeter un recours préalable obligatoire à la médiation peuvent s'appliquer à l'injonction à l'information :

- l'information peut se transformer en une simple formalité, subie par des parties hostiles alors que la médiation suppose une adhésion constante au processus ;
- il n'y a pas d'éléments permettant « de calibrer la charge de travail des magistrats et des fonctionnaires en cas de recours à la médiation lors d'une procédure »¹⁹, et donc d'apprécier l'intérêt et le coût du recours à la médiation ;
- il y a une « incertitude quant à la capacité des médiateurs, conciliateurs et avocats à prendre en charge un volume considérable d'affaires » ;
- il n'est pas envisageable de financer les structures à mettre en place.

L'universitaire Valérie Lasserre a fait état de lacunes dans les réformes en matière de médiation²⁰ : bilan décevant du droit de la médiation, définition contestable de la médiation et du médiateur, garanties concernant le médiateur et sa formation, le processus de médiation insuffisantes, insuffisance aussi de la promotion et du soutien de la médiation dans les juridictions.

IV. Conclusion : quelques conditions de réussite de l'injonction à l'information

La médiation n'est pas une transaction. Elle permet la mise en œuvre de solutions innovantes et efficaces. L'injonction aux parties d'une information donne de bons résultats si un certain nombre de conditions sont réunies :

1. Le juge doit pouvoir identifier les affaires dans lesquelles il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, ce qui est difficile pour des magistrats inexpérimentés en la matière faute de grilles de critères suffisamment pertinents.

2. Il faut qu'il puisse proposer pour procéder à l'information un médiateur adapté à la médiation qui pourrait être mise en œuvre.

L'article 8 de la loi *Justice 21* impose aux cours d'appel que soit établie, pour l'information des juges, une liste des médiateurs, et le décret n° 2017-1457 en a précisé les modalités. Les listes ont été arrêtées pour la première fois en 2018 mais ne permettent pas finalement d'identifier les spécificités des médiateurs.

Depuis des années des débats portent sur la nécessité d'une compétence technique du médiateur en médiation ou dans le domaine du différend. Certains soutiennent qu'une compétence en médiation suffit, le médiateur ne devant se consacrer qu'à l'émergence par les parties d'une solution amiable.

Pour les litiges en droit social, beaucoup considèrent que le médiateur doit non seulement être formé à la technique de la médiation, mais aussi être spécialiste de ce droit :

- pour maîtriser les enjeux d'ordre public dont il est le garant, ordre public omniprésent dans cette matière ;
- pour apprécier dans les litiges collectifs, les parties impliquées dans les différends (salariés, syndicats, représentants du personnel, administrations, autorités administratives, etc.) quand bien même ils ne sont pas présents dans la procédure ;
- pour éviter aux parties d'avoir à consacrer trop de temps à informer (pour ne pas dire former) le médiateur aux enjeux techniques du litige.

3. Il faut que le magistrat s'assure de la présence physique des parties pour l'information à la médiation, à charge pour le médiateur de vérifier que ceux auxquels il adresse l'information ont le pouvoir d'engager une médiation (délégation de pouvoir du représentant de l'employeur, vote du CE, CHSCT, CSE, pouvoir pour le représentant des salariés).

4. Au début de l'entretien, le médiateur doit suppléer la carence du texte en garantissant la confidentialité de la teneur de l'entretien, notamment vis-à-vis du juge et en demandant aux parties de s'engager sur cette confidentialité.

Ceci permet, après une information générale, aux parties qui le souhaitent d'exposer leurs différends, et non uniquement celui qui a justifié la saisine du Juge. Il est fréquent en droit social que le différend réel ne soit pas celui qui est soumis au juge. Des contentieux sur un rendu d'avis peuvent être l'expression d'un désaccord sur le projet, la possibilité de permettre des négociations ; des problématiques collectives peuvent être invoquées pour régler des difficultés individuelles.

Avec l'aide du médiateur, au cours de l'information, les parties peuvent appréhender les sujets sur lesquels doivent porter la médiation et le processus à mettre en œuvre pour trouver les solutions adéquates et permettre leur application.

5. L'entretien doit permettre d'identifier les parties qui devraient participer à la médiation, qui ne sont pas nécessairement celles qui apparaissent dans l'affaire soumise au tribunal, mais dont la présence est indispensable à la conclusion d'un accord.

¹⁹ Étude d'impact projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, 19 avr. 2018, NOR:JUST1806695L/Bleue-2.

²⁰ Lasserre V., « Les graves lacunes de la réforme de la justice en matière de médiation », D. 2019, p. 441.

6. Et bien sûr de trouver les médiateurs auxquels il sera demandé de faire les informations soient suffisamment convaincus pour accepter de les dispenser bénévolement.