HAL
open science

LA PRESCRIPTION DE LA MEDIATION JUDICIAIRE ANALYSE SOCIO-JURIDIQUE DES DISPOSITIFS DE MEDIATION DANS TROIS COURS D'APPEL : DE LA PRESCRIPTION A L'ACCORD DE MEDIATION Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice

Philippe Charrier, Adrien Bascoulergue, Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, Gérald Foliot

To cite this version:

Philippe Charrier, Adrien Bascoulergue, Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, Gérald Foliot. LA PRESCRIPTION DE LA MEDIATION JUDICIAIRE ANALYSE SOCIO-JURIDIQUE DES DISPOSITIFS DE MEDIATION DANS TROIS COURS D'APPEL : DE LA PRESCRIPTION A L'ACCORD DE MEDIATION Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice. [Rapport de recherche] Mission de Recherche Droit et Justice. 2017. halshs-01693773

HAL Id: halshs-01693773

https://shs.hal.science/halshs-01693773v1

Submitted on 26 Jan 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

MISSION DE RECHERCHE
Droit & Justice

LA PRESCRIPTION DE LA MEDIATION JUDICIAIRE

ANALYSE SOCIO-JURIDIQUE DES DISPOSITIFS DE MEDIATION DANS TROIS COURS D'APPEL : DE LA PRESCRIPTION A L'ACCORD DE MEDIATION

PHILIPPE CHARRIER
Centre Max Weber – UMR 5283
CNRS / Université Lumière Lyon 2
ADRIEN BASCOULERGUE
Droit, Contrats, Territoires EA 4573
Université Lumière Lyon 2
JEAN-PIERRE BONAFE-SCHMITT
Centre Max Weber- CNRS UMR 5283
CNRS / Université Lumière Lyon 2
GERALD FOLIOT
TGIR Huma-Num

Octobre 2017

Centre Max Weber

DCT droitscontratsterritoires

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice

MISSION DE RECHERCHE
Droit & Justice

LA PRESCRIPTION DE LA MEDIATION JUDICIAIRE

ANALYSE SOCIO-JURIDIQUE DES DISPOSITIFS DE MEDIATION DANS TROIS COURS D'APPEL : DE LA PRESCRIPTION A L'ACCORD DE MEDIATION

PHILIPPE CHARRIER
Sociologue
Chercheur au Centre Max Weber
UMR 5283 - CNRS / Université Lumière Lyon 2

ADRIEN BASCOULERGUE
Juriste
Maître de conférences à l'Université Lyon 2
Chercheur au laboratoire Droit, Contrats, Territoires EA 4573
Université Lumière Lyon 2

JEAN-PIERRE BONAFE-SCHMITT
Sociologue
Chargé de recherches au Centre Max Weber- CNRS UMR 5283
CNRS / Université Lumière Lyon 2

GERALD FOLIOT
Ingénieur de recherche
TGIR Huma-Num

Avec la participation de :

CLEMENCE DESIRE
Doctorante - Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

GILDA NICOLAU
Professeur de Droit privé
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne
Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris

NOEMIE RESSEGUIER
Médiatrice

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n°215.10.10.32). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

Centre Max Weber

DCT droitscontratsterritoires

SOMMAIRE

INTRODUCTION 4

PARTIE A : L'Observatoire des Médiation : un outil renforcé 31

PARTIE B : Les dimensions juridiques de la prescription de la médiation..... 54

PARTIE C : Les Pratiques de prescription 61

PARTIE D : Les tentatives d'expérimentation de prescription de la médiation.... 97

PARTIE E : Des obstacles identifiées aux propositions pour améliorer la prescription 114

PARTIE F : Synthèse des propositions 126

BIBLIOGRAPHIE..... 127

LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS UTILISEES 131

TABLES DES MATIERES 132

INTRODUCTION

1. Etudier la prescription de la médiation judiciaire pour la développer

La médiation commence à posséder une histoire conséquente en France que l'on peut faire remonter à plus de 40 ans. Ce nouveau mode de gestion des conflits fait ses armes dans les années 1970, si l'on se réfère aux premières instances de médiation, comme la création en France du Médiateur de la République en 1973 (Bonafé-Schmitt, 1992, Delaunay, 1999). Depuis cette époque, la médiation s'est développée dans tous les champs de la vie sociale de la famille au scolaire, en passant par le quartier, le travail… Dans ce nouveau contexte, elle ne représente plus une simple alternative à la justice, mais un autre mode de gestion des conflits et pour certains, un autre mode de régulation sociale (Bonafé-Schmitt, Dahan, Salzer, Souquet, Vouche, 1999 ; Bonafé-Schmitt, 1992 ; Guillaume-Hofnung, 1995 ; Six, 1990 ; Chevalier, Desdevises, Milburn, 2003 ; Milburn, 2002 ; Ben Mrad, 2002 ; De Briant, Palau, 1999 ; Futiak, 2009 ; Faget, 2010). Après les années d'euphorie où la médiation a parfois été présentée hâtivement comme le « remède » à tous les maux de la société, on a assisté à des critiques la concernant, voire à un certain désenchantement (Serverin, 2004).

La médiation judiciaire a elle aussi connu une expansion sans précédent. Sous l'impulsion de plusieurs rapports publiés à la fin des années 2000 (Floch, 2007 ; Guinchard, 2008 ; Magendie, 2008), elle est devenue une solution légitime pour régler les litiges des justiciables, au point où de nos jours ne ce n'est pas tant la question de la présence ou non de la médiation dans les tribunaux qui fait débat, mais plutôt la ou les formes qu'elle devrait prendre. Pour les magistrats, elle représente également un nouvel outil qui marque les évolutions récentes de l'office du juge auquel on demande une intervention à géométrie variable en fonction de la configuration du litige considéré : « Cette réflexion préalable sur les transformations de la démocratie invite à *renverser* la perspective : alors que jusqu'ici la règle était le traitement judiciaire ordinaire, c'est-à-dire en audience et par des juges, et l'exception un traitement par d'autres moyens – d'où le terme de modes "alternatifs" de traitement des conflits –, la règle aujourd'hui est de proposer une transaction, l'exception étant le traitement juridictionnel. C'est la raison pour laquelle nous suggérons de partir non pas des contentieux relégables, mais d'une interrogation sur la manière la plus adéquate et la plus démocratique de résoudre les types de contentieux en raison de leur nature. (…) Il faut donc penser non en termes d'intra/extra-judiciaire mais en termes d'éloignement du juge ; non pas en termes de présence/absence, officiel/alternatif, mais *en fonction de l'intensité de l'intervention du juge*. Celle-ci peut être *virtuelle* – c'est-à-dire possible mais non effectuée et néanmoins efficiente puisqu'elle inspire la solution imaginée par les parties –, présente mais se bornant à valider ou autoriser un accord ou de plein exercice » (Garapon, Perdriolle, Bernabé, 2013, p.31). Nous verrons au cours de ce rapport que la médiation est bien présente dans le système judiciaire, mais avec des configurations bigarrées et plurielles. Dès lors, son émergence dans l'espace judiciaire n'a rien d'anecdotique ; elle accompagne des transformations profondes sur la manière de juger de nos jours.

Il est donc venu le temps de s'interroger non pas sur le plan idéologique (entre les partisans et les opposants à la médiation) mais d'une part sur ce que produit la médiation aujourd'hui -

notamment sur la manière dont les institutions judiciaires résolvent les conflits - et d'autre part sur les façons dont on peut renforcer sa présence, autrement dit favoriser sa prescription.

Le Centre Max Weber et le laboratoire Droit, Contrat, Territoire de l'Université Lyon 2 ont développé des recherches et des analyses sur la médiation notamment via le soutien à la création de l'Observatoire des médiations[1], dont les objectifs répondent en parties aux finalités de cette étude, à savoir : dresser un état des lieux de la médiation, analyser ce phénomène de la médiation tant judiciaire que conventionnelle et étudier ce nouvel acteur qu'est le médiateur.

Dans le cadre de cet appel à projets proposé par la Mission de recherche Droit et Justice du Ministère de la Justice, nous souhaitons poursuivre des travaux antérieurs portant sur l'évaluation de la médiation en les combinant avec la problématique de la prescription de la médiation judiciaire, sujet assez peu abordé jusque-là. Cette étude permet en parallèle d'alimenter l'Observatoire des médiations en dossiers judiciaires tout en autorisant de les analyser quantitativement comme nous le ferons dans les pages de ce rapport. En effet, le développement timide de la médiation judiciaire est-il le fait de résistances, d'oppositions tacites de la part d'acteurs, comme ceux traditionnels de la gestion des conflits que ce sont les avocats ou les magistrats ? C'est pour l'ensemble de ces raisons, que nous nous sommes fixés comme objectif d'analyser les voies que prennent la prescription de la médiation, comment cette dernière se déroule, comment elle est mise en œuvre et les obstacles qu'elle rencontre. Cela nous conduira également à faire ressortir les expériences réussies de médiation judiciaire dans un certain nombre de juridictions pour en retirer les atouts mais aussi les points communs.

Toutes ces raisons nous ont conduits à focaliser notre attention sur la problématique de la prescription, question assez peu étudiée dans le champ qui nous occupe. Par prescription, il faut entendre l'action de suggérer, d'orienter ou d'ordonner aux parties en présence l'utilisation de la médiation pour le règlement de leur litige. Or, ces actions sont le fait de plusieurs acteurs dont nous ignorons bien souvent les motivations. S'agit-il d'une stratégie de fluidification des flux judiciaires ? S'agit-il d'augmenter les outils à disposition pour rendre un service plus efficient au justiciable ? S'agit-il de la mise en pratique d'une réflexion autour de l'évolution du droit et de la justice ? S'agit d'une forme de militantisme ? Enfin, s'agit-il de répondre à des attentes des justiciables pour lesquels ces acteurs ne fournissaient pas jusque-là de réponse efficiente ?

Nous n'avons pas la prétention de répondre définitivement et entièrement à toutes ces questions. Notre objectif est plus modeste. Il est de comprendre comment la prescription de la médiation se construit sur le terrain, dans les juridictions et avec quels acteurs. Il est également d'en comprendre les « ressorts », les logiques sous-jacentes plus ou moins explicites, afin de fournir aux acteurs de la justice des éléments pour améliorer et développer la prescription de la médiation judiciaire[2].

En dehors d'un certain volontarisme législatif ou d'un contexte particulier, nous faisons l'hypothèse que la réussite des projets de médiation résulte de la conjonction d'un certain nombre de facteurs liés aussi bien aux parcours de vie, qu'aux expériences professionnelles des principaux acteurs de la médiation et notamment aux « acteurs prescripteurs » : magistrats, avocats, médiateurs. Nous faisons également l'hypothèse que les actions de médiation judicaires gagnent en efficacité quand elles bénéficient d'un soutien réciproque des acteurs de la médiation,

[1] https://www.observatoiredesmediations.org/
[2] La dernière partie de ce rapport regroupe des propositions à cet effet.

formant un système social sur lequel les propositions de médiation peuvent s'appuyer et être renforcées aux yeux des justiciables.

Pour vérifier ces hypothèses, nous avons mené une recherche empirique en opérant une analyse détaillée des dossiers de médiation, depuis l'envoi en médiation par le magistrat jusqu'à la réussite ou l'échec du processus de médiation et ses différentes issues. Nous nous proposons d'analyser toutes les formes de prescriptions, qu'elles soient proposées ou ordonnées, qu'elles soient systématiques ou raisonnées. Cela nous permettra d'aborder entre autre sujet celui des critères de choix mobilisées par les acteurs, notamment les magistrats, pour renvoyer, conseiller ou orienter un justiciable vers la médiation. Nous savons que c'est une opération qui est parfois intuitive, parfois construite autour de critères définis à l'avance. On peut se remémorer le dispositif mis en place à la chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble par Béatrice Blohorn-Brenneur (2006), qui avait mis en avant un certain nombre de critères liés à l'ancienneté, à la fonction (encadrement), au lien familial unissant les parties, etc.

Nous nous attacherons ensuite à analyser les éléments favorables à l'acceptation du processus tant par les médiés que les avocats. Il est difficile de connaître la part de refus d'un ou des potentiels médiés. Cependant il demeure qu'elle est importante et que par conséquent le cadre et les personnes qui la présentent ont un poids considérable dans l'issue de cette proposition[3]. Il est vrai que la médiation repose sur le postulat de la liberté des parties. De ce fait, le principe d'instaurer la médiation obligatoire, comme cela se pratique dans certains pays (Italie, Grande-Bretagne), suscite de nombreuses controverses et polémiques. C'est pour cette raison que nous nous attacherons à décrire les différents processus incitatifs parfois prévus par les textes ou par les juridictions (audience de médiation…) et la manière dont ils sont utilisés par les acteurs prescripteurs. Nous chercherons à analyser l'efficience ou non de ces différents dispositifs législatifs ou prétoriens.

À côté des magistrats, il convient de cerner et d'analyser le rôle des avocats dans le processus de médiation, précisément dans leur rôle de prescripteur. En effet, avec le développement de la médiation dans tous les champs de la vie sociale, les avocats ont été confrontés à l'apparition d'un nouvel acteur dans le champ, pour ne pas dire le marché de la gestion des conflits, à savoir le médiateur. Si au départ, cette fonction pouvait apparaître accessoire à une activité principale comme celle d'avocat, de travailleur social, de consultant… très rapidement un processus de professionnalisation s'est mis en place avec comme point d'orgue, la création du diplôme d'État de médiateur familial (DEMF) qui consacre l'existence d'une nouvelle profession, celle de médiateur mais limitée au domaine familial.

Les avocats se sont opposés à la création de ce DEMF, mais sans succès et actuellement cherchent à s'adapter à la situation en proposant aux membres de la profession de se former à la fois comme médiateur mais aussi comme conseiller auprès de leurs clients engagés dans des processus de médiation, tout domaine confondu. Mais, si dans le domaine familial, une sorte de

[3] Lorsque le cadre est préparé, les résultats sont visiblement très encourageants. Dans l'expérience relatée par Fabrice Vert dans le cadre du pôle social de la Cour d'Appel de Paris, une permanence de médiateurs a été organisée pendant l'audience. « Sur les 631 permanences qui ont eu lieu en 2010, 337 dossiers ont fait l'objet d'une information sur la médiation, 223 médiations ont été ordonnées dont 192 ont été terminées au 31 décembre parmi lesquelles 201 ont réussi, soit 53% du total des médiations terminées » (Vert, nd, p.42). Malheureusement l'auteur ne précise pas le nombre de dossiers que représentent ces 631 permanences. Cependant, 66% des dossiers pour lesquels une information a été fournie se sont conclus par une acceptation du processus.

monopole de la médiation s'est difficilement instauré (Bastard, 2008), dans les autres domaines civils les avocats sont bien présents, certains d'entre eux ajoutant la compétence de médiateur à celle de défenseur et conseillers[4]. Dans le cadre de cette recherche, nous suivrons les avocats impliqués dans les processus de médiation judiciaire identifiés pour analyser et comprendre à la fois la manière dont ils conseillent leurs clients en amont (lors de l'acceptation ou non du processus de médiation) et à la fois comment ils envisagent l'accompagnement de leur client lors déroulement de la médiation (participation ou non aux rencontres de médiation, participation ou non à la rédaction de l'accord…). Nous analyserons aussi leurs représentations de la médiation et veillerons à cerner les pratiques ou méthodes mises en œuvre par les avocats isolément ou collectivement au niveau des barreaux, pour répondre et s'adapter à cette nouvelle fonction dans l'accompagnement de leurs clients lors des processus de médiation.

Comme on peut s'y attendre, le dernier acteur de la prescription est le médiateur lui-même. Il paraissait évident de les interroger afin d'identifier la manière dont ils agissent pour faire connaître la médiation et savoir comment ils la présentent à des personnes auxquelles ils doivent en faire l'information. Dans un second temps, il s'agissait de repérer quelles voies seraient à développer pour améliorer cette prescription.

On connaît assez mal les médiateurs. Si notre objectif n'est pas, dans ce rapport, de dresser le profil des médiateurs judiciaires, reste que nous souhaitions connaître leur opinion sur le développement de la médiation judiciaire dans les territoires investis.

L'émergence du médiateur dans le champ de la gestion des conflits et des relations sociales a suscité de nombreuses interrogations notamment sur son identité et celle de la professionnalisation de cette nouvelle activité. Pour y répondre, il conviendrait de développer une sociologie des médiateurs afin de cerner leur profil socio-professionnel, leur formation à la médiation, leur mode d'exercice de cette fonction... Cette sociologie reste à faire en raison de la quasi-absence de recherches précises sur cette question[5]. On peut s'étonner de cette carence surtout lorsque l'on sait que les médiateurs sont issus de professions aussi diverses que celles d'avocat ou encore de conseiller conjugal ; ces trajectoires n'étant probablement pas sans conséquence sur la manière qu'ont ces professionnels de gérer le processus de médiation. Quel qu'en soit l'intérêt, cette problématique reste afférente à celle qui nous occupe ici. Car c'est bien sur les moyens de développer la médiation judiciaire que le questionnement se focalise, même si on peut, par hypothèse, songer qu'une organisation professionnelle structurée peut être un atout pour asseoir cette prescription.

Le champ de la médiation est traversé aussi par différentes logiques, les unes instrumentales, c'est-à-dire réduisant cette dernière à un mode de pacification des relations sociales, les autres plus communicationnelles, faisant de la médiation, un autre mode de régulation sociale (Bonafé-Schmitt et *al.*, 1999). C'est pour analyser ces différentes logiques que le Centre Max Weber a débuté un programme de recherche, il y a 10 ans, portant sur l'évaluation des dispositifs de médiation et dont la présente étude en est une déclinaison. Nous avons concentré les premiers

[4] Bon nombre de barreaux, comme celui de Lyon, ont mis en place des modules de sensibilisation au processus de médiation dans le cadre des Ecoles d'Avocats. D'autres se forment au processus de médiation, soit pour poursuivre cette sensibilisation, soit pour agir en tant que médiateur.

[5] Il existe pourtant quelques publications éparses sur cette question : E. Gray, « AFM survey results outline interesting demographic picture of members », *Mediation News*, vol. 16, n°3, 1997 ; Etude portant sur 250 médiateurs familiaux du Canada et publié dans *Interaction*, vol. 10 n°2, 1998 ; Comité National des Associations et Services de Médiation Familiale « Le profil du médiateur familial-Résultats de l'enquête-mars 2000 », 28 p.

travaux sur l'évaluation de la dimension éducative de la médiation, car nous avions fait l'hypothèse que la médiation pouvait s'apparenter à un « agir communicationnel », d'une nouvelle forme d'action, permettant de transformer, non seulement, la manière d'agir mais plus généralement les relations sociales (Habermas, 1981).

L'espace judiciaire est lui aussi touché par ces transformations. La demande des justiciables évolue. Comme le précisait une enquête menée par le Service statistique du Ministère de la Justice en 2013, on constate « des avis partagés sur le recours systématique au juge » (Cretin, 2014, p.3). En effet, dans les affaires civiles, la moitié des personnes interrogées pensent que « dans certains conflits, le juge n'est pas la personne la mieux à même pour trouver une solution ». Ainsi, au-delà des antiennes concernant la lenteur de la justice, c'est également une demande de simplification de la procédure qui est attendu. On peut penser que la médiation, comme dispositif basé avant tout sur une logique communicationnelle peut être une réponse à ces griefs.

Nous sommes conscients que le développement de ces nouvelles formes d'actions suscite, comme nous avons pu le constater dans des recherches antérieures, des résistances, des oppositions de la part de bon nombre d'acteurs, aussi bien des médiés que des acteurs traditionnels de la gestion des conflits (Bonafé-Schmitt, Robert, 2001). C'est pourquoi il nous semblait important d'interroger la prescription de la médiation, sur la manière dont elle pouvait être présentée, justifiée, proposée ou ordonnée afin d'affaiblir ces résistances ou bien de les contourner.

2. La prescription de la médiation : état des lieux

Les médiations en France bénéficient de plusieurs décennies d'exercice, certes avec des développements distincts selon les secteurs et les domaines. Dans le domaine judiciaire, l'expérience de la médiation est l'une des plus conséquentes et récurrentes puisque la médiation judiciaire fait partie des actions juridiques depuis la loi du 8 février 1995.

Ce projet s'inscrivant dans la continuité de travaux antérieurs sur l'évaluation de la médiation, nous avions opté pour l'hypothèse selon laquelle le faible développement de la médiation s'explique par des résistances, des oppositions de la part de bon nombre d'acteurs, que ce soit les médiés ou les acteurs traditionnels de la gestion des conflits comme les avocats, les magistrats, mais également par des manques, des défauts ou des absences dans la prescription de la médiation. C'est ce deuxième point que nous souhaitons investir ici prioritairement.

Il faut avant toute chose définir ce que nous entendons ici par prescription. **La prescription de la médiation correspond à l'ensemble des actions entreprises par des acteurs ayant pour objectif d'une part de faire connaître la médiation et d'autre part de faire en sorte qu'elle soit pratiquée de manière croissante quel que soit le domaine d'application.** La prescription ne doit pas être comprise ici dans son acception juridique la plus communément admise, à savoir l'écoulement d'un délai à l'expiration duquel une action judiciaire ne peut plus être exercée. Nous ne la concevons pas non plus dans le sens d'un ordre formel précisant ce qu'il convient de faire, sens que nous retrouvons dans l'expression les « prescriptions de la loi ». Il s'agit plutôt de saisir la prescription dans son sens médical et thérapeutique, celle de recommandation, éventuellement consignée sur ordonnance, mais qui n'est pas accompagnée d'un pouvoir de coercition faite par le praticien. La prescription, au sens où nous l'utilisons ici

fonctionne sur le registre du conseil, de l'incitation et de la recherche de l'adhésion de celui ou celle qui la reçoit.

Le problème est autant de connaître les différentes formes de prescriptions à l'œuvre que les résistances et oppositions qu'elles provoquent. C'est pour ces raisons, que nous nous sommes fixés comme objectif d'identifier et d'analyser à la fois ces phénomènes de résistance, mais aussi les expériences réussies de prescription de la médiation pour en faire ressortir les mécanismes. En dehors d'un certain volontarisme législatif ou d'un contexte particulier, nous faisons l'hypothèse que la réussite des projets de médiation résulte de la conjonction d'un certain nombre de facteurs liés aussi bien aux parcours de vie, qu'aux expériences professionnelles des principaux acteurs de la médiation : magistrats, médiateurs, avocats.

Si la problématique de la prescription est assez peu développée dans la littérature portant sur la médiation et les modes amiables, reste qu'un certain nombre de travaux et de réflexions sont menés sur des thèmes assez proches, comme les résistances à la médiation, le champ d'application de la médiation ou bien encore le lien entre médiation et déjudiciarisation. Nous proposons de passer brièvement en revue les connaissances en la matière, celles que nous avons pu recenser dans la littérature juridique et sociologique française. Notre propos s'organise autour des trois acteurs de la prescription, les magistrats, les avocats et les médiateurs. Nous verrons que pour ces derniers, les connaissances sont parcellaires, au point qu'on peut se demander si la médiation n'est pas mal servie par les médiateurs.

2.1. Prescrire la médiation : accepter la diversification des réponses juridiques

On a peut-être trop rapidement oublié le poids du courant critique du droit émergeant au cours des années 1970 et qui a profondément marqué la manière d'envisager la réponse juridique aux litiges et conflits qui sont proposés au monde judiciaire (Delpeuch, Dumoulin, De Galembert, 2014). On songe aisément aux débats sur la réponse pénale à certaines infractions dites mineures et l'émergence de la justice « restaurative » ou « réparatrice » (Jaccoud, 2003, Cario, 2010 ; Walgrave, 1999 ; Bonafé-Schmitt, 1995). Mais en fin de compte ce sont tous les domaines judiciaires qui sont concernés. Or l'idée de fond touche à la politique judiciaire et à l'action publique en général. En effet, il semble acquis qu'un pluralisme judiciaire doit être promu ce qui suppose une diversification dans les modalités de règlements des différends. Comme l'écrit Loïc Cadiet, « les modes alternatifs de règlement des conflits relèvent aujourd'hui, en France, d'un choix de politique publique visant à diversifier les réponses susceptibles d'être proposées aux justiciables par l'Etat pour le règlement de leurs différends, sorte d'offre de pluralisme judiciaire dont le mot d'ordre pourrait être : "à chaque type de conflit son mode de solution" » (Cadiet, 2011). De la sorte, on ne peut saisir correctement l'enjeu de la prescription de la médiation et son ampleur sans perdre de vue qu'il s'agit là d'un mouvement qui entérine une évolution profonde du « rendre justice », autrement dit de la réponse judiciaire, qui se pare aujourd'hui d'un nécessaire pluriel.

Ainsi prescrire la médiation et se prêter à des actions de prescripteur en la matière, revient à signifier que l'on accepte des modes de résolutions des conflits divers, ajustés au type de conflit considéré et plus ou moins détachés des institutions judiciaires. « Si tous les conflits ne se prêtent pas à une solution extrajudiciaire, à l'inverse, tous les conflits ne se prêtent pas non plus à une solution juridictionnelle : de même que toutes les maladies ne justifient pas d'aller d'emblée voir

le service spécialisé de l'hôpital public, tous les conflits ne justifient pas d'emblée d'aller voir un tribunal. » La comparaison opérée par Loïc Cadiet[6], pleine de bon sens, revient à entériner l'éloignement de la logique juridico centrée, à faire que le règlement des conflits ne passe pas forcément par le tribunal.

Il nous semble qu'il s'agit là, au-delà de la reconnaissance des modes amiables, d'une perspective sur la justice qui apparait comme primordiale pour impulser des pratiques prescriptives. En effet, comment conseiller et/ou suggérer la médiation (et les modes amiables plus globalement) si l'on considère que la réponse judiciaire est une, invariable et surtout indispensable ? À l'inverse, adhérer à l'idée d'un pluralisme judiciaire et la décliner par des actions en cohérence avec cette idée, conduit probablement l'acteur à évoquer, voire conseiller la médiation auprès des éventuels médiés. Autrement dit, le pluralisme judiciaire et la diversification des réponses judiciaires sont probablement des positions à l'origine des pratiques de prescription que nous devons scruter dans les discours des acteurs potentiellement prescripteurs.

2.2. Prescrire la médiation : droit à l'équité et présence du justiciable dans son litige

Le pluralisme judiciaire n'est pas le seul prérequis pour s'engager dans la voie de la prescription de la médiation. Il s'agit également de s'interroger sur la nature de la réponse judiciaire. Doit-elle s'appuyer sur l'égalité de traitement ou sur la logique d'équité ? Le débat n'est pas nouveau, qui plus est dans le monde de la justice. Cependant, la médiation et sa prescription ont pour particularité de renouveler la question en plaçant au centre la notion d'équité : les justiciables raisonnent davantage en termes d'équité que d'égalité, même si cette dernière valeur demeure. Comme le signale Loïc Cadiet, la demande d'un droit au procès équitable émerge, à savoir la mise en œuvre de processus de règlement des conflits où l'équité acquiert plus de valeur que l'égalité de traitement. On sait qu'en matière d'équité les modes amiables sont plus à même d'y répondre, que ce soit la médiation ou la conciliation. Cela répond également à une attente en termes de présence, voire de participation au processus. Nombre de personnes intégrant une procédure judiciaire ne se résignent pas à être passif au cours de celle-ci. Il peut exister un décalage en termes de perception entre ces justiciables et les professionnels du droit (avocats, magistrats, etc.). Les uns peuvent penser égalité alors que les autres raisonnent en équité. Les uns pensent avoir un pouvoir d'action par délégation alors que les autres souhaitent agir en toute autonomie avec le soutien de leur conseil.

Cette présence du justiciable n'est pas seulement symbolique ; elle est également physique. Car « si un justiciable peut être jugé sans son accord, ni même sa présence, une partie à un conflit ne peut être conciliée contre son gré, ni même en son absence » (Cadiet, 2011, p.166). Ainsi, prescrire la médiation et la promouvoir c'est introduire les parties à part entière dans leur conflit, ne pas les placer en périphérie mais au centre[7].

---

[6] On notera que l'auteur n'hésite pas à utiliser la métaphore médicale pour expliciter sa position comme nous l'avons proposé pour définir la notion de prescription.

[7] En parallèle de nos démarches de terrain, nous avons effectué quelques observations dans le cadre de jugement en référé au TGI de Lyon. Même s'il peut y avoir des variations selon les chambres et les types d'affaires, la très grande majorité des litiges se traitent en l'absence des parties. Les salles d'audiences sont des espaces où le non professionnel est une rareté au point que sa présence pour l'observateur peut être une incongruité. Si les procédures

2.3. Prescrire la médiation : une dynamique de déjudiciarisation[8] ?

La prescription de la médiation, quel que soit le domaine d'application se heurte également à la problématique de la déjudiciarisation des règlements des conflits. La médiation – et dans une moindre mesure la conciliation – a été présentée comme un mode alternatif qui pouvait et devait se dérouler tant en dehors de l'espace judiciaire qu'avec des procédures en rupture avec le mode judiciaire. Que ce soit pour des raisons de rationalisation des procédures, de fluidification de l'activité judiciaire ou bien pour accompagner une tendance sociologique et politique qui amène à dissocier la justice et le judiciaire, que l'on considère la justice bureaucratique comme une forme de justice parmi d'autres, la médiation et les modes amiables apparaissent comme le parangon de la déjudiciarisation. Or, bien souvent cette dynamique, parfois mal définie, est perçue comme une forme de renoncement à la justice (ne plus être dans le giron judiciaire = ne plus exercer la justice) alors qu'elle devrait être entendue tant comme un accès à une « flexibilité technique » qu'à une « pluralité juridique » (Nélisse, 1992). Pour le dire autrement, la déjudiciarisation est définie en creux, parce qu'elle n'entre pas dans la dynamique de juridicisation des activités sociales et des rapports sociaux. Elle est présentée comme participant à un mouvement qui va à son encontre voire qui la contrecarre. Dans ce contexte, on peut alors comprendre que les acteurs du judiciaire (les professionnels) appréhendent la médiation dans le sens d'un mouvement alternatif, soit qu'il rééquilibre une judiciarisation jugée trop forte soit qu'il offre de nouvelles possibilités de rendre et de faire la justice. Plus rares sont les positionnements qui font de la médiation une modalité de règlement des différends qui vit à côté du monde judiciaire tout en n'étant pas perçu comme une menace pour celui-ci.

Si la montée en puissance de la médiation est effective, elle se manifeste en premier lieu dans le domaine des rapports familiaux. Il semble que ce domaine puisse être assez « déjuridiciarisable » pour que la médiation puisse s'épanouir et devenir le mode de règlement légitime. En médiation familiale Amandine Mathivet et Emilie Saint-Macary distinguent trois modes de résolutions des conflits familiaux, le mode judiciaire, la « gestion autonome » et la médiation familiale, qu'elles présentent comme l'alternative à la judiciarisation du conflit (Mathivet, Saint Macary, p.32). En la matière nous avons bien affaire à une prescription dans le sens où, en dehors des médiations conventionnelles ou « spontanées », le juge est celui qui incite les parties à passer en médiation sans avoir pour autant un pouvoir d'imposition. Ces auteurs relient la médiation familiale aux débats sur la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel. Mais elles remarquent tout de même que ce type de procédure n'est pas totalement déconnecté du système judiciaire, puisque intervenant sous l'impulsion du J.A.F. Qui plus est, dans leur publication, les auteures notent que les dispositifs de médiation familiale ne sont pas forcément adaptés à toutes les situations de séparations conjugales. Indirectement, ce constat prouve la fragilité de la thèse de la déjudiciarisation apportée par la médiation, précisément la médiation familiale. Si la première peut être attendue par des couples en séparation, il semble

judiciaires ont tendance à placer les parties en dehors du règlement des litiges, la médiation le réintroduit et rend sa présence consubstantielle au règlement qui pourrait en découler.

