

## MÉDIATION

## Le rôle du magistrat dans la proposition de médiation 279y3

## L'essentiel

L'intérêt de la médiation, outre sa rapidité, et sa confidentialité, permet aux justiciables de se réapproprier le procès, de communiquer et d'écouter la parole de l'autre, de dégonfler les conflits profonds, afin de renouer le dialogue et de permettre de trouver des solutions nouvelles et équitables.



Étude par  
Martine BOITTELLE-  
COUSSAU

Médiateur, arbitre,  
magistrat honoraire,  
membre du conseil  
d'administration de  
l'TEAM, membre de  
Médiation en Seine (MES)

Le doyen Gérard Cornu définissait la médiation comme étant : « l'art du droit en quête de sagesse » (Cornu G., *L'art du droit en quête de sagesse*, 1998, PUF). L'office du juge du XXI<sup>e</sup> siècle ne se limite plus au rôle juridictionnel des litiges dont il est saisi, mais il s'inscrit aussi dans la mission de pacification des relations sociales. Le juge, comme les autres membres du procès, est un acteur de ce mode alternatif de règlement des litiges dans la mesure où il peut inviter les parties à rencontrer un médiateur.

Dans la médiation, les parties se responsabilisent et redeviennent actrices de leur propre conflit. Ainsi, la médiation est un processus volontaire réalisé par un médiateur, facilitateur, qui essaiera de rétablir la communication pour faire en sorte que les parties trouvent par elles-mêmes la solution à leurs différends (Boittelle-Coussau M., « Comment choisir entre la conciliation et la médiation ? », *Gaz. Pal.* 13 juin 2015, n° 226g9, p. 9). Elle se distingue de la transaction qui est la concrétisation d'un accord né de la négociation. La médiation est le préalable à la négociation et à la transaction. La médiation, si elle constitue un mode alternatif de règlement des différends, permet aussi à des citoyens, par le rétablissement de la compréhension mutuelle de prévenir les conflits, de créer ou de recréer du lien social.

La médiation repose sur les textes suivants :

– la loi n° 95-125, du 8 février 1995, suivie par le décret n° 96-652, du 26 juillet 1996, qui est repris aux articles 131-1 à 131-15 du Code de procédure civile ;

– l'ordonnance n° 2011-1540, du 16 novembre 2011, portant transposition de la directive 2008/52/CE, du 21 mai 2008, qui impose aux États de développer des possibilités de médiation afin de résoudre les différends de façon amiable, en matière civile et commerciale. Son objectif est de faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges. Ce texte précise « sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale » que la « médiation est un processus structuré dans lequel une 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 choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige » ;

– le décret n° 2012-66, du 20 janvier 2012, qui a codifié le livre V du Code de procédure civile sous le titre « La résolution amiable des différends » ;

– le décret n° 2015-282, du 11 mars 2015, entré en application le 1<sup>er</sup> avril 2015 (D. n° 2015-282, 11 mars 2015 : JO n° 0062, 14 mars 2015), relatif à la « simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends » qui favorise le recours aux modes alternatifs de résolution des litiges en particulier en obligeant les parties à indiquer, dans l'acte de saisine de la juridiction, les démarches de résolution amiable précédemment effectuées ;

– l'article 21 du décret précité qui introduit une nouveauté et précise « que le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation si celles-ci ne justifient pas de diligences relatives aux MARD [modes amiables de résolution des différends] » ;

– au début du titre VI du Code de procédure civile, il est inséré un article 127 ainsi rédigé : « 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 » ;

– dans un titre II intitulé « Favoriser les modes alternatifs du règlement des différends », la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle (L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016 : JO n° 0269, 19 nov. 2016), prévoit :

– en son article 4 concernant la conciliation : « À peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, sauf :

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

2° Si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ;

3° Si l'absence de recours à la conciliation est justifiée par un motif légitime ».

– en son article 5 concernant la médiation : « 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 est ratifiée ».

