

# Réflexion sur les décisions jurisprudentielles relatives à la Médiation

## Introduction

La Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Europe du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale est destinée à favoriser le recours à la médiation et à en améliorer le fonctionnement et l'efficacité.

Elle présente notamment l'utilité d'harmoniser le régime de la médiation envers les États membres s'agissant des litiges transfrontaliers. Elle est en cela susceptible de créer une dynamique permettant un recours accru à la médiation, alternative crédible à la solution contentieuse.

L'ordonnance du 16 novembre 2011 a transposé ladite directive qui a été ratifiée en droit français par l'article 5 – I de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle,

Défi aujourd'hui dans le monde judiciaire, la médiation est une certitude incontournable pour demain.

Le législateur tente depuis plusieurs années de développer les solutions amiables de règlement des différends dans les domaines civil, commercial, familial, social, administratif et pénal.

Il encourage le recours aux modes amiables de règlement des différends, et notamment la conciliation, la médiation, la transaction, la convention de procédure participative et l'arbitrage.

C'est ainsi que le législateur a intégré la médiation dans le code de procédure civile (articles 131-1 à 131 – 15) à la suite de la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative et du décret d'application du 22 juillet 1996.

Des textes spécifiques ont de plus été adoptés pour la médiation familiale dans le cadre de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale et de celle du 28 mai 2004 relative au divorce, intégrant la médiation familiale dans le Code civil.

Le décret du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends (articles 56,58 et 127 du Code de procédure civile) précise que le demandeur doit, dans l'assignation et la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance : « *préciser les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige, sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public* » et, « *s'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation* ».

Enfin, la loi de modernisation de la Justice du 18 novembre 2016, dite Justice du XXI<sup>e</sup> siècle, a pour objectifs de rendre la Justice en France, plus efficace, plus simple, plus accessible et plus indépendante.

En développant les modes amiables de règlement des différends, la loi J21 a pour ambition de « déjudiciariser » les litiges pour recentrer le Juge sur le cœur de sa mission juridictionnelle, de provoquer un réflexe amiable et à ne faire du Juge qu'un ultime recours.

Ladite loi, dans son Titre II « *Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends* » a pour ambition de favoriser et de valoriser les modes amiables de règlement des différends, notamment la médiation et la conciliation, en permettant au citoyen de régler tout litige, de manière négociée avant la saisine du Juge ou une fois ce dernier saisi.

De manière à provoquer un changement de culture des magistrats, des avocats, de tous les auxiliaires de justice et des justiciables, elle rend même obligatoire, dans certains cas, le passage par un mode amiable de règlement des différends, et incite fortement à y recourir dans d'autres situations, en diversifiant les outils et en sécurisant les processus.

Les modes amiables de règlement des différends ont incontestablement « le vent en poupe » en France et la Médiation fait désormais régulièrement son apparition dans les jugements des tribunaux de première instance et les arrêts des cours d'appel et de la Cour de cassation.

Si la loi du 8 février 1995 avait, en son article 21, choisi pour terme générique celui de médiation pour couvrir tout procédé de règlement amiable « quel qu'en soit sa dénomination », l'article 1530 du code de procédure civile, ouvrant le titre I<sup>er</sup> du livre V sur la médiation et la conciliation conventionnelles, lève toute ambiguïté en donnant à la médiation et à la conciliation une définition commune :

*« La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 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 ».*

Cette définition a le mérite de différencier médiation et conciliation des autres modes alternatifs de règlement des conflits et en particulier de la transaction et la procédure participative.

Ces deux modes conventionnels et pacifiques de règlement des conflits, de même nature puisque la médiation n'est qu'une expression particulière de la conciliation, peuvent être distingués l'un de l'autre notamment par un processus plus abouti pour la médiation, ainsi que par une différence de degré dans l'implication du tiers et du statut des professionnels, conciliateur et médiateur.

o

o

o

La décision ordonnant une médiation, qui ne peut pour le moment, sauf exception, s'exécuter qu'avec le consentement des parties est une mesure d'administration judiciaire, non susceptible d'appel ni de pourvoi en cassation (Cass. Civ. 7 décembre 2005).

Il en ressort que les décisions de jurisprudence ne sont pas très nombreuses et ne concernent que certains principes de la médiation.