[8] « La déjudiciarisation est la base idéologique des propositions de faire traiter désormais certaines catégories d'affaires civiles ainsi que certains problèmes d'ordre pénal, par des institutions parajudiciaires ou privées, existantes ou à créer, plutôt que par les tribunaux de l'ordre judiciaire », André Jean Arnaud (dir.), 1988, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, p. 94. Pour d'autres définitions de concepts plus ou moins connexes s'inscrivant dans cette même idéologie, voir Yves Marie Morissette (1992).

que pour d'autres ce soient « les valeurs rassurantes de "légalité", d'"autorité" et d'"efficacité" » (idem, p.36) qui retiennent leur attention et expliquent leur non recours à la médiation familiale. En conséquence, même dans le domaine où la médiation semble la plus avancée, elle n'est en définitive la preuve que d'une déjudiciarisation partielle et qui peine à se généraliser.

Reste que dès son origine, la question de la nature de la médiation et de son lien avec le système judiciaire est posée. Comme processus indépendant, elle suscite généralement un rejet et des résistances qui conduisent notamment à des évaluations extrêmement critiques comme on peut le lire dans la contribution de Caroline Moreau, Brigitte Munoz-Perez et Evelyne Serverin à propos de la médiation judiciaire civile (2005). Et de constater que l'usage de la médiation est en fin de compte assez faible surtout au regard des efforts des politiques publiques en sa faveur. Il faut souligner qu'il y a quelques incohérences à évaluer la médiation familiale, c'est-à-dire un processus dit déjudiciarisé, avec les outils de la rationalisation judiciaire.

Sans doute faut-il prendre en compte que la déjudiciarisation n'est pas uniquement une dimension technique ou instrumentale ; elle possède également une dimension éducative. C'est l'analyse faite par Jean-Pierre Bonafé-Schmitt lorsqu'il émet l'hypothèse que la médiation peut s'apparenter à un processus éducatif dans le sens où la participation à une médiation peut être comprise comme l'apprentissage d'un nouveau « rituel » de gestion des conflits visant à faire des médiés des acteurs à part entière de leur gestion de conflits (Bonafé-Schmitt, Robert, 2002). D'autre part, la médiation peut aussi prendre l'aspect d'un apprentissage d'un « agir communicationnel », d'une nouvelle forme d'action, permettant de transformer, non seulement la manière d'agir mais plus généralement les relations sociales (Habermas, 1981). Ainsi, avec la médiation, une portée éducative se combine avec une portée transformative des pratiques sociales dans le domaine de la gestion de conflit. Ces analyses sont en fin de compte attendues, venant de la part de sociologues qui s'intéressant aux régulations sociales.

Elles rejoignent pourtant celles de juristes comme Serge Guinchard ou Jean-Claude Magendie (2008 et 2004), qui, dans les recommandations de leurs rapports respectifs, sont nettement favorables aux processus de médiation, aux modes amiables de règlement des litiges en général. La différence ou la nuance se situe autour du lien que ces modes doivent entretenir avec le système judiciaire. D'un côté, on peut la concevoir comme une « contre-culture » (Bonafé-Schmitt, 2000) ; de l'autre il s'agira simplement de nouvelles procédures mises à disposition des justiciables et des citoyens. En définitive, la prescription de la médiation se heurte à la question de la fonction du dispositif et de sa situation par rapport au système judiciaire. Il faut prendre au sérieux l'idée que la représentation qu'en ont les acteurs « prescripteurs » (magistrats, avocats, médiateurs) influence considérablement l'usage qu'il sera fait de la médiation. La proximité ou l'éloignement avec l'idée d'une déjudiciarisation d'un certain nombre de problèmes sociaux ou de conflits explique sans doute pour partie que l'acteur sera favorable ou non à la médiation. À titre d'exemple, rappelons qu'une des premières expériences de médiation sociale, qui se déroula à Valence, fut portée par un magistrat par ailleurs connu pour ses positions favorables envers la dépénalisation du cannabis. Position hétérodoxe à cette époque dans la magistrature, celui-ci a été fortement critiqué par sa hiérarchie et le ministre de la justice de l'époque. Cet épisode démontre combien la prescription de la médiation est intégrée dans la problématique de la déjudiciarisation de certains rapports sociaux, débat qui déborde largement le cas particulier de la médiation.

Cependant, ne peut-on pas considérer que le procès de « déjudiciarisation » est tronqué ou bien artificiellement problématisé ? Déjudiciariser reviendrait à exclure, mettre de côté des procédures qui ne serait pas conformes précisément au modèle judiciaire. Or, ce serait là partir d'un postulat discutable d'un système judiciaire immuable pour ne pas dire rigide. Ce serait également penser une justice comme une institution statique et mal adaptée pour répondre aux attentes des citoyens que nous savons de plus en plus diverses et diversifiées.

Ainsi, la médiation, en tant que mode amiable ne signifie peut-être pas mécaniquement déjudiciarisation, mais peut-être une autre judiciarisation, à coté et non pas opposée à la première. Comme l'écrit Guy Canivet, « la médiation est mode équivalent au jugement ». C'est dans ces expériences de « judiciarisation à côté » que l'on peut voir à l'œuvre des moments et/ou des initiatives visant à prescrire la médiation, notamment pour accroitre sa légitimité mais également pour prouver sa pertinence. Cet objectif rejoint celui de l'Observatoire de la médiation, outil d'observation et de compréhension des pratiques de médiation, mais également outil d'évaluation.

Dans ce qui suit, nous présentons un panorama des analyses autour de la prescription de la médiation, se basant parfois sur des expériences passées où la médiation a été fortement incitée à être pratiquée, qu'elles soient d'origine individuelle ou institutionnelle. Nous aborderons successivement celles se déroulant dans l'espace judiciaire stricto sensu, puis dans le domaine des relations au travail, pour évoquer les initiatives des acteurs, magistrats, avocats et médiateurs.

2.4. Etat des lieux de la connaissance de l'action des juges en matière de prescription

2.4.1. Les magistrats

La médiation judiciaire est un outil à disposition des magistrats. C'est au cours des années 1990 que le Code de procédure civile se dote de dispositions donnant pouvoir au juge de désigner une médiation et un médiateur dans le litige qui lui est présenté[9]. Notons que dans les textes, bien souvent, il y a une association entre médiation et conciliation qui n'aide pas à distinguer les deux procédures, même si la loi citée en note isole la médiation. Il semble que cet instrument de procédure soit peu usité malgré son intronisation dans le code de procédure où il figure en très bonne place. Tout concourt à une sorte de décalage entre le niveau de prescription espéré ou attendu de médiations judiciaires et les prescriptions effectives.

Pourtant, prescrire une médiation est possible à tout moment de la procédure judiciaire ; il n'existe pas de moment jugé plus opportun qu'un autre. Cette souplesse aurait dû faire de la médiation un recours constant voire banal, comme si le magistrat pouvait jouer de cet atout à tout instant, tout en gardant la main sur cette décision. Il semble cependant que la pratique soit quelque peu différente. Si l'on en croit Béatrice Blohorn-Brenneur et son expérience à la Cour d'appel de Grenoble (Blohorn-Brenneur, 2006), l'amorce de la procédure serait l'instant le plus

[9] Articles 21 à 26 de la Loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. L'article 22 précise : « 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 ».

propice. En effet, lorsqu'elle aborde le rôle du juge dans la médiation, selon elle il peut intervenir à trois niveaux : l'information, le tri du contentieux et la désignation du médiateur. Or, l'information à propos de la médiation est mise en place lorsque ce juge estime que le litige répond aux critères de sélection qu'il a établis. Dans ces conditions, c'est au cours du premier contact avec le juge que les parties peuvent être informées puis orientées vers la médiation. De sorte que si la médiation est disponible à tout moment, dans la pratique l'amorce du règlement du litige semble être la période la plus adéquate pour la prescription. La magistrate précise que la médiation peut donner lieu à des « audiences spécifiques de médiation » (Blohorn-Brenneur, 2013). Il semble que ce soit une pratique très particulière, probablement associée à l'expérience grenobloise qu'elle a menée pendant plusieurs années. Car ce type d'audience n'est pas monnaie courante, même si nous l'avons observé ailleurs (cf. partie D).

La prescription de la médiation par le juge suit deux invariants qu'il convient d'expliciter. D'une part, si « la médiation judiciaire se déroule donc à l'ombre du juge », s'il « s'efface, mais un temps seulement, pour permettre aux parties de rechercher un accord » (Dion, 2011), il demeure celui par lequel la médiation peut advenir. Son intuition (celle qui émane de la lecture du conflit) et son initiative sont indispensables et incontournables. En conséquence, dans toute médiation judiciaire il convient d'avoir un magistrat qui formulera l'hypothèse que le dispositif de médiation s'ajustera au cas d'espèce qui lui est présenté. Autrement dit, le magistrat demeure un acteur du règlement du litige et son rôle, s'il n'est pas le plus dense, est sans doute le plus essentiel, car sans son aval, il ne peut y avoir de médiation. D'autre part, comme le précise Béatrice Blohorn-Brenneur, il réalise un travail de sélection. Il ne s'agit pas que d'une simple opération de tri mais d'une véritable œuvre de catégorisation des affaires susceptibles de faire l'objet d'un règlement par la médiation. La mobilisation de tels critères par le juge reste un domaine largement méconnu et l'un des objectifs de cette recherche est d'en avoir une plus ample connaissance. Béatrice Blohorn-Brenneur a le mérite de rendre explicite cette grille de lecture des dossiers en mobilisant 8 critères sur lesquels il convient de s'arrêter. Pour proposer une médiation, le magistrat doit préférer les litiges :

1/ où le conflit est relationnel

2/ où il y a une part importante d'affects et d'émotions

3/ où la solution dépend de l'appréciation des faits de la cause, ce qui peut entraîner l'aléa

4/ où la solution juridique serait inéquitable ou emporterait des conséquences démesurées pour l'une des parties

5/ où la lenteur et le coût de la justice sont à redouter

6/ où la décision risque de se heurter à des difficultés d'exécution

7/ où la publicité de la justice serait préjudiciable aux parties ou à l'une d'elle

8/ où les relations futures doivent être sauvegardées (Blohorn-Brenneur, 2013).

Une brève analyse de ces critères est particulièrement intéressante. Ils ne relèvent pas du droit mais plutôt de la psychologie ou plus prosaïquement du bon sens. Dans le même temps émerge une dimension pragmatique dans la continuité de la théorie de la mise en question du droit (Carbonnier, 2004) : pourquoi poursuivre la procédure judiciaire dont on sait que la décision attendue ne sera probablement pas exécutée ? On la retrouve dans les critères 3, 5, 6 et 7 qui font apparaître une forme de « pragmatisme juridique » que l'on rencontre également dans le cadre des tribunaux de commerces (Lazéga, 2009). Certains pourront considérer ces critères comme des signes d'instrumentalisation de la procédure de médiation. En effet, des

critères comme la lenteur et coût de la procédure judiciaire peuvent sembler réduire la médiation à une technique de désengorgement des tribunaux même si l'on sait par ailleurs que cette solution instrumentale ne saurait réduire la problématique de la « société contentieuse » qui n'est peut-être qu'un spectre (Cadiet, 1995). À l'inverse on peut y voir une justice qui agit pour trouver une solution aux impasses où mènent parfois les procédures judiciaires, à l'image de l'aléa judiciaire, qui peut être compris par un magistrat mais bien plus difficilement par une partie. Les deux premiers critères mobilisent des compétences proches de la psychologie puisqu'il s'agit d'évaluer si le conflit est d'ordre relationnel (en supposant que s'il l'est, la médiation est l'instrument adéquat) et/ou si des motifs affectifs sont susceptibles d'entraver la procédure judiciaire. Cela présume non seulement d'une sensibilité particulière de la part du magistrat mais également l'autorisation qu'il se donne d'user de celle-ci dans le cadre d'une procédure judiciaire, assentiment qui ne peut se prendre qu'en son for intérieur. Enfin, les critères 4 et surtout 8 relèvent d'une dimension sociologique. Si le magistrat considère que l'équité peut être un mode raisonnement mobilisable pour le règlement d'un différend et s'il considère qu'il se doit de veiller à ce que les parties en conflit reconfigurent leurs relations pour des raisons impératives (comme peut l'être « l'intérêt de l'enfant »), il se fait quelque peu sociologue.

Ainsi, ces critères – qui sont ceux utilisés par une juge au cœur d'une expérimentation – font que dans son travail de sélection, le magistrat convoque des compétences qui sont à la marge de celles qu'il possède, en tout état de cause, absente du bagage indispensable du magistrat, à l'aulne du contenu de sa formation. Pour le dire autrement, les magistrats ne bénéficient pas de formations susceptibles de les épauler dans ce travail de catégorisation. Probablement, nous touchons à une limite de la prescription de la médiation par les juges[10]. La formation apparait ici comme un levier important. Il est remarquable de constater qu'il pourrait en être de même pour un autre prescripteur de médiation, l'avocat, comme nous le verrons un peu plus loin.

2.4.2. Les médiateurs

C'est un domaine où la recherche est quasiment absente. Ceci peut sembler paradoxal, mais nous avons trouvé peu d'écrits et d'études portant directement sur les actions entreprises par les médiateurs pour promouvoir leurs missions. Se peut-il que le travail des médiateurs étant soumis à une déontologie prônant la confidentialité du contenu, cette attitude s'étende aux activités de promotion ? Dans le même ordre d'idée, constatant que pour certains médiateurs cette activité est considérée comme secondaire, pensent-ils que les actions de promotions ne sont pas à entreprendre ? Qui plus est serait-ce un risque que cette activité prenne plus de place et donc change de statut par rapport à leur autre activité ?

Nous avons cependant connaissance d'actions et d'initiatives comme le Café de la médiation ou les Matinales de la médiation sur Lyon. Mais elles ont un impact limité et local. En outre elle s'apparente plus à des échanges entre praticiens qu'a des actions de valorisation auprès d'un public plus large.

Tout se passe comme si l'incitation à la médiation se confondait avec les actions de justifications et d'explications de la pratique du médiateur. C'est sans doute la raison pour laquelle l'incitation à la médiation de la part des médiateurs passe par la voie des publications, qui sont, elles, assez nombreuses, mais de diffusion restreinte.

[10] Soulignons que l'expérience de Béatrice Blohorn-Brenneur serait probablement restée méconnue sans son inlassable travail de diffusion, sous la forme de publications et d'une activité associative intense (notamment au sein de l'association GEMME).

Reste que, par hypothèse, on ne peut exclure l'existence de promotions diffuses et informelles de la part des médiateurs. Elles seraient peu visibles mais tout de même présentes. Les échanges lors des entretiens pourraient être l'occasion de les faire apparaître plus explicitement.

2.4.3. Les avocats

Les avocats sont peut-être ceux qui se sont le plus penchés sur la médiation. En effet, depuis son émergence au milieu des années 1980 en France, cette profession, entre autre par l'intermédiaire de ses représentations, a toujours porté un discours sur la médiation. Et, sur ce point, on peut souligner une certaine ambivalence. Si l'on laisse de côté les positionnements résolument hostiles à la médiation (et aux modes amiables en général) – où elle est perçue comme un élément de concurrence dans un monopole de la défense déjà menacé – on suivra l'analyse de Fathi Ben Mrad qui distingue, parmi les avocats qui souhaitent investir ce champ, deux types de positionnement, « l'un renvoyant à une conception attributive de la compétence, l'autre à une conception spécialisée. Les premiers défendent l'idée qu'ils sont en capacité de résoudre des conflits à l'amiable sans une formation supplémentaire. (…) D'autres avocats s'accordent à considérer, contrairement à cette conception attributive de la compétence, que les seuls référents de la profession ne suffisent pas pour accomplir des médiations. Pour investir ce champ, la légitimité professionnelle doit aussi se fonder sur des compétences spécialisées ». (Ben Mrad, 2002, p.94-95) Le rattachement à l'une ou l'autre des postures n'a sans doute pas le même résultat en termes de promotion et d'incitation à la médiation. Dans la première il s'agit d'un investissement *a minima*, à l'image de l'expression souvent relevée précisant que les « avocats ont toujours fait de la médiation ». À l'inverse, considérer qu'il s'agit d'une spécialisation sous-entend que le professionnel s'est formé et par-là même peut adopter un discours, une rhétorique et une posture différente.

Benoit Bastard souligne également l'ambiguïté de la stratégie des avocats par rapport à la médiation (Bastard, 2002). Dans le même mouvement, ils lui reconnaissent sa pertinence et son intérêt tout en étant dans une logique de contrôle de la situation. Dans le premier cas, on peut considérer qu'ils vont se positionner comme des « promoteurs » de la médiation alors que dans le second on peut en douter. Car, considérant que la médiation est en définitive une extension de leur champ d'intervention, ils ne la promeuvent pas pour elle-même mais en tant que nouvelle mission des avocats.

Reste que la position des avocats au regard de la médiation, si elle peut s'avérer favorable, ne signifie pas mécaniquement que ces avocats vont agir dans un rôle de prescripteur. Or, jouer ce rôle pour un avocat est sans doute en lien avec le niveau d'investissement, et donc de formation à la médiation.

C'est cette articulation que Safia Bouabdallah propose d'étudier en élaborant un état de la question sur le lien entre la formation des avocats et leur appétence pour la médiation dans une perspective comparée, France / Belgique (Bouabdallah, 2014). Les problèmes qu'elle souligne rejoignent indirectement celui de la prescription de médiation. En effet, elle remarque un décalage entre un discours très favorable envers la médiation dans le monde académique juridique – celle-ci apparaissant comme une réponse à la crise de la justice civile – et les pratiques réelles. Or, le constat est quelque peu différent en Belgique où les avocats ont investi ce champ plus franchement. Cette différence entre deux pays de culture juridique pourtant très proche l'a conduite à proposer une analyse comparée. L'hypothèse forte mobilisée tient à la formation et

au discours sur la médiation que rencontre le futur ou le jeune avocat. Si l'on peut discuter l'unanimisme qu'elle perçoit dans le monde académique à propos de la médiation, on peut la suivre dans l'idée qu'une promotion de celle-ci se développe dans les « sphères pensantes » du droit et de la justice, celles-ci se traduisant dans de multiples rapports. Reste que cette promotion a du mal à se traduire en faits et en pratiques notamment chez les avocats français. Pour Safia Bouabdallah, l'explication réside essentiellement dans deux points :

- d'une part la présentation des modes amiables et de la médiation est trop peu importante, quand elle existe, dans le cursus de formation des étudiants en droit puis des aspirants avocats. Elle vient également très souvent en contrepoint ou en périphérie du mode consacré à savoir juridictionnel ; les enseignements sont rares, optionnels, très imprécis sur le déroulement même d'une médiation, celle-ci étant réduite à une procédure, juridico-centrée.

- d'autre part, en France, la posture de d'avocat-médiateur ne donne pas lieu à une spécialisation contrairement à la Belgique où un agrément est nécessaire pour tout avocat souhaitant agir en tant que médiateur. En France, c'est la posture du « médiateur naturel » qui est mise en exergue, considérant alors toute formation comme accessoire[11].

Cet article montre que la prescription de la médiation par les avocats est sans doute liée à des parcours personnels, puisqu'aucune obligation de formation n'est nécessaire. Car, il n'y a pas de « culture de la médiation ou des modes amiables » dans laquelle les futurs professionnels auraient pu être imprégnés. Ce n'est pas non plus une absence totale de connaissance, mais force est de constater que ce qui s'apparente à de la sensibilisation ne saurait être suffisante. Dès lors, l'implication des avocats dans la médiation ne peut être le fait que d'avocats « convaincus ».

Une des conséquences de cet état de fait est que la prescription, la recommandation de la médiation, s'appuyant sur des individus, se manifeste de manière hétérogène sur le territoire. Ainsi, plus les barreaux (en tant qu'institution) et/ou les avocats du barreau sont impliqués dans la médiation, plus la prescription sera effective. À l'inverse, un territoire judiciaire où cette implication est faible ou éparpillée connaîtra une prescription limitée.

Cet article montre également que le passage par une formation / spécialisation semble essentiel pour la prescription de la médiation. Safia Bouabdallah relie donc fortement la problématique de la promotion et de la prescription à celle de la formation à ce mode amiable. Non pas uniquement dans le sens où plus de personnes formées signifie plus de médiations proposées et mises en œuvre, mais également et surtout parce qu'il est vain de promouvoir un processus pour lequel des potentiels médiés ne trouveraient pas de personnes formées pour les accompagner. L'idée de fond défendue dans l'article est la mise en place plus systématique de formations aux modes amiables destinées aux jeunes juristes et avocats. En résumé, il faudrait passer d'un stade du bon vouloir et des initiatives personnelles à celle de la formation (et pas uniquement sensibilisation) systématique.

Un autre point abordé par les auteurs qui traitent de la relation des avocats à la médiation porte sur le flou autour de la définition de la médiation, parfois entretenu par les avocats eux-mêmes et dans les productions juridiques. Safia Bouabdallah le souligne tout comme Arnaud Stimec (2001). Cela se traduit par :

- l'assimilation de la médiation à la transaction. Or, cette dernière fait partie des outils que les avocats utilisent de tout temps. De la sorte, la médiation devient une manière contemporaine

[11] Ce constat est sans doute à nuancer aujourd'hui, sachant que le Conseil National des Barreaux tente de promouvoir le statut « d'avocat-médiateur ».

de parler de la transaction. L'écueil tient non seulement à la posture de l'avocat mais surtout cette absence de singularisation de la médiation revient à en ignorer les spécificités.

- l'assimilation de la médiation à la conciliation. Il s'agit d'une confusion courante. Maîtrisant généralement mal les spécificités de la médiation, l'avocat s'appuie sur des notions qu'il maîtrise mieux car plus commune dans les textes juridiques. En effet, la conciliation est présente dans les textes juridiques depuis très longtemps. Qui plus est sous le terme de médiation, ces mêmes textes semblent évoquer plutôt la conciliation, notamment lorsqu'il est fait état de la possibilité par le médiateur de proposer une ou des solutions au conflit. Enfin, un dernier élément d'assimilation réside dans la distinction que l'on pourrait qualifier d'économique. Nombreux sont les avocats qui ne distingue médiation de conciliation uniquement par le fait que la première est payante alors que la seconde est gratuite[12].

- le fait que la médiation est rarement définie en tant que telle mais plutôt en regard d'autres modes amiables, qui sont eux nettement plus cadrés par des textes juridiques. Cela pose la question de la distinction à faire entre MARC/MARL/MARD et médiation. Est-ce que la médiation fait partie de cette famille ? Et si oui, quelle est sa place ? Sur ces points, la position des avocats ne semble pas être assurée.

Enfin, sans doute que la prescription de la médiation par les avocats est rendue difficile à cause d'un manque de clarté quant à la position du médiateur envers celle d'avocat. À partir de la contribution d'Arnaud Stimec (2001), on peut se rendre compte que la mauvaise compréhension des rôles et missions de chacun joue en défaveur d'une plus grande implication des avocats. Or, Arnaud Stimec pense qu'une « relation complémentaire négociée » peut être trouvée. Il s'agit, en amont de la médiation proprement dite, d'engager une négociation sur le rôle et l'action de chacun des professionnels, et de s'insérer ainsi dans une relation de confiance. Cela suppose de ne pas rentrer dans une logique de concurrence. D'une manière plus large, Arnaud Stimec insiste sur la méconnaissance, notamment chez les avocats, du processus de médiation, sur ce qui se passe concrètement lors des séances de médiation[13].

Reste que depuis l'analyse d'Arnaud Stimec reprise ci-dessus, il semble que les avocats aient pris conscience de l'intérêt de la médiation, et surtout de la problématique de l'articulation de l'activité de médiateur et celle d'avocat. Pascale Robert-Sanchez, avocate, plaide pour une relation apaisée. Dans une contribution récente (Robert-Sanchez, 2013), elle montre que l'activité et les objectifs des avocats et médiateurs sont loin d'être antinomiques, à condition de s'entendre sur une définition humaniste de leur mission, à savoir la recherche d'une solution pacifiée. Constatant plus de similitudes que d'oppositions et malgré les réticences et la mauvaise connaissance de la médiation de la part des avocats, notamment au niveau institutionnel[14], elle évoque plusieurs positionnements possibles de l'avocat face à la médiation, autrement dit plusieurs rôles de l'avocat dans la médiation. Or, l'un d'entre eux est explicitement un rôle de prescripteur, car « l'avocat se trouve en bonne place, dans son milieu professionnel, pour œuvrer à la connaissance de la médiation, tant auprès de ses confrères que de ses clients » (Robert-Sanchez, 2013, p.115). Elle ajoute que l'avocat est placé actuellement dans une quasi-obligation de prescrire la médiation, dans le sens où elle rappelle, à la suite de Michel Bénichou, ancien président du CNB, que l'information à propos de la médiation relève d'une obligation de conseil.

[12] Ce qui justifierait selon eux que la médiation ait du mal à se développer, subissant en quelque sorte une concurrence (déloyale ?) de la conciliation.

[13] Ceci fait écho à la question de formation à la médiation.

[14] Elle rappelle l'échec de la création de la spécialisation « médiation » lors de la refonte des spécialisations au profit droit collaboratif, au final une forme de négociation assistée avec l'avocat.

Il revient donc à l'avocat d'étudier la possibilité que l'affaire qui lui est soumise fasse l'objet d'une médiation. Demeure en suspens la question des critères de sélection. Car si le principe d'une information semble acquise, à partir de quels éléments l'avocat doit-il la mettre en œuvre ? Sur cette question, Pascale Robert-Sanchez n'évoque que brièvement le fait que les parties seront contraintes à entretenir des relations et les chances (déterminées par l'avocat) que la médiation aboutisse à un accord.

2.4.4. Les futurs médiés

Enfin, même s'il s'agit pas d'un de nos axe de recherche, il est opportun de se poser la question de la connaissance de la médiation chez les utilisateurs potentiels, ici les justiciables.

Il existe peu d'études portant sur la connaissance de la médiation dans l'ensemble de la population. Nous en possédons très peu qui traitent du sujet de la connaissance de la médiation chez les médiés, avant qu'ils empruntent cette voie. Dans une recherche assez ancienne et portant uniquement sur la médiation familiale nous avions relevé que 8,7% des répondants connaissaient bien ou très bien la médiation avant de l'utiliser (Bonafé-Schmitt, Charrier, Robert, 2006). Si l'on se réfère aux retours et aux intuitions des acteurs prescripteurs, cette connaissance est donc très limitée. À cela il faut ajouter que cette perception vient généralement d'une proximité professionnelle (travailleurs sociaux par exemple) ou bien par un rare et vif intérêt pour les règlements amiables des conflits. Si l'on s'autorise une généralisation, on peut affirmer que le profil du médié entrant en médiation en connaissance de cause est une minorité qui ne peut dépasser une personne sur dix.

Qui plus est cette connaissance déclarée ne coïncide pas forcément avec une compréhension avérée et solide du processus, tout autant que la posture du médiateur et celle du médié. Car cette représentation peut être approximative voire erronée. Nous avons parfois rencontré dans l'étude citée plus haut une confusion entre médiation familiale et thérapie de couple et/ou familiale. Dans le domaine judiciaire, il n'est pas rare que la médiation soit assimilée à la conciliation, voire à la négociation.

Dans ce contexte, il est difficile d'identifier comment les médiés eux-mêmes peuvent devenir des agents prescripteurs de médiation. Nous avons recueilli au cours de nos différentes démarches de recherches des « pratiques de conseil », c'est-à-dire de pair qui recommande ou suggère la médiation (notamment familiale) à un ou une ami(e) plongé(e) dans une situation conflictuelle. Mais nous ne pouvons ni quantifier et ni évaluer cette pratique.

Les prescripteurs ne peuvent donc pas compter sur une connaissance qui puisse les aider à agir. D'ailleurs c'est souvent dans cet esprit que les médiateurs, les avocats ou les magistrats interviennent. Les supports sur lesquels ils peuvent s'appuyer – et qu'ils souvent ont produits – contiennent systématiquement une définition de la médiation et une description de son processus. Les prescripteurs ont intégré qu'il faut convaincre et informer les justiciables pour qu'ils puissent s'envisager comme médié.

Après avoir passé en revue le contexte problématique, venons-en aux conditions méthodologiques de l'étude.

3. Méthodologique de l'étude

Dans cette section, nous exposons comment nous avons entrepris de rendre compte de la prescription de la médiation sur les 3 territoires initiaux. En premier lieu, il faut préciser la place de l'Observatoire des médiations dans cette étude et les développements dont il a pu bénéficier grâce à elle. Une partie des données insérées dans l'observatoire sera utilisée dans ce rapport.

Nous présenterons également dans cette section la démarche méthodologique tant pour les entretiens (méthodes, nombres et qualité des personnes rencontrées, type de traitement) que pour les questionnaires (construction, mode de passation (on line), et traitement)

3.1. L'observatoire des médiations

Le projet de création d'un observatoire a vu le jour il y a un peu plus de 4 années, lors de la constitution d'un groupe de travail, dans le cadre du master de médiation de la faculté de Droit et de Science Politique de l'université Lumière Lyon 2, composé à la fois des enseignants du master appartenant au de l'équipe Droits, Contrats et Territoires (DCT) et du Centre Max Weber (CMW) UMR du CNRS, associé à des représentants de diverses universités européennes et internationales (Luxembourg, Murcie, Sherbrooke).

Pour la réalisation de cet Observatoire des Médiations, les 2 équipes du CMW et DCT ont obtenu un financement de l'Université Lumière Lyon 2 avec pour objectif de constituer une banque de données permettant une meilleure connaissance et vision d'ensemble de la médiation comme mode de régulation sociale des conflits dans les différents domaines (Bonafé-Schmitt et al., 2015). Plus précisément, il s'agissait :

- d'analyser, sur un plan quantitatif, la nature du contentieux traité en médiation ;
- d'évaluer la satisfaction des médiés par rapport au processus de médiation ;
- d'évaluer les effets des processus de médiation sur les relations des médiés pendant et après la médiation.

L'objet de ce financement était de finaliser les outils d'évaluation élaborés au cours des recherches précédente, de créer et de tester la plateforme à partir des champs de la médiation familiale en collaboration avec la FENAMEF (Fédération Nationale de Médiation Familiale) et de la médiation sociale avec le RENADEM (Réseau d'Accès au Droit et de Médiation) (Bonafé-Schmitt, Robert, 2002). L'objet de cet observatoire vise à centraliser les informations recueillies dans les centres de médiation (fiches d'activité, questionnaires « satisfaction » et questionnaires « effets de la médiation ») pour la constitution d'une banque de données en matière d'évaluation des processus de médiation (Bonafé-Schmitt et al., 2015).

Dans le cadre de cette recherche, nous avons étendu l'objet de l'Observatoire des médiations à l'analyse des médiations judiciaires prescrites par les juridictions, ce qui nous a amené à modifier la structure de la plateforme.

Dans les précédentes recherches, nous avions constaté qu'il était difficile de connaître le contentieux traité par les centres de médiation, car il n'existe pas de structure commune de recueil de données. De plus, chaque instance de médiation utilise ses propres catégories pour établir son bilan d'activité, ce qui rend difficile l'agrégation des données et les possibilités de

comparaison. De plus, pour cette recherche, nous avons été confrontés à un autre type de difficultés méthodologiques, car les dossiers informatisés des juridictions prescrivant des médiations intègrent peu d'informations sur les parties et le processus de médiation. De même, l'accès à ces dossiers fut difficile car les médiateurs ont invoqué le principe de confidentialité du processus de médiation pour s'opposer au recueil des données, sans parler du surcroit de travail pour remplir les fiches d'activité mis à leur disposition par l'équipe de recherche.

L'ensemble de ces difficultés illustre bien l'intérêt de la création de cette plateforme pour favoriser l'harmonisation des catégories pour l'établissement d'une banque commune dans le suivi des médiations conventionnelles et judiciaires et l'élaboration des bilans d'activité pour les structures de médiation et les juridictions. À ce jour, il n'existe aucun outil statistique permettant d'avoir une vision d'ensemble des médiations conventionnelles et judiciaires, car le ministère de la Justice comptabilise uniquement les médiations judiciaires, avec des informations encore parcellaires.

