

## **VIIe Assises internationales de la médiation judiciaire : médiation obligatoire et/ou facultative, quelle réforme pour quels enjeux ?**

**Vendredi 7 juillet et samedi 8 juillet 2017**

### **Rapport de synthèse**

**Natalie FRICERO, professeur à l'université Côte d'Azur, directeur de l'institut d'études judiciaires, présidente de la commission nationale d'examen d'avocats**

Ce rapport de synthèse débutera par des remerciements adressés aux organisateurs des septièmes Assises internationales de la médiation judiciaire qui ont su si bien accueillir à la Rochelle tous ceux qui se passionnent pour la médiation, magistrats, avocats, universitaires, praticiens et usagers de la médiation.

Les travaux de ces deux journées ont été particulièrement riches, et la synthèse traduira les grands enjeux de la médiation pour les prochaines années. La médiation, mode consensuel de résolution des différends, est un processus structuré par lequel un tiers, indépendant et impartial, dépourvu de pouvoir décisionnel, aide les parties à créer ou à recréer du lien social et à trouver un accord. Toutes les lois récentes contribuent à son développement et à l'émergence d'une nouvelle culture judiciaire. Les travaux de ce colloque ont d'abord démontré que la médiation correspond un mode universel de résolution des différends. Puis, les intervenants se sont interrogés sur la modernisation de la médiation à travers les outils numériques au service de la médiation et de la formation des médiateurs. Enfin, la question du caractère obligatoire de la médiation a été posée, particulièrement en matière judiciaire et dans le contentieux familial.

### **I. La médiation universelle**

Comme l'a suggéré **Béatrice BRENNEUR**, il faut passer de la culture parents/enfants à la culture d'une relation entre adultes, ce qui n'est pas simple ! **Élodie MULON** nous a dit que la médiation est le « vegan » de la justice étatique.

Le voyage autour du monde de la médiation, animé par **Jacques FAGET** a permis de confronter la liberté initiale de la médiation et son encadrement, particulièrement lorsqu'elle est rendue obligatoire. La justice amiable constitue un objectif à atteindre partout dans le monde.

En France, **Caroline ASFAR-CAZENAVE** a démontré l'inéluctable évolution des modes amiables avec l'instauration d'un vrai droit commun des MARD dans le Code civil et le Code de procédure civile, et dans toutes les branches du droit privé, public et pénal. L'idée de médiation se répand, même si les différents médiateurs sont très diversifiés dans leurs rôles et leurs statuts.

Au Burkina Fasso, **Bintou BOLI** a montré que la médiation fait partie de la culture en Afrique francophone, et qu'elle s'est surtout développée à l'initiative de l'OHADA. Les lois récentes encadrent les accords et l'homologation par le juge ou le notaire.

**Johanna KALOWSKI** révèle qu'en Australie, la médiation est bien connue dans tous les domaines. La médiation est obligatoire avant de saisir le juge grâce à l'engagement très fort du gouvernement. Écoute, reconnaissance et rétablissements des liens sociaux sont des valeurs universellement partagées.

**Xiao Lin FU-BOURGNE** nous a emmenés en Chine qui vit sous la culture de l'harmonie, la voie du milieu propice à la médiation. Les bureaux de médiation s'installent à l'entrée du tribunal juste avant le greffe. La loi peut rendre la médiation obligatoire et le juge va tout moment procéder à la médiation (il doit même le faire, selon l'avis de la Cour de Cassation). Un bon juge a un bon quota de médiations !

**Suzanne HANDMAN** a précisé qu'au Canada les 10 Provinces ont une législation spéciale. La médiation y est parfois obligatoire, parfois facultative. Au Québec les parties ont le choix de la médiation ou du procès même pendant la procédure. La conférence de règlement amiable (CRA) est décidée par le juge. En matière familiale, la séance d'information sur la médiation est obligatoire. En général la médiation fonctionne très bien, il est vrai que la justice est lente. En Ontario la tentative de médiation est obligatoire mais non l'accord.