Par contre, nombre d'arrêts de la Cour de cassation permettent de comprendre l'étendue des clauses de médiation (ou de conciliation).

## I – La Jurisprudence relative à certains principes de la médiation

### A — La confidentialité de la médiation et son étendue

La confidentialité est de l'essence même de la médiation. Elle est aussi une condition primordiale de son efficacité.

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

L'article 131-14 du Code procédure civile dispose que :

*« 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 ».*

En effet, les éléments couverts par la confidentialité ne peuvent pas être divulgués : TGI Paris ord. 24 septembre 1998

Le Tribunal de Grande Instance de Paris a, de plus, dans un jugement du 18 janvier 1999, rappelé l'étendue de la confidentialité et a sanctionné le non-respect de la confidentialité :

*« Par sa nature même de mesure tendant à favoriser la négociation amiable d'un litige, la médiation judiciaire (ou conventionnelle) implique que chaque partie puisse se confier librement au médiateur et que, sauf accord unanime, le secret soit conservé sur les informations, propositions ou concessions reçues par celui-ci.*

*Spécialement, la clause de confidentialité insérée au compromis de médiation qui se borne à reprendre ce principe fondamental de toute médiation, par la généralité de ses termes, s'applique nécessairement non seulement aux informations purement techniques communiquées par les parties au médiateur, mais aussi à toutes les offres faites par chacune d'elles en vue de l'élaboration de la transaction recherchée.*

*Dès lors qu'aucun accord n'a été conclu sur l'utilisation des informations couvertes par le secret de la médiation, la relation dans l'assignation ultérieure d'une des parties, de faits constatés ou d'informations reçues par le médiateur dans l'exercice de sa mission (notamment la reconnaissance d'un droit à dédommagement et des propositions de paiement), est susceptible de constituer une violation du devoir de confidentialité s'imposant à tous les acteurs de la médiation et, par suite, un trouble manifestement illicite au sens de l'art. 809 al.1<sup>er</sup> et 873 al 1<sup>er</sup>.*

*Un tel trouble ne suffit pas pour autant à justifier l'intervention du juge des référés et il appartiendra au tribunal saisi au fond d'apprécier la régularité et la recevabilité des pièces litigieuses ».*

Ce principe de confidentialité ne s'applique pas, par contre, à la médiation pénale :

Cass. Crim. 12 mai 2004 : « En vertu de l'article 26 de la loi du 8 février 1995, les dispositions de l'article 24 de cette même loi selon lesquelles les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties, ne sont pas applicables aux procédures pénales ».

De même Cass. Soc. 2 décembre 2009 :

« Les dispositions de l'article 24 de la loi du 8 février 1995 visent uniquement la conciliation et la médiation judiciaire en matière civile. Par voie de conséquence, les déclarations recueillies durant une médiation pénale peuvent être utilisées sans l'accord des parties dans le cadre d'une instance civile, notamment devant les juridictions du travail ».

## B — Le moment de la médiation et l'aboutissement du processus

La conciliation et la médiation peuvent être tentées tout au long d'une instance.

Le Juge peut proposer aux parties une médiation dans le cours d'une procédure, au moment où il l'estime favorable.

De même, le Juge peut décider, à tout moment, avec ou sans l'accord des parties, de mettre fin à la médiation.

Deux arrêts importants de la Cour de cassation le rappellent :

*« Après avoir relevé que le bon déroulement de la médiation apparaissait compromis, une cour d'appel n'a fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de l'article 131-10 alinéa 2 du code de procédure civile, en mettant fin à la médiation.*

*Le fait que la convocation à l'audience au cours de laquelle est débattue de la fin de la médiation soit adressée par une correspondance du Président de la chambre informant les parties de l'intention de la cour d'appel de mettre fin à la médiation et non sous forme de lettre recommandée avec accusé de réception ne fait pas grief » (Cass. Civ. 2<sup>e</sup> 24 février 2005).*

*« Le Juge peut mettre fin à tout moment à la médiation, sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur ; il peut également y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la médiation apparaît compromis ; dans tous les cas, il est nécessaire que l'affaire soit préalablement appelée à l'audience à laquelle les parties sont convoquées à la diligence du greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et qu'à cette audience, le juge, s'il met fin à la mission du médiateur, peut poursuivre l'instance, le médiateur étant informé de la décision » (Cass. Soc. 14 janvier 2014).*