L'intérêt de cette plateforme en ligne est de permettre, non seulement l'élaboration de bilans d'activité mais aussi favoriser l'auto-évaluation des structures de médiation ou de l'activité de médiation des juridictions avec l'adjonction de questionnaires sur la « satisfaction des médiés » et sur « les effets de la médiation sur les médiés ». Aujourd'hui, s'il existe sur le marché des logiciels de gestion de dossiers de médiation, on ne trouve aucun logiciel liant les « fiches d'activité » et les questionnaires mesurant la satisfaction des médiés à l'égard du processus de médiation[15].

Nous avons fait le choix d'adopter la procédure informatique « en ligne » pour faciliter la saisie des données à partir d'ordinateurs connectés à Internet. Pour préserver la confidentialité et la protection des données, il a été procédé :

- à l'hébergement des données dans une structure publique, le TGIR Huma-Num[16]
- à un cryptage des données recueillies
- à une limitation à l'accès des données aux structures de médiation participantes (accès limité à leurs données propres)

3.2. Le champ de l'étude

Pour mener cette recherche, nous avons retenu trois ressorts de cours d'appel en France, celle de Lyon, Paris et Pau en raison des liens que nous avons noués avec des centres de médiation dans ces territoires et de l'implication de certains chefs de juridiction dans l'élaboration du projet à l'exemple d'un Président de chambre à la Cour d'appel de Lyon et d'un autre à la Cour d'appel de Pau. Pour le ressort du Pau les démarches ont été entreprises par l'équipe du CRAJ (Université de Pau) dont le projet de recherche a été retenu également par la Mission de recherche Droit et Justice[17].

[15] Une seule société développe des logiciels de gestion des dossiers de médiation familiale et sociale.

[16] Le TGIR Huma-Num est une très grande infrastructure de recherche (TGIR) visant à faciliter l'approche numérique de la recherche en sciences humaines et sociales. Pour remplir cette mission, la TGIR Huma-Num développe des services technologiques à l'échelle nationale et européenne. http://www.huma-num.fr/

[17] Le rapport de recherche de cette étude est disponible depuis juillet 2017 : *Réflexion sur la notion et le régime de la médiation au sein des modes amiables de résolution des différends à partir des expériences de médiation dans les ressorts des cours d'appel d'Aquitaine.*

Ces choix se justifient aussi par des facteurs géographiques et de taille des juridictions. En effet nous voulions diversifier notre échantillon de juridictions étudiées en prenant en compte des ressorts de cours d'appel contrastés comme celle d'une grande métropole (Lyon) avec des juridictions de taille modeste (Pau). Sans tomber dans un certain déterminisme lié à la taille ou à la géographie urbaine, nous voulons vérifier si ces deux facteurs peuvent avoir une influence sur la réussite des projets de médiation.

À l'origine nous devions rechercher les données des médiations civiles dans les TI, TGI, TC et CA. Nous avons constaté que le déroulement des médiations judiciaires concernait presque exclusivement les TGI et les CA ; nous avons dès lors concentré notre attention sur ces deux types de tribunaux.

Initialement l'étude devait porter sur les dossiers traités depuis 2011, soit une période de 5 ans. Cependant, nous avons opté pour une extension de cet intervalle pour bénéficier de davantage de dossiers de médiations à traiter et pour pourvoir en déduire des tendances sur une plus longue période.

Ainsi, dans le ressort de chaque cour d'appel, nous sommes entrés en contact avec les juridictions suivantes :

- pour la Cour d'appel de Lyon
    - 3 tribunaux d'instance (Lyon, Villeurbanne, Bourg-en-Bresse)
    - 2 tribunaux de commerce (Lyon et Bourg-en-Bresse)
    - 2 tribunaux de grande instance (Lyon et Bourg-en-Bresse)
    - la Cour d'appel de Lyon
- pour la Cour d'appel de Paris
    - Le tribunal de commerce
    - Le tribunal de grande instance
    - La Cour d'appel
- pour la cour d'appel de Pau
    - 3 tribunaux d'instance (Pau, Bayonne, Dax)
    - Le tribunal de grande instance
    - 2 Cour d'appel de Pau (Pau et Bordeaux)

Pour le choix des contentieux, il a été décidé, dès l'amorce de la recherche, de prendre en considération tous les litiges du domaine civil y compris le domaine familial, même si ce dernier est assez spécifique (la médiation familiale possède plus ancienneté, les instances de médiation sont plus installées, il existe un diplôme professionnel spécifique). Reste que le contentieux pris en compte est très majoritairement en dehors du registre familial. C'est ainsi que seront analysés tant des litiges liés au droit social, des contrats, des biens que ceux du droit des affaires, soit un éventail assez large du contentieux civil.

3.3. Recueillir les dossiers de médiation judiciaire civile

Le recueil des dossiers de médiations judiciaires dans les ressorts de la CA de Paris, Pau et Lyon a sans doute été la démarche la plus ardue et chronophage, surtout dans le premier ressort,

au point que nous avons dû abandonner finalement tout espoir de parvenir à nos objectifs. Dans le cas de Pau – auquel les collègues du CRAJ ont opportunément ajouté des juridictions dépendant de la CA de Bordeaux – l'exploitation des données a été optimum, même si elle a débouché parfois sur des résultats assez décevant en termes de volume d'activité.

Pour ce qui est du ressort de Lyon, nous sommes parvenus à obtenir l'activité du TGI et de la Cour d'appel. Dans le dernier cas, l'aide précieuse d'un magistrat a permis de faciliter grandement l'accès. Pour le TGI, la démarche a été plus complexe – pour des raisons administratives et de confidentialité des données – mais grâce au soutien du greffe nous avons recensés toutes les affaires passées par la médiation depuis 2011.

Il faut souligner que les contenus informatisés ne sont en pas totalement identiques entre les deux juridictions, ce qui peut surprendre au premier abord. Toutefois il ne faut pas perdre de vue qu'une affaire en appel possède une antériorité qui rend des actes de procédures plus abondants et par conséquent permettent d'affiner la connaissance du dossier que nous découvrions. Malgré tout, on peut regretter un manque de coordination ou de cohérence à propos des informations à placer dans les dossiers qui passent par la médiation. Il nous est parfois arrivé de ne pas trouver la trace de l'ordonnance de médiation, acte qui initie pourtant le processus. Comme attendu, nous n'avons pas relevé de documents faisant état du déroulement de la médiation (nombre de séance, nombre d'échange, etc.) puisque cela relève du ou des médiateurs. Toutefois, il y a encore des dossiers pour lesquels nous n'avons pas discerné avec assurance de conclusion, quelle qu'elle soit, accord ou non accord, désistement, radiation ou homologation. Ces difficultés techniques ont donné lieu au sein de l'équipe à une réflexion qui a débouchée sur une des propositions (n°3) de ce rapport afin d'améliorer une activité qui est, il faut le rappeler, assez nouvelle et partielle dans les juridictions.

3.4. Recueillir les discours des prescripteurs potentiels

La problématique choisie exige de connaître ce qui se pratique en la matière dans les 3 ressorts retenus. Toutefois, pour différentes raisons, c'est le ressort de Lyon qui a été le plus investi. Celui de Pau l'a été de manière indirecte par l'intermédiaire de la collaboration avec l'équipe du CRAJ.

Il fallait donc rencontrer les protagonistes de la médiation, à savoir les magistrats, les avocats et les médiateurs. La méthode retenue a été celle la plus souple et la plus légitime au regard du protocole de recherche, l'entretien semi-directif (Kaufmann, 1996 ; Blanchet, Gotman, 2015)[18]. Ceux-ci ont permis d'aborder la manière dont nos interlocuteurs ont développé un intérêt pour les modes amiables de règlements des litiges puis la médiation, les pratiques éventuelles qu'il en avait et les moyens ou outils élaborés pour favoriser la médiation et sa prescription. Nous avons conscience d'avoir privilégié un discours que l'on qualifiera de « favorable » la médiation. L'idéal aurait été d'interroger de la même manière des prescripteurs moins favorables ou franchement hostiles à la médiation. Mais la chose est malaisée car s'il est difficile d'identifier les prescripteurs, il est *a fortiori* encore plus ardu de repérer les seconds, sachant que cette position est rarement une posture qui a un caractère publique et revendiqué. Autrement dit, rares voire inexistants sont les magistrats qui se définissent comme « anti-médiation », qui plus est lorsque le discours de la chancellerie à propos de celle-ci est plus en plus marqué positivement.

[18] Guides d'entretien en Annexe n°1.

Pour obtenir les entretiens, nous avons procédé par réseau et connaissances, combiné par une information que nous avons tenté de faire passer dans les différentes juridictions, avec plus ou moins de réussite. Pour les médiateurs l'accès a été plus simple, sachant que notre expérience et notre connaissance cumulée du milieu de la médiation (par l'intermédiaire de notre investissement antérieur sur le thème de la médiation, la responsabilité de formation universitaire portant sur les modes amiables et/ou la médiation), tant à Lyon qu'à Paris et Pau, nous a assuré une facilité de contact et des réponses assez rapides (et positives) à nos sollicitations[19]. Quant aux avocats, notre connaissance des barreaux et de leurs responsables, mais également les données recueillies lors de la phase d'étude des dossiers (puisque les noms des conseils figurent dans ces dossiers) nous a amplement facilité la tâche. Là encore nous avons privilégié des acteurs informés de la médiation de par leur expérience.

3.5. Recueillir le potentiel de prescription : l'enquête par questionnaire

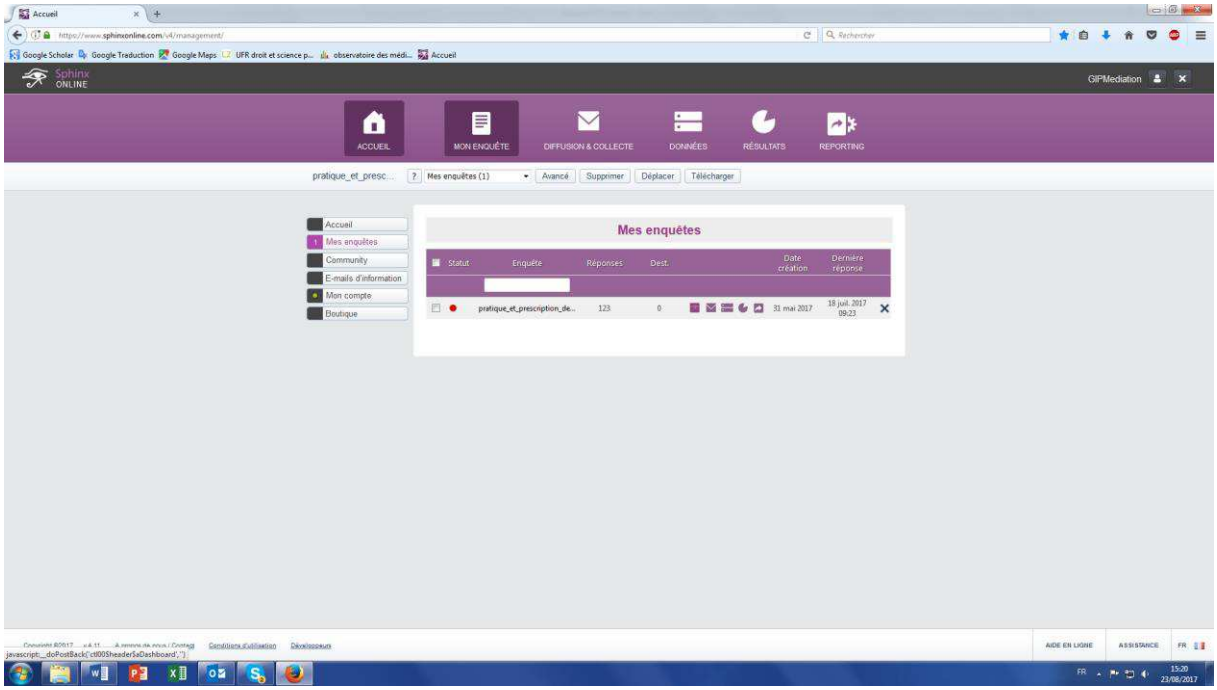
La seconde phase de l'enquête a permis de mettre en œuvre un autre dispositif méthodologique, à savoir l'enquête quantitative via un questionnaire en ligne. Grace au soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, il a été possible d'investir dans une interface en ligne, facilitant ainsi la passation des questionnaires – une phase assez souvent lourde, fastidieuse et chronophage – et l'étendue de leur diffusion.

Il a fallu élaborer un questionnaire ad-hoc à partir des premiers résultats bruts des entretiens. Ces derniers n'ont pas donné lieu à une analyse qui visait directement à établir le questionnaire en ligne. Mais leur contenu nous a permis d'orienter les grands axes de questionnaire[20]. Cette phase méthodologique a été réalisée en parfaite collaboration des collègues du CRAJ. Car nous devions construire le même outil, sachant que les résultats de la consultation allaient être travaillés par les deux équipes, certes de manière indépendante et selon les objectifs de chacune.

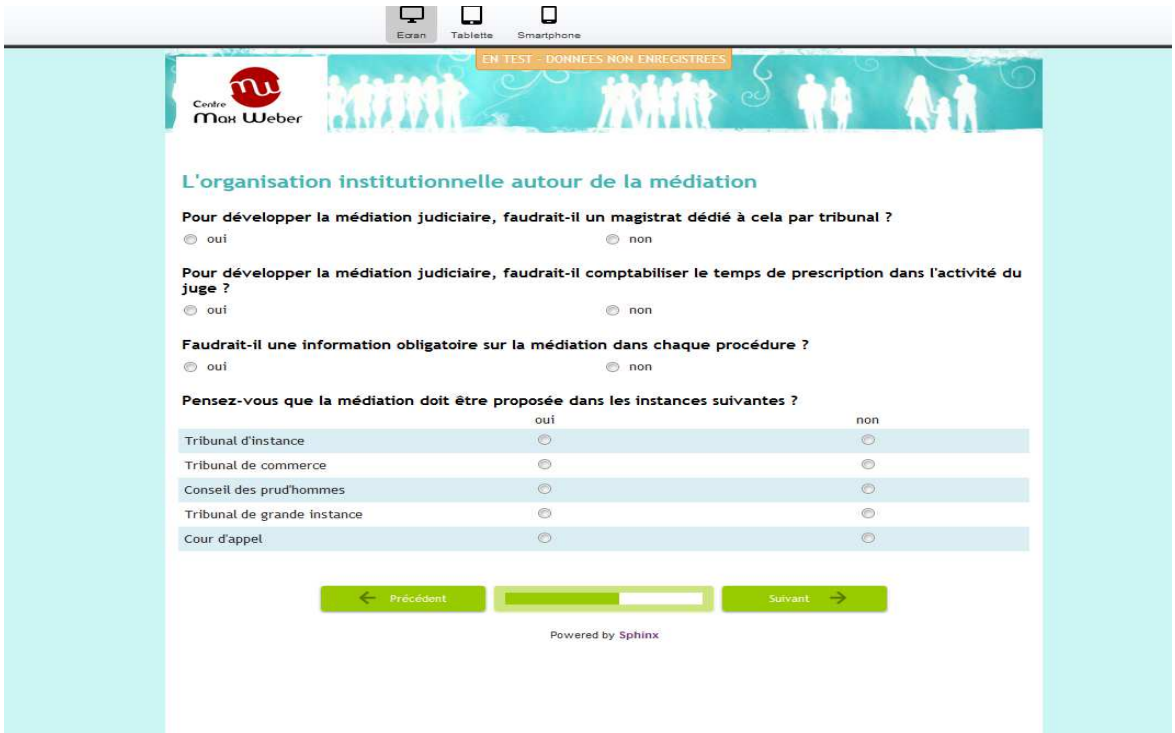
Le questionnaire diffusé comporte 82 questions, certaines étant présentées uniquement à une des catégories d'acteur (magistrat, avocat, médiateur) ou adaptée à celui-ci. Il a été pensé pour que les 3 acteurs de la prescription de la médiation puissent répondre à la majeure partie des questions, notamment afin de pouvoir entreprendre des analyses comparée par type de prescripteur.

[19] Un récapitulatif anonymisé des personnes interrogées figure en Annexe n°4.
[20] Un exemplaire du questionnaire, décliné pour les trois type d'acteur de la prescription est placé en Annexe n°1.

Page d'accueil de l'enquête via la plateforme Sphinx-online©



Aperçu de la saisie des réponses au questionnaire en ligne (pour un magistrat)



La passation du questionnaire

Initialement la passation devait se réaliser en version papier. Cependant, pour des raisons de coût et surtout de temps, nous avons décidé d'investir dans l'accès à cette plateforme permettant la diffusion du questionnaire via un lien internet. C'est la plateforme Sphinx Online qui a été

choisie parce qu'elle avait l'avantage conséquent de pouvoir fonctionner avec le logiciel de traitement de données Sphinx que nous possédions déjà. La passation s'est déroulée sur plusieurs mois à partir d'un envoi ciblé aux magistrats du ressort de Lyon et de Pau, des avocats de Lyon et de Pau et des médiateurs des mêmes territoires. Sur ce dernier point, nos connaissances des instances et de représentants des instances ont été un atout considérable. Dans la sphère judiciaire nous avons bénéficié du soutien d'interlocuteurs qui se sont fait les relais de notre demande.

La passation par la voie d'internet n'est pas sans inconvénient. Elle est effectivement plus impersonnelle, moins engageante pour celui qui reçoit la sollicitation que sous la forme d'un courrier. À l'inverse elle assure un anonymat des répondants (mis à part des indicateurs « classiques » comme la profession, le sexe ou l'âge mais qui ne permettent pas d'identifier nominativement les répondants)

3.6. Profils des répondants

Cent vingt-trois personnes ont répondu au questionnaire. Malheureusement nous ne pouvons comparer ce chiffre au nombre de personnes qui ont effectivement reçu le lien conduisant au questionnaire parce que nous avons fonctionné par l'intermédiaire de relais. Pour les avocats, nous n'avons pas sollicité l'ensemble des membres du barreau, mais une sélection aléatoire de près de 500 avocats.

Comme on pouvait s'y attendre le nombre de répondants est variable selon le type d'acteur de la médiation. Nous avons une surepresentation des avocats et surtout un faible effectif pour les magistrats. Néanmoins, il faut préciser que la population de départ des magistrats est bien moindre que celle des avocats. Quant aux médiateurs, en étant sur les 2 ressorts de Pau et de Lyon, l'effectif est assez important même si aucun recensement fiable des médiateurs n'existe sur ces deux territoires. Ces écarts nous conduiront à porter des analyses différentiées et comparées en fonction des types d'acteurs.

Identité professionnelle des répondants

	Effectifs	% Obs.
Magistrat	18	14,6%
Médiateur	41	33,3%
Avocat	64	52%
Total	**123**	**100%**

Les répondants sont majoritairement des femmes (58%). Sur cet indicateur, des différences sont à souligner. En France la part des femmes dans la profession d'avocat ne cesse de croître. Elle atteint 55% nationalement et près de 56% dans le barreau de Lyon (Moreau, 2016). Nous aurions donc une population légèrement plus féminisée. Cela entraine également une population plutôt jeune ce qui est également le cas pour les répondants à notre enquête puisqu'ils ont en

moyenne 44 ans alors que dans l'étude citée plus haut la moyenne était de 43,6 ans soit une valeur très proche.

Concernant les magistrats, la féminisation augmente elle aussi régulièrement. Une étude du ministère de la Justice en 2014, relève que 63% des magistrats en activité sont des femmes (Lebon-Blanchard, 2014). Pour l'enquête présente, même s'il faut manier avec précaution les résultats au regard des faibles effectifs, le profil des répondants est plus masculinisé, sans doute parce que aussi plus âgé[21].

Sexe des répondants

	Magistrat		Médiateur		Avocat		Total	
	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.
homme	7	43,8%	15	45,5%	18	37,5%	40	41,2%
Femme	9	56,2%	18	54 ,5%	30	62,5%	57	58,8%
Total	**16**	**100%**	**33**	**100%**	**48**	**100%**	**97**	**100%**

Sur ces deux critères de l'âge et du sexe, nous ne possédons pas de sources qui permettent d'étalonner nos répondants. Les médiateurs se caractérisent par une moyenne d'âge nettement plus élevée que les autres acteurs (58 ans) et une féminisation quelque peu en retrait même si il y a une majorité de femmes. Sans doute, faut-il encore considérer que ce constat s'explique simplement parce que monde des médiateurs est caractérisé par des personnes qui sont en fin de carrière professionnelle ou dans une dernière étape de celle-ci[22].

Les avocats sont massivement issus des barreaux de Lyon et de Pau comme attendu. Huit viennent de barreaux de la région Nouvelle Aquitaine et seulement un seul d'un barreau d'une autre région (en l'occurrence celui de Paris). L'ancienneté moyenne dans le barreau est de près de 13 ans. On sait que la profession d'avocat s'est nettement rajeunit cette dernière décennie en même temps que son effectif a considérablement augmenté (Charrier, Gaillard, 2012). Comme nous l'avons suggéré plus haut, il semble bien que les avocats qui ont répondu à notre enquête soit non seulement un peu plus jeunes que l'ensemble de leurs confères mais également plus jeunes que les autres acteurs de la médiation (magistrats et surtout médiateurs)

Barreaux d'appartenance

	Effectifs	% Rep.
Pau	21	46,7%
Lyon	15	33,3%
Mont de Marsan	4	8,9%
Dax	3	6,7%
Bayonne	1	2,2%
Paris	1	2,2%
Total	45	100%

[21] La moyenne d'âge des magistrats est de 47,5 ans ; elle est de 51 ans pour les hommes (Lebon-Blanchard, 2014).
[22] L'âge médian chez les médiateurs est de 61 ans. Il est de 42 ans pour les avocats et 50,5 ans pour les magistrats.

Ancienneté d'inscription dans le barreau

	Effectifs	% Rep.
Non-réponse	18	28,1%
Moins de 5 ans	12	18,8%
De 5 à 9 ans	12	18,8%
De 10 à 14 ans	3	4,7%
De 15 à 19 ans	7	10,9%
De 20 à 24 ans	3	4,7%%
De 25 à 29 ans	5	7,8%
De 30 à 34 ans	2	3,1%
35 ans et plus	2	3,1%
Total	**46**	**100%**

La population des médiateurs est celle que nous souhaitons décrire plus précisément compte tenu de sa relative méconnaissance. Ainsi, s'ils sont assez âgés cela ne signifie pas pour autant qu'ils exercent depuis de nombreuses années. Près de 44% le font depuis 4 à 8 ans et 78% depuis moins de 9 ans. Cette ancienneté assez faible s'explique simplement par le développement très récent de la médiation judiciaire. Ainsi, les médiateurs justifiant de plus de 10 ans d'ancienneté dans cette activité sont rares.

Ancienneté en tant que médiateur

Années d'activité	Effectifs	% Rep.
Moins de 0	0	0%
De 0 à 3	11	34,4%
De 4 à 8	14	43,8%
De 9 à 12	4	12,5%
13 et plus	3	9,4%
Total	**32**	**100%**

Mode d'exercice du médiateur

	Effectifs	% Rep.
de manière indépendante	7	21,2%
au sein d'une association ou d'une instance de médiation	26	78,8%
Total	**33**	**100%**

Ces médiateurs exercent majoritairement au sein d'association ou d'instance de médiation. Connaissant le milieu de la médiation dans la région lyonnaise, nous savons que la plupart des médiateurs adhèrent à ces associations, parfois à plusieurs. Celles-ci se sont développées de manière concomitantes au recours à la médiation judiciaire.

Comme on pouvait s'y attendre, les médiateurs justifient tous d'une formation à la médiation. Ce qui était moins attendu, c'est la part d'avocats formé qui approche le tiers. Sans doute faut-il y voir une surreprésentation par rapport à l'ensemble des avocats mais également la traduction de la promotion de la médiation au sein des instances ordinales, comme c'est le cas à Lyon et à Pau depuis plusieurs années et sans doute dans bien d'autres barreaux. Les magistrats sont eux plus rarement formés.

Formation des magistrats, médiateurs et avocats à la médiation

	Magistrat		Médiateur		Avocats		Total	
	Effectifs	% Rep.	Effectifs	% Rep.	Effectifs	% Rep.	Effectifs	% Rep.
Oui	3	17,6%	32	100%	16	32,7%	51	52%
Non	14	82,4%	0	0%	33	67,3%	47	48%
Total	**17**	**100%**	**32**	**100%**	**49**	**100%**	**98**	**100%**

Enfin, la dernière question portait sur l'opinion générale par rapport à la médiation. Il existe un biais que nous avons envisagé dès le départ, à savoir la plus forte propension des répondants favorables à avoir participer à cette enquête. Les réponses à la question confirment nos intuitions puisqu'aucun répondant ne n'est positionné comme « très défavorable ». Toutefois, ceux qui sont très favorables, donc acquis à la médiation représentent un peu moins des 2/3 des enquêtés. Parmi les 5 qui expriment leur hostilité, 4 sont avocats et un est magistrat. Si on se penche sur ceux qui exprime un intérêt modéré (« plutôt favorable »), on s'aperçoit qu'ils représentent plus de la moitié (55%) des avocats qui ont répondu à cette question, signalant ainsi une adhésion qui n'est peut-être pas définitive ou pas consolidée.

Quelle est votre position générale envers la médiation ?

	Effectifs	% Rep.
très favorable	62	62,6%
plutôt favorable	32	32,3%
plutôt défavorable	5	5,1%
très défavorable	0	0%
Total	**99**	**100%**

Aux répondants de l'enquête par questionnaire, il faut ajouter toutes les personnes qui ont acceptée de répondre à nos questions lors d'entretien semi-directifs[23].

Pour des raisons de confidentialité, nous ne faisons pas apparaître les noms et prénoms de nos interlocuteurs, ni leur affectation précise, parce qu'elles conduiraient à les identifier assurément[24].

Il convient également d'ajouter toutes les personnes qui de près ou de loin ont contribué à la réalisation de cette étude, soit en nous fournissant des informations précieuses, soit en permettant d'accéder aux personnes que nous souhaitions interroger ou des informations (dossiers) ou encore en relayant nos demandes[25].

[23] Nous n'avons pas atteint les objectifs initiaux dans le territoire parisien pour les raisons que nous avons évoquées dans la lettre accompagnant ce rapport.
[24] Cf. Annexe n°2.
[25] Cf. Annexe n°3.

PARTIE A

L'OBSERVATOIRE DES MEDIATIONS : UN OUTIL RENFORCE

1. Elaboration d'outils pour la saisie et l'analyse de dossiers de médiation judiciaire

Pour répondre aux spécificités de la médiation judiciaire, nous avons dû modifier le masque de saisie de la plateforme pour permettre la création de fiches d'activité propre à la médiation judiciaire. Dans un souci d'analyse comparée avec les médiations conventionnelles et d'harmonisation dans la construction des données, nous avons réutilisés les rubriques déjà présentes.

1.1. La création d'une nouvelle structure de saisie des dossiers

Dans nos précédentes recherches, nous avions déjà souligné que la mise en œuvre des programmes d'évaluation ne se fait pas sans difficulté car à l'inverse des pays anglo-saxons (Shestowsky, 2014 ; Hahn, Kleist, 2000 ; Dunworth *et al.*, 2007 ; Stipanowicht, Lamare, 2014), il n'existe pas de véritable culture de l'évaluation de la médiation en France, même si quelques études peuvent y être rattachées (Minonzio, 2006 ; APMF, APME et CERAF, 2000 ; Moreau, Serverin, Munoz-Perez, 2005 ; Duclos, Grésy, 2008). Nous nous sommes souvent heurtés aux résistances des structures de médiation pour donner accès à leurs données. Il en fut de même dans le cadre de la recherche actuelle, ce qui explique en grande partie, la faiblesse des données recueillies pour l'analyse du déroulement des médiations.

Pour tenter de surmonter ces difficultés, nous avions fait le choix d'associer, dès le départ de la recherche, des organisations de médiateurs, sans lever pour autant, comme nous le verrons, les résistances face aux changements et aux évolutions des nouvelles technologies. En effet, l'observatoire est un outil de type collaboratif dans le sens ou son fonctionnement repose en grande partie sur l'implication des structures de médiation dans la saisie des données et plus particulièrement de la personne chargée de la saisie que nous avons dénommée « correspondant évaluation » de la structure. En effet, ce sont les instances de médiation qui vont alimenter directement l'Observatoire, ce qui implique la formation du correspondant pour favoriser une bonne saisie des données par chaque structure et l'élaboration d'une grille de codage informatique afin d'uniformiser les saisies entre les structures de médiation.

Pour faciliter le travail du « correspondant évaluation », nous avons élaboré une « fiche d'activité » qui pourrait être utilisée par les médiateurs pour consigner les informations liées au déroulement de la médiation. Il s'agissait pour nous de concevoir un document pratique pouvant servir, aussi bien aux médiateurs qu'aux chercheurs, avec la constitution d'un document unique permettant de consigner les données nécessaires au bon déroulement d'une médiation, comme

le nom et l'adresse, les revenus, le nombre d'enfants,… et les dates principales, comme la date de saisine, de la rencontre, de l'accord éventuel, etc. En effet, nous avions constaté dans des recherches antérieures que bon nombre de données n'étaient pas classées ou catégorisées, présentes dans des documents différents ou même sur des pages de tableau-papier ce qui nécessite des recherches fastidieuses dans l'ensemble du dossier. L'établissement de cette fiche activité, qui reprend l'ensemble des données nécessaires au traitement d'une affaire de médiation, devrait faciliter le travail du médiateur pour le suivi de son affaire mais aussi faciliter leur exploitation pour établir le bilan d'activité. Enfin, la création de la fiche d'activité avait pour objectif de contribuer à une certaine uniformisation des catégories utilisées entre les différents champs de la médiation afin de permettre les analyses comparées entre les structures et d'éviter les erreurs d'appréciation.

Pour aider les correspondants à saisir les données sur la plateforme nous avons élaboré une grille de codage de saisie des données contenues dans la fiche d'activité. Celle-ci avait pour objet d'uniformiser les modes de saisie. Cela autorisait d'agréger les données pour un même champ d'intervention, comme le travail, la famille, l'agrégation de ces données sur un plan local, régional et national devant fournir des informations plus significatives sur le profil des médiés, le déroulement, la temporalité et les résultats des médiations. Cela rendait également possible la construction d'items communs en vue d'analyses comparées entre les différents champs de la médiation. C'est pour cette raison par exemple que pour le codage des professions, nous sommes partis des CSP définies par l'INSEE pour éviter que chaque structure forge ses propres catégories dans le but de favoriser les comparaisons entre les différentes structures.

1.2. L'élaboration de la fiche d'activité pour les médiations judiciaires

L'élaboration de la fiche d'activité pour les médiations judiciaires s'est imposée à nous en raison de la faiblesse des informations contenues dans les dossiers judiciaires. Toutefois, nous ne voulions pas simplement créer un outil de recherche pour l'Observatoire, mais un véritable document pratique pouvant être utilisé par les médiateurs dans la gestion de leurs affaires de médiation.

Pour l'élaboration de cette fiche, nous avons pris contact avec le CIMA[26], pour leur suggérer d'adopter cette fiche d'activité pour l'ensemble de ses médiateurs. En effet, à ce jour chaque médiateur du CIMA dispose de ses propres fiches de travail et qui ne tient pas toujours compte de l'ensemble des informations permettant une bonne connaissance du dossier de médiation. Pour réaliser cette fiche, nous nous sommes basés sur les fiches de médiation familiale et sociale utilisées dans les précédentes recherches, pour avoir le maximum d'items communs (Bonafé-Schmitt, Robert, 2002 ; Bonafé-Schmitt, Charrier, Robert, 2006). L'élaboration de cette fiche d'activité a suscité, comme nous allons le voir un certain nombre de résistances de la part des médiateurs.