– à la première phrase de l'article 22 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, le mot « judiciaire » est supprimé,



– la loi modifie aussi le Code de la justice administrative qui définit la médiation applicable à l'initiative des parties mais aussi à l'initiative du juge du tribunal administratif ou d'une cour administrative d'appel. Ainsi la médiation n'est plus exclusivement judiciaire mais s'applique aussi aux juridictions administratives.

– enfin, l'article 8 énonce : « Après l'article 22 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 précitée, il est inséré un article 22-1 A ainsi rédigé : "Il est établi, pour l'information des juges, une liste des médiateurs dressée par chaque cour d'appel, dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'État pris dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle" ».

L'intérêt de la médiation, outre sa rapidité, et sa confidentialité, permet aux justiciables de se réapproprier le procès, de communiquer et d'écouter la parole de l'autre, de dégonfler les conflits profonds, afin de renouer le dialogue et permettre de trouver des solutions nouvelles et équitables.

Le magistrat a un rôle actif dans la proposition de médiation à l'audience, lorsque le litige est pendant devant une juridiction pour présenter à l'avocat et au justiciable l'intérêt de la médiation. Si les avocats sont convaincus par le magistrat, ils pourront alors conseiller et accompagner utilement leurs clients, dans le processus de médiation. Le magistrat diagnostique, informe, propose, rend une ordonnance ou une décision de médiation.

### I. LE MAGISTRAT EFFECTUE UN DIAGNOSTIQUE

Il analyse le dossier (A) et identifie les dossiers éligibles à la médiation (B).

#### A. L'analyse du dossier

Le juge est saisi d'un litige présenté sous un aspect strictement juridique, qui n'est souvent que la partie émergée de l'iceberg. Les ressorts humains, psychologiques, sociaux et relationnels des conflits, nourris de rancœurs et de malentendus sont souvent cachés, bien qu'inhérents au dossier soumis à l'*imperium* du juge. Le magistrat est celui qui au détour d'un dossier sent que le dialogue est rompu. Il le sent à la lecture des conclusions qui laissent apparaître une certaine virulence, une absence de compréhension, une attitude de blocage de certains défenseurs, une absence d'écoute. Le juge détecte le blocage par l'agressivité qui peut ressortir des écritures et par l'attitude ou les propos de l'avocat ou des avocats à l'audience. En pratique, la médiation est efficace dans les dossiers qui ont connu un blocage en raison de la personnalité complexe des antagonistes qui n'ont pas réussi à trouver un terrain d'entente ou qui n'ont pas réussi à détecter qu'il pouvait y avoir une autre solution que celle prévue à la résolution de leur litige.

Cette identification par le magistrat, des dossiers éligibles à la médiation, suppose une réelle implication de sa part et l'examen minutieux des dossiers avant l'audience sous cet angle. Il proposera ce mode alternatif de règlement des différends lorsqu'il percevra que le jugement ne réglera qu'un point ponctuel par l'application d'une règle de droit et ne permettra pas de tenir compte de l'équité dans certains cas spécifiques ou lorsqu'existe un aléa judiciaire. En

effet, un jugement parfait en droit, peut avoir des conséquences excessives ou inadaptées aux enjeux humains, rendant difficile le maintien des relations entre les parties ou engendrant des difficultés d'exécution si la décision est mal comprise ou n'est pas acceptée.

#### B. Les dossiers éligibles à la médiation

La médiation est efficace dans les dossiers lourds pour lesquels l'éclairage d'un tiers peut permettre de trouver une solution compte tenu de l'enjeu : conflits de personnes, succession (litige sur l'attribution de lots, leur évaluation les contestations de donations, de legs, etc.) mais aussi droit médical et réparation du préjudice corporel. Ainsi, arriver à rétablir le dialogue pour permettre aux parties de continuer à vivre ensemble, après avoir obtenu une solution à leurs différends, est une source de satisfaction pour le justiciable, pour l'avocat et pour le juge qui ne tranchera pas dans le vif un conflit qui ne pourrait, dans certains cas, que perdurer après le procès.