## C — Le processus de médiation suspend la prescription

L'article 2238 du code de procédure civile dispose que :

« La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation, ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. »

Un arrêt de principe de la Cour de cassation : Cass. Ch. mixte 14 février 2003 énonce que le processus de médiation (ou de conciliation) suspend le cours de la prescription :

*« La clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation (ou de médiation) obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent » (il en résulte l'irrecevabilité de l'action en justice fondée sur le contrat, introduite avant que la médiation ait été mise en œuvre) ».*

Toutefois, seul le recours à une véritable médiation ou conciliation, ou à une convention de procédure participative, peut suspendre un délai de prescription, de simples pourparlers n'ont aucun effet sur le cours de prescription extinctive.

En ce sens, un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence 1<sup>re</sup> Chambre B 7 février 2013 :

*« La saisine du Président de la Chambre départementale des notaires aux fins de nomination d'un conciliateur ou d'un médiateur pour la mise en place d'une tentative de conciliation ou de médiation n'est pas un acte interruptif de prescription ; ce n'est pas un acte équivalent à une demande en justice. Ce n'est pas non plus un acte suspensif de la prescription. L'article 2238 du Code civil dispose que la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. Ce n'est pas la saisine aux fins de médiation ou de conciliation qui est suspensive, mais l'accord pour la mise en place de cette médiation ou de cette conciliation. En l'occurrence, si la SCI a demandé la mise en place d'une médiation ou une conciliation, aucune médiation n'a été mise en place, car il eût fallu que chacune des parties donne son accord pour une médiation, aucune conciliation n'a été non plus mise en place d'accord de la société Z. La démarche effectuée par la SCI est celle de la demande d'une tentative de conciliation. Cette tentative est restée sans effet dans la mesure où personne ne s'est présenté pour la société Z. Le délai de prescription n'a été ni interrompu ni suspendu ».*

De même, la Cour de cassation Ch. Civ. 24 juin 2014 statuant sur la prescription de l'action en justice approuve une Cour d'appel « d'avoir retenu que les parties ne pouvaient se prévaloir d'une cause de report ou de suspension du délai de prescription, puisqu'elles n'établissaient pas avoir eu recours à la médiation ou à la conciliation et que l'existence de pourparlers en vue de la recherche d'une solution amiable entre l'acquéreur d'un bien vicié et le vendeur ne peut prolonger le délai de deux ans pour agir en garantie des vices cachés ».

En l'espèce, les parties invoquaient un échange de courriers en vue d'une résolution amiable.

## D - Le devoir de conseil de l'avocat

La Cour de cassation dans un arrêt 1<sup>er</sup> Ch. Civ. 15 décembre 2011 rappelle que « l'avocat doit permettre à son client de s'engager en toute connaissance de cause dans une procédure, et ce, après qu'il l'ait instruit et averti des conditions, des conséquences et des risques d'une action ou d'un engagement en médiation ».

## E. — Les effets des accords de médiation et leur homologation

Les accords de médiation n'ont d'effets qu'entre les parties qui les ont signés. Ils ne sont pas opposables aux tiers :

Cass. Soc. 18 juillet 2001 « *Si l'Assédic ne peut se voir opposer une médiation à laquelle elle n'est pas partie, la cour d'appel a pu, après avoir recueilli l'accord de l'employeur et du salarié, ordonner une médiation dans le litige qui opposait ces derniers* ».

Le même arrêt précise que le Juge n'est pas obligé d'homologuer les accords qui lui sont soumis par les parties, mais il doit vérifier qu'il préserve les droits de chacune d'elles. Le juge n'est en effet pas une Chambre d'enregistrement.

De plus, l'homologation par le juge ne peut porter que sur la nature de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs : (Cass. Civ. 2<sup>e</sup> 26 mai 2011).

## F — La rémunération du médiateur

La fixation de la rémunération du médiateur relève du juge. Le principe est que le médiateur est rémunéré au temps passé. Ce principe ne découle pas de la loi, mais de la déontologie des médiateurs qui interdit que cette rémunération soit, d'une manière ou d'une autre, liée au montant des intérêts en jeu ou de l'accord trouvé.