**Natalia GAIDAENKO-SCHAER** nous a conduits en Russie où la loi sur la médiation a été prise en 2011. La médiation est toujours volontaire et limitée en droit privé. Mais le code de la Cour d'arbitrage étatique prévoit un règlement amiable préalable obligatoire (qui se traduit par la mention de vagues diligences dans l'assignation !). Les juges demandent à pouvoir obliger les parties à s'informer sur la médiation. Elle a terminé sur le risque d'étatisation de la médiation.

En conclusion la médiation est en marche, elle se modernise et intègre les nouvelles technologies.

## **II. La médiation intelligente ou dématérialisée**

**Linda ARCELIN** insiste sur la nécessité d'intégrer le numérique dans toutes les activités en France et dans l'Union européenne qui développe le e-commerce. La simplicité et la confiance sont les maîtres mots de la résolution en ligne des litiges.

**Gabriel MECARELLI** expose la médiation en ligne et le site Médicis qui fonctionne pour les litiges « de basse intensité », c'est-à-dire ayant un enjeu économique faible et un aspect affectif peu important. La plate-forme logicielle permet de diligenter le processus et d'établir les preuves sous l'égide d'un tiers de confiance qui donne son avis. La médiation en ligne est

née hors du judiciaire sur Internet. En France, elle est née de la transposition de la directive de 2013. Les exemples se situent en droit de la consommation et pour le recouvrement des petites créances (qui est plutôt une négociation assistée par huissier de justice).

**Anne-Sophie SCHUMACHER** rappelle que les plates-formes doivent respecter les garanties, notamment sur les données personnelles. Elle fait état des difficultés de la médiation de la consommation et des faiblesses du processus.

**Stéphane MALLARD** expose le MOC, *massive on line course* et le e-learning pour les médiateurs d'entreprise. Il s'agit d'une pédagogie inversée, le présentiel est un complément. Le tout repose sur une formation-action, la transmission d'un savoir-être et d'un savoir-faire. Le e-learning très peu utilisé en France : on connaît la « gamification » (apprendre par le jeu), et le « integrate-learning » qui repose sur un robot humanoïde pour assurer le présentiel !

**Karim BENYEKHEF**, dans sa présentation enregistrée, démontre que les procédures entièrement virtuelles prennent un nouveau tournant pour les litiges de haute intensité comme le divorce. L'utilisation des algorithmes et de l'intelligence artificielle conduit au droit computationnel. Les contentieux de masse (copropriété, petites créances) sont concernés par les outils d'autonomisation du justiciable (empowerment, self help). Ces outils permettent d'identifier le tribunal compétent, offrent une justice prédictive notamment en droit de la consommation (ils peuvent prédire l'issue du litige). On assiste à une automatisation des modes amiables avec des changements importants : d'abord, l'intégration des modes amiables par la justice classique ou dans les litiges de basse intensité présente des avantages en termes de coûts, d'accès à la solution, et de temps adapté à la réalité du XXI<sup>e</sup> siècle ; ensuite, les avancées technologiques intègrent les modes amiables et l'on peut même parler de « conflits intelligents ».

En conclusion, on peut souhaiter que la médiation intelligente et dématérialisée conserve un peu d'humanité et respecte les droits essentiels des personnes ! Et il faut espérer rencontrer des « médiateurs moléculaires intelligents » !

### **III. La médiation obligatoire**

Le caractère obligatoire de la médiation concerne trois domaines essentiels

#### **A. La médiation non familiale de droit commun**

**Michèle GUILLAUME-HOFNUNG** a exposé la distinction entre médiation et conciliation et les confusions actuelles dues à ce qu'elle a nommé une « dégénérescence terminologique liée à l'anomie » (DTLA) ! Elle rappelle qu'un seuil minimum d'intelligibilité conceptuelle (SMIC) est nécessaire pour conclure que seule la conciliation peut être rendue obligatoire,

même si le conciliateur utilise les méthodes de médiation. Elle explique ce fut le cas dans l'histoire.