La médiation est également utile en droit commercial pour permettre aux antagonistes de continuer à travailler ensemble ou de réexaminer et d'aménager les contrats existants (ruptures brutales, concurrence déloyale, droit des contrats). Il arrive même que des entreprises en conflit règlent leurs différends à coûts renégociés, après une médiation, car elles ont réussi à renouer le dialogue pendant la médiation. La médiation qu'elle soit conventionnelle ou judiciaire est applicable dans diverses spécialités. En droit des affaires (propriété intellectuelle, bancaire, construction, droit immobilier, droit des baux commerciaux, droit social, etc.), le magistrat ressentira la nécessité que le dialogue soit renoué, que les relations contractuelles reprennent sous une autre forme. La médiation pourra trouver à s'appliquer en droit bancaire, dans les litiges concernant les prêts toxiques, les prêts contractés en francs suisses et remboursables en euros ; en droit des sociétés, dans le cadre d'évaluation des parts, de cession des droits d'associés ou de garantie de passif.

Le magistrat proposera également aux avocats de recourir à la médiation pour rétablir le dialogue et la paix sociale (conflit collectif du travail, mais aussi problèmes de mitoyenneté, de conflit de voisinage, ventes immobilières, litiges sur le trouble du voisinage) afin de trouver une solution que les parties apprennent à nouveau à vivre ensemble, ou à renouer des relations contractuelles.

Divers exemples peuvent être évoqués.

En droit de la construction, la médiation peut être préconisée dans les domaines de contestation de travaux supplémentaires mais aussi en matière d'honoraires impayés et de malfaçons.

En droit de l'environnement, dans une affaire de pollution par des hydrocarbures, une médiation a été ordonnée et s'est terminée avec succès.

Des solutions similaires peuvent émerger dans le cadre de ventes en l'état futur d'achèvement (VEFA) ou de marché de travaux et de malfaçons ou non-façons.

En matière de copropriété, la médiation a été utile dans les cas suivants :

– imbrication entre un litige concernant des malfaçons et travaux effectués sans l'autorisation de l'assemblée des copropriétaires ;



- litige entre des copropriétaires du fait d'occupation de caves ne correspondant pas au règlement de copropriété publié aux hypothèques qui comportait une erreur et modification de la surface de l'une d'entre elle avec intervention au litige du syndicat des copropriétaires et du notaire rédacteur du règlement de copropriété avec sa compagnie d'assurance ;

- dégâts des eaux provenant d'un copropriétaire non réparé et portant atteinte à la structure de l'immeuble ;

- promesse de vente et rétractation, mise en cause de l'agence immobilière ;

- vices cachés.

Concernant les baux commerciaux, elle peut être efficace dans les cas de facteurs locaux de commercialité erronés, retard de paiement de loyers ou encore reddition de compte concernant la fin d'un bail commercial.

En matière de procédure d'exécution, elle a tout son intérêt pour les mainlevées de saisie conservatoire ou liquidation d'astreinte.

Enfin, en contentieux social, la médiation s'est appliquée avec succès dans le cadre d'un licenciement pour faute lourde conditionné par la résolution d'un autre litige en concurrence déloyale devant un autre tribunal et dans le cadre de requalification de contrats.

## II. LE MAGISTRAT INFORME L'AVOCAT ET LE JUSTICIABLE

Le magistrat qui envisage de proposer une médiation explique, à l'audience, les garanties de la médiation liée à l'application de principes déontologiques. La médiation est prévue par le Code de procédure civile (CPC, art. 131-1 et s.).

Elle apporte les garanties suivantes :

- éthique : le droit y garde sa place. Un accord ne peut intervenir en méconnaissance des droits de l'une des parties. Les parties sont libres d'y adhérer. Elle est l'expression d'une volonté, celle de trouver un terrain d'entente. La médiation n'est pas une obligation ;

- confidentialité de la médiation : les parties et leurs conseils n'ont pas de compte à rendre au tribunal sur les conditions de l'accord trouvé mais ils peuvent choisir de le faire homologuer par le tribunal ou par la cour d'appel. Le juge qui est le garant de la liberté individuelle et de l'ordre public peut homologuer l'accord transactionnel ;

- indépendance du médiateur : il a été choisi en raison de ses compétences et a suivi une formation spécifique avant d'exercer ses fonctions ;

- impartialité et neutralité du médiateur : le médiateur doit être indépendant, loyal, impartial et formé.