La rémunération du médiateur ne dépend pas non plus de la réussite ou non de la médiation, seul devant être pris en considération le fait que le médiateur se soit conformé à sa mission : (Cass. Civ. 2<sup>e</sup> 22 mars 2007).

*« Pour réduire le montant de la rémunération d'un médiateur désigné au cours d'un litige, l'arrêt attaqué retient que si le premier juge a pris en compte dans la fixation de sa rémunération l'extrême technicité de son travail, le volume de ses études et le temps passé à la médiation, un tel travail excédait le rôle que la loi attribue au médiateur et relève d'investigations propres à l'expertise et que le fruit des études et analyses auxquelles s'était livré le médiateur, quelles que soient leur importance et leur valeur, ne pourrait ultérieurement être utilisé par les parties, contrairement à un rapport d'expertise, puisqu'elles sont couvertes par le principe de la confidentialité, de sorte qu'il ne peut être imposé aux appelants de supporter le coût d'un travail qui n'a pas atteint l'objectif de la médiation et qu'ils ne seront pas libres d'exploiter ultérieurement.*

*En statuant ainsi, après avoir constaté que le médiateur s'était conformé à la mission qui lui avait été confiée et alors que le montant de la rémunération du médiateur ne peut dépendre de la circonstance que les parties sont ou non parvenues à un accord, la Cour d'appel, qui s'est prononcée par des motifs inopérants, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 131-13 du code de procédure civile qui dispose qu'à l'expiration de sa mission, le juge fixe la rémunération du médiateur ».*

## II – La clause de médiation préalable (ou de conciliation)

Après avoir considéré qu'une clause contractuelle instituant une procédure de conciliation ou de médiation obligatoire et préalable à toute instance judiciaire s'impose au juge dès lors qu'elle est soulevée par une partie et qu'elle entraîne l'irrecevabilité de la demande, la liste des irrecevabilités prévue à l'article 122 du code de procédure civile n'étant pas limitative, la Cour de cassation a apporté quelques précisions sur les clauses de conciliation et de médiation.

### A – La validité d'une clause de médiation

La Cour de cassation a toujours, et sans ambiguïté, consacré la validité des clauses de conciliation ou de médiation, et elle en tire les conséquences sur le terrain procédural en les assimilant à des fins de non-recevoir qui peuvent priver les parties du recours au juge, tant que la tentative de conciliation ou de médiation n'a pas été menée.

La chambre mixte de la Cour de cassation a jugé le 14 février 2003 qu'« il résulte des articles 122 et 124 du code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; que licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent.

En l'espèce, l'acte de cession d'actifs prévoyait le recours à une procédure de conciliation préalable à toute instance judiciaire pour les contestations relatives à l'exécution de la mission, et les juges ont pu exactement déduire l'irrecevabilité du cédant à agir sur le fondement du contrat avant que la procédure de conciliation ait été mise en œuvre.

Cette décision permet de valider les clauses de conciliation ou de médiation et de renforcer leur efficacité.

Un autre exemple est relatif à une société qui consent en mars 2008 un prêt immobilier à une seconde société. Dans ce contrat était prévue une clause de conciliation préalable obligatoire selon laquelle en « *cas de litige, les parties conviennent, préalablement à toute instance judiciaire, de soumettre leur différend à un conciliateur désigné qui sera missionné par le président de la chambre des notaires* ». La société débitrice dès 2009 n'honore plus les échéances du prêt, si bien que la société créancière lui délivre un commandement de saisie immobilière avant de l'assigner devant le juge de l'exécution. Celui-ci ordonne, notamment, la vente forcée des biens objet de la saisie.

La société débitrice interjette appel, et invoque devant les juges de second degré une fin de non-recevoir tirée de l'article 122 du code de procédure civile au motif que la société créancière ne pouvait valablement procéder à une saisie immobilière sans avoir au préalable respecté la clause du contrat de prêt instituant une procédure de conciliation obligatoire. La Cour d'appel écarte toutefois la fin de non-recevoir, estimant que :

*« Ces dispositions ne présentent pas une destination spécifique aux contestations relatives à l'exécution forcée de l'acte ».*

La société débitrice forme un pourvoi en cassation afin, notamment que la clause litigieuse soit reconnue applicable à l'espèce.