La fiche d'activité se présente sous la forme d'un document unique valable aussi bien pour les méditions judiciaires que conventionnelles et visant à rassembler des données sur les médiés et le processus de médiation et l'issue des affaires. Elle se divise en 9 parties et comporte 78 rubriques.

[26] Centre Interprofessionnel de Médiation et d'Arbitrage de Lyon.

1.2.1. Identification de l'instance de médiation et des médiateurs

La 1ère partie concerne l'identification du dossier avec l'attribution d'un numéro de dossier et du Registre Général (RG) dans le cas de médiation judiciaire et ces deux éléments sont importants pour la saisie informatique des dossiers. En effet, pour préserver les règles de la CNIL sur l'anonymat des données recueillis, la saisie informatique ne mentionne pas le nom des médiés, ni celui du médiateur. Les numéros de dossier et de RG restent les deux seuls éléments permettant de faire le lien entre le dossier et sa saisie informatique pour permettre des d'éventuelles vérifications en cas d'erreur de codage.

1 -n° dossier :…….. **2 - n° de RG**…….. **3 - type médiation** : ☐ conventionnelle ☐ judiciaire
4 - Nom médiateur 1 : …… **5 - Nom médiateur 2 :** …….……. **6 - Nbre de médiateurs** :…….
7- origine médiation : ☐ TI ☐Juge enfants ☐ JAF ☐ TGI ☐ C.PH ☐ TC ☐ Cour d'Appel ☐ Procureur
8 - Code postal juridiction : …….
9 - lieu de médiation : ☐ locaux asso/service ☐ MJD ☐ mairie ☐ tribunal ☐autres……...

La présence du nom du ou des médiateurs a suscité des critiques de la part de certains médiateurs considérant qu'ils réalisaient le plus souvent seul la médiation et dans le cas de co-médiation, il ne voyait pas l'intérêt de mentionner le nom de l'autre médiateur. Nous avons expliqué que cette rubrique relève du tronc commun des fiches d'activité car dans certains champs de la médiation, comme dans le cas de la médiation de quartier ou scolaire, la co-médiation était fréquente. De plus, nous avons souligné que pour préserver la confidentialité des données, le nom des médiateurs ne serait pas saisi sur la plateforme et serait remplacé par un code. Le recueil des données sur les médiateurs, comme le sexe, l'âge, la profession, le type de formation devrait nous permettre de vérifier si ces différentes variables ont ou non un impact sur le déroulement et les résultats de la médiation.

1.2.2. Temporalité de la médiation

Nous avons considéré que la temporalité de la médiation est un facteur important à prendre en considération car celle-ci varie d'une manière importante en fonction du champ de la médiation et de la nature des affaires. C'est pour cette raison qu'il convenait d'avoir des références communes pour opérer des comparaisons pertinentes. Nous avons ainsi défini dans la grille de codage les règles de saisie pour la détermination des différentes dates, comme celle du premier contact, de la première rencontre. Par exemple, pour la date de nomination du médiateur, il a été fixé comme règle qu'en matière de médiation judiciaire, ce serait la date de la décision du juge et dans les cas de médiation conventionnelle, il serait saisi la date de la lettre du prescripteur de médiation.

10 - Date nomination médiateur : …../…../…..
11 - Date prise contact : …../…../…..
12 - Date 1er entretien préparatoire :……/…./…..
13 - Date 1ère rencontre conjointe :…./…../….
14 - Date de l'accord :…./…./….
15 - date jugement homologation : …./…../….
16 - Date de clôture :…./…./…

Le recueil de ces données temporelles est indispensable car elles ne figurent pas toutes dans le dossier judiciaire et leur consignation dans un document unique facilite la saisie informatique et le travail d'évaluation.

1.2.3. Identification des médiés et des participants au processus de médiation

Pour faciliter les analyses comparées, nous avons repris le maximum de rubriques communes pour l'identification des médiés avec les autres fiches, pour celles destinées aux instances de médiation. Afin de préserver la confidentialité des données, les rubriques 19, 23, 25 et 26 font pas l'objet d'une saisie informatique. La rubrique 28 relative à l'activité a été laissée ouverte pour prendre en compte à la fois l'activité professionnelle d'une personne physique et le secteur économique dans le cas de personne morale.

Ce sont les rubriques sur la situation familiale, le montant des ressources et le niveau d'études qui ont fait l'objet de discussions entre les chercheurs et les praticiens. Ces derniers ne saisissent pas l'intérêt de poser ces questions notamment dans le cas de médiation dans les relations de travail car elles risquaient de gêner les médiés et d'alourdir la fiche d'activité. Nous avons expliqué l'intérêt d'avoir des informations sur ces deux points pour permettre l'analyse comparée du profil des médiés en fonction des champs de la médiation. Toutefois, pour lever les résistances nous avons convenu que chaque médiateur restait libre de les recueillir ou non.

PROFIL DU MEDIE A

17 – Personne : ☐ physique ☐ morale **18 - Nombre de médié A :** …… **19 - nom/prénom** : ……..……..…

20 - sexe : …… **21 - Nationalité :** ……..…… **22 - Année de naissance :** …..…

23 - Adresse : …… **24 - Code Postal/ Ville :** ……

25 - tel : ……..….. **26 - Courriel :**…….

27 - Situation familiale :……..…… **28 - activité /Profession :**……...……....

29 - Statut : ☐ 1- actif ☐ 2- chômeur ☐ 3 - retraité ☐ 4 - handicapé ☐ 5 - F/H au foyer ☐ 6 - étudiant

30 - Ressources : ☐ 1- sans ☐ 2- RSA (460 €) ☐ 3- RSA au SMIC (460 à 1100€) ☐ 4- SMIC à 2 SMIC ☐ 5 Plus de 2 SMIC

31 - Niveau d'études : ☐ CAP/BEP ☐ BAC ☐ BAC +1/BAC + 2 ☐ BAC +3/BAC + 4 ☐BAC +5 et plus☐autre

32 - Assisté par : ☐ avocat ☐délégué syndical ☐ autre **33 - Aide juridictionnelle :** ☐ oui ☐ non

34 - Expérience antérieure : ☐ 1 - en médiation ☐ 2- en justice ☐ 3 - Aucune des deux

35 - Action préalable : ☐ 1 - aucune ☐ 2- tentative règlement ☐ 3- action en justice ☐ 4- action police ☐ 5 - autre : ……..

36 – Mode de contact : ☐ 1-Téléphone ☐ 2-Lettre ☐ 3-Courriel ☐ 4-Permanence/local ☐ 5 autre : ...……

Nous avons aussi souligné la nécessité de recueillir des informations sur l'éventuelle expérience des médiés en matière de médiation ou encore sur les actions entreprises pour régler le conflit avant la saisine de la justice. Ces données peuvent se révéler pertinentes dans l'analyse du déroulement et des résultats des médiations en fonction du profil des médiés.

1.2.4. Identification des autres participants

La rubrique sur l'identification des autres participants a été conservée dans un souci d'analyse comparée même si les items ne sont pas toujours pertinents dans le cas de médiation civile et commerciale. Nous avons prévu de modifier les items à l'issue de la recherche en prenant en compte la présence d'autres participants mentionnés dans la rubrique « autre » par les médiateurs du CIMA.

AUTRES PARTICIPANTS A LA MEDIATION
54 - Nombre de participants : ……
55 – Qualité des participants : ☐1- parents ☐2- enfants ☐3- grands-parents ☐4- amis ☐5-avocat ☐6- professionnel du social ☐7- professionnel santé ☐8- autre, préciser : ……

1.2.5. La connaissance du service de médiation

Cette rubrique est commune aux différentes fiches d'activité et n'a fait pas l'objet de discussions de la part des médiateurs. Elle vise à apprendre les modalités de connaissance de la structure de médiation par les médiés. Sur le plan informatique, elle a été découpée en 3 catégories : 1- le réseau relationnel, 2 - le réseau professionnel et institutionnel et 3 - les médias

56 – Connaissance du service de médiation :

☐1 - Déjà venu	☐5 - Accès au droit de la structure	☐9 - Avocat	☐13 - Conseil conjugal	☐17 - Internet
☐2 - Relations	☐6 - Organisme d'accès au droit	☐10 - Mairie	☐14 - Ecole	☐18-CAF
☐3 - Médiateur	☐7 - Police	☐11 - Bailleur, préciser……	☐15 - Médias	☐19-CMSA
☐4 -Association	☐8 -Tribunal	☐12 -Travailleur social	☐16 - Prospectus	☐18 - Autres. Préciser :

1.2.6. Nature du lien entre les médiés

Comme pour la rubrique précédente, celle-ci et n'a pas fait l'objet de véritables débats de la part des médiateurs même si certains items ne leur paraissaient pas pertinent dans le cadre de la médiation civile et commerciale et que d'autres auraient pu être ajoutés comme dans le conflit portant sur la propriété immobilière. Nous avons convenu d'attendre la fin de la recherche pour ajouter d'autres « items » en fonction des réponses à la rubrique « autres ».

47 - Nature du lien :

☐ 1-Voisins	☐ 2-Amis	☐ 3 – Familial	☐ 4- travail /associé
☐ 5- particulier/professionnel/consommation		☐ 6- locataire/propriétaire/bailleur	
☐ 7 – administration	☐ 8 - ne se connaissent pas	☐ 9 - autres préciser : ……	

1.2.7. Nature du conflit

Ce sont les rubriques liées à la nature du conflit et au contenu des demandes qui ont posé le plus de problèmes en raison de la spécificité des contentieux dans les différents champs de la

médiation. Nous avons dû créer de nouveaux items pour prendre en compte la spécificité des médiations dans le domaine civil et commercial, notamment de la médiation dans les relations de travail. Pour favoriser l'analyse comparée entre les affaires faisant l'objet d'une médiation et celles faisant l'objet d'un traitement juridictionnel traditionnel nous avons repris les rubriques de la nomenclature des natures d'affaires civiles utilisée par le ministère de la Justice.

NATURE DU CONFLIT

57 – Type de conflit 1 : □ Relations individuelles de travail □ Instances représentatives personnel □ Formation □ Protection sociale □ autre……..

58-Type de conflit 2 : □ individuel □ collectif

1.2.8. Nature des demandes

La rubrique sur la nature des demandes a fait l'objet aussi de discussions entre les chercheurs et les praticiens. Le débat a porté sur la nécessité créer des catégories pouvant répondre à la fois, à la réalité du contentieux traité par les médiateurs mais aussi permettant de faire des comparaisons avec le contentieux judiciaire. En effet, dans le cas des recherches précédentes sur la médiation familiale et sociale, nous avions créés nos propres catégories car elles permettaient de mieux cerner la nature des demandes des médiés. Dans le cadre de la recherche actuelle, il nous paraissait impossible de faire ce travail en raison de la diversité des affaires judiciaires. Donc pour favoriser, l'analyse comparée entre le contentieux de médiation conventionnelle et judiciaire, nous avons donc opté pour un codage qui reprend les rubriques de la nomenclature des natures d'affaires civiles du ministère de la Justice.

Pour respecter ce choix, il a été décidé que les médiateurs mentionneraient dans la fiche d'activité l'ensemble des demandes sans qu'aucun codage ne soit fait par le médiateur comme il est indiqué ci-dessous :

NATURE DES DEMANDES

60 - demande principale Médié A : Préciser la ou les demandes

1……

2……

3……

4……

5……

61 - demande reconventionnelle Médié B : Préciser la ou les demandes

1……

2……

3……

4……

5……

C'est au moment de la saisie informatique sur la plateforme de l'Observatoire des médiations que le « correspondant médiation » saisira les données en utilisant les volets déroulants pour préciser les demandes des médiés comme le montre la capture d'écran du masque de saisie des affaires ci-dessous :

Nature de l'affaire		--- section	
Origine de l'affaire	sans réponse	civil	pénal
Type de juridiction	Civil	Première instance	Conseil de prudhommes
Précision sur l'affaire			
Nature de la demande principale (1)	Relations du travail et protectio	Relations individuelles de trava	Demande d'indemnités liées à
Nature de la demande principale (2)	----------	----------	----------
Nature de la demande principale (3)	----------	----------	----------
Nature de la demande principale (4)	----------	----------	----------
Nature de la demande principale (autre)			
Nature de la demande reconventionnelle	----------	----------	----------
Nature de la demande reconventionnelle (2)	----------	----------	----------

1.2.9. Le début du processus de médiation

L'identification du processus de médiation a été divisée en plusieurs séquences pour prendre en compte toutes les phases de son déroulement. Nous avons conservé dans un souci d'analyse comparée la rubrique des « entretiens d'information » qui sont prévu dans le cas de médiation familiale dans l'éventualité où des juridictions auraient mis en place une procédure similaire.

DEBUT DU PROCESSUS

62 - Entretien d'information : ☐1-individuel médié A ☐2- individuel médié B ☐3-entretien A avec B ☐4 info collective

63 - Entretiens préparatoires : 1-Nombre avec médié A : ……. 2-Nombre avec médié B : ……..……..

64 - Issue du début du processus :

☐ 1 - Problème déjà réglé ☐ 2 - Conflit apaisé suite prise de contact ☐ 3 - Silence du Médié A

☐ 4 - Pas de réponse du Médié B ☐ 5 - Refus de médiation du Médié A ☐ 6 - Refus de médiation du Médié B

☐ 7- Refus médiation du médiateur ☐ 8 - Ecoute ☐ 9 - Information/orientation

☐ 10 - acceptation du processus de médiation

Nous avons également conservé la rubrique « issue du début du processus » car dans la recherche précédente sur la médiation sociale, il arrivait que l'affaire se règle, comme les conflits liés aux nuisances sonores, lors de l'envoi de la lettre d'invitation à une médiation. Nous avons conservé ces items dans le cas de médiation judiciaire car nous voulions vérifier si ce type de phénomène existe aussi ou non.

1.2.10. La mise en œuvre de la médiation

Le contenu de la rubrique sur la mise en œuvre de la médiation a fait l'objet de discussions, notamment sur la question des « médiations indirectes », c'est-à-dire sans l'organisation de rencontre physique. Comme dans le cas des recherches précédentes sur les médiations familiales

et sociales, le débat a porté sur la question de savoir si la dénomination de « médiation » était appropriée ou s'il convenait plutôt de parler de « négociation assistée ».

MISE EN ŒUVRE DE LA MEDIATION

65 - type de médiation : ☐ 1 - médiation directe ☐ 2 - médiation indirecte

66 - Modalités de la médiation directe :

☐ 1 - rencontre en face à face ☐ 2 - téléphone/face à face ☐ 3- discussion instantanée via internet

67 - Médiation directe (durée) : 1- nombre de rencontres : …... 2 - durée moyenne rencontre (en mn)…..

67 - Modalités de la médiation indirecte : ☐ 1-rencontre indirecte ☐ 2-téléphone/sans face à face ☐ 3-échange de courriers ☐ 4-autre. Préciser……..…

68 - Nombre d'interventions (quel que soit le type de médiation) : ….

1 - nombre entretien……. 2 - nombre lettre……. 3 - nombre de téléphone…… 4 - nombre de courriel..…

Il est toujours difficile de mesurer l'activité des médiateurs car celle-ci ne se limite pas à l'organisation des entretiens mais s'étend aussi à un certain nombre d'actes comme la rédaction de lettres, de courriels, les entretiens téléphoniques.

1.2.11. Les issues de la médiation

Le contenu de la rubrique 69 sur les issues a aussi suscité de nombreux échanges, comme nous l'avons souligné plus haut avec la rubrique 64 avec la question de la prise en compte des affaires qui peuvent faire l'objet d'un règlement avant ou après la médiation. Nous avons pris en compte ces règlements « extra-médiation » car ils sont souvent liés au déroulement du processus de médiation. On sait qu'un certain nombre d'accords sont obtenus à la suite de négociation directe entre les parties ou les avocats en dehors de la juridiction (notamment en matière sociale) et ne sont donc pas pris en compte par les statistiques judiciaires ou sont comptabilisé sous la rubrique « radiation », « désistement d'instance/d'action »

C'est surtout la question du codage du contenu des accords de médiation qui nous a posé des problèmes en raison de la diversité des solutions trouvées. Nous avons donc décidé de reprendre le codage utilisé pour les demandes pour vérifier si l'accord portait sur l'ensemble ou une partie des demandes. Le travail de codage des accords dans le cas de médiation judiciaire en raison de la diversité des contentieux reste encore à faire.

69 – Issues de la médiation :

☐ 1-accord médiation ☐ 2-pas d'accord ☐ 3-conflit réglé avant médiation ☐ 4-conflit réglé après médiation

Issue avec accord de médiation

70 - nature de l'accord : ☐ 1- total ☐ 2- partiel **71 - accord intermédiaire :** ☐ 1.oui ☐ 2. non

72 - Type d 'accord : ☐ 1- accord écrit ☐ 2- accord verbal ☐ 3- autres écrits (échanges lettres)

73 - Homologation : ☐ 1.oui ☐ 2. non

74 - Contenu de l'accord :

1……

2……

3……

4……

5……
6……

75- issues sans accord de médiation :

☐ 1-arrêt de la médiation par médié A ☐ 3-arrêt par absence d'entente ☐ 5- arrêt non expliqué
☐ 2-arrêt de la médiation par médié B ☐ 4- arrêt par le(les)médiateurs ☐ 6-autre, préciser : ……

76- En l'absence d'accord la médiation a permis :

☐ 1- de reprendre une relation ☐ 2 - d'améliorer la relation ☐3- ne sait pas

77- coût de la médiation : 1- montant total : …… 2-montant médié A : …… 3-montant médié B : ……
4-modalités de répartition : …….%.

La médiation est souvent présentée comme moins onéreuse qu'une action judiciaire mais il n'existe pas ou peu d'études sur le coût d'une médiation t qui permet de confirmer ou non cette assertion. C'est pour cette raison que nous avons intégré cette dimension économique dans l'Observatoire afin de collecter des données sur le coût des médiations judiciaires et conventionnelles.

Toujours dans ce souci d'analyse comparée nous avons intégré dans la fiche d'activité fournie au CIMA des informations sur les suites éventuelles données après l'échec ou l'abandon d'une médiation. Si cette information est pertinente dans le cas de médiation conventionnelles, elle est un peu moins en matière judiciaire ou la rubrique « retour juridiction » sera la plus sollicitée.

78- Autres Issues complémentaires :

☐ 1- orientation accès au droit/structure ☐ 2-orientation avocat ☐ 3-orientation action judiciaire
☐ 4-orientation service sociaux thérapeutique/médicale ☐ 5-orientation associations ☐ 6-orientation
☐ 7- retour juridiction ☐ 8 –retour prescripteur ☐ 9- affaire en cours
☐ 10- Issue inconnue ☐ 11- Ecoute ☐ 12- autre, préciser……

Le site de l'Observatoire des médiations a donc été renforcé dans son fonctionnement par l'intégration de 373 dossiers de médiations judiciaires civiles et par la diffusion de ses outils auprès d'instances de médiation. Nous avons systématiquement intégré les données que nous avons pu recueillir à partir de cette fiche activité avec des fortunes diverses selon les juridictions. Cependant, d'une manière générale, toutes les informations concernant le temps de médiation sont absentes, ce qui était attendu compte tenu du fait que cela relève de l'activité propre du médiateur.

Pour les autres données, nous avons pu les enregistrer à partie des logiciels nommés WinciTGI ou WinciCA. Leur facilité d'accès a résulté considérablement de la disponibilité des personnels des greffes. Sur ce point, nous avons parfois rencontré des difficultés pour parvenir à cette disponibilité, notamment dans les juridictions parisiennes. Le tableau ci-dessous reprend l'ensemble des dossiers recensés et saisis dans l'observatoire des médiations. Il faut également préciser, que nous avons insérés dans le même temps les données recueillies par l'équipe du CRAJ, même si les indicateurs choisis par cette équipe sont plus succincts que ceux que nous avons recherchés pour les juridictions de Lyon et Paris.

Tableau récapitulatif des dossiers de médiations civiles recueillies

Juridictions	Nombres de dossiers recensés	Nombre de dossiers exploités[27]
CA de Lyon	181	111
TGI de Lyon	86	82
TGI de Saint Etienne	11	0
TGI Pau	77	77
CA Pau (Ch Commerciale)	78	78
CA Bordeaux (Ch commerciale)	25	25
Total	458	373

2. L'accès aux informations sur le déroulement des médiations : une difficulté

L'équipe a fortement insisté pour aller au-delà du recueil des informations disponibles dans les juridictions. Car, pour tout ce qui concerne la médiation en tant que telle, les séances et le contenu, même succinct, de l'accord éventuel, très peu d'éléments apparaissent dans les sources judiciaires, ce qui est tout à fait logique compte tenu de la spécificité de la médiation.

Pour en savoir un peu plus sur ce déroulement des médiations, il convenait d'interroger les médiateurs pour obtenir des informations formelles et précises. Cette investigation n'a pas été aussi fructueuse qu'espérée, avec des fortunes diverses entre le ressort lyonnais et parisien. Globalement, l'équipe a œuvré à faire prendre conscience de la nécessité de formaliser des sources pour permettre une analyse scientifique du contenu des médiations et non pas prêtant le flan à la subjectivité de chacun des médiateurs. Plus concrètement, nous avons réussi à nous assurer la collaboration future de plusieurs instances de médiation, une manière de prendre date pour des analyses futures, sur la base du modèle de dossiers de médiations judiciaires civiles élaboré pour l'Observatoire des médiations.

Pour le ressort de Lyon, il a été proposé aux médiateurs, comme prévu initialement, de remplir une fiche par dossier pour chacun d'entre eux. Cela supposait une collaboration étroite avec les associations et instances de médiation. Nous avons donc contacté les instances suivantes sur Lyon, avec des résultats divers :

CIMA : pas de consultation d'anciens dossiers mais adoption de la fiche dossiers pour l'avenir

CNPM : pas de consultation d'anciens dossiers ni adoption de la fiche

ALMA Médiation : consultation des dossiers mais pas d'adoption de la fiche dossier

La principale difficulté à laquelle nous nous attendions tient à la question de la confidentialité de la médiation. Il s'agit là d'un principe important dans toute médiation, à savoir que le fait que les paroles et les déclarations des médiés ne puissent être utilisées à d'autres fins que celle de la médiation. Cela entraine que les médiateurs n'enregistrent ni ne gardent presque jamais de traces du contenu des échanges. Cependant, on peut regretter que cette confidentialité s'étende – peut-être de manière abusive – à des faits qui ne sont pas de l'ordre du contenu des échanges, tels le nombre de séances de médiation, leur durée, les modalités de réalisation de l'accord (écrit, rédigé

[27] La différence entre les dossiers recueillis et les dossiers exploités s'explique par la présence de dossier quasi vide et surtout de dossier en cours.

par le médiateur ou par les médiés), informations très utiles pour évaluer les pratiques de médiation et leur mise en œuvre mais qui sont rarement consignées par les médiateurs. D'une certaine manière, cette « déontologie extensive » contribue à la méconnaissance du processus de médiation, ce qui n'est sans doute pas son objectif.

Toutefois, il semble qu'une prise de conscience commence à émerger chez les médiateurs eux-mêmes. Cela explique qu'une instance importante dans le ressort de la CA de Lyon, le CIMA qui regroupent environ 60 médiateurs, a accepté de demander à ses membres de remplir la fiche activité de manière systématique pour toutes les nouvelles médiations. Malheureusement, leur exploitation ne pourra pas intervenir dans le cadre de cette recherche.

Etude des dossiers d'ALMA Médiation[28]

ALMA médiation est une petite association crée en 2014. Elle regroupe 6 médiateurs formés, de profils différents même si on peut noter une majorité de professionnels du droit (avocats). Nous avons pu consulter l'ensemble des dossiers que cette association a traité sur ces deux dernières années soit 14 dossiers, 12 médiations judiciaires et 2 conventionnelles.

Les médiations judiciaires sont toutes issues de la chambre sociale de la Cour d'appel de Lyon. Nous verrons dans une autre partie que cette chambre a favorisé le règlement par la médiation de certaines affaires. ALMA médiation a donc profité d'une répartition aléatoire des dossiers entre les différentes instances de médiation de la région lyonnaise pour développer son activité. En termes de résultats, même s'il est très peu significatif de raisonner sur si peu de cas, on notera que la moitié des médiations ont débouché sur un accord, une n'a pu être initiée par l'absence de volonté d'une des parties et 6 n'ont pas abouti. De plus ces médiations se sont déroulées assez rapidement, la plupart se clôturant après 2 à 3 mois de saisie, une seule ayant duré 6 mois.

De l'étude des dossiers, il ressort plusieurs difficultés qui nous avaient été évoquées par certains de nos interlocuteurs médiateurs. La première est de déterminer une date pour fixer un premier rendez-vous. Or, cette prise de rendez-vous est cruciale pour le bon déroulement et même la réalisation de la médiation. Lorsqu'un magistrat ordonne une médiation, il fait état d'un délai de 3 mois et prévoit une date pour la conclusion du processus. Cependant, si les médiateurs sont prompts à répondre à l'ordonnance des magistrats, nous avons constaté dans quelques dossiers que les échanges pour parvenir à une date commune prennent une bonne partie de ce délai. Nous savons que les magistrats font généralement courir ce délai à partir de la première date de rendez-vous. De même, les médiateurs de cette association consacrent une seule séance à la médiation, ce qui limite cette contrainte. Cependant la tâche est fastidieuse et peut mener le médié à revenir sur leur engagement, notamment lorsque l'autre partie tarde à répondre. On peut penser que la fixation de la date de la séance de médiation pourrait se faire assez tôt, peut-être dès l'ordonnance de médiation. Mais la condition est de rendre concomitantes la prescription du juge, la présence des médiateurs, des parties et de leur représentant. Cette configuration est rare même si elle a été parfois expérimentée. Ainsi, la durée des 3 mois n'est pas une difficulté en soi. Elle l'est rendue surtout dans les cas où ce délai est surtout mis au profit de la détermination de la rencontre entre les parties.

ALMA médiation pratique des médiations judiciaires en une seule séance, sauf cas particulier. C'est cette même modalité que nous avons recueillie formellement ou informellement auprès d'autres médiateurs des instances citées plus haut. Dans le cas présent, la durée peut être assez

[28] http://www.alma-mediation.fr/

longue (jusqu'à 3h) ce qui permet des échanges approfondis. De même, cette instance a choisi de pratiquer majoritairement la co-médiation.

Les médiations se déroulent au siège de l'association qui se trouve être également un cabinet d'avocat. La salle de réunion est assez spacieuse et s'apparente à une grande salle à manger. Evidemment, ce lieu n'est pas neutre. Cependant, il permet de déterritorialiser le conflit, de le sortir de son espace tout en lui substituant un lieu assez banal et peu marqué.

Enfin, nous avons noté que la rédaction des protocoles d'accord suit des modalités où le médiateur est avant tout un accompagnant. S'il peut tenir le stylo, c'est sous la dictée des médiés. Nous avons pu consulter quelques constats d'accord. Il relève d'une culture juridique (« entre X d'une part et Y d'autre part, il a été exposé et convenu ce qui suit, … « article 1er », « les parties », …). En termes de forme, ils sont à classer dans la famille des conventions. Cependant, il faut noter l'absence de référence à un texte juridique au profit de résolutions très pratiques comme un échéancier de remboursement ou bien des modalités d'échange économiques entre les médiés. L'étude de ces quelques dossiers ne permet pas cependant de constater l'émergence de protocoles spécifiques relevant de la culture de la médiation, car c'est encore le modèle contractuel juridique qui semble être de mise.

3. L'activité de médiation judiciaire analysée via les dossiers recueillis

Après avoir présenté l'outil, nous passons à présent aux résultats descriptifs des dossiers qui ont fait l'objet d'une saisie et donc d'une analyse statistique. Ici, seront présentés les principaux constats qui ont servi à l'analyse de l'activité de médiation judiciaire.

3.1. Forme et volume de l'activité médiation

Dans cette section, nous allons rendre compte des différents indicateurs qui caractérisent la médiation judiciaire : le lieu où elle est prescrite, sa durée, la nature du litige et des liens entre les parties. Nous envisagerons également le volume de cette activité, car les données recueillies permettent d'avoir une vision sur plusieurs années. De même, la saisie des dossiers a permis d'enregistrer vers qui ou quelles associations se dirigent les magistrats lorsqu'ils souhaitent prescrire une médiation.

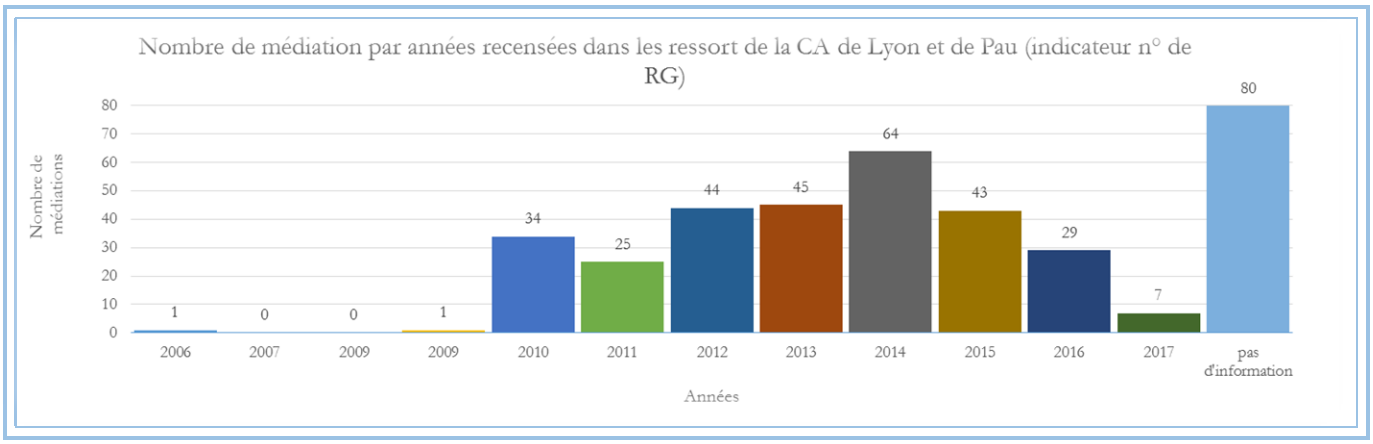
- où sont prescrites les médiations judiciaires ?

Au regard de nos investigations, les deux niveaux d'instance sont investis par la médiation. Certes les résultats sont dépendants de nos accès aux informations, précisément de l'aisance ou de la difficulté à obtenir les données judiciaires. On se doit de souligner que les instances d'appel fournissent plus d'affaire que celles de première instance. Sans doute il faut y voir une déformation du à notre accès plus aisé à ces données. Néanmoins, cela signifie qu'il n'existe pas, dans l'esprit des prescripteurs, un lieu judiciaire où la médiation serait plus appropriée qu'un autre, car nous avons globalement recensé autant de médiation en cour d'appel qu'au TGI.

Répartitions des dossiers étudiés en fonction des tribunaux

Juridictions	Eff.	%	Eff.	%
Cours d'appel	214	59,4%		
dont CA de Bordeaux			25	6,7%
dont CA de Lyon			111	29,8%
dont CA de Pau			78	20,9%
Tribunal de Grande Instance	159	40,6%		
dont TGI de Lyon			82	22,0%
dont TGI de Pau			77	20,6%
Total	373	100,0%	373	100,0%

Notre recensement étant assez exhaustif, il donne une image fidèle du volume d'activité de médiation depuis la période 2010-11[29] à 2016 dans deux ressorts de cour d'appel. Ainsi c'est environ 350 à 400 médiations qui se sont déroulées. La répartition par année, laisse présager d'une évolution de forte croissance suivie d'une stagnation qui interroge :



Comme on le constate, la croissance est nette jusqu'en 2014 où l'on atteint le maximum de 64 médiations, mais la tendance dans les 2 années suivante marque plutôt un recul. La moyenne entre 2010 et 2016 est de 45 médiations par an sur l'ensemble de ces 5 tribunaux ce qui est un volume anecdotique si on le met en regard de l'activité de ces 5 tribunaux cumulés qui atteint grosso modo près de 50000 affaires nouvelles par an[30]. Il faut donc conclure que si des médiations sont prononcées, elles ne représentent pas toute la potentialité que l'on pourrait attendre pour ce mode de règlement des différends.