**Jean Édouard ROBIOU-DUPONT** considère que le conflit est un paradoxe, il lie les parties et les sépare même temps. Il faut en sortir par un contre-paradoxe. Donc, l'obligation est un moyen d'accroître l'efficacité (il donne l'exemple de la personne qui se suicide en se jetant dans un fleuve puis remonte sur la rive parce que le policier la menace de lui tirer dessus !). Le caractère obligatoire pour lui de la médiation n'est pas incompatible avec le caractère volontaire : il donne un exemple concernant les comportements routiers, en insistant sur le fait que même si c'est obligatoire, je m'arrête volontairement au feu rouge ! Pour lui, le test de la médiation doit être obligatoire comme c'est le cas pour la tentative de médiation familiale préalable obligatoire dans certains contentieux depuis la loi du 18 novembre 2016.

**Nathalie PIGNON** rappelle qu'il entre dans la mission du juge de concilier les parties, pas de médier. La médiation est mise en pratique dans le domaine familial en premier lieu. Si la tentative de médiation familiale préalable est obligatoire, les parties ne vont pas s'engager en médiation. Pour elle, il faut que le juge puisse contraindre les parties à tester la médiation et aménager le calendrier de la mise en état dans le code de procédure civile pour faciliter ce circuit. En conclusion, elle considère que la médiation pose la question du rôle du juge : sa mission est-elle de dire le droit ou de rétablir la paix sociale ?

**Gabriel MECARELLI** rappelle qu'en Italie, les médiateurs sont formés et inscrits sur une liste (ils doivent justifier d'avoir fait plus de 2 médiations et 50 heures de formation). La médiation est obligatoire ou déléguée par le juge ou rendue obligatoire par le contrat ou encore par la loi (dans 85 % des cas). Elle suppose la présence obligatoire d'un avocat avec un premier rendez-vous de médiation et son taux de succès est d'environ 57 %. La médiation est très encadrée et l'accord signé par les parties est un titre exécutoire sans homologation par le juge.

**Avi SCHNEEBALG**, avec son humour habituel, expose la récente loi sur la médiation qui, dit-il « a abrogé l'interdiction de la castagne » et a développé la médiation. Il assure que « pour le même prix, un costume sur mesure vaut mieux que du prêt-à-porter » et présente les avantages d'un processus amiable.

**Fabrice VERT**, avec le même humour et la même passion pour les modes amiables, se réfère à la métaphore de l'âne, qui finit par boire à la bassine posée à côté de lui. Il développe la nécessité d'une politique publique des modes amiables et d'une définition précise de la formation à la médiation. Il rappelle que les pouvoirs devraient se fixer comme objectif de structurer la médiation (notamment par l'établissement de statistiques). Il rappelle que la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt Momcilovic contre Croatie a admis la conformité au procès équitable de l'obligation légale d'une médiation obligatoire préalable à toute demande en justice, prévue à peine d'irrecevabilité. Il rappelle aussi que la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 14 juin 2017 (C75/16) a considéré que la médiation obligatoire préalable à toute saisine d'un juge est conforme à la directive de 2013 sur la médiation de la consommation.

En matière administrative, il existe une médiation préalable obligatoire dans certains contentieux par exemple s'agissant de la fonction publique territoriale, comme l'a fait observer un magistrat du tribunal administratif.

### **B. La tentative de médiation familiale préalable obligatoire**

**Catherine MARIE** a rappelé que c'est le tribunal de grande instance de la Rochelle qui a, en quelque sorte, inventé la médiation familiale dans un jugement du 17 février 1988. Malheureusement, les résultats se sont fait attendre très longtemps !

**Marie-France CARLIER** expose la création du tribunal de la famille et de la jeunesse, et la chambre des règlements amiables en Belgique. La tentative de médiation est obligatoire et l'absence des parties peut être sanctionnée par le tribunal qui juge le fond par la suite. Elle souligne que même à défaut d'accord, la médiation permet aux parents de se parler et les aide à surmonter leurs différends. Ceci explique que le juge puisse ordonner une médiation.

**Daniel GANANCIA**, notre égérie de la médiation familiale, a précisé que la matière familiale est sans conteste un terreau pour la médiation familiale obligatoire. Il n'y a pas d'autres solutions pour imposer une porte d'entrée, qu'une tentative, une rencontre obligatoire. Les parties dialoguent et exploitent une solution. Dans 70 % des cas, la tentative débouche sur une médiation. Elle considère que c'est la méthode la plus humaine, la plus efficace, pour résoudre le conflit familial et préserver la relation familiale. Il s'agit d'une pédagogie des rapports sociaux. L'Etat est légitime à déjudiciariser sous la contrainte même si les magistrats vivent un paradoxe, puisqu'ils veulent développer la médiation mais n'en ont pas les moyens.