La haute juridiction Cass. Civ. 1 1<sup>er</sup> octobre 2014, accède à sa demande en affirmant, au visa de l'art 1134 du Code civil que :

*« La clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à toute instance judiciaire s'impose au juge, quelle que soit la nature de l'instance judiciaire, y compris, donc, s'il s'agit d'une procédure de saisie immobilière ».*

Ainsi, la saisine du conciliateur ou du médiateur peut être imposée par une clause de conciliation ou de médiation insérée dans un contrat.

Ce faisant la Haute Juridiction donne son plein effet au principe de la force obligatoire des conventions contenu à l'article 1134 du Code civil. En effet, dès lors que les parties n'ont pas entendu restreindre la portée de la clause de conciliation (ou de médiation) préalable à une instance judiciaire déterminée, les juges du fond ne peuvent écarter aucune instance judiciaire, pas même celle particulière, de la procédure de saisie immobilière.

Le défaut de mise en œuvre d'une clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine d'un juge constitue une fin de non-recevoir qui peut être régularisée en cours d'instance et jusqu'à la date à laquelle le juge statue.

Dès lors que les juges constatent que les parties ont mis en œuvre, dans les formes requises par le contrat, la procédure de conciliation (ou de médiation) et qu'après constatation de son échec par le tiers désigné, elles ont réitéré leur demande dans leurs dernières conclusions, la clause d'irrecevabilité ayant disparu, ils doivent déclarer la demande recevable sur le fondement de l'article 126 du code de procédure civile. (Cass. Civ. 2<sup>e</sup> 16 décembre 2010).

Toutefois, cette jurisprudence ne s'applique pas au contentieux prud'homal en raison de la conciliation préliminaire et obligatoire :

Cass. Soc 5 décembre 2012 *« En raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend ».*

## [B — Les conditions de validité d'une clause de médiation \(ou de conciliation\)](#)

Pour qu'elle soit valable, encore faut-il qu'il s'agisse d'une véritable clause de conciliation ou de médiation.

La Cour de cassation dans un arrêt (Cass. Com. 29 avril 2014) a décidé qu'une clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions



particulières de mise en œuvre ne constitue pas une procédure de conciliation (ou de médiation) obligatoire préalable à la saisine d'un juge, dont le non-respect entraîne une fin de non – recevoir. Il appartient donc aux parties de préciser les modalités de la conciliation ou de la médiation pour empêcher toute action en justice, jusqu'au constat d'échec éventuel :

« Attendu que la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire (médiation obligatoire) préalable à la saisine du Juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci ».

Toutefois, par un arrêt du 19 mai 2016 de la 3<sup>e</sup> Chambre civile, la Cour de cassation a considéré que le déclenchement de la procédure de conciliation constitue une fin de non-recevoir, alors que pourtant la clause n'était pas assortie de conditions particulières de mise en œuvre et que le contrat parlait d'« arbitre » et non de « conciliateur » (dans le contrat en cause, les termes suivants étaient utilisés : « Pour tous les litiges pouvant survenir dans l'application du présent contrat, les parties s'engagent à solliciter l'avis d'un arbitre choisi d'un commun accord avant tout recours à une autre juridiction »).

### C - La portée d'une clause de médiation

#### L'étendue de la clause de médiation s'étend à tous les aspects du contrat concerné

Cass. Civ. 20 septembre 2011 :

*« Ayant constaté que le contrat de vente stipulait que les parties "en cas de litige" convenaient préalablement à toute instance judiciaire, "de soumettre leur différend à un conciliateur (médiateur) désigné qui sera missionné par le président de la chambre des notaires" et relevé que si l'action en diminution du prix d'un lot de copropriété prévue à l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 était bien enfermée, à peine de déchéance, dans un délai d'un an à compter de la date de l'acte authentique constatant la réalisation de la vente, la cour d'appel, qui a retenu, à bon droit que la clause de conciliation (médiation) préalable constituait une fin de non – recevoir s'imposant au juge si les parties l'invoquaient, qu'elle ne comportait aucune distinction quant à la nature des litiges devant être soumis à un conciliateur (médiateur) préalablement à toute instance judiciaire et que sa mise en œuvre suspendait jusqu'à l'issue de la procédure préalable le cours de la prescription ».*