[29] Nous avons enregistré des affaires en 2017 (n=6), mais bien évidemment elles ne l'ont été que de manière accessoire, l'année n'était pas close.

[30] Selon les chiffres fournis par le ministère de la Justice via son site internet, le cumul des nouvelles affaires pour les 5 tribunaux qui nous concernent se monte à 49712 pour l'année 2015, avec un maximum de 23778 affaires nouvelles pour le TGI de Lyon. Nous avons pris en considération toutes les affaires relevant du domaine civil, y compris par conséquent les affaires familiales. Il demeure que le potentiel d'affaires orienté en médiation est très nettement supérieur à l'activité que nous avons recueillie.

D'autre part, nous avons la confirmation, corroborée par les discours recueillis auprès des prescripteurs, que l'option de privilégier la médiation dans certains tribunaux, notamment de première instance, au détriment d'autres, ne semble pas être une pratique avérée, puisqu'on on trouve des médiations en nombre conséquent pour l'un et l'autre niveau. Il serait donc peu opportun de spécialiser un niveau de juridiction aux modes amiables qui plus est à la médiation. Nous verrons plus loin dans l'enquête par questionnaires auprès des prescripteurs que cette idée doit être abandonnée, la médiation semblant adaptée à tous les niveaux de juridiction, *a fortiori* à toutes les étapes d'un litige[31].

- la durée moyenne des médiations

L'analyse de la durée des médiations est dépendante de deux informations principale : la date de désignation du médiateur (ou à défaut celle d'appel pour les médiations qui se déroulent dans le cadre des CA) et la date de fin de la médiation que l'on peut déterminer par l'ordonnance de désistement ou d'homologation, plus approximativement par une date indiquant la reprise de l'instance (et *de facto* l'échec de la médiation). Malheureusement, dans de nombreux dossiers ces bornes temporelles sont absentes ou floues. C'est pourquoi, sur les 373 dossiers recueillis, nous avons pu établir seulement 249 durées de médiation[32].

Compte tenu de ces conditions, la durée moyenne des médiations est de 6,9 mois. Ce chiffre mérite que l'on s'y arrête quelque peu. Car il faut rappeler que la durée « normale » d'une médiation judiciaire est de 3 mois, renouvelable une fois si le médiateur juge qu'une prolongation peut être bénéfique pour la situation. Or, on visualise bien dans le graphique ci-dessus les deux « pics » à 3 et 6 mois, indiquant ainsi cette norme des 3 mois renouvelable une fois.

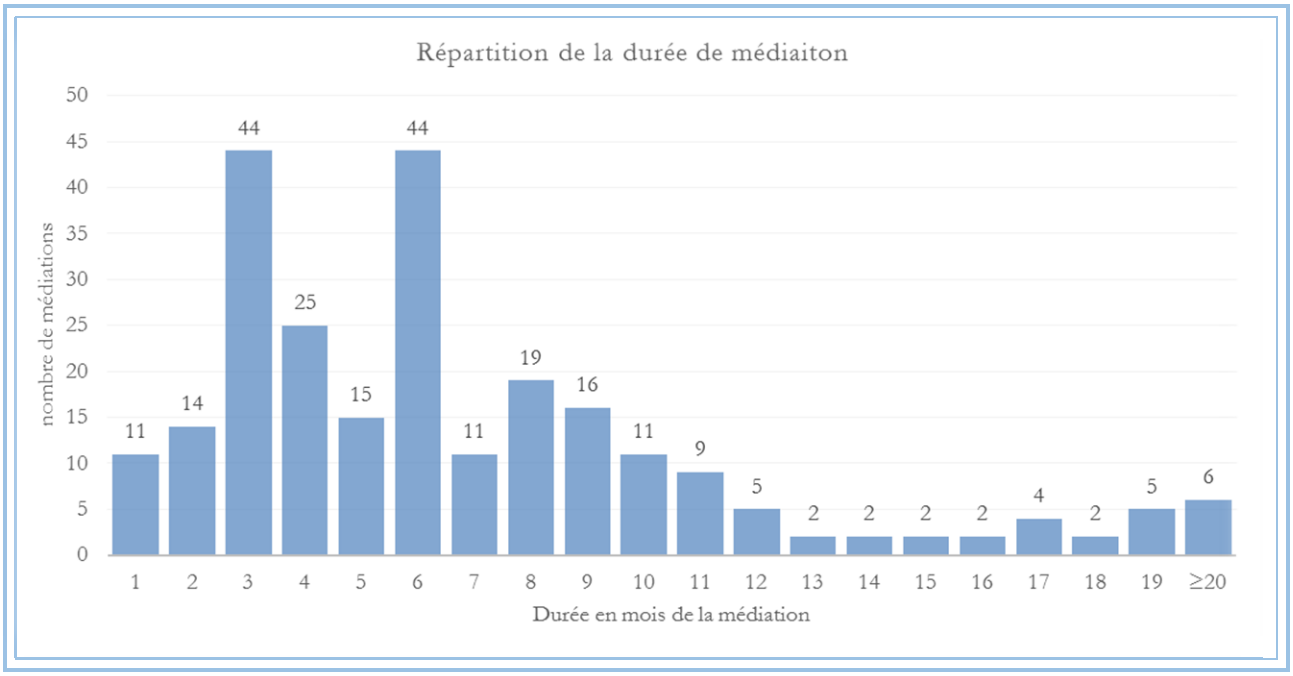
Toutefois, est-ce que 3 mois sont suffisants ? Si l'on interprète un peu plus précisément ces résultats, on s'aperçoit que les médiations qui ont eu la durée prévue par la loi (à savoir 3 mois ou moins) est assez réduite (28%). Celles qui ont sont allées au-delà (de 3 à 6 mois) représentent 1/3 de l'ensemble. Toutes ces médiations qui ont nécessité jusqu'à 6 mois au plus représentent la majeure partie des médiations judiciaires analysées ici (61%). On peut donc légitimement se demander si cette durée de 3 mois n'est pas à revoir, parce qu'étant insuffisante.

Néanmoins il faut prendre en compte dans notre analyse qu'ils existent parfois des difficultés très pratiques qui expliquent en partie cette tendance à aller au-delà de 3 mois impartis. On nous a plusieurs fois souligné que le temps de prise de rendez-vous était déterminant, d'autant plus si les parties sont multiples[33]. Dans ces conditions, organiser une médiation en plusieurs séances devient chronophage et incite probablement le médiateur à demander une prolongation ou bien à aller au-delà de 3 mois avec la mansuétude du magistrat.

[31] Voir partie C.

[32] Précisons que la donnée la plus fréquemment absente est celle de la date de rendu des conclusions du ou des médiateurs au magistrat, que ce soit un accord ou pas. Or, en cas d'accord nous avons pu déduire la fin de la médiation par l'homologation ou le désistement d'instance qui suit généralement l'accord conclu entre les parties. Ainsi, ce sont surtout les médiations n'aboutissant pas à un accord pour lesquelles nous avons plus de difficultés à déterminer la durée.

[33] Cf. encadré sur Alma Médiation, p.42-43.



Dans les entretiens que nous avons menés avec les médiateurs, l'allongement de la durée de médiation n'est pas une attente particulière ni première. Il apparait surtout un souhait de souplesse qui semble acceptée dès à présent par les magistrats comme le traduisent ses résultats. En effet, qu'il y ait autant de médiation avec une durée de 3 mois que de 6 mois est symptomatique d'une pratique qu'on peut penser concertée entre les médiateurs et les magistrats qui visent à donner avant tout la chance à l'aboutissement de la médiation même si elle doit aller au-delà des 3 mois disponibles.

- la nature des affaires : des tendances dans l'application raisonnée de la médiation judiciaire

La nature du litige traduit les domaines dans lesquels la médiation apparait adaptée. Nous avons repris la nomenclature des litiges qui fait foi dans le monde judiciaire.

Répartition de la nature de la demande principale

	Eff.	%
Biens - Propriété littéraire et artistique	51	13,7%
Biens - Propriété littéraire et artistique	15	
Copropriété (I): organisation et administration	10	
Copropriété (II): droits et obligations des copropriétaires	6	
Propriété et possession mobilières	2	
Propriété littéraire et artistique	8	
Saisies et mesures conservatoires	1	
Servitudes	8	
Usufruit - Usage et habitation	1	
Contrats	98	26,3%
Contrats	21	

Autres contrats de prestation de services	11	
Baux d'habitation et baux professionnels	17	
Baux ruraux	1	
Contrat tendant à la réalisation de travaux de construction	17	
Contrats d'intermédiaire	2	
Contrats divers	12	
Prêt d'argent, crédit-bail (ou leasing), cautionnement	17	
Droit de la famille	59	15,8%
Autorité parentale	34	
Demandes postérieures au prononcé du divorce ou de la séparation de corps	2	
Libéralités (donations et testaments)	1	
Mariage et régimes matrimoniaux	1	
Obligations à caractère alimentaire	3	
Partage, indivision, succession	11	
Droit des affaires	54	14,5%
Droit des affaires	29	
Concurrence	4	
Groupements : Dirigeants	3	
Groupements : Fonctionnement (I)	1	
Groupements : Fonctionnement (II)	3	
Location-gérance du fonds de commerce	1	
Propriété industrielle : Brevets, certificats complémentaires de protection et topographie de semi-conducteurs	1	
Propriété industrielle : Dessins et modèles	3	
Propriété industrielle : Marques	7	
Vente du fonds de commerce	2	
Entreprises en difficulté	7	1,9%
Autres demandes en matière de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires	1	
Pas d'information	26	7,0%
Relations avec les personnes publiques	1	0,3%
Relations du travail et protection sociale	73	19,6%
Relations du travail et protection sociale	71	
Négociation collective	1	
Risques professionnels	1	
Responsabilité et quasi-contrats	4	1,1%
Dommages causés par des animaux, des produits ou des services	1	
Dommages causés par l'action directe d'une personne	1	
Dommages causés par l'activité professionnelle de certaines personnes qualifiées	2	
Total	**373**	**100,0%**

Au premier coup d'œil il ne semble pas y avoir de spécialisation ; les 9 grands ensembles sont tous représentés même si c'est a minima pour les « relations avec les personnes publiques » et « les entreprises en difficultés ». Ensuite, il ne semble pas y avoir de spécialisation qui se dessine.

Si nous mettons de côté le cas particulier de la médiation familiale[34], le type de litige le plus mobilisé est celui des contrats (26,3%) suivi des « relations du travail et protection sociale » (19,6%), où il s'agit souvent de conflits liés à des demandes d'indemnités liées à la rupture d'un contrat de travail.

Il ne semble donc pas, à nouveau, qu'un type de litige civil soit particulièrement susceptible de se voir prescrire une médiation. Ceci est sans doute en lien avec les magistrats qui s'intéressent à la médiation et dont on verra dans la partie suivante que leur intérêt est peu en lien avec la ou les matières qu'ils ont traitées. Qui plus est, à l'intérieur même d'une catégorie, comme celles des « biens », on notera que toutes les sous-catégories sont représentées, renforçant encore l'absence de spécialisation dans la l'activité de médiation.

Ces constats, que l'on doit tout de même relativiser à la hauteur de l'échantillon recueilli, n'invitent pas à poursuivre l'hypothèse selon laquelle il faudrait associer à la médiation un ou plusieurs domaines litigieux bien circonscrits. Si l'on considère que le relevé de ces pratiques informe sur ce que pourrait être la médiation judiciaire dans les années à venir, il semblerait donc quelle soient une procédure générale et *a priori* applicable à toute l'étendue du domaine civil.

Répartitions des litiges selon les catégories principales et selon la juridiction

	TGI	%	CA	%	Total	%
Pas d'information	4	15,4%	21	80,8%	26	100,0%
Droit de la famille	59	100,0%	0	0,0%	59	100,0%
Droit des affaires	21	38,9%	33	61,1%	54	100,0%
Entreprises en difficulté	0	0,0%	7	100,0%	7	100,0%
Contrats	39	40,2%	59	60,2%	98	100,0%
Responsabilité et quasi-contrats	4	100,0%	0	0,0%	4	100,0%
Biens - Propriété littéraire et artistique	32	62,7%	19	37,3%	51	100,0%
Relations du travail et protection sociale	2	2,7%	71	97,3%	74	100,0%
Total	160	43,0%	212	57,0%	372	100,0%

Nous avons pu croiser les résultats commentés ci-dessus selon leur provenance, à savoir si ces médiations s'étaient déroulées dans un TGI ou dans une cour d'appel. Il semble judicieux d'opérer ce croisement car nous avions le sentiment que la médiation se pratiquait tout autant dans les premiers que dans les secondes. Bien évidemment, le contentieux social a ceci de spécifique qu'il n'apparait qu'en deuxième instance, le tribunal de première instance proposant une procédure de conciliation[35]. C'est la raison pour laquelle nous ne l'avons quasiment trouvé qu'à la cour d'appel. Le raisonnement est inverse pour le contentieux familial. Ce qui est plus

[34] Rappelons qu'il existe des projets de médiation familiale obligatoire pour les litiges familiaux post divorce, ce qui correspondrait aux catégories « demandes postérieures au prononcé du divorce ou de la séparation de corps » et « obligations à caractère alimentaire », qui représentent 5 cas sur les 373 enregistrées.

[35] Il existe la possibilité de pratiquer une médiation au CPH. Cependant, tous les éléments que nous avons à notre possession tendent à prouver que cette possibilité est très rarement mise en œuvre. Qui plus est, elle est souvent confondue avec la procédure de conciliation prud'homale.

remarquable, c'est la propension à ce que les affaires soient présentes (à des proportions significatives lorsque le volume totale est assez abondant) tant au TGI qu'à la CA. Le cas des litiges de droit des contrats est symptomatique : dans 40% des cas nous l'avons trouvé au TGI et dans 60% à la CA. Ce qui signifie que les magistrats peuvent le prescrire à tous les niveaux de juridiction, et que par conséquent, en la matière le niveau de juridiction n'est sans doute pas l'élément le plus déterminant. Autrement dit, c'est plus la configuration du litige que sa catégorie, sa situation plus que le niveau de juridiction auquel il est présenté, qui est essentiel.

Reste que la répartition entre les deux niveaux de juridiction laisse apparaître un élément plutôt inattendu : le plus fort volume d'activité de médiation dans les deux cours d'appel que dans les trois TGI. On pourra objecter que l'échantillon est assez faible et que l'on peut regretter que le ressort de Paris ne soit pas associé. Cependant, ce fait va à l'encontre du cursus des affaires juridiques qui sont bien plus nombreux en première instance qu'en deuxième. Ceci trouve des explications dans l'attitude et le profil des prescripteurs de la médiation, tout particulièrement les magistrats, qui semblent avoir plus de facilité à prendre des initiatives en matière de médiation dans le cadre de l'instance d'appel. D'ailleurs, nous verrons dans la partie D que de nombreuses expérimentations se tiennent dans les cours d'appel.

- des centres de médiation nombreux mais quelques-uns concentrent l'activité.

Les instances et les associations de médiation sont nombreuses en France. Cette dispersion, si elle assure une pluralité des offres et des approches des modes amiables peut être un handicap pour la visibilité de ce processus, notamment quand il est prescrit judiciairement. C'est la raison pour laquelle il est judicieux de connaître les associations qui sont intervenues dans les dossiers que nous avons répertoriés, lorsque l'information est présente.

Répartition des dossiers selon l'instance ou l'association de médiation désignée

Centres de médiation			
Ressort de CA	**Association ou instance**	**Eff.**	**%**
	Non précisé	20	5,4%
LYON	Chambre Nationale des Praticiens de la Médiation	42	11,3%
LYON	Réseau des Médiateurs d'Entreprises	12	3,2%
LYON	Centre Interprofessionnel de Médiation et d'Arbitrage	82	22,0%
LYON	ALMA Médiation	3	0,8%
BORDEAUX	Bordeaux médiation	6	1,6%
PARIS (médiation familiale)	Accalmie	1	0,3%
BORDEAUX	Centre de médiation de Bordeaux	8	2,1%
BORDEAUX	Centre de médiation de la Charente	1	0,3%
BORDEAUX	Aquitaine médiation	1	0,3%
PAU	AMARE Médiation	10	2,7%

PAU	CARBILEB	89	23,9%
PARIS	Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris	7	1,9%
PAU	La pépinière	6	1,6%
PAU	Association Espace Rencontre Médiation 64	18	4,8%
PAU	Médiation des vallées	8	2,1%
BORDEAUX	Centre social La Haüt	8	2,1%
PAU	Espace rencontre « Médiation 64 »	5	1,3%
MONTPELLIER	B for Médiation	1	0,3%
PARIS	Alternative de Médiateurs Indépendants	4	1,1%
PARIS	Centre de Médiation Culture	1	0,3%
	Médiateurs indépendants	40	10,7%
	Total	373	100,0%

Sur l'ensemble des dossiers, vingt ne font malheureusement pas figurer le nom ou l'appartenance du médiateur qui a été désigné. Pour le reste des dossiers (n=353), on note en premier lieu une tendance à avoir recours à une association, puisque seulement dans 11% des cas le magistrat a fait appel à un médiateur indépendant. Il semble que le recourt à une association fasse partie des pratiques actuelles. Ceci est confirmé avec la volonté affichée par les magistrats d'avoir à disposition une ou plusieurs associations leur fournissant des médiateurs, comme nous avons pu le constater lors de nos différents échanges avec eux, tant à Lyon qu'à Pau. L'établissement des listes de médiateurs va également dans ce sens, car la plupart des postulants font d'ores et déjà partie d'une ou même de plusieurs associations de médiateurs. Qui plus est, les magistrats se tournent vers des associations locales comme le prouvent par exemple le poids de l'association CARBILEB à Pau. Cette association a été créée à l'initiative d'un magistrat (cf. partie D). Dans 89 litiges des 136 recensés par les collègues du CRAJ (soit près de 2/3), le médiateur qui a agi appartient à cette association. Nous pouvons faire le même constat avec l'association CIMA qui est intervenu dans 60% des litiges où une médiation a été prescrite tant au TGI de Lyon qu'à la Cour d'appel. Rares sont les médiations qui ont fait intervenir des médiateurs venant d'instance ayant leur siège dans d'autres régions ou à Paris. Evidemment les questions de coût sont à prendre en compte ; il est également probable que les magistrats préfèrent bénéficier d'une certaine proximité avec les médiateurs.

Répartition des dossiers selon le ressort d'appartenance des instances ou associations

Ressort	Eff.	%
Indépendant	40	11,3%
LYON	139	39,4%
BORDEAUX	24	6,8%
PARIS	13	3,7%
PAU	136	38,5%
MONTPELLIER	1	0,3%
	353	100,0%

De la sorte il semble qu'il y ait une tendance à ce que, dans chaque ressort de CA, une instance soit placée en position majoritaire. Celle-ci, dans les deux cas que nous venons de citer, est liée aux professions du droit en premier lieu celle d'avocat. Le Centre Interprofessionnel de Médiation et d'Arbitrage est une instance qui regroupent des médiateurs issues des professions d'avocat, de notaires et d'Experts-comptables[36]. La Chambre d'Arbitrage et de Règlement Négocié des Litiges Economiques en Béarn (CARBILEB) est une instance qui est directement une émanation de la CCI de Pau.

Si l'on regarde plus dans le détail le profil des médiateurs qui apparaissent dans les dossiers, leur caractéristique principale est d'appartenir très majoritairement à une profession juridique. Dans le cas de CARBILEB, cette association revendique 33 médiateurs.

Ils sont :

- 18 à être avocat ou avocat honoraire ; 3 a exercé la profession d'expert-comptable et 3 autres celle d'expert judicaire (soit 24 sur les 33).

- seulement 19 dans cette liste apparaissent dans les dossiers recueillis ; autrement dit, plus d'un tiers ne semblent pas être intervenu comme médiateur dans le cadre judiciaire dans la période retenue.

- ce sont des avocats qui interviennent comme médiateurs dans 49 litiges sur les 75 pour lesquels l'association a été nommée et dont nous possédons l'information. Autrement dit, lorsqu'une médiation est prescrite auprès de CARBILEB, dans près de 2 cas sur 3 c'est un médiateur professionnel du droit qui agira.

La configuration est assez proche dans l'association majoritaire du ressort de Lyon, le CIMA, puisque pour faire partie de celle-ci il faut appartenir à l'une des trois « professions du droit du chiffre » : avocat, notaire, expert-comptable. De fait ce sont les premiers qui sont le plus représentés même si nous ne possédons pas d'éléments statistiques précis[37].

3.2. Les issues de la médiation

Il ne faut pas réduire les issues de la médiation à la dichotomie accord / non accord. En médiation judiciaire, il y a en définitive différentes sorties de la médiation qui traduisent un aboutissement positif, et même des sorties, qui sont, en l'état des données à disposition, difficiles à interpréter.

[36] http://cima-mediation.com
[37] Nous nous basons sur nos relations régulières avec cette association.

Le critère le plus objectif et clair est l'homologation. Cette procédure permet de valider un accord et par conséquent le consacre juridiquement. Dans la majorité des cas où cette procédure est demandée, nous avons pu bénéficier d'information solide sur l'issue de la médiation. Mais il existe également le désistement comme fin de la médiation. En soit cette solution précise seulement que les parties renoncent à l'instance. Ce n'est que par déduction que l'on en tire la conclusion que la médiation a assez abouti pour que le litige s'éteigne. C'est donc par une voie détournée que l'on enregistre une issue probablement favorable de la médiation. Enfin, il y a une troisième issue : la radiation. Dans ce cas, c'est en quelque sorte une fin conventionnelle à une médiation judiciaire puisque cela signifie que l'instance s'éteint en raison de l'absence de retour de la médiation, le temps imparti étant dépassé. Il est difficile d'interpréter cette situation même si on peut penser que dans de nombreux cas, c'est par manque de diligence des parties que la radiation intervient, même si l'on sait également qu'elle peut dissimuler des conciliations extra-judiciaires. Autrement dit, une fois l'accord trouvé les parties ne jugent pas nécessaire de revenir devant le magistrat, la justice mettant un terme à l'instance lorsqu'elle constate le silence des premières. Enfin, il existe un dernier cas de figure assez particulier : la caducité. Nous le classons dans la catégorie des absences d'accord car cela signifie très souvent que l'une ou les parties n'a pas effectué le dépôt de consignation des sommes allouées au médiateur. Dès lors, on peut difficilement en déduire une probabilité d'accord puisque le processus de médiation n'a pas vraiment été engagé.

Dans de nombreux dossiers les informations au sujet de l'issue de la médiation sont parcellaires. C'est la raison pour laquelle nous avons détaillé dans le tableau ci-dessous l'ensemble des issues des 373 médiations judiciaires recueillies.

Les issues des médiations

	Eff.	%
ACCORD	161	43,2%
Accord	6	1,6%
Accord + désistement	62	16,6%
Accord + radiation	7	1,9%
Accord + retour juridiction	1	0,3%
Accord + non homologation	8	2,1%
Accord + Homologation	76	20,4%
Conflit réglé après médiation	1	0,3%
NON ACCORD	145	38,9%
Pas d'accord	16	4,3%
Pas d'accord + affaire en cours	8	2,1%
Pas d'accord + autre préciser (caducité)	12	3,2%
Pas d'accord + autre préciser (accord en dehors de la médiation)	1	0,3%
Pas d'accord + autre préciser (sursis en attendant une autre décision dans un dossier afférant)	1	0,3%
Pas d'accord + désistement	2	0,5%

Pas d'accord + issue inconnue	2	0,5%
Pas d'accord + radiation	12	3,2%
Pas d'accord + retour juridiction	91	24,4%
AUTRES ISSUES	67	18,0%
Affaire en cours	33	8,8%
Désistement	1	0,3%
issue inconnue	33	8,8%
	373	

Le chiffre que l'on retient en premier lieu est évidemment le taux d'accord. Il est ici de 43,2% ; ramené aux seules médiations pour lesquelles nous avons une conclusion certaine (c'est-à-dire en dehors des « autres issues »), le taux monte à 52%.

L'interprétation de ce taux dépend des objectifs qui sont assignés à la médiation judiciaire. S'il s'agit d'en faire un processus qui allège les tribunaux dans une logique bureaucratique de fluidification du règlement des litiges, on peut estimer que ce taux est décevant. À l'inverse, s'il s'agit d'en faire une nouvelle offre de règlement des litiges aux justiciables, juxtaposés à celles « classiques », ce taux sera vu comme satisfaisant et même encourageant.

Les issues de la médiation en fonction des types de tribunaux

	TGI		CA	
ACCORD	50	31,4%	111	51,9%
Accord	0	0,0%	6	2,8%
Accord + désistement	14	8,8%	48	22,4%
Accord + radiation	0	0,0%	7	3,3%
Accord + retour juridiction	0	0,0%	1	0,5%
Accord + non homologation	2	1,3%	6	2,8%
Accord + Homologation	33	20,8%	43	20,1%
Conflit réglé après médiation	1	0,6%	0	0,0%
NON ACCORD	59	37,1%	86	40,2%
Pas d'accord	1	0,6%	15	7,0%
Pas d'accord + affaire en cours	2	1,3%	6	2,8%
Pas d'accord + autre préciser (caducité)	3	1,9%	8	3,7%
Pas d'accord + autre préciser (accord en dehors de la médiation)	1	0,6%	1	0,5%
Pas d'accord + autre préciser (sursis en attendant une autre décision dans un dossier afférant)	1	0,6%	0	0,0%
Pas d'accord + désistement	1	0,6%	1	0,5%
Pas d'accord + issue inconnue	2	1,3%	0	0,0%
Pas d'accord + radiation	2	1,3%	10	4,7%

Pas d'accord + retour juridiction	46	28,9%	45	21,0%
AUTRES ISSUES	50	31,4%	17	7,9%
Affaire en cours	22	13,8%	11	5,1%
désistement	0	0,0%	1	0,5%
issue inconnue	28	17,6%	5	2,3%
TOTAL	159		214	

Si l'on procède à une comparaison simple entre les deux types de juridiction pour lesquelles nous avons recueillis les dossiers, il ressort une différence entre le TGI et la CA. Avant toute chose il faut noter que la part des « autres issues », notamment inconnues est assez importante au TGI, puisque nous ne disposons d'une information certaine quant à l'issue de la médiation dans un peu plus de 2/3 des cas alors que nous bénéficions de cette information dans 80% des médiations qui se sont déroulées dans les CA. Si on fait abstraction de cette donnée de départ, il ressort que le taux de réussite est de 45,8% dans les médiations judiciaires se déroulant au TGI contre 56,3% pour celles des CA. L'écart de 10 points nous permet d'affirmer que la réussite est plus forte lorsqu'elle intervient en CA qu'en TGI.

Malgré tout, il parait délicat d'en tirer la conclusion que la médiation judiciaire a plus légitimement sa place dans des instances d'appel que dans les premières instances. Ce serait neutraliser le poids et l'efficacité (variables) des dispositifs mise en place dans les tribunaux et qui interviennent sans doute beaucoup dans ces écarts de résultats. Cependant, nous devons évoquer l'hypothèse suggérée par de nombreux magistrats, celle de la lassitude des parties et de leur propension à vouloir clore une affaire qui possède une antériorité certaine. Ainsi, un litige qui vient en cour d'appel possède parfois plusieurs années de procédure, au moment où l'offre de médiation est faite, ce qui peut rendre la proposition plus audibles aux parties.

Le fait qu'une décision ait été déjà rendue ne semble pas être un obstacle conséquent. On aurait pu penser que l'intimé s'appuierait sur la première décision qui lui est généralement favorable pour refuser la médiation ou toute forme de négociation amiable. Sans doute cette posture est adoptée dans de nombreux cas ; mais elle ne semble pas rédhibitoire si l'on en croit le nombre de médiation acceptée par les parties intimées.

L'activité de médiation judiciaire est somme toute modeste. Toutefois, on ne peut pas la considérer comme négligeable, d'autant que sa réussite (en termes d'accord) est bien présente. À l'analyse elle est utilisée dans beaucoup de domaines du droit et est capable d'être mise en œuvre dans des configurations litigieuse très différentes, ce qui confirme son caractère de processus souple et ajustable. Il serait donc maladroit et contreproductif de limiter ou spécialiser la médiation dans une niche conflictuelle, l'application actuelle allant à l'encore de cette intuition.

Avant de voir comment les magistrats prescripteurs ont tenté de construire des dispositifs visant à développer la prescription de la médiation, il nous passer aborder les dimensions juridiques de la prescription de la médiation qui agissent comme un cadre pour les prescripteurs, particulièrement les magistrats.

PARTIE B

LES DIMENSIONS JURIDIQUES DE LA PRESCRIPTION DE LA MEDIATION

L'observatoire des médiations reste avant tout un outil pour l'analyse et l'évaluation des médiations pratiquées de quelque type que ce soit. Pour comprendre comment développer toutes les potentialités des modes amiables dont la médiation judiciaire, il convient de remonter à la source, c'est-à-dire à ce moment où la médiation est proposée aux parties en litige avec plus ou moins de coercition, s'appuyant ou non sur des dispositions légales. Il s'agit de décrire le cadre d'action que ces professionnels peuvent utiliser, sans présupposer qu'il y ait une connaissance pleine, entière et uniforme de celui-ci.

Ces dimensions de la prescription de la médiation s'inscrivent dans un cadre légal prégnant. À ce titre, l'évolution législative soutient un mouvement qui favorise la diffusion et la pratique des modes amiables – dont la médiation – notamment au travers de la loi de modernisation de la Justice du 21ème siècle dite loi J21[38]. Cette dernière marque une étape décisive puisqu'elle instaure des modes de règlements des litiges comme des modes normaux et non alternatifs, tend à les banaliser en quelque sorte. C'est la raison pour laquelle il est indispensable de cerner ces évolutions et quels sont les outils que le législateur a fourni aux prescripteurs de médiations judiciaires.

1. Quand et comment un professionnel de la justice peut-il prescrire la médiation ?

Le magistrat est le principal initiateur de médiation judiciaire. Il n'est pas l'unique dans le sens où, dans de rares cas, les avocats des parties peuvent suggérer cette voie aux magistrats. Mais le juge reste l'acteur initiateur principal.

Ainsi, si l'on aborde la question de la temporalité, la médiation judiciaire peut intervenir à tout moment de la procédure. Certes, le cadre légal qui s'établit progressivement tend à privilégier une orientation précoce, dès l'instance. La pratique ne correspond pas à ce cadre, car nous avons relevé de nombreuses médiations dans des affaires où une ou plusieurs décisions avaient été prononcées.

Du côté des conseils, il s'avère que les avocats prescrivent la médiation à l'étude du dossier. Les premières interactions entre les clients et l'avocat, par l'intermédiaire du dossier sont donc souvent déterminantes.

Tant pour le magistrat que pour l'avocat, la parole énoncée semble avoir du poids. On pense bien évidemment au juge qui, suggérant une médiation au moment de l'audience, et aux effets que peut avoir cette parole venant d'une personne qui reste un expert en règlement des litiges

[38] Cf. Annexe n°5.

et pas seulement « celui qui dit le droit » ? Car « la faculté de juger ne s'exerce plus uniquement dans le cadre du litige en décidant à travers un jugement, mais en amont : en choisissant laquelle des deux voies – celle du jugement ou celle de la conciliation – sera la mieux à même de rétablir la paix » (Bernabé, 2014, p.12)[39]. L'introduction d'une alternative conduit donc le magistrat à se poser la question de la bonne voie, puis de la formuler avec assez de conviction sans pour autant entrer dans l'obligation. Pour l'avocat, sa mission de conseil le rend tout à fait légitime pour évoquer une solution autre de contentieuse. Dans le court extrait d'entretien ci-dessous, l'avocat reconnait tout le poids que peut avoir son opinion sur la voie suivie finalement par son client :

« C'est vraiment l'avocat qui va pousser ou non à la conciliation. Quand ça fait des années que vous avez le client ben il vous suit vers les modes amiables. » Avocat – Lyon

L'avocat reste un conseiller aux yeux de beaucoup de justiciables. Et sa position dans une affaire ne peut qu'être prise en compte sérieusement. D'autre part, il est vrai que depuis le décret n°2015-282 du 11 mars 2015, « les personnes en conflit ont en effet un droit à la résolution amiable et, corollairement, les avocats un devoir de la leur proposer et de les aider à la mettre en place. » (Gorchs-Gelzer, 2016, p.2). D'une certaine manière, cette disposition renforce la posture de conseil.