## III. LE MAGISTRAT PROPOSE LA MÉDIATION À L'AVOCAT ET AU JUSTICIABLE

À l'audience de mise en état ou de plaidoiries devant les juridictions de première instance, ou devant la cour d'appel, le magistrat peut expliquer pourquoi la médiation est proposée. Il identifie les obstacles ressentis à l'égard de l'avocat ou de son client.

Il peut aussi joindre une note d'explication sur le bulletin de procédure.

Les avocats peuvent avoir à l'audience une écoute passive bienveillante ou une posture de déni. Les collaborateurs peuvent ne pas savoir si l'associé en charge du dossier y sera favorable (ils devront l'informer...). Ils peuvent aussi signaler la position de blocage de leurs clients et adopter une attitude ouverte pour trouver une solution au différend avec l'aide d'un tiers.

Ainsi, il est fréquent, lorsque le juge propose aux avocats de recourir à une médiation, qu'il se trouve confronté aux propos suivants : « Nous savons négocier, c'est notre métier, nous avons tout essayé... que vont penser nos clients ? ». Dans les faits, « nous faisons tous les jours de la médiation ». À ceci près que la médiation n'est pas la négociation, ni la conciliation. Le juge doit alors rapidement indiquer à l'avocat les différences qui existent entre conciliation, négociation et médiation (Boittelle-Coussau M., « Comment choisir entre la conciliation et la médiation ? », *Gaz. Pal.* 13 juin 2015, n° 22699, p. 9).

Dans la négociation, les parties sont dans une posture de rapport de force position contre position, pour arriver à un compromis qui n'aboutit pas toujours à une solution durable. La médiation est un concept philosophique qui, à l'inverse, consiste à renouer le dialogue, à faire un travail de fond pour crever l'abcès.

Le conciliateur, quant à lui, propose des solutions. La conciliation met fin au litige par un accord technique mais ne permet pas forcément de renouer le dialogue ou de trouver une solution alternative.

Le médiateur, tiers quant à lui, ne donne pas son avis. Il reformule, en retraitant les émotions, pour mieux déterminer les besoins de parties et les amener à trouver par elles-mêmes les solutions.

L'avocat accompagne son client dans la démarche de médiation, qui ne peut aboutir que s'il y participe, et rédige le protocole.

## IV. LE MAGISTRAT REND UNE ORDONNANCE OU UNE DÉCISION DE MÉDIATION

L'intérêt de la médiation est d'être rapide, efficace, moins onéreuse. En moyenne une douzaine d'heures sont nécessaires pour aboutir à un accord. Le coût moyen d'une médiation est évalué à 1 800 € HT.

La médiation ne retarde pas l'issue du procès en raison du délai de trois mois renouvelable une fois, en principe à compter de la première réunion. Elle constitue ainsi une maîtrise du temps et des coûts, le justiciable étant satisfait qu'une solution ait été trouvée avec l'aide d'un tiers, le médiateur, et le concours de son avocat.

Si la médiation n'aboutit pas, le juge fait revenir l'affaire devant la mise en état et fixe un calendrier de procédure et une date de plaidoiries ou de délibéré si l'affaire a déjà été plaidée.

## CONCLUSION

La médiation n'est pas une privatisation de la justice puisque le juge l'ordonne et veille à son bon déroulement. Il peut aussi homologuer les accords.

La médiation est caractérisée par sa souplesse, sa confidentialité et permet à ses acteurs de trouver des solutions originales et équitables.

## Doctrine

En résumé, plusieurs critères permettent de déterminer les dossiers éligibles à la médiation :

- l'existence d'un aléa judiciaire ;
- la possibilité de renouer le lien social, de trouver un apaisement concernant les relations des parties et de permettre la poursuite des liens économiques ;
- l'intérêt de trouver une solution en équité ;

- éviter des conséquences excessives qui existeraient du fait de l'application des règles de droit ;

- la complexité de l'affaire et le souhait en raison des liens économiques qu'elle reste confidentielle ;
- la motivation de la part des avocats.

La médiation, selon le professeur Charles Jarosson « n'est pas une démission du juge mais une des missions du juge ».