Mais, la clause ne peut s'appliquer qu'aux aspects du contrat visés expressément :

Cass.Com – 12 juin 2012 *« L'action engagée par la société Z fondée sur les dispositions de l'article L. 442-6-1-5° du code de commerce, qui visait la rupture d'une relation commerciale établie, selon elle, depuis 2002, n'a pas méconnu la loi des parties en écartant la clause de médiation préalable figurant au contrat du 18 avril 2006, dont l'application était limitée aux différends portant sur la fin de ce contrat précis ».*

De plus, le non – respect d'une clause de conciliation (ou de médiation) préalable ne peut pas être régularisé en cours d'instance :

Cass. Ch. mixte 12 décembre 2014 « La Cour d'appel, ayant constaté que la société Proximmo n'avait pas saisi le conseil régional de l'Ordre des architectes préalablement à l'introduction de l'instance, a exactement décidé que la demande était irrecevable :

*“Attendu qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la saisine pour avis du Conseil régional de l'ordre des architectes avait eu lieu avant que les premiers juges statuent et qu'en se fondant, pour accueillir la fin de non-recevoir, sur la circonstance inopérante que cette saisine est intervenue après l'introduction de l'instance, la cour d'appel a, par refus d'application, violé l'article 126 du code de procédure civile.*

*Mais attendu que la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance, que la cour d'appel, ayant constaté que la société Proximmo n'avait pas saisi le Conseil régional de l'ordre des architectes préalablement à l'introduction de l'instance, a exactement décidé que la demande était irrecevable”.*

Un arrêt récent Cass. 1<sup>re</sup> Civ. 29 mars 2017 a confirmé cette jurisprudence :

*“Aux termes de l'article 254 du décret n° 80 – 217 du 20 mars 1980 portant code des devoirs professionnels des architectes, tout litige entre architectes concernant l'exercice de la profession doit être soumis au Conseil régional de l'ordre aux fins de conciliation, avant la saisine de la juridiction compétente ; après avoir rappelé les dispositions de ce texte, lequel fixe une obligation générale et préalable de conciliation, en la subordonnant à la seule condition que le litige en cause porte sur l'exercice par les architectes de leur profession, et énoncé que l'absence de saisine préalable du Conseil régional de l'ordre des architectes constituait une fin de non-recevoir, la Cour d'appel a décidé, à bon droit, que la demande formée par la société Y, qui n'avait pas satisfait à cette obligation, était irrecevable, peu important qu'aucune stipulation contractuelle instituant une procédure préalable de conciliation (médiation) n'ait été conclue entre les architectes, ni que ceux-ci ne relèvent pas du même Conseil régional de l'ordre des architectes”.*

Toutefois, une clause imposant ou permettant une médiation préalablement à la présentation d'une demande en justice relative aux droits et obligations contractuels des parties ne peut, en l'absence de stipulation expresse en ce sens, faire obstacle à l'accomplissement d'une mesure d'exécution forcée :

*Cour Cass. 2<sup>e</sup> Civ. 22 Juin 2017 “Attendu qu'une clause imposant ou permettant une médiation préalablement à la présentation d'une demande en justice relative aux droits et obligations contractuels des parties ne peut, en l'absence de stipulation expresse en ce sens, faire obstacle à l'accomplissement d'une mesure d'exécution forcée, que nonobstant une telle clause et l'engagement d'une procédure de médiation, un commandement de payer valant saisie immobilière peut être délivré et le débiteur assigné à comparaître à une audience d'orientation du juge de l'exécution...”.*

## Conclusion

La Jurisprudence relative à la force d'une clause de médiation ou de conciliation renvoie au débat actuel sur la démarche volontaire ou obligatoire de la médiation.

L'arrêt rendu par la Cour de Justice Européenne (CJUE) en date du 14 juin 2017, sur une demande de décision préjudicielle introduite par le Tribunal de Vérone (Italie) (affaire C -75-16) concernant la compatibilité de la réglementation nationale de la médiation en Italie avec la directive 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges (médiation obligatoire, assistance obligatoire de l'avocat, droit de retrait de la procédure de médiation sous réserve d'un juste motif) aura incontestablement un impact sur la réglementation nationale relative aux modes amiables de règlement des différends, notamment la médiation et sur l'évolution de la Jurisprudence.