Il n'en va de même avec les magistrats. Si ceux-ci sont réticents à affirmer que leur parole peut influencer les parties vers une voie amiable, notamment dans le cadre de nos entretiens, les avocats peuvent l'exprimer plus librement, comme ce dernier, qui a pu voir à l'œuvre un magistrat proposant des médiations lors d'audience avec une certaine réussite :

« Le magistrat connaissait bien le dossier. Et il a conseillé à l'avocat de l'entreprise Y et à mon client : "vu le dossier, personne n'a à y gagner (…). Je vous conseille vivement une médiation" ». Avocat – Paris

Cela reste encore du conseil, mais il est appuyé (« vivement ») et celui qui l'exprime est chargé d'une aura qui peut amener les parties à envisager cette proposition de manière sérieuse et raisonnée, même si c'est finalement pour la décliner.

En définitive, les modalités de prescription ne sont pas définies de manière stricte ; à tout le moins elles sont en construction et pour l'heure liées à la personne. Cependant, nous verrons dans la suite de ce rapport que des pistes privilégiées semblent se dessiner. D'autant qu'institutionnellement des cadres et des contraintes (comme le décret n°2015 - 282) viennent se poser sur la manière de prescrire la médiation judiciaire et son intérêt.

[39] Si cet auteur évoque la conciliation, c'est dans un sens générique. La remarque aurait tout autant pertinente s'il avait usé du terme de médiation.

2. les évolutions récentes pour la médiation judiciaire : la loi J 21.

Si, depuis une vingtaine d'années, depuis la loi du 8 février 1995 portant sur la médiation judiciaire[40], de plus en plus de textes sont venus encadrer la procédure de médiation, le mouvement semble s'être accru depuis maintenant cinq ans.

La dernière modification importante est intervenue avec la loi « de la modernisation de la Justice 21ème siècle » dont l'un des objectifs est de renforcer la place des modes alternatifs de règlements des différends dans notre procédure judiciaire.

2.1. L'instauration de la médiation en matière administrative

Une première mesure emblématique de cette loi J21 se trouve à l'article 5 du texte qui institue une véritable médiation en matière administrative.

Désormais, aux termes de l'article L. 213-7 du Code de justice administrative, « lorsqu'un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel est saisi d'un litige, le président de la formation de jugement peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci. »

Les litiges relevant du Conseil d'Etat sont également concernés, puisque, comme le prévoit le nouvel article L. 114-1 du même code : « Lorsque le Conseil d'Etat est saisi d'un litige en premier et dernier ressort, il peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci selon les modalités prévues au chapitre III du titre Ier du livre II. »

Si on peut discuter de l'emploi dans ces deux textes du terme ordonner, ces nouvelles dispositions constituent évidemment un développement majeur de la médiation. Dans la pratique et jusque-là, le magistrat prescripteur use d'une « ordonnance de médiation » ou d'une « ordonnance de désignation du médiateur ». Si bien que la pratique ne va pas être réorientée par cette disposition. Ainsi, on doit y voir l'extension aux litiges administratifs d'une forme de prescription déjà largement usitée.

Pour parfaire cette introduction de la médiation en matière administrative, le législateur a précisé les conditions qui devraient l'entourer. Ces conditions sont calquées sur celles de la médiation judiciaire, ce qui prouve une fois que plus que la voie de la médiation tend à devenir un mode de résolution des litiges en tant que tel, applicable à un nombre croissant de domaines de contentieux.

Ainsi, aux termes du nouvel article L. 213-2 du Code de justice administrative,

« Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence. »

« 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 juridictionnelle ou arbitrale sans l'accord des parties. »

« Il est fait exception au deuxième alinéa dans les cas suivants :

[40] L'article 21 inaugure la présence de la médiation dans la procédure judiciaire : « 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 ». Cf. l'Annexe n°5, pour les deux premiers titres de la loi.

« 1° 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 d'une personne ;

« 2° 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. »

Ces dispositions sont en tous points similaires à celles existantes auparavant. Les limitations « de raisons impérieuses d'ordre public » sont d'ores et déjà des limites intégrées par les magistrats dans leur pratique de prescription.

« Je ne suis pas à l'instance donc par nature et par principe c'est sous la responsabilité de leur conseil que l'homologation doit se faire. Il est évident qu'il ne faut pas qu'il y ait violation de règles d'ordre public (…). Mais cela ne doit pas se passer évidemment et j'ai une procédure avec représentation obligatoire donc nécessairement leur protocole m'arrive par leurs conseils. » Magistrat – TGI Lyon

---

C'est moins le cas pour la seconde exception car dans bien des dossiers, les parties préfèrent garder secret le contenu de l'accord quitte à ne pas bénéficier de la sécurité de l'homologation en pratiquant un simple désistement d'instance.

En définitive, on assiste à l'extension du domaine de prescription de la médiation dans les litiges administratifs. La loi J21 accentue le mouvement de prescription, autorise plus de possibilités en la matière mais n'est pas un véritablement un moment fondateur. Nous allons voir que ce constat est commun à l'ensemble des dispositions de cette loi qui portent sur la médiation.

2.2. La modification de la médiation familiale

Les règles encadrant la médiation familiale sont également modifiées par la loi J21. Pour être plus précis, le législateur a choisi d'écarter cette médiation d'un type particulier lorsque des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant. Cela rejoint les dispositions citées plus haut et pose d'une certaine manière les limites de l'exercice et de la prescription de la médiation. Désormais, aux termes de l'article 373-2-10 du Code civil, le juge peut enjoindre aux parents, de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure en dehors des cas de violences précisés plus haut. Cette modification permet de se conformer à l'article 48 de la Convention d'Istanbul du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, ratifiée par la France le 4 juillet 2014, qui oblige les États parties à prendre des mesures législatives pour interdire les modes alternatifs obligatoires de résolution des conflits en cas de violence. De plus, cette évolution confirme les bornes qui entourent l'utilisation de la médiation, clarifie la réponse au débat sur la pratique de la médiation (familiale ou non) en cas de manifestations de violence. Plus fondamentalement, cela confirme que la médiation n'est pas un processus niant toute cadre légal mais qu'au contraire le législateur lui en fournit progressivement un.

Par ailleurs, pour favoriser un développement futur de la médiation familiale, la loi J21 a également fait le choix de rendre celle-ci obligatoire à titre expérimental jusqu'au 31 décembre 2019 dans 11 TGI. L'expérimentation va porter uniquement sur les litiges post-divorce, autrement dit les litiges pour lesquels les divorcés reviennent devant le juge en raison d'un différend sur l'application des dispositions du divorce. Le législateur souhaite donc envisager non pas la médiation obligatoire mais le fait que le justiciable puisse être informé sur le processus de médiation.

Dans ces juridictions, à peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge par le ou les parents doit donc être précédée d'une tentative de médiation familiale, sauf :

1° Si la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil ;

2° Si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime ;

3° Si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant.

Il s'agit ici de généraliser les expériences conduites entre 2012 et 2014 dans les tribunaux de grande instance d'Arras et de Bordeaux. Celles-ci ont en effet été jugées très concluantes puisque le taux de succès des médiations a atteint 77 %. Avec de tels résultats, on ne peut pas exclure que le dispositif soit généralisé.

2.3. La médiation dans les actions de groupe

Toujours dans les innovations, la loi J21 prévoit l'intégration de la médiation dans la procédure d'action de groupe dont le domaine a été considérablement élargi.

Aux termes de l'article 75 de la loi, les associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte peuvent désormais « participer à une médiation, dans les conditions fixées au chapitre Ier du titre II de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels. »

Cette procédure de médiation peut être engagée à n'importe quelle phase de l'action de groupe. Elle est complétée par une formule de règlement amiable spécial propre aux actions de groupe : la procédure collective de liquidation des préjudices.

Toutefois, la pratique de l'action de groupe étant récente, on peut s'interroger sur la place que va prendre la médiation dans les voies de résolution des litiges concernés. Qui plus est, rien n'est précisé sur les modalités de représentations, autrement dit quelles seront les personnes habilitées à jouer le rôle de médié. Enfin, du côté de la prescription judiciaire, aucun élément incitatif ou orientant vers la médiation n'a été porté au texte de loi. On peut donc penser que l'usage de la médiation dans ces cas de figure sera très limité.

2.4. L'instauration d'une liste auprès des CA

Pour favoriser le développement de la médiation judiciaire, l'article 4 de la loi J21 prévoit, lui, l'insertion d'un nouvel article 22-1 A dans la loi du 8 février 1995. Le texte enjoint la création

qu'une liste de médiateurs dressée pour chaque cour d'appel dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat 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 21ème siècle. Cependant, pour l'instant, aucun décret n'a été adopté. Ce qui n'a pas empêché pour autant les tribunaux de s'organiser pour établir ces listes de médiateurs.

Cette disposition a reçu écho considérable dans les tribunaux. Il s'agit d'une demande plus ou moins explicite chez les magistrats, à tout le moins qui faciliterait leur action de prescription. Ce projet de liste suscite cependant plusieurs interrogations :

Tout d'abord, sur quels critères seront choisis les futurs médiateurs inscrits sur ces listes ? À l'instar des experts, devront-ils prêter serment devant la cour d'appel ? Devront-ils rendre des comptes sur leur activité ? Si oui, sous quelle forme et à quelle régularité ? Dans quel cas pourra-t-on retirer un médiateur de la liste ? Dans quelles conditions un médiateur peut-il intégrer la liste une fois celle-ci établie ?

Toutes ces questions sont liées à une crainte plus grande, celle de voir la création de cette liste de médiateurs alignée sur le modèle de la liste des experts judiciaires près la cour d'appel prévue par la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 et prendre comme référentiel - ce qui était envisagé dans la première rédaction du texte de la loi – les paramètres de recrutement et de désignation des experts auprès des mêmes cours d'appel. Si cette crainte est présente chez les médiateurs, elle l'est également chez les magistrats qui prescrivent aujourd'hui des médiations. Car il faut noter que la plupart des magistrats prescrivant aujourd'hui régulièrement des médiations ne désignent pas directement un médiateur dans leurs ordonnances de médiation et préfèrent renvoyer ce choix à l'organisme de médiation qu'ils désignent, même s'il ne s'agit pas là d'une pratique homogène et généralisée.

Il semble donc que cette disposition – qui part de l'idée de faciliter l'action de prescription de la médiation et donc sa présence dans les tribunaux – n'est pas aboutie et qu'elle demandera sans aucun doute des aménagements et des modifications futures.

2.5. La conciliation obligatoire

Enfin, une autre évolution importante apportée par la loi J21 ne concerne pas directement la médiation judiciaire mais la conciliation. On sait que les confusions sont nombreuses entre les deux modes amiables et le législateur n'a pas toujours œuvré dans le sens d'une clarification et d'une distinction entre les deux ; la loi J21 n'a pas forcément œuvré dans ce sens (Gorchs-Gelzer, 2016). Etant donné la proximité entre ces deux procédures, il risque cependant d'avoir une influence sur le développement de la médiation.

En effet, l'article 4 de la loi impose désormais la conciliation par un conciliateur de justice avant de saisir un juge d'instance, du moins lorsqu'on procède par déclaration au greffe et non par assignation. La disposition vise uniquement les petits litiges, ceux inférieurs à 4000 euros. Pour tous ces litiges, il ne sera désormais plus possible de saisir le tribunal d'instance par déclaration au greffe qu'après une tentative de conciliation. En cas de non-respect de cette obligation, le juge pourra prononcer (même d'office) l'irrecevabilité de la saisine.

Cette obligation n'est pas originale. En effet, le décret n°2015-282 du 11 mars 2015, codifié dans le Code de procédure civile, prévoit également depuis le 1er avril 2015 que les assignations et requêtes doivent préciser « les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige » *(CPC, art. 56 et 58)*. En revanche, la sanction prévue est ici différente. En

effet, jusqu'à présent, en cas de non-respect de ces diligences, la seule conséquence envisagée était que le juge propose aux parties une conciliation ou une médiation *(CPC, art. 127)*. Avec la nouvelle loi, un pas est franchi car la sanction est l'irrecevabilité de la demande, même si cela ne concerne que la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe et même si des exceptions sont prévues, notamment si le requérant demande l'homologation d'une transaction lorsque les parties sont déjà parvenues à un accord – par une sorte de transaction dans la conciliation.

Cette sanction sévère et redoutable est empruntée au régime des clauses de conciliation préalable obligatoire qui rendent l'action irrecevable si elles ne sont pas respectées.

D'une manière plus globale, on entrevoit une tendance de fond qui privilégie les modes amiables comme voie d'entrée à la justice. Si les dispositions que nous venons de décrire concerne essentiellement la conciliation, nulle doute que la médiation est à mettre à la même enseigne. Car c'est l'ensemble des modes amiables qui, progressivement, devient incontournables.

2.6. Favoriser l'implication des avocats

En plus de ces innovations introduites par la loi J21, on notera enfin parmi les dernières évolutions législatives et réglementaires le décret n° 2016-1876 du 27 décembre 2016. Ce décret a inséré dans le décret du 19 décembre 1991 un chapitre IV bis relatif à l'aide à la médiation qui prévoit, dans un nouvel article 118-9, les modalités de rétribution de l'avocat. Le premier alinéa de cet article prévoit que, dans le cadre d'une médiation judiciaire, une majoration définie dans le barème figurant à l'article 90 du décret du 19 décembre 1991 est appliquée à la rétribution de l'avocat. S'agissant de la médiation judiciaire en matière familiale, le décret a revalorisé le montant de la majoration au profit de l'avocat lorsque le juge ordonne une mesure de médiation. Par ailleurs, le décret a introduit dans le barème figurant à l'article 90 du décret du 19 décembre 1991 une majoration de 4 UV pour les procédures au titre desquelles le juge a la possibilité d'ordonner une médiation.

Ces nouvelles majorations sont entrées en vigueur à compter du 1er janvier 2017. Elles sont applicables à toute demande d'aide juridictionnelle faisant l'objet d'une décision d'admission intervenue à compter de cette date. Ainsi, pour une mission de médiation réalisée en 2017 à la suite d'une décision d'admission datant d'avant le 1er janvier 2017, l'ancien régime de majoration sera applicable, soit 2 UV pour les majorations pour une mesure de médiation ordonnée par le juge en matière familiale.

Ces dispositions, très techniques, doivent être comprises comme facilitant l'investissement des avocats dans les procédures amiables, en particulier la médiation. Nous verrons par la suite, que l'implication des avocats n'est pas acquises, qu'ils sont parfois réticents au processus de médiation, voire hostile. L'enjeu est donc de reconnaître la place de l'avocat comme accompagnateur, ce que tente de faire le législateur en valorisant cette posture, une manière de rappeler qu'en médiation judiciaire l'avocat doit jouer un rôle et n'est en rien exclu du processus.

Les dimensions juridiques de la prescription de la médiation ne sont pas encore abouties. Si l'étape de la loi J21 marque un moment important, il n'est pas fondateur. Il laisse encore en suspend nombre de questions sur les modalités de la prescription, questions auxquelles les acteurs prescripteurs tentent de donner des réponses concrètes aux travers de leur pratiques et des dispositifs qu'ils produisent parfois. C'est ce que nous proposons de voir à présent.

PARTIE C

LES PRATIQUES DE PRESCRIPTION

Nos différentes démarches sur le terrain nous ont conduit à identifier et explorer des initiatives émanant essentiellement de magistrats ayant pour objectif de tester voire d'imposer une procédure favorisant la prescription de médiations, et ce, sans s'imposer un domaine de prédilection *a priori*. Nous avons choisi de les qualifier d'expérimentation car c'est la notion qui les caractérise le mieux tant aux yeux de leurs promoteurs qu'à ceux des observateurs que nous sommes. Le terme d'expérimentation n'est donc pas une qualification qui nous est propre ; elle corrobore la manière dont les magistrats les perçoivent généralement.

L'expérimentation est une démarche empirique qui vise à tester des hypothèses et à en retirer des connaissances. Ici, à cette dimension s'ajoute, comme souvent dans les expérimentations dans l'action publique, la question de l'échelle. L'objectif est de réaliser des tests qui puissent donner lieu à l'établissement de conclusions au niveau de l'action du ou des magistrats et qui pourront être généralisées au-delà. C'est la raison pour laquelle ces expérimentations sont très dépendante d'un ou de quelques protagonistes indispensables.

Si cette notion est adéquate, reste qu'elle implique que les procédures que nous allons développer plus loin ont également comme caractéristique d'être limitée, dans le temps, dans leur champ d'application. Elles sont aussi une évaluation ou bien une analyse réflexive, souvent portée par celles et ceux qui la mettent en œuvre. On verra que souvent le projet est modeste, que les magistrats et les autres acteurs ont une ambition limitée, due au fait que le but est de démontrer que « cela fonctionne » et constitue une réponse légitime aux litiges proposés par les justiciables.

Limitée mais également fragile. Car il est souvent question de moyen à disposition. Ceux-ci sont principalement humains, au premier chef, la capacité des promoteurs à dégager du temps pour l'expérimentation alors qu'ils ont tous par ailleurs d'autres missions. C'est sans doute une des entraves intrinsèques à ces expérimentations, à savoir les nombreuses complications pour les mettre en route sur un temps long, qui plus est si c'est une stabilisation réelle en tant que procédure cadrée, connue et reconnue qui est visée.

D'un autre côté, l'expérimentation rime avec souplesse et initiative. Là se situe leur point fort et explique grandement que l'on en rencontre de multiples configurations et surtout des modèles différents, même si des éléments communs seront soulignés. En matière de médiation judiciaire, la forme que doit prendre sa prescription n'est pas de l'ordre de l'évidence. Les acteurs que nous avons rencontrés pour la plupart directement se trouvent cependant confronté à des problèmes sensiblement similaires. Mais les réponses ne sont pas dogmatiques. Cela conduit à une richesse qui est sans doute un terrain fertile pour construire des procédures plus normalisées qui viendront peut-être dans les années à venir.

1. La prescription chez les magistrats

Mesurer quantitativement la pratique de prescription de la médiation (tout comme l'opinion sur celle-ci chez les magistrats) est assez complexe. D'une part, cette pratique peut varier dans le temps et d'autre part elle est, comme on le verra plus loin, assez peu mise en lumière par les institutions judiciaires. Dès lors, il a semblé plus pertinent de coupler les méthodes quantitative et qualitative pour obtenir une vue d'ensemble plus solide de cette question[41]. C'est pourquoi, dans ce qui suit, nous allons mêler les analyses issues des entretiens réalisées auprès de magistrats avec les résultats produits avec le questionnaire diffusé en ligne sur la pratique et la prescription de la médiation.

1.1. Des magistrats ouverts la prescription de la médiation

Dans les faits, les magistrats répondants aux questionnaires sont très majoritairement des prescripteurs. 88,9% d'entre eux ont déjà ordonné une médiation. Il est très probable qu'un biais méthodologique ait entrainé un tel résultat, et que seuls les magistrats ayant eu cette expérience aient répondu à l'enquête en ligne[42]. Cependant, il faut noter que la fréquence est assez forte, puisque la moitié des répondants (9/18) le font une à deux fois par mois. Il semblerait que si la prescription de la médiation n'est pas un acte quotidien, c'est une ressource mobilisée à un autre niveau qu'exceptionnellement. Reste que cette fréquence laisse une marge de progression très importante.

Cette marge semble identifiée par les magistrats. 83% (15/18) pensent que médiation pourrait être plus pratiquée et prescrite ; qui plus est 22% estiment que cela pourrait se réaliser facilement, la majorité (61% soit 11/18) qu'ils existent des obstacles. S'ils sont donc conscients que la croissance de la prescription est tout à fait envisageable, si on y ajoute qu'ils sont très majoritairement favorables à la médiation[43], on peut conclure que nos répondants sont « ouverts » à la prescription de la médiation et qu'ils représentent la frange des magistrats qui ne sont plus à convaincre de son intérêt et de son usage.

Il reste la question délicate des modalités de mise en œuvre de cette médiation judiciaire. Nous avons posé une série de questions sur le sujet qui permet d'esquisser le positionnement du magistrat, le rôle qu'il pense devoir jouer. D'une manière générale, il s'agit d'un rôle de prescripteur *stricto sensu*, autrement dit sans une volonté marquée de contrôle du processus ou de l'action du médiateur.

Ceci se révèle par exemple dans les réponses à la question sur la désignation du médiateur, où seule une minorité des magistrats souhaitent choisir directement et nominativement le médiateur.

[41] Nous avons rencontrés des difficultés pour diffuser le questionnaire auprès des magistrats parisien. L'affaiblissement de l'équipe « parisienne » (cf. lettre d'accompagnement) n'a pas permis de construire une relations de confiance assez aisée avec les magistrats. De ce fait nous avons peu d'information sur les pratiques de la médiation dans le ressort de la CA de Paris si ce n'est indirectement par certains interlocuteurs.

[42] Un seul magistrat a déclaré ne pas avoir ordonné de médiation.

[43] Un seul magistrat s'est déclaré plutôt défavorable à la médiation sur les 18.

Préférences des magistrats en matière de désignation du médiateur

	Effectifs	% Rep.
désigner une association/instance de médiation	11	64,7%
désigner un médiateur nominativement	6	35,3%
Total	**17**	**100%**

Préférences des médiateurs et avocats sur les modalités de désignation du médiateur

	Médiateur		Avocat	
	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.
le magistrat désigne le médiateur	7	20,0%	25	50%
le médiateur soit choisi par votre client parmi la liste fournie par les tribunaux	16	45,7%	7	14%
les parties au conflit choisissent eux-mêmes le médiateur/votre client choisisse lui-même le médiateur	8	22,9%	1	2%
Les parties au conflit choisissent avec leur avocats le médiateur/votre client choisisse avec vous le médiateur	4	11,4%	17	34%
Total	**35**	**100%**	**50**	**100%**

Ils sont rejoints sur ce point par les médiateurs un peu moins par les avocats (50%) qui finalement leur accordent un rôle plus déterminant de désignateur que les magistrats ne le souhaitent eux-mêmes. Les médiateurs préfèrent que l'on se réfère à une liste qui est nominative et qui par conséquent individualise la relation magistrat/médiateur, liste qui est un des éléments novateur de la loi J21. Les avocats souhaitent demeurer soit dans une posture « légitimiste » où le juge désigne ou bien dans une posture « libérale » où c'est le rapport de confiance avec son client qui guide la décision. Il faut tout de même souligner que l'autonomie de décision quant au médiateur choisi n'est pas véritablement envisagée ; seuls 8 médiateurs sur les 35 optent pour cette formule qui est pourtant un principe souvent rappelé dans la doctrine de la médiation[44].

Une autre série de questions portait sur les formes et les modalités de désignation du médiateur au regard des pratiques que nous avions repérées dans nos observations et lors des entretiens. Nous tentions au travers de ces questions de déterminer s'il pouvait exister une forme jugée plus adaptée qu'une autre pour faire appel à la médiation.

[44] Certes, en médiation judiciaire, ce principe est difficile à mettre en œuvre parce que rare sont les parties qui envisagent la médiation avant toute proposition tant du magistrat que du conseil. Dès lors, même s'il est souvent rappelé que les parties peuvent désigner leur médiateur, rares sont les cas de figure où elles décident d'agir en totale autonomie sur ce point, d'autant que la connaissance d'un médiateur disponible est souvent absente.

Opinion des magistrats, médiateurs et avocats à la proposition de médiation à l'audience en présence des parties

	Magistrat		Médiateur		Avocat	
	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep
très adaptée	11	61,1%	17	53,1%	13	26%
assez adaptée	5	27,8%	9	28,1%	17	34%
peu adaptée	2	11,1%	4	12,5%	13	26%
pas du tout adaptée	0	0%	2	6,2%	7	14%
Total	**17**	**100%**	**32**	**100%**	**50**	**100%**

Opinion des magistrats, médiateurs et avocats à la proposition de médiation à l'audience en présence des avocats et/ou des parties

	Magistrat		Médiateur		Avocat	
	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.
très adaptée	9	50%	14	41,2%	17	33,3%
assez adaptée	6	33,3%	14	41,2%	20	39,2%
peu adaptée	3	16,7%	3	8,8%	9	17,6%
pas du tout adaptée	0	0%	3	8,8%	5	9,8%
Total	**18**	**100%**	**0**	**100%**	**0**	**100%**

Opinion des magistrats, médiateurs et avocats à la proposition de médiation par convocation via un courrier

	Magistrat		Médiateur		Avocat	
	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.
très adaptée	3	16,7%	5	15,2%	9	18,8%
assez adaptée	6	33,3%	9	27,3%	12	25%
peu adaptée	7	38,9%	14	42,4%	19	39,6%
pas du tout adaptée	2	11,1%	5	15,2%	8	16,7%
Total	**0**	**100%**	**0**	**100%**	**48**	**100%**

Opinion des magistrats, médiateurs et avocats à la proposition de médiation par contact avec les avocats

	Magistrat		Médiateur		Avocat	
	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep
très adaptée	3	16,7%	7	20,6%	23	44,2%
assez adaptée	8	44,4%	16	47,1%	20	38,5%
peu adaptée	6	33,3%	8	23,5%	8	15,4%
pas du tout adaptée	1	5,6%	3	8,8%	1	1,9%
Total	**18**	**100%**	**34**	**100%**	**52**	**100%**

S'il est difficile de répondre catégoriquement au regard de ces résultats, il apparait que certaines modalités semblent rejetées, comme celle du courrier, ce, pour les trois types d'acteurs. Il semble que la prescription à l'audience soit la plus adéquate, qui plus si l'avocat est présent. D'ailleurs on remarquera que les avocats sont être un peu en retrait sur cette question, d'autant plus si cela signifie une prescription en dehors de leur présence. À l'inverse, si elle passe directement par eux (modalité « par contact avec les avocats ») ils sont résolument favorables (82%), même très favorables pour 44% (très adaptée) d'entre eux alors qu'ils ne sont plus que 26% à penser que la prescription à l'audience en dehors de leur présence puisse être adaptée.

Il ressort donc que les modalités de prescription de la médiation sont d'autant plus adaptées pour ces acteurs qu'ils ont un rôle à y jouer, même si fondamentalement c'est au magistrat que revient l'initiative.

1.2. Reconnaître cette activité à part entière ou la considérer comme « annexe » ?

Une des difficultés pour les magistrats est de trouver une place à consacrer à la médiation au sein de leur activité qu'ils décrivent comme très chargée. De ce fait, on peut penser que la volonté ou l'intérêt pour la médiation, s'ils sont des éléments essentiels, ne sont pas suffisants : il faut que la médiation puisse ne pas être trop chronophage ou bien que cet obstacle soit compensé par une dynamique forte comme l'explique ce magistrat qui se consacre depuis peu aux dossiers de médiation :

« Demain si cette dynamique elle est plus là, pour quelqu'un qui arrive, ça sera à mon avis vu comme la charge de travail et le travail que demande la médiation, ça va pas être le premier truc qui sera fait, à mon avis hein. Mais quand la dynamique est là, parce qu'elle a été impulsée par le responsable de la chambre ou du service et que vous êtes – je parle d'expérience – et que vous y êtes plutôt favorable, vous vous glissez dedans j'allais dire. Et puis du coup vous faites aussi l'effort de prendre du temps sur des dossiers parce que ça bouge, ça avance etc. Mais c'est vrai que c'est une question de... Ca prend du temps. C'est vrai que c'est chronophage quand même. » Magistrat - TGI Lyon

Car, si la médiation peut apparaître comme porteuse d'une fluidification de l'activité judiciaire, reste que les magistrats n'ont pas toujours le temps suffisant à lui consacrer. De sorte que la médiation judiciaire peut être même perçue comme concurrente avec l'activité judiciaire traditionnelle.

L'autre dimension qui transparait brièvement dans l'extrait précédent est celle du soutien institutionnel. Au cours de notre étude, la situation a considérablement évoluée dans le sens où nous avons pu observer que les dirigeants de juridictions faisaient de la médiation un processus à développer. Il faut voir là les déclinaisons locales de la loi J21 et de son orientation forte vers les modes amiables de règlement des litiges. Il semble donc important pour les magistrats prescripteurs d'être soutenu dans leur initiative. Ces soutiens sont bien évidemment institutionnels mais peuvent avoir des conséquences concrètes comme l'affectation d'un assistant de justice au TGI de Lyon auprès d'un des principaux magistrats prescripteurs.

Toutefois, il ne faudrait pas faire endosser à la médiation des missions auxquelles elle ne pourrait pas répondre comme celle de fluidification de l'activité judiciaire ou de désengorgement des tribunaux. Nos interlocuteurs ont été unanimes pour préciser qu'il ne fallait pas compter sur ce processus pour répondre à ces exigences bureaucratiques :

« Si c'est la conséquence [la fluidification] c'est très bien, si c'est la conséquence ! Mais il ne faut pas que ça soit le but initial, de dire "tient, on va désengorger en faisant comme ça". Il ne faut pas que ça soit l'objectif de départ, il faut que ça soit finalement la conséquence de ce qu'on fait. Mais on peut pas… on peut pas aller nous dans le même sens quoi, parce qu'il faut qu'on rende quelque chose de qualité quand même aussi. On nous parle beaucoup de masse, on nous parle beaucoup de chiffres, on nous parle énormément de ça. Vous pouvez pas savoir comment on est envahi par ça. Donc on essaye un peu de combattre cette histoire de quantité par une histoire de qualité, de conserver une qualité. On a beaucoup de mal parce que y a une telle grosse masse qu'on nous demande de gérer dans un temps limité, qu'on a de plus en plus de mal à faire ce travail là. Donc on lutte un peu pour dire "voilà, c'est pour désengorger, c'est pour ci, c'est pour ça". On essaye de pas parler chiffre quoi. Ca nous hérisse un peu en ce moment les histoires de chiffres. » Magistrat – TGI de Lyon.

Prescrire la médiation conduit souvent à ajouter de l'activité à celle plus classique du magistrat, d'autant que le coût d'entrée n'est pas négligeable, dans le sens où les magistrats prescripteurs ne peuvent suivre une procédure déjà en place et qui aurait fait ses preuves. C'est pourquoi ils se lancent dans des expérimentations qui exigent du temps et de la réflexion pour les mettre en place et les faire exister. Mais cette activité ne peut être que périphérique.

Nous avons constaté que pour répondre à ces exigences, sans doute faut-il que le magistrat puisse être libéré (ou se sentir libre) des contingences de carrière, qui lui demandent de répondre à des critères de plus ne plus basés sur des évaluations quantitatives et bureaucratiques. Ainsi, les magistrats prescripteurs ont souvent dépassés leur mi-carrière, voire sont proches se sa fin. L'enquête quantitative confirme cela car la moyenne d'ancienneté qui est de 22 ans et la médiane de 26 années d'exercice. Ceci explique également que nous trouvons paradoxalement plus d'activité de médiation en cour d'appel qu'en TGI et très peu en TI, où elle connait aussi la concurrence de la conciliation. Tout se passe comme si deux nécessités se croisent : avoir fait un parcours conséquent dans la magistrature et se dégager du temps pour développer des actions de médiation.

Il s'agit également de magistrats ayant un regard réflexif sur leur parcours où le passage par les petits conflits et les TI apparait à leurs yeux comme l'essence même de l'activité du magistrat. Cette posture lointaine est assez souvent reliée avec l'investissement actuel dans les activités de médiation.