**Élodie MULON** s'est lancée dans la défense des avocats et de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire, en indiquant que la plus-value de l'avocat est dans le conseil et non dans le duel. La justice prédictive est intégrée dans les cabinets d'avocats. Les avocats accompagnent la médiation comme le révèle le centre national des avocats médiateurs (CNAM, créé par le CNB). Elle milite pour la création d'une « convention de médiation assistée » qui peut aboutir à un accord et qui donne un cadre au travail commun du médiateur, de l'avocat et du client.

**Odile CLEMENT** précise que le tribunal de grande instance de la Rochelle a mis en place la double convocation, devant un médiateur, puis devant le juge aux affaires familiales, pour aider les parents. La thérapie familiale permet aussi d'intégrer la parole de l'enfant.

### **C. La médiation dans les affaires**

**Myriam BACQUE** nous indique toute l'importance de la médiation pour les entreprises. Les affaires ont besoin de confidentialité et doivent maîtriser le cours et le contenu de la solution (50 milliards d'euros d'économie sont envisageables grâce au recours à la médiation !). La médiation représente une économie considérable et son domaine s'étend au droit du travail.

**Michel TCHIKAYA** a expliqué que la formation des médiateurs a favorisé le développement de la médiation en matière commerciale, notamment dans le cadre des baux commerciaux,

pour régler la question épineuse du pas de porte. En Côte d'Ivoire, c'est essentiellement la loi de 2014 sur la médiation judiciaire et conventionnelle qui a permis le développement de la médiation.

**Claude DUFAUR**, vice-président du tribunal de commerce de Bobigny précise les deux aspects de la médiation. D'abord, la médiation fait partie de la stratégie juridique des entreprises, ce qui explique la multiplication des clauses contractuelles de médiation. En cas de litige, il y a un débat interne à l'entreprise pour décider du choix du mode de résolution : médiation ou procès. Ce débat inclut les managers, les opérationnels et les juristes. Ensuite, il indique qu'il entre dans la mission du juge de concilier les parties conformément à l'article 21 du code de procédure civile, et que les juges des tribunaux de commerce tentent eux-mêmes de concilier certaines affaires. Il expose à cet égard un exemple de rupture brutale de relations commerciales établies ayant entraîné un redressement judiciaire de l'entreprise et ayant donné lieu à une transaction.

**Bertrand DELCOURT** poursuit l'exemple et expose également la situation d'une transaction conclue avec cette entreprise, malheureusement pendant la période suspecte. Il note que la médiation suppose la confiance et la bonne foi de toutes les parties, mais que la procédure collective n'est pas un obstacle à la médiation, l'accord étant validé par le juge-commissaire. Il rappelle que pour l'avocat la médiation fait partie de la mission de conseil et que s'engager en médiation n'est pas reconnaître que l'on a tort !

**Joël MONNET** expose la médiation institutionnelle de la MAIF. Le médiateur donne son avis sur la situation, avis qui s'impose à la mutuelle. Ce service est à destination des assurés et contribue à améliorer les prestations. Le médiateur de la MAIF est indépendant dans ses avis qu'il rend sur dossier (il n'y a pas de rencontre physique). Mais il faut au préalable épuiser les recours internes avant d'y recourir.

**Geaufray BRUNAUX** membre de la commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation, expose la médiation de la consommation dans le domaine de l'exécution du contrat. Le professionnel a une obligation, le consommateur a une faculté. Il existe plusieurs types de médiation, la médiation interne et les médiations externes. Seuls les médiateurs référencés peuvent exercer cette mission. Les professionnels établissent des conventions types soumises à la validation de la commission.

**En conclusion générale**, la médiation est donc universellement partagée, très moderne, et parfois obligatoire tout en restant volontaire. Les travaux de ce colloque ont donc révélé que tous ensemble, nous pouvons dessiner l'avenir de la médiation, avec les pieds sur terre, la tête dans les étoiles !