La CJUE admet qu'un État puisse instaurer une médiation obligatoire comme préalable à tout recours juridictionnel.

Cependant, ce mode de règlement n'est conforme au droit à l'accès au juge que si certaines conditions sont respectées, limitant finalement sa mise en œuvre.

Ainsi, l'exigence d'une procédure de médiation ou de conciliation comme condition de recevabilité d'un recours juridictionnel peut s'avérer compatible avec le principe de protection juridictionnelle effective *"lorsque cette procédure n'aboutit pas à une décision contraignante pour les parties, n'entraîne pas de retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel, suspend la prescription des droits concernés, et ne génère pas de frais, ou des frais peu importants pour les parties"*.

Dès lors, la CJUE encadre strictement l'instauration d'une procédure de médiation qui conditionne la recevabilité du recours juridictionnel.

En France, les professionnels enseignent comme une évidence que la médiation doit procéder d'une approche purement volontaire, mais la loi dite J21 du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la justice, par certaines dispositions et pour certains types de contentieux, rend désormais l'utilisation d'une conciliation ou d'une médiation obligatoire, en amont d'une saisine du juge.

Dans un article récemment publié, François Staechele, magistrat honoraire et médiateur montre que :

L'aspect volontaire de la médiation « pétition de principe... n'a rien d'un impératif universel" et, "bien des pays y dérogent sans inconvénient : l'Allemagne en droit du travail... les Pays-Bas, l'Irlande, la Grèce en matière commerciale..." et que "d'autres... sans la rendre formellement obligatoire, sanctionnent le refus déraisonnable d'y procéder".

François Staechelé ajoute que :

*“Les médiations rendues obligatoires par l’effet d’une clause de médiation sont un autre exemple que le caractère contraignant ne constitue pas un obstacle psychologique dirimant à la conclusion d’un accord”.*

Et il précise :

*“Quand une partie souhaite une médiation et que l’autre s’y refuse, pourquoi faudrait-il que celui qui la refuse ait systématiquement raison ? Ne serait-il pas plus normal que ce soit le juge, dont c’est la mission naturelle, qui prenne la décision et tranche le litige ?”*

Pourquoi donc en effet, ne pas accepter qu’après avoir entendu les parties et leurs avocats, le juge puisse ordonner la médiation même lorsque tous n’y sont pas favorables ?

Quand le juge a ordonné une médiation, et que cette mesure judiciaire dont il a pris l’initiative a permis aux parties de trouver elles-mêmes, avec l’aide du médiateur qui a été désigné, l’accord qui met fin à leur litige et apaise voire restaure leur relation pour le futur, il a parfaitement rempli le rôle social qui est le sien.

Une nouvelle jurisprudence va nécessairement voir le jour à l’avenir sur cette problématique.

Et, il est temps que la médiation se voie reconnaître en amont du judiciaire et dans les tribunaux et les cours d’appel la place que le législateur lui a assignée il y a déjà vingt-deux ans et que la jurisprudence de la Cour de cassation lui a reconnue.

Il serait en effet dommageable pour les justiciables, mais aussi pour tous les professionnels de la justice, qu’elle reste plus longtemps aux marches des palais de justice.

La médiation, parce qu’elle permet de responsabiliser les personnes dans la résolution de leurs différends, répond aux aspirations d’une société du XXI<sup>e</sup> siècle.

La médiation qui permet la restitution du pouvoir décisionnel aux personnes et aux entreprises doit devenir une évidence, elle remet de l’humanité dans le procès et y introduit une culture de paix.

A terme, c’est le visage de tous les acteurs de la justice qui va changer, c’est la façon de rendre la justice qui va se transformer.

Le juge, qu’il soit juge civiliste, juge commercial, juge de la famille, juge consulaire, conseiller prud’homal, doit avant tout développer la culture judiciaire citoyenne et être un facteur de la paix sociale en encourageant et développant la médiation dans sa pratique.

A Nîmes, le 13 décembre 2017,

Marc Juston

Magistrat honoraire