Reste la question posée : celle de faire de l'activité de prescription de la médiation une activité pleine et entière ou bien une activité « annexe », une mission pour tous les magistrats ou pour certains plus spécialisés ?

Sur le premier point, l'évolution institutionnelle tend à sortir la médiation et les modes amiables d'une certaine marginalité. Les magistrats semblent enclins à en faire de même : ceux ayant répondu à l'enquête statistique sont à près des ¾ (71%) favorables à la comptabilisation du temps de prescription dans l'activité du juge[45]. Le terrain est donc propice pour une reconnaissance de cette activité comme une mission du juge.

Quant au second, les magistrats et les autres acteurs interrogés sont plus mitigés. Lorsqu'on propose de créer un magistrat dédié, spécialisé pour tout ce qui touche à la médiation, l'adhésion est absente chez les avocats, mitigés chez les magistrats et significative uniquement chez les médiateurs, ces derniers souhaitant plus fortement un interlocuteur reconnu.

Opinion des magistrats, médiateurs et avocats à l'instauration d'un un magistrat dédié à la médiation

Etes-vous / Pour développer la médiation, faudrait-il un magistrat dédié ?	Magistrat		Médiateur		Avocat		Total	
	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	**Eff.**	**% Rep.**
oui	10	58,8%	23	74,2%	12	24%	45	**45,9%**
non	7	41,2%	8	25,8%	38	76%	53	**54,1%**
Total	**17**	**100%**	**31**	**100%**	**50**	**100%**	**98**	**100,0%**

Mais les résultats statistiques ne permettent pas d'affirmer qu'il s'agit là d'une attente particulière des magistrats ; nombreux sont ceux qui tiennent à ce que la médiation ne deviennent pas en quelque sorte une spécialité.

S'ils ne souhaitent pas ou peu interférer dans le choix du médiateur, il demeure que les magistrats identifient la nécessité de bénéficier d'un stock de médiateurs assez important pour que cela ne devienne pas un obstacle à la prescription. C'est ce à quoi tente de répondre les initiatives qui visent à établir une liste de médiateurs comme c'est le cas à Toulouse[46], Pau ou Paris, en préparation au TGI de Lyon et sans doute ailleurs. Pour l'heure il n'est pas prévu dans les textes que ces listes soient systématiquement à disposition des magistrats. En outre, le décret les concernant n'a pas encore paru. On peut le regretter au regard des témoignages des magistrats car il semble que cette absence puisse être un frein à la prescription. Ce que résume assez clairement ce magistrat lyonnais :

[45] Ils sont 63% sur l'ensemble des répondants à l'enquête.
[46] http://www.mediation-toulouse-pyrenees.org/Mediation_judiciaire.php#protocoles

« Ca, à mon avis c'est un problème de base. Si on ne met pas d'outils faciles à la disposition du juge, qu'il soit favorable ou réticent, ça va pas le pousser à. Donc effectivement, s'il y a des listes qui sont établies, du genre de la liste des experts, pour faire un parallèle, où on sait qu'on va aller puiser sur cette liste quelqu'un qui est susceptible de répondre à ce qu'on veut, je pense que ça va faciliter une certaine prise de décision. Si vous êtes en train de vous dire peut-être on pourrait envisager une médiation, on va voir le collège : "tu connais un médiateur ?" "Ah ben non, j'en connais pas…", "Bon je vais peut-être pas le faire…" [rires] » Magistrat – CA de Lyon.

Au-delà de la question factuelle de facilitation de l'accès à un médiateur ou une association de médiation pour n'importe quel magistrat, cette absence de référencement participe à l'affaiblissement du dispositif si l'on poursuit le raisonnement de ce magistrat. En effet, ne pas rendre l'offre de médiation aisément disponible peut être entendu comme le signe d'une moindre importance et une forme de dépréciation de son statut.

Ce manque de reconnaissance n'est pourtant pas tant le fait des magistrats semble-t-il. Un indice, celui de la rémunération du médiateur, illustre parfaitement la présence d'une sorte de statut du médiateur dans l'esprit des magistrats que nous avons rencontrés. Ils sont assez hostiles à considérer que la prestation du médiateur doit être « gratuite », en premier lieu parce que c'est une pratique qui a cours dans la conciliation, ce qui joue en sa défaveur voire entretient la confusion entre l'une et l'autre.

Mais ils le sont également parce que la justice n'est pas gratuite, qu'elle comporte souvent des coûts invisibles plus élevés dans le cas d'une procédure traditionnelle que dans un processus amiable. Dès lors, il est logique que la prestation du médiateur soit rémunérée, et ce, par les médiés eux-mêmes. S'il s'agit là de dispositions prévues dans les textes, dans la réalité des aménagements sont possibles et constatée. Cela n'invalide pas au contraire que la médiation est un processus rémunérée :

« Alors le coût… En matière sociale il est très modeste puisqu'il était de 600, chaque partie avançant la moitié. Après c'est au niveau de la médiation de déterminer qui va au final prendre en charge les 600 euros en question. Ca parait quand même pas échevelé. Faudrait-il le faire gratuitement ? Ca ne me parait non plus une bonne solution. Parce que tout travail mérite salaire. C'est une démarche. Il est normal que, si on parvient à un accord, il est normal que l'apport du médiateur dans cet accord soit rémunéré. En matière commercial, on peut se demander si nos tarifs, qui sont de 1000€, ne sont pas complètement dérisoires. Et si ça ne nuit pas à l'intérêt que peut présenter cette démarche. Il faudrait y réfléchir. » Magistrat – CA de Lyon

Ce magistrat semble tâtonner non pas sur le principe de rémunération mais plutôt sur son montant et sa détermination, sachant que les usages de la médiation conçoivent que ce sont aux médiés à s'entendre sur ce montant. Or, en médiation judiciaire, des tarifs sont prévus et ce de manière récurrente. Nous avons pu constater, comme précisé dans l'entretien ci-dessus, que la pratique était de 600 € pour la chambre sociale de la CA de Lyon. En matière commerciale, ils sont légèrement plus élevés. Cependant, des fluctuations sont très probables, tant sur la répartition entre les médiés que sur le montant réel et définitif versé au médiateur.

Sur cette question, on constate que les positions entre les prescripteurs sont assez variables. Si la moyenne minimale se situe en-dessous des sommes généralement observés (autour de 600 €), dans le tableau suivant on constate surtout que le niveau de rémunération attendue est nettement supérieur chez les avocats, sans doute parce qu'ils s'appuient sur les normes professionnelles qui leurs sont communes. Quant aux médiateurs, ils sont dans une position médiane qui marque sans doute une difficulté à fixer des marges stables concernant le coût de leur prestation. Autrement dit, il semble bien que les normes de rémunération du médiateur soient encore à déterminer. Mais si l'on tient compte de ces évaluations, la rémunération attendue ou estimée du médiateur pour sa prestation est supérieure à celle qui a cours généralement.

Opinion des magistrats, médiateurs et avocats à propos de la rémunération maximum/minimum pour une médiation judiciaire

	Magistrat	Médiateur	Avocat	Total
Moyenne Mini	554 €	1065 €	1226 €	1026 €
Moyenne Max	3170 €	3390 €	5979 €	4395 €

Toutefois, se poser cette question et y répondre ouvertement, c'est avancer dans le sens d'une professionnalisation de la médiation, position qui n'est pas soutenue par l'ensemble des magistrats. Car, pour l'heure ils ne leur semblent pas y avoir assez d'activité pour faire vivre des médiateurs, même s'ils constatent dans le même temps que celle-ci se développe. Sans doute faut-il y voir la crainte d'engager une professionnalisation alors que les dispositifs de médiation judicaire sont encore balbutiants et fragiles. Ce n'est donc pas une position de principe, mais plus une position pragmatique et de prudence.

1.3. Prescrire sans régenter

Les magistrats interrogés lors des entretiens se perçoivent essentiellement comme des prescripteurs de médiation, des incitateurs, des orienteurs. Nous n'avons pas relevé d'ambiguïté dans la posture, les frontières entre eux et les médiateurs étant nettement établies. Si certains d'entre eux ont exprimé l'intérêt de mieux connaître le processus de médiation, ce n'est pas dans l'objectif d'endosser la posture du médiateur, tout au moins concomitamment avec celle de magistrat. Au mieux, cette curiosité pour le processus de médiation vise à pouvoir entreprendre un travail pédagogique à son sujet au moment de la prescription, tant à destination des justiciables que de leur conseil.

Ainsi, les magistrats ne semblent pas en attente d'une maîtrise totale et constante sur cette « procédure ». Cependant, la question de la forme que prend cette prescription fait partie de leurs soucis une fois qu'ils sont acquis à l'idée qu'elle peut avoir un intérêt pour leur activité, dans l'objectif de la rendre autant efficace qu'efficiente.

Cette position se découvre dans plusieurs indicateurs que nous allons étudier à présent : le niveau de détermination dans le choix du médiateur, l'instauration de listes de médiateurs dépendant des juridictions[47] et la pratique de l'homologation systématique.

1.3.1. Choisir la médiation plutôt que le médiateur

Un des actes fort de la prescription de la médiation est le choix opéré par le magistrat à propos du médiateur. Sur ce point, ils semblent assez réticents à préciser le nom du médiateur qui devra prendre en charge le conflit. Encore une fois des considérations pragmatiques entrent en ligne de compte. Choisir un médiateur nominativement signifierait que celui-ci devrait se rendre disponible pour la médiation, ce qui n'est pas toujours possible, d'autant que les médiateurs judiciaires ont souvent une autre activité qui remplit leur agenda. En prescrivant une association plutôt qu'un médiateur particulier, le magistrat s'assure plus facilement que sa désignation sera suivie d'effets. C'est pourquoi, dans les dossiers que nous avons pu consulter, la grande majorité des désignations portent sur une association et non une personne :

« Nous, N. B., Président de la Chambre Sociale - section Y - de la Cour d'appel de X, chargé de suivre la procédure,

Vu le jugement rendu le 04 Décembre 2013, par le Conseil de prud'hommes de X,

*Vu l'appel interjeté par **C. T.**, le 15 Janvier 2014,*

*Vu l'accord de **C. T.** et celui de **Association P.** en date du 03 avril 2014, sur l'organisation d'une médiation judiciaire,*

Vu les dispositions des articles 131-1 et suivants du Code de procédure civile,

***SUR CE**,*

Les parties ayant exprimé leur volonté de favoriser une solution amiable du litige qui les oppose, par la voie d'une médiation, il convient de désigner :

XXXX

adresse

en qualité de médiateur judiciaire avec la mission ci-après énoncée.

L'affaire est renvoyée à l'audience du 14 Novembre 2014, à 9 heures, date à laquelle les parties sont convoquées pour décider de la suite qu'il convient de donner à l'affaire en fonction des résultats de la médiation.

En cas d'accord, les parties pourront saisir la Cour à tout moment pour le faire homologuer. »

Ceci est nettement confirmé par les résultats de l'enquête quantitative où nous leur avons demandé directement leur préférence en la matière. S'ils sont bien plus enclins à laisser le choix définitif à l'instance de médiation, on peut noter que cette position n'est pas partagée car 48% des avocats préfèrent que le juge choisisse directement le médiateur. Les médiateurs font eux plus confiance aux listes de médiateurs qui s'établissent progressivement, seulement 20% d'entre eux se positionnant pour une désignation par le juge.

[47] Durant la période de notre enquête, une juridiction a mis en place une commission regroupant l'ensemble des associations et instances de médiation localement reconnues, dont l'objectif est d'établir une liste de médiateurs que les magistrats pourront utiliser pour leurs prescriptions.

Il y a donc bien une tendance à ce que la maîtrise dans le choix du médiateur ne soit pas totale et entière chez les magistrats. C'est plutôt une sorte de délégation qui se profile, ce qui ramène la prescription avant tout à prendre l'option de la médiation, à choisir la médiation, plutôt que de choisir le médiateur.

Préférences des magistrats en matière de désignation du médiateur

	Effectifs	% Obs.
non-réponse	1	5,6%
désigner une association/instance de médiation	11	61,1%
désigner un médiateur nominativement	6	33,3%
Total	**18**	**100%**

Cependant, dans la chambre sociale citée en exemple, et grâce à l'étude des dossiers dans les premières médiations qui ont été ordonnées (de 2010 à 2012), nous avons constaté des désignations nominatives, notamment en direction d'un seul médiateur. Cette pratique s'explique sans doute par l'absence d'offre professionnelle de médiateurs plus diversifiée et structurée à cette époque, ce qui ne sera plus le cas pour les années qui suivent où le ressort de Lyon a connu une montée en puissance des associations de médiation qui sont au nombre de 4 à être actuellement désignées par la cour d'appel.

Extrait d'une ordonnance de médiation

C. M., conseillère de la mise en état de la 1ère chambre civile de la Cour d'appel de Lyon, assistée par F. J., greffier,

Par jugement en date du 11 mars 2010, le tribunal de grande instance de B. a dit notamment que les parcelles situées XXXXXX, cadastrées section A sous les n°XXX et XXX appartenant à Mr L. sont enclavées et bénéficient d'une servitude de passage sur la parcelle A n°XXX appartenant à Mr V. et a dit que ce dernier devait retirer les blocs de pierre gênant l'accès à la parcelle n°XXX de M. L.

Les consorts V. ont relevé appel.

Vu l'accord des consorts V. en date du 7 juin 2010 et celui de Mr L. en date du 11 juin2010 sur l'organisation d'une médiation judiciaire,

Vu les dispositions des articles 131-1 et suivants du NCPC,

SUR CE,

Les parties ayant exprimé leur volonté de favoriser une solution amiable du litige qui les oppose par la voie d'une médiation, il convient de désigner Mr P. en qualité de médiateur judiciaire avec la mission ci-après énoncée.

L'affaire est renvoyée à l'audience du 14/12/2010, date à laquelle les parties sont convoquées pour décider de la suite qu'il convient de donner à l'affaire en fonction des résultats de la médiation.

En cas d'accord, les parties pourront saisir le conseiller de la mise en état à tout moment pour le faire homologuer.

Par ces motifs,

Désignons Mr X., demeurant Adresse (tel : XX.XX.XX.XX.XX.), en qualité de médiateur, avec mission d'entendre et confronter les points de vue des parties pour leur permettre de trouver une solution au litige qui les oppose;

Invitons Mr X. à procéder sans autre formalité à l'exécution de sa mission de médiation qui prendra fin dans un délai de trois mois à compter de la première réunion, sauf prorogation;

Disons que le médiateur prendra connaissance du dossier, entendra les parties ou leurs conseils,

Disons qu'à l'expiration de sa mission, le médiateur remettra un rapport de mission, qui devra être transmis 15 jours avant la date de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée:

- en cas d'accord des parties, le protocole conclu entre les parties sera joint au rapport;

- en cas d'échec de la médiation, le rapport ne fera pas mention des propositions transactionnelles éventuellement avancées par l'une ou l'autre des parties,

Disons que sur requête conjointe ou sur la demande de la partie la plus diligente, toute difficulté née de l'exécution de la présente décision pourra nous être soumise;

Ordonnons le renvoi de l'affaire à l'audience du 14 décembre 2010 pour la suite qu'il conviendra de lui donner;

Fixons à 600 € l'avance sur honoraires du médiateur de justice, qui sera supportée à concurrence de moitié par chacune des parties et qui sera remise directement au médiateur lors de la première réunion (les chèques seront libellés à l'ordre du régisseur de la Cour d'appel de L. auquel ils seront transmis sans délai par le médiateur);

Rappelons que le défaut de versement de cette consignation entraîne la caducité de la décision ordonnant la médiation;

Le greffier, Le conseiller de la mise en état, »

1.3.2. Vers une logique d'expertise ?

Nous avons noté plus haut que l'instauration de listes de médiateurs par juridiction était une des innovations les plus récentes en matière de médiation judiciaire, *via* la loi J21. Nous avons donc logiquement demandé l'opinion des magistrats à ce sujet, d'autant qu'il apparaissait comme un indicateur pertinent pour mesurer leur niveau d'implication dans la médiation.

Opinion des magistrats, médiateurs, avocats à l'instauration d'une liste de médiateurs auprès des tribunaux

	Magistrat		Médiateur		Avocat		Total	
	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	**Eff.**	**% Rep.**
C'est indispensable pour une garantie de qualité de la médiation	12	70,6%	14	40%	24	46,2%	**50**	**48,1%**
C'est une bonne chose mais il devrait être possible de désigner un médiateur en dehors de la liste	4	23,5%	20	57,1%	21	40,4%	**45**	**43,3%**
Ce n'est pas une garantie	1	5,9%	1	2,9%	7	13,5%	**9**	**8,7%**
Total	**17**	**100%**	**35**	**100%**	**52**	**100%**	**104**	**100%**

Il ressort que les magistrats sont majoritairement favorables à ces listes comme garant d'une qualité de la médiation. Mais ce sentiment n'est pas partagé par les médiateurs et les avocats, ces derniers étant 13,5% à penser que cela n'est en rien une garantie de qualité. Il semble que pour les juges, cette liste leur permette de résoudre le problème délicat de la qualité du médiateur, qualité qu'ils ne peuvent pas et ne souhaitent pas vérifier et contrôler, cette tâche revenant aux médiateurs et particulièrement aux associations de médiation[48].

Cependant, il existe une opinion divergente que nous avons pu recueillir lors des entretiens et qui contredit en partie ces résultats. Car l'instauration de listes suppose des listes nominatives sans que le rattachement à une association soit signalée ou même effectif. De la sorte, on favorise une relation de proximité et/ou privilégiée qui s'apparente à celle que des magistrats peuvent avoir avec des experts. C'est cette forme de relation qui sème le doute chez certains magistrats que nous avons rencontrés :

« Le problème ça va être que si on désigne nous, nommément, les médiateurs dans chaque association, ça va être comme si c'était des experts. On va avoir des relations, ils vont nous téléphoner, etc… Et je pense que ce n'est pas très sain. » Magistrat – CA de Lyon.

Si la solution de la liste de médiateur, qui pourrait être à disposition des magistrats souhaitant proposer une médiation, que ce soit pour une pratique régulière ou marginale, peut paraître la plus simple, elle n'est pas sans critique. La principale semble être la possibilité de créer des formes de dépendance ou de relations privilégiées entre magistrats et médiateurs. C'est la raison pour laquelle, avant l'instauration de ces lises de médiateurs la norme chez les magistrats semblait être le recours à une association de médiateurs pour laquelle une relation de confiance s'est construite progressivement :

« Le système de désignation d'une association c'est la désignation du capital confiance qu'on a sur l'association déjà à la base. Bon, le capital confiance dépend aussi des médiateurs qui y participent. Pour moi le fait qu'on désigne une association de médiation est une bonne démarche parce que grosso modo on est sur la volonté de ne pas personnifier quoi que ce soit. » Magistrat – CA de Lyon

Cette manière de concevoir la relation entre le magistrat et le médiateur n'est envisageable qu'à certaines conditions. D'une part que l'association de médiateurs donnent des gages de sérieux et pas uniquement selon de le critère de l'obtention d'accord. Ces derniers se traduisent par l'ancienneté de l'association mais aussi, peut-être paradoxalement, par les professions que les médiateurs exercent ou ont exercées en dehors de l'activité de médiation. Elle peut aussi se baser sur la formation que les membres ont pu suivre en médiation. Mais en la matière, la normalisation est loin d'être acquise.

[48] L'idée d'une création d'une autorité de contrôle des médiateurs judiciaires a été évoquée dans le rapport de l'IGSJ dans le sillage de celle créée pour la médiation de la consommation : « Il apparaît nécessaire, dans le cadre des discussions en cours sur les modalités de la transposition de la directive, de réfléchir à la création d'une autorité unique en matière de conciliation et médiation dont les compétences pourraient être élargies au-delà de la médiation en matière de litiges de consommation » (IGSJ, 2015, p.34).

A contrario, dans le cas où la pratique de médiation est faible, où un magistrat souhaite délibérément la développer, le recours à des partenaires médiateurs privilégiés semble indispensable afin de faire tout simplement vivre le dispositif. Nous avons enregistré cette configuration chez des magistrats qui avaient initié récemment un dispositif de médiation. Probablement que la fragilité intrinsèque à l'opération explique leur volonté d'accumuler le plus de gages quant à la qualité de la médiation. Un médiateur nous a également expliqué qu'il a pu construire ses interventions en médiation judiciaire grâce au soutien d'un magistrat, soutien qui s'est avéré nécessaire pour la pérennisation de l'opération.

La logique de l'expertise reste bien une crainte dans le cas d'une montée à puissance du nombre de médiations ordonnées. Il pourrait être pertinent de ne pas se contenter de listes de nom mais également d'indiquer le rattachement institutionnel, voire de créer de liste d'instance de médiation possédant des médiateurs donnant toute les garanties de qualité. Encore une fois, si ces listes sont facilitantes, les magistrats tiennent majoritairement à ne pas intervenir directement dans le choix du médiateur, à ne pas piloter l'opération en mobilisant des critères de choix qui *de facto* porterait peu sur le processus de médiation lui-même, sachant qu'ils le connaissent assez mal[49].

1.3.3. L'homologation non systématique

L'homologation est souvent présentée comme une sécurité pour les médiés quant à la valeur et la solidité de l'accord. C'est également une manière de contrôler cet accord, à tout le moins de vérifier qu'il n'entrave pas les droits des médiés. Or, sur ce point, les magistrats semblent les plus souples. Ils ne sont que 3 sur les 17 répondants à en faire un passage obligé.

Opinion des magistrats, médiateurs, avocats à propos de l'homologation systématique des accords de médiation

	Magistrat		Médiateur		Avocat		Total	
	Eff.	% Rep.	Eff.	%Rep.	Eff.	%Rep.	**Eff.**	**% Rep.**
oui	3	17,6%	10	29,4%	28	54,9%	**41**	**40,2%**
non	14	82,4%	24	70,6%	23	45,1%	**61**	**59,8%**
Total	**17**	**100%**	**34**	**100%**	**51**	**100%**	**102**	**100%**

Ce résultat est d'autant plus remarquable que les avocats soutiennent une opinion différente, l'homologation systématique étant pour eux nettement plus souhaitable (55%). De même, il faut noter que les magistrats sont plus nettement contre cette option systématique que les médiateurs eux-mêmes, ce qui peut s'expliquer par la proportion importante de médiateurs qui sont également avocats.

Il reste que cette attitude non dogmatique envers l'homologation traduit sans doute l'absence de volonté de contrôle, à tous les instants de la procédure, sur le déroulement de la médiation. Nous avons plutôt le profil de magistrats qui conçoivent leur rôle par rapport à la médiation

[49] Seulement 3 magistrats parmi ceux ayant répondu à l'enquête ont été formés à la médiation.

comme celui qui initie le mouvement mais qui n'en est pas le grand ordonnateur ou celui qui le régente. D'une certaine manière cette posture doit être mise en regard avec les analyses juridiques récentes sur les rôles et les missions du juge. Certes, on pense évidemment à la réforme profonde qu'amorce la loi du 18 novembre 2016. Mais il faut également constater que cet événement s'apparente à un premier aboutissement d'une évolution plus longue sur la place du juge. Car, comme le rappelle Yves Strickler, le juge a aussi pour mission de concilier même si celle-ci est méconnue (Strickler, 2012).

1.3.4. Le poids de l'expérience des modes amiables

Il est souvent fait état de l'importance de l'expérience en médiation, particulièrement pour les médiateurs. Il semblerait que cela soit également le cas pour les magistrats prescripteurs.

Dans l'enquête statistique, des 18 magistrats, un seul n'a pas ordonné de médiation. Leur profil – que nous avons développé plus haut – laisse entrevoir des magistrats au fait de la médiation ce qui était un biais attendu dans une telle enquête[50]. Ces magistrats sont donc des prescripteurs de médiation. Ils ont une ancienneté moyenne de 22 ans, ce qui est assez conséquent et représente des juges ayant déjà effectué un parcours important dans la magistrature. Leur âge moyen va également dans ce sens (51ans) ; nous avons donc tous les signes de prescripteurs possédant une expérience certaine de la régulation des litiges.

Cependant, de quelle expérience est-il question ? Car, au regard de ces quelques résultats statistiques, on pourrait conclure – avec toutes les précautions nécessaire dues aux limites de représentativité – que le magistrat prescripteur de médiation judicaire est celui qui possède une expérience de plus de 20 ans dans la magistrature. Or, il nous semble que, grâce à l'analyse qualitative, l'expérience en question ne tient pas tant à l'âge des artères mais aux parcours que ces magistrats ont connu ou connaissent encore.

Dans beaucoup de cas, les entretiens ont été menés auprès de magistrats étant en deuxième partie de leur carrière, l'un étant à la retraite. Nous leur avons demandé de retracer brièvement les étapes de leur parcours professionnel, avant tout pour mieux cerner leur trajectoire. Cette méthode – qui visait également à amorcer le dialogue – s'est révélée assez fructueuse car nos interlocuteurs ont très souvent tracé des ponts entre leurs actions en faveur de la médiation et leur parcours de magistrat. Plus particulièrement, quelques-uns se sont étendus sur les premiers temps de leur carrière pour souligner que la posture professionnelle qu'ils occupaient alors – souvent celui de juge d'instance – pouvait être mise en correspondance avec leur action professionnelle actuelle, particulièrement leur propension à proposer la médiation. Non pas qu'ils rejettent la position du juge qui tranche les litiges, qui « dit le droit et l'explicite » mais qu'il légitime une autre forme d'action, une autre mission (ou mandat au sens de E. C. Hughes (1996)) qui se rapproche de la conciliation. Dans l'extrait d'entretien ci-dessous, le magistrat a travaillé assez longtemps dans un tribunal d'instance pour élaborer une pratique – semble-t-il collective – qu'il appelle lui-même de la conciliation et qui lui parait avoir une proximité certaine avec la médiation, même s'il y a chez lui la volonté de ne pas assimiler les deux processus :

[50] Nous avons tenté d'interroger des magistrats qui ne prescrivaient pas de médiation. Toutefois ce souhait s'est révélé complexe à mettre en œuvre, en raison d'une part de la difficulté à identifier ces magistrats dans un contexte où le discours institutionnel est favorable aux modes amiables, d'autre part parce qu'ils ont pu aisément argumenter sur leur méconnaissance du sujet pour décliner notre demande.

« Ensuite, après quelques années, je suis devenu juge d'instance. Et je suis resté juge d'instance assez longtemps, 2 ou 3 postes successifs. Et là – ça n'a n'avait pas comme nom médiation – mais on avait comme habitude de bien séparer le préliminaire de conciliation qui était obligatoire mais qui n'était pas vraiment mis en musique de manière systématique, de ce qui se passait à l'audience. Premier temps, on proposait aux personnes de savoir si la conciliation les intéressait, conciliation par le juge qu'on s'entende bien. Et dès qu'on voyait qu'une des parties ou les deux parties surtout – quand il y en avait une on essayait d'amener l'autre à se prêter au moins à ce préliminaire là – on avait des rendez-vous dédiés, avec le juge, avec les avocats – s'il y en avait – pour essayer de trouver un terrain de médiation. Soit pour lancer la démarche et qu'ensuite (à l'époque la médiation n'était pas ce que je peux en connaître maintenant) on avait un conciliateur de justice. Lorsque cette opération de médiation, entre guillemets, ne pouvait pas se dérouler dans une demi-heure ou trois quarts d'heure, quand on sentait de la graine avait été planté, on envoyait les personnes au conciliateur. Et les résultats étaient corrects ; il y avait une certaine satisfaction. Ensuite la démarche est passée par l'utilisation des conciliateurs quasiment à ce niveau-là. C'est-à-dire qu'on avait les conciliateurs dans la salle d'audience. Donc même si ce n'était pas de la médiation, j'ai baigné entre guillemets tout petit dans quelque chose qui s'en approche. »
Magistrat – CA de Lyon

Avec ce passage, on mesure combien cette entrée en matière dans la carrière semble importante. Elle ne l'est pas tant parce qu'elle apparaitrait comme un fait déterminant dans le développement et l'investissement dans les modes amiables (et leur prescription) dans le cadre de la pratique de la magistrature, que comme une référence à l'usage ancien de ces modes amiables. Ainsi, ce magistrat crée un lien entre cette pratique ancienne, qu'il nommait alors conciliation et sa pratique contemporaine où c'est la médiation qui est le terme en usage. Son souci de préciser qu'il ne s'agissait pas alors de médiation, révèle indirectement ce lien. Pour le dire autrement, il semble que pour justifier un investissement actuel dans la prescription de la médiation, il faille que le magistrat puisque l'inscrire dans une trajectoire logique et ancienne même au prix d'une certaine réécriture de l'activité passée.

On retrouve cette même posture, de manière encore plus marquée dans le passage suivant, où le magistrat produit un lapsus, celui de nommer médiation ce qui était alors défini comme conciliation, preuve s'il en est que les deux pratiques possèdent une filiation commune :

« J'aime beaucoup le contact avec les gens, j'aime discuter avec eux. Et je pense que j'ai une certaine propension à essayer d'arranger les choses, de trouver des solutions.

Cela fait partie des qualités d'un magistrat ?

Oui, je pense. Parce que trancher les problèmes de droit, oui, mais à condition qu'on trouve une solution qui soit exécutable, comprise, qui tienne la route sur le temps. Il faut mieux que les gens adhèrent à la solution plutôt que de le leur imposer. C'est pas un hasard si je trouve que la médiation est une démarche intéressante et c'est pas dans le but uniquement de se débarrasser de dossiers. C'est au contraire, je pense que c'est une des solutions pour que la justice soit rendue, une forme de justice, que les parties retrouvent

d'elles-mêmes, dans laquelle les parties s'engagent elles-mêmes, trouvent elles-mêmes la solution. Ce qui est quand même pas mal.

À partir de quel moment vous êtes-vous intéressée à la médiation ? À partir de quelle date il y a eu une bascule ?

Dans le cadre de l'instance, on fait de la médiation… on fait de la conciliation, pardon. Tout le temps. On concilie, à l'audience, avant l'audience… L'écoute et le dialogue, c'est déjà une forme de conciliation. C'est déjà préparer les gens à la solution qui va être apportée à leur litige. C'est de dire que la règle de droit n'est pas intangible, tombée du ciel, comme ça. Elle ne solutionne pas tous les problèmes, parce que quelque fois le problème et le litige n'est pas dans l'application de la règle de droit, il est ailleurs. Donc moi je vous dis, j'étais conciliateur par nature comme j'étais juge d'Instance. » Magistrat – CA de Lyon

---

Malgré la question qui invite à identifier un moment charnière, on constate que le magistrat n'en reconnait pas vraiment une dans le sens où il fait remonter la pratique de la médiation à son activité de juge d'instance, alors qu'il ne s'agissait pas encore véritablement de médiation mais plutôt de conciliation. C'est une preuve que la proximité – et la pratique – avec les diverses formes de modes amiables, que notre interlocuteur semble faire remonter avant son entrée dans la magistrature, est l'élément déterminant, plutôt qu'un événement, telle une formation, un dossier particulier, etc.

Cependant, nous avons également rencontré le cas de figure où une formation, même courte amène le magistrat à réinterroger ses pratiques et sa vision de la médiation.

J'ai suivi une formation sur la médiation justement où je me suis dit « tient là ça peut être intéressant ». C'est-à-dire que j'ai vu la médiation autrement. Ca m'a permis de voir la médiation autrement parce que j'en avais une idée – celle que je vous ai exposé au début – où j'étais vraiment pas une convaincue de la médiation en me disant « bon de toute façon à ce stade-là, et vu notre culture à nous français, ça va être difficile de faire quelque chose et en tout cas de la développer de manière importante ». Au travers de cette formation j'ai entendu des médiateurs, j'ai entendu des collègues magistrats aussi en parler et je me suis dit « voilà c'est une façon quand même beaucoup plus intelligente et peut-être durable dans le temps de régler les conflits ». Donc c'est plus l'intérêt du justiciable que je n'apercevais pas avant dans la médiation et que j'ai vu là au travers des discours qui ont été tenus par des collègues ou par des médiateurs ou même par des avocats aussi, parce que certains sont très convaincus même si c'est pas la majorité. Leurs discours m'ont amené à changer ma vision de la médiation. » Magistrat – TGI de Lyon

---

Le parcours de ce magistrat est marqué également par une pratique ancienne de la conciliation de même qu'une grande polyvalence dans la nature des affaires traitées, civiles, pénales et même commerciales. Qui plus est, ce juge a connu des juridictions de petit et moyen ressort où la pratique de conciliation pouvait être mise en place plus aisément que dans les grandes. Si bien que l'idée que le magistrat puisse se muer en conciliateur est totalement intégrée dans la présentation de l'activité

Est-ce qu'il vous est arrivé de faire des conciliations ?

« Ca m'est arrivé de le faire, quand j'étais à B. au moment de transport sur les lieux, parce que quand j'étais en poste à B., on pratiquait beaucoup ça, ce que je n'ai plus fait par la suite. Mais là c'était encore possible de le faire et quand je voyais certains dossiers où c'était compliqué de se rendre compte de la configuration des lieux, on allait tous sur place ; il y avait les parties sur place, les avocats, le magistrat, le magistrat qui rédigeait d'ailleurs un compte-rendu de transport sur les lieux, un procès-verbal même, un procès-verbal de transport sur les lieux qui restait dans le dossier, et sur lequel on pouvait s'appuyer ensuite pour rendre la décision, même si c'était pas le même magistrat qui avait fait le transport sur les lieux. Et là au cours du transport on pouvait effectivement parfois aboutir à des conciliations, quand on avait vu quel était le conflit, par exemple d'une servitude de passage, on pouvait proposer, ce que peut faire un expert par exemple, en allant sur les lieux un géomètre expert qui dit "bon là vous devriez passer par là", voilà des solutions de bon sens je dirai qui peuvent être proposées par le magistrat. Mais voilà ça je l'ai plus pratiqué depuis... depuis les années 2000 … » Magistrat – TGI de Lyon

Cette analyse ouvre une perspective importante : tout se passe comme si les magistrats qui s'investissent dans les modes amiables disposent de références anciennes à des usages de modes amiables de règlements des litiges, que ceux-ci soient estampillés médiation, conciliation ou autre. C'est donc plus le fait d'avoir été confronté à ces modes amiables, de manière ancienne et/ou répétée qui semble déterminant pour l'investissement actuel. Ensuite, il peut intervenir des situations qui réactivent ces manières de faire, qui suscitent à nouveau l'intérêt du juge pour cette pratique, cette expérience antérieure devenant alors une base de justification de ce qui est entrepris au présent. Mais on ne peut écarter également le poids du discours institutionnel favorable et promoteur de la médiation dans ces réactivations. Il est probable que ce renouveau d'intérêt puisse d'autant plus facilement se concrétiser par des initiatives (que nous développerons dans la partie suivante) qu'il fait échos à des positions institutionnelles ouvertement favorables à la médiation et aux modes amiables.

Ainsi, l'hypothèse d'une conversion contemporaine et opportuniste à la médiation chez les magistrats, parce qu'il s'agit du mode amiable « à la mode » est discutable. À l'inverse, c'est par la fréquentation régulière, ancienne mais surtout répété de différents modes amiables que les magistrats vont développer un intérêt pour la médiation judiciaire. D'où l'importance que ceux-ci y soit confronté assez tôt au cours de leur évolution de carrière. C'est donc vers une forme de « démocratisation » de la médiation comme voie de règlement des litiges qu'il faudrait tendre, celle-ci ne pouvant opérer qu'à condition que les nouveaux magistrats rencontrent précocement dans leur parcours une polyvalence et une variété de situation à réguler. Or, sur ce point, les magistrats interrogés sont assez inquiets, estimant que les profils contemporains s'éloignent de ces prérequis au profit d'une spécialisation très précoce.

« Comme on est plus des techniciens je dirai que des personnes qui sont maintenant sélectionnées sur leur, leur faculté de juger, on va dire comme ça… Moi j'ai été ébahi de voir arriver les dernières promotions que j'ai vues d'auditeurs de justice, où je n'ai pas vu arriver des juges… [silence] j'ai vu arriver des techniciens ! Le droit était parfaitement possédé.

Mais alors l'appréciation de la situation de fait, j'ai eu plusieurs auditeurs qui m'ont fait très peur. [silence]

Intervieweur : En quoi ils vous ont fait peur ?

Une position bien trop éthérée par rapport à la situation qu'ils avaient à juger. C'était de dire qu'il y a une règle de droit qui s'applique simplement. Oui, certes ! Certes ! Mais la question que je leur posais c'était "est-ce que tu as compris où était le litige ? Est-ce que tu as compris… ?" Dans ce qu'on pouvait comprendre parce qu'on n'est pas au courant de tout, on nous dit pas tout, et c'est pour cela que la médiation c'est bien c'est parce qu'on peut tout se dire, parce que le juge n'est pas là. À partir du moment où on peut comprendre quelque chose dans le litige, est-ce que cela on l'a compris ? Souvent c'est intéressant qu'on ait compris. Parce qu'effectivement on a une règle de droit à appliquer mais on n'a pas le marteau de la justice à appliquer en disant, "le droit dit ça, on fait ça". On a tendance à appliquer la solution qui va à peu près correspondre. On va faire ce qu'on peut, en appliquant le droit pour que la solution corresponde à ce qu'on pense être la solution du litige. J'ai vu arriver des nouvelles générations d'auditeurs où cette partie "on va peut-être essayer de comprendre ce qu'il s'est passé dans le litige pour appliquer la règle de droit", ben la première partie "on va essayer de comprendre" était un peu faible. On va appliquer le droit.

C'est peut-être aussi – sans trouver forcément des excuses – ce manque d'expérience ou bien une volonté de s'appuyer sur des certitudes acquises au cours de la formation dans les premiers temps de la fonction ?

Oui, certes. Mais ce n'est pas une démarche que j'ai connue auparavant, comme auditeur, pas chez les auditeurs que j'ai connus dans mes premières années de fonction, où on était vraiment dans le droit mais où on était aussi à "où es le problème ? Et après comment on décide ?" » Magistrat – CA de Lyon

---

Certes on peut trouver dans ces lignes une sorte de conflit de génération, que le magistrat compare des collègues possédant une grande expérience à d'autres qui n'en n'ont que très peu voire pas du tout. Cependant, limiter l'analyse à ce motif parait bien court. La technicité juridique n'est qu'un outil de la régulation des litiges. Et les magistrats prescripteurs de médiation rappellent indirectement que la forme que prend la décision relève plus de la procédure, précisément des procédures, que de l'usage technique du droit.

2. La prescription chez les avocats

Il s'agit d'une grande difficulté dans la prescription de la médiation. Il semble que les avocats sont globalement mal à l'aise avec la médiation non pas tant sur son principe mais à propos de son articulation avec l'activité professionnelle « traditionnelle » de l'avocat. La question principale est de savoir comment l'avocat doit utiliser la médiation, à quel moment et comment la proposer à son client. S'il apparait que certains avocats sont résolument hostiles à la médiation,

d'autres, peut-être la majorité, ne savent pas comment se positionner par rapport à ce processus qui pourtant leur apparait avoir un intérêt, tant pour leur client que pour eux-mêmes. Tel semble être la problématique à laquelle sont confrontés les avocats quand on leur évoque la médiation.

Opinion des magistrats, médiateurs, avocats envers la médiation

	Magistrat		Médiateur		Avocat		Total	
	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.
très favorable	12	70,6%	32	97%	18	36,7%	**62**	**62,6%**
plutôt favorable	4	23,5%	1	3%	27	55,1%	**32**	**32,3%**
plutôt défavorable	1	5,9%	0	0%	4	8,2%	**5**	**5,1%**
très défavorable	0	0%	0	0%	0	0%	**0**	**0%**
Total	**17**	**100%**	**33**	**100%**	**49**	**100%**	**99**	**100%**

D'une manière générale, les avocats qui ont répondu à l'enquête (ils sont les plus nombreux à l'avoir fait rappelons-le) sont les moins enthousiastes. Certes ils sont un peu plus de 8 sur 10 à y être favorables mais ils sont majoritairement (55%) « plutôt » favorables ce qui marque une adhésion relative au processus, *a minima* moins forte que chez les magistrats ou les médiateurs. Ce résultat marque également, comme nous allons le confirmer par la suite, une difficulté de positionnement des avocats par rapport à la prescription de la médiation.

2.1. La posture d'accompagnant en médiation

L'avocat n'est pas un médiateur. Mais il peut amener son client, en fonction du litige, à envisager d'utiliser les modes amiables de règlement et en particulier la médiation. Cependant, cette posture est brouillée par une autre qui verrait l'avocat de muer en médiateur. L'ambiguïté est grande et la nouvelle accréditation d'avocat-médiateur crée par le CNB n'est pas pour clarifier la situation, puisque il n'y pas de définition précise de ce que pourrait être l'avocat-médiateur, notamment dans sa pratique. Le Centre National de Médiation des Avocats créé pour la circonstance, est un centre d'information et de formation dont l'objectif est à la fois de promouvoir la médiation mais également la place de l'avocat dans le processus de médiation. Les deux postures sont donc retenues sans qu'il ne soit fait de distinction fondamentale entre les deux[51].

Nous le verrons dans le point suivant, il y a des avocats qui deviennent des médiateurs ou bien qui en font une activité importante de leur vie professionnelle. Ici, nous nous pencherons sur la place de l'avocat, qui demeure le conseil et le défenseur de son client, ce dernier ayant opté pour la médiation pour parvenir à une solution à son problème. C'est ainsi que peut se définir la posture d'accompagnement à la médiation qui possède *de facto* une dimension de conseil, précisément de prescription pour choisir le mode amiable.

[51] https://www.cnb.avocat.fr/fr/actualites/avocats-mediateurs-demandez-votre-referencement-aupres-du-centre-national-de-mediation-des-avocats

Sans être sûr qu'il existe un biais, puisque l'enquête a été diffusée très largement dans deux barreaux, la très grande majorité des avocats qui ont répondu à la question avait déjà suggéré un mode amiable à leur client[52]. Autrement dit, les modes amiables font partie intégrante de l'activité courante de conseil de ces avocats.

Pratique de suggestion de la médiation au client chez les avocats (au moins une fois)

	Total	
	Eff.	**% Rep.**
oui	46	90,2%
non	5	9,8%
Total	**51**	**100%**

Les modes amiables suggérés sont multiples (plusieurs avocats mobilisent plus d'un mode amiable). Mais la médiation se singularise parce que non seulement elle rassemble la moitié des modes cités, mais en plus sur les 40 répondants 30 signalent la médiation. Nous avons donc une confirmation que la médiation est bien identifiée comme le principal processus qui peut être prescrit, suggéré ou conseillé à un client.

Les modes amiables suggérés par les avocats[53]

	Eff	%		Eff	%
arbitrage	1	1,7%	médiation	30	50,8%
conciliation	7	11,9%	négociation	5	8,5%
droit collaboratif	2	3,4%	procédure participative	1	1,7%
mandat ad hoc	1	1,7%	transaction	12	20,3%
Total	**59***	**100,0%**			

** nombre de réponses (les répondants pouvaient fournir plusieurs modes amiables)*

L'attitude que nous venons de mesurer relève de l'information (« savez-vous que votre problème pourrait-être régler par une médiation avec l'autre partie ? ») voire de l'incitation, puisque l'avocat demeure un sachant, un homme, une femme qui connait le droit. Accompagner réellement un client en médiation place le travail de l'avocat dans une autre dimension, qui a trait au conseil et au soutien juridique tout au long du processus.

La part des avocats qui ont accompagné un client en médiation est assez importante. 70% de ceux qui ont répondu à la question l'on fait. Malheureusement, 13 avocats n'ont pas répondu à la question. Il est difficile d'interpréter ces non réponses, mais si on en tient compte, le taux

[52] Si l'on tient compte dans le calcul des non réponses, le taux fléchit pour atteindre 72%.
[53] La question était ouverte, c'est-à-dire que les avocats pouvaient fournir et décrire le mode amiable comme bon leur semblait. Nous avons procédé à des regroupements *a posteriori* par catégorie.

chute à 56%. Ces précautions prises, un peu plus de la moitié des avocats ont accompagné un client en médiation ce qui confirme que ce processus est loin d'être méconnu par ces professionnels.

Pratique d'accompagnement du client en médiation

	Effectifs	% Rep.
oui	36	70,6%
non	15	29,4%
Total	**51**	**100%**

Cet accompagnement est par contre assez peu pratiqué. À la question de la fréquence de l'accompagnement d'un client en médiation, la très grande majorité indique le faire de manière parcimonieuse (1 à 2 fois par an). Une minorité pratique l'accompagnement en médiation de manière systématique. Ce profil d'avocat est pour le moins singulier, notamment ceux qui indiquent le faire systématiquement pour tous les litiges. À l'évidence, ce sont des avocats qui ont fait évoluer considérablement leur pratique, qui font de la médiation un outil professionnel de premier plan, voire qui relève plus de la posture professionnel du médiateur que de celle de l'avocat.

Fréquence de la pratique d'accompagnement du client en médiation

	Effectifs	% Rep.
une à deux fois par an	26	74,3%
une à deux fois par mois	1	2,9%
une à deux fois par semaine	0	0%
systématiquement pour certains litiges identifiés	2	5,7%
systématiquement pour tous les litiges	6	17,1%
Total	**35**	**100%**

Il semble donc que la posture d'accompagnant ne soit pas totalement inscrite dans les mœurs professionnelles des avocats. Il y a encore des discussions et des débats sur la position de l'avocat au regard de la médiation. Si certains ont saisi que ce rôle devait être celui de l'accompagnant (environ la moitié des répondants), d'autres en sont plus éloignés et ont sans doute plus de difficulté pour se situer par rapport à ce processus.

2.2. L'avocat n'est pas le premier prescripteur

Cet embarras face à la médiation explique sans doute que l'avocat n'est pas le principal prescripteur de médiation. De manière assez étonnante, il semblerait même que certains avocats attendent que le magistrat use de son pouvoir de persuasion envers les justiciables pour, à sa suite, soutenir la proposition auprès de son client. Ceci dénote qu'ils ne se pensent pas comme des prescripteurs potentiels, mise à part ceux qui – très minoritaires même dans notre enquête – utilisent la médiation de manière récurrente voire systématique. Au mieux peuvent-ils s'imaginer relayer la prescription initiée par un autre, qui plus est un magistrat.

Ceci explique pourquoi ils sont moins enthousiastes envers une information obligatoire sur la médiation pour chaque procédure. Bien évidemment, cette disposition, qui aurait des caractéristiques rigides et administratives, laisserait peu de place à l'avocat. Mais nous pensons que leur part de réticence nettement plus marquée que les autres acteurs (40%) nous renseigne sur leur relation distanciée à la promotion de la médiation.

Opinion des magistrats, médiateurs et avocats sur l'information obligatoire à la médiation dans chaque procédure

	Magistrat		**Médiateur**		**Avocat**		**Total**	
	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	**Eff.**	**% Rep.**
oui	13	76,5%	28	87,5%	31	60,8%	**72**	**72%**
non	4	23,5%	4	12,5%	20	39,2%	**28**	**28%**
Total	**17**	**100%**	**32**	**100%**	**51**	**100%**	**100**	**100%**

Il semblerait que la majorité des avocats ne font pas la promotion de la médiation – et de sa prescription – une mission particulière qui ne leur incomberait en partie. Ainsi, ce ne sont pas les premiers prescripteurs. Cependant, une faible partie d'entre eux opte pour une posture radicalement différente mais ce ne saurait être pour l'heure le signe d'une tendance générale.

Si les avocats ne se perçoivent pas comme des prescripteurs c'est sans doute en raison d'une distance assez importante avec le monde de la médiation, que ce soit les instances ou les associations ou les médiateurs eux-mêmes. Dans le tableau ci-dessous, on notera la propension affirmée des avocats à ne pas développer ce type de relations (plus des 2/3) alors qu'*a contrario,* seulement 5 magistrats sur les 17 répondants (soit moins d'un tiers) sont dans ce cas[54].

[54] Certains magistrats pourraient justifier cette attitude de retrait comme une volonté de s'assurer une neutralité notamment lorsqu'il leur faut nommer un médiateur ou une instance de médiation.

Echanges entre les magistrats, médiateurs et avocats et les médiateurs ou des instances de médiation

	Magistrat		Médiateur		Avocat		Total	
	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	Eff.	**% Rep.**
jamais	3	17,6%	0	0%	24	42,9%	27	**24,8%**
rarement	2	11,8%	0	0%	14	25%	16	**14,7%**
de temps en temps	8	47,1%	7	19,4%	10	17,9%	25	**22,9%**
régulièrement	4	23,5%	29	80,6%	8	14,3%	41	**37,6%**
Total	**17**	**100%**	**36**	**100%**	**56**	**100%**	**109**	100%

À l'évidence les médiateurs et les avocats se côtoient peu, bien moins que ne peuvent le faire les médiateurs et les magistrats. Ce manque de lien n'est sans doute pas étranger au fait que la plupart des avocats ne se perçoivent pas comme des initiateurs potentiels de médiation. Lors de nos entretiens, rares ont été les cas où l'avocat a évoqué en premier la médiation. Certes, en médiation judiciaire, l'initiative procédurale est celle du magistrat. Mais ces derniers nous ont souvent fait part de leur grande acceptabilité voire souplesse dans le cas où un avocat ou bien les deux avocats ouvraient la porte à la médiation.

Ces cas de figure semblent rares. Car pour l'avocat, les modes amiables sont du registre de la prise de risque envers le client. Malgré toute la pédagogie que l'avocat peut mettre dans son explication, le client peut avoir l'impression que l'avocat ne défend pas sa cause.

2.3. La perméabilité paradoxale entre la profession d'avocat et la médiation

Les constats que nous venons de dresser se heurtent pourtant à un autre bien mieux connu et documenté, à savoir présence assez forte d'avocat ou d'ancien avocat dans le monde des médiateurs. Sans qu'ils ne se définissent comme avocat-médiateur, beaucoup d'entre eux font cohabiter les deux postures professionnelles, en faisant en sorte qu'elle ne coïncide pas.

Dans l'enquête la profession la plus représentée chez les médiateurs, lorsqu'ils en déclarent une autre (ce qui est le cas de près de 9 sur 10 des répondants), est celle d'avocat ; elle est de loin la plus citée. Si l'on se réfère au nombre de médiateurs qui se sont exprimés sur cette question, on peut évaluer à un médiateur sur 3 qui est également avocat. Il y a donc une relative perméabilité entre les deux professions, même si bien évidemment les postures professionnelles sont différentes.

Les professions exercées par les médiateurs en parallèle de leur activité

Profession	Eff.	% Rep
avocat	11	37,9%
cadre supérieur	2	6,9%
consultant	3	10,3%
directrice d'un établissement sanitaire et social	1	3,4%
DRH	2	6,9%
enseignant	2	6,9%
enseignant-chercheur universitaire	1	3,4%
expert-comptable	2	6,9%
formateur	2	6,9%
ingénieur	2	6,9%
magistrat	1	3,4%
Total	**29**	**100,0%**

Il existe un paradoxe entre cette perméabilité entre les avocats et les médiateurs d'une part, et la difficulté à envisager par ses mêmes avocats que la proposition de médiation et la mission d'accompagnement relèverait de l'activité de conseil, mission importante de l'avocat. En effet, comme le relate ce médiateur qui est également encore avocat, c'est bien à une sorte de conversion que l'on a affaire ; le rôle de l'avocat doit changer :

« Mais il aussi le fait que, l'impression que son rôle est secondaire. Or, c'est pas que son rôle est secondaire, c'est que son rôle change. C'est-à-dire qu'il ne va pas plaider le dossier devant le médiateur – le médiateur il s'en fout… Moi j'ai des confrères, quand je suis médiateur, vous avez des confères qui font pas leur job. Ils viennent en médiation accompagner leur client, ils ont même pas informé leur client que ce qu'est la médiation. Pourquoi ? Parce qu'ils ne savent pas ce que c'est. (…) il est là pour aider son client à construire un accord. » Avocat et médiateur

Or, si cet avocat est très dynamique dans son barreau pour vanter les mérites de la médiation, il semble que cela ne porte pas complètement ses fruits, dans le sens où le discours est souvent pris comme une possibilité d'exercer un nouveau métier où une posture professionnelle annexe et bien moins dans le sens d'une logique d'accompagnement et de conseil.

3. La prescription chez les médiateurs

« On est toujours mieux servi par soi-même » dit le dicton populaire. En matière de prescription de la médiation il se prête assez mal. Les médiateurs ne sont sans doute pas les meilleurs prescripteurs, notamment parce qu'en matière judiciaire l'initiative ne leur revient pas. Toutefois, ne pas être à l'amorce de la médiation n'interdit pas a priori d'être actif en matière de prescription. Il semblerait que ce relatif retrait sur ce thème soit révélateur d'une concurrence entre cette notion et une autre, plus large et plus confuse, la promotion de la médiation.

3.1. Un rôle de soutien à la prescription

La prescription de la médiation n'est pas vraiment une mission assumée par les médiateurs ; elle l'est peut-être plus par les associations ou instances de médiation. C'est donc au niveau de l'organisation que se jouerait le fait d'inciter des personnes à choisir la médiation judiciaire lorsqu'ils ont affaire à un litige ou un conflit à caractère juridique. Cependant, il faut convenir qu'une ambiguïté peut exister chez les médiateurs entre la prescription et la promotion de la médiation. Le second élément répond aux actions visant à faire connaître la médiation auprès d'un public qui soit la méconnait soit ne possède aucune représentation de celle-ci. La prescription, comme nous l'avons précisé au début de ce rapport est en lien avec l'ensemble des actions qui visent à orienter vers un processus, ici la médiation, quel que soit le niveau de connaissance *a priori* de ce processus chez la ou les personnes concernées. Bien évidemment ces deux actions sont souvent complémentaires, mais elles ne peuvent se substituer totalement l'une à l'autre.

Cependant, les opérations de promotion de la médiation se multiplient et l'on peut se demander si elles n'auront pas un effet sur la prescription. D'ailleurs la plupart des médiateurs ont conscience qu'il est de leur devoir d'informer sur la médiation.

Dans le domaine institutionnel, on peut signaler quelques initiatives qui visent à toucher le grand public, comme la présence d'un stand « médiation » à la foire de Lyon depuis 2 ans. Pour ce qui concerne la médiation judiciaire proprement dite, on peut souligner l'initiative de plusieurs instances de médiation, comme le CIMA à Lyon, qui tentent d'instaurer une relation régulière est privilégiée avec le monde judiciaire. Enfin, il faut signaler également la création du portail de la médiation de la région Lyonnaise et Grenobloise[55].

Cependant, il apparait à l'analyse que le travail de prescription n'est pas une tâche qui semble assumée directement par les médiateurs. On peut avancer deux explications à cela. D'une part de nombreux médiateurs sont également avocats ou d'anciens avocats. Dès lors, la prescription de la médiation relève du conseil au client. De nombreux médiateurs rencontrés et exerçant cette profession dévire sur cette question connexe dès qu'on les interroge sur notre problématique :

> *« Les trois associés au cabinet, on est trois médiateurs et on a une valeur ajoutée... Surtout au regard de ce qui se préfigure dans les pratiques de la profession. Les avocats dans leur culture, dans leur pratique quotidienne la médiation comme vraiment un outil à leur service autant qu'à celle de leur client, ce sont ceux qui émergeront, incontestablement. Parce que leur discours va correspondre à un besoin sociétal. La manière dont ils vont envisager le conseil ou le procès – puisque si on vient les voir il y a un litige, donc c'est l'aspect juridique du dossier… " Et vous avez pensé à la médiation ? Bien, je vais vous en parler ! ". Voilà comment on l'utilise. » Médiateur et avocat*

[55] http://www.mediateurlyon.fr/ Toutes des initiatives ont eu lieu au cours des deux dernières années écoulées, autrement dit durant l'étude dont il est fait ici le rapport. Cela démontre qu'une dynamique existe bel et bien en matière de médiation, dynamique qui, au regard de ces faits, s'intensifie.

La seconde raison tient au fait que dans le domaine judiciaire, la médiation reste à l'initiative du magistrat. Dans ce cas de figure, le médiateur lui est dépendant et doit transformer son travail de prescription de la médiation en celui de convaincre les parties de saisir l'opportunité ouverte par le magistrat. Ce second registre – que l'on peut qualifier de soutien à la prescription de la médiation – est quant à lui bien identifié par les médiateurs. Il s'agit de faire en sorte que les prescripteurs « naturels » à savoir les magistrats et les avocats de par leur mission de conseil soient relayés par les médiateurs pour amener le client à la médiation. Dans l'extrait d'entretien qui suit, émanant d'un médiateur également avocat, le travail de prescription décrit reste celui de l'avocat. À aucun moment ce médiateur ne se positionne comme prescripteur en tant que médiateur :

« Plus de médiateurs c'est très sympa mais s'il n'y a pas d'avantage de prescription cela ne sert à rien d'avoir des milliers de médiateurs en plus. Il faut avoir d'avantage de prescripteurs qui jouent convenablement leur rôle de prescripteur car ce n'est pas non plus la panacée, ce n'est pas non plus la médiation ou rien. Il faut vraiment savoir faire la bonne recommandation au bon moment c'est ce qui est intéressant dans les rôles de prescripteur. Un avocat comme d'autres intervenants peuvent avoir comme objectif de mieux prescrire et plus prescrire pour que la médiation se développe dans de meilleures conditions. » Médiateur et avocat

---

« Savoir faire la bonne recommandation » dit-il pour ensuite bifurquer sur l'avocat (« comme d'autres intervenants ») sera le fil rouge de son argumentation. Plus loin il ajoute que cette mission de prescription se poursuit dans le fait de convaincre l'autre confère du bien-fondé de la démarche :

« (…) je considère que quand je suis avocat et que je suis prescripteur d'une médiation je suis déjà le processus pour convaincre le client de l'intérêt pour lui d'aller en médiation, et après je fais le processus de médiation avec l'autre partie ou avec l'autre confrère qui connait bien la médiation ou qui est contre la médiation. Je suis avec lui ce processus pour aller avec lui en médiation. Donc c'est vraiment la formation médiation qui me permets de faire le mieux possible ce job d'avocat-accompagnateur de mon client dans la médiation et d'avoir un autre avocat qui essaye de convaincre l'autre client d'aller en médiation. » Médiateur et avocat

---

On peut noter une ambiguïté repérée de nombreuses fois chez les médiateurs également avocats, la difficulté à placer une ligne de partage claire entre l'avocat prescripteur et le médiateur prescripteur. L'insistance avec laquelle nos interlocuteurs ont eu recours à la posture de l'avocat accompagnateur confirme cette difficulté à concevoir la prescription de la médiation par le médiateur en tant que tel.

Ainsi, dans le cadre de la médiation judiciaire, la marge de manœuvre des médiateurs en matière de prescription semble réduite. Soit elle consiste à fournir ou conseiller les éléments nécessaires pour que ce dernier incite son client à opter pour cette voie, ce qui peut être facilité

lorsque le médiateur est également avocat, soit elle consiste à soutenir une proposition émanant du juge et qu'il doit accompagner.

Sur ce dernier point, les médiateurs rencontrés sont assez unanimes pour souligner l'intérêt de médiations proposées lors d'audience, des expériences auxquelles ils ont parfois participé. Les médiateurs sont présents au côté du magistrat lorsque celui-ci fait part de son intérêt pour la médiation dans le dossier qui lui est soumis et qu'il en informe les parties. Et il vient en soutien de la proposition pour informer tant les parties que l'avocat de l'intérêt pour eux de la médiation[56].

« C'est un magistrat qui est actuellement en charge du fonctionnement de ses médiations, je pense que c'est lui qui a eu l'idée depuis un certain nombre d'années, M. X conseiller à la Cour d'appel chambre sociale, au pôle Y. Il est très favorable à la médiation bien entendu et il a mis en place il y a je pense 5-6 ans ce type de médiation qui peut être proposé après les plaidoiries. On invite les parties à prendre une information si elles en sont d'accords auprès du médiateur qui est là. Le médiateur donne son info. Si les parties décident d'aller en médiation il est d'usage devant les chambres de nommer le médiateur qui été présent et qui a donné l'information. Sauf, évidemment – et les gens ne le savent pas toujours, il faut bien le rappeler, cela fait partie de ce que l'on disait tout à l'heure – si les parties disent "ok je veux aller en médiation mais pas avec vous, votre tête me revient pas", ils sont totalement libre de dire au juge non je veux un autre médiateur. Et dans ce cas-là le juge nommera un nouveau médiateur. Moi je fais cela à la cour d'appel depuis deux ans maintenant à peu près.

- Cela veut dire donc qu'il y a déjà eu un jugement.

- Oui 4-5 ans après. Parfois c'est après cassation. Parfois après plusieurs renvoi de la cour d'appel on peut aller en médiation. De mon expérience j'ai vu des cas où cela fonctionnait. (…) Très souvent les avocats n'ont pas très envie d'aller à cette réunion d'information : " ah non je ne peux pas, j'ai une autre audience, je dois m'en aller après… " J'insiste : "3 minutes ! C'est bien que vous restiez auprès de votre client pour vous expliquer ce que peut vous apporter la médiation". On arrive à les convaincre. Car déjà on passe de l'affrontement – c'est toujours une épreuve désagréable les plaidoiries à la cour d'appel dans ce domaine en particulier – on arrive tout de suite à l'apaisement, si bien évidemment j'ai donné l'information de façon a priori apaisée et adaptée. Et si une partie, en l'occurrence souvent le salarié, est présent, il est à l'écoute, on suscite son intérêt. Parce que si le magistrat a bien fait sa recommandation (prendre l'information sans obligation d'entrer en médiation), si le magistrat a bien fait le job, (…) si c'est bien fait tout cela vous n'êtes pas du tout rassuré après avoir plaidé, vous êtes dans le doute. Il n'y pas la décision et le juge vous a fait comprendre qu'il y a de l'aléa judiciaire dans votre histoire… » Médiateur et avocat.

Ainsi la présence des médiateurs à des audiences où des propositions de médiations vont être prononcées participe à ce rôle de soutien à la prescription. Son rôle est de concrétiser, dans

[56] Nous avons exposé quelques-unes de ces expériences dans la partie D.

l'instant, une proposition qui peut être alors très hypothétique et que la présence des médiateurs va en quelque sorte incarner.

Même si les médiateurs sont au cœur de la médiation, ils ne semblent pas l'être pour sa prescription. Ils sont présents comme soutien à une prescription qui est décidé par d'autres (les magistrats pour l'essentiel) et doivent amplifier un mouvement qu'ils n'initient pas. C'est là une des fragilités des médiations judiciaires et peut-être des médiations en général. D'autant que leur désignation n'est non plus pas complètement autonome.

3.2. Comment choisir un médiateur ?

En médiation judiciaire, les médiateurs sont nommés par les magistrats. Mais quels devraient être les critères à prendre en compte selon les médiateurs ? Existe-t-il un décalage entre ce qui se pratique réellement et ce qu'ils souhaitent ?

À propos de la question de la désignation, le discours des médiateurs est unanime pour affirmer qu'elle est une fonction du magistrat. Sur la forme qu'elle doit prendre, nous avons pu nous rendre compte que les pratiques peuvent diverger selon les juges, certains optant pour la désignation d'un groupe (instance ou association) d'autres pour des personnes en particulier. Cependant, les médiateurs sont prompts à rappeler que cette nomination n'empêche pas les médiés de se tourner vers un autre médiateur que celui désigné. C'est pourquoi certains craignent le recours aux listes de médiateurs :

« Mais je vais plus loin, ce qui est important c'est qu'au niveau du magistrat prescripteur il faut qu'il y ait cette garantie, ce gage de qualité, d'uniformisation et d'harmonisation. Mais il ne faut pas oublier que ce sont les parties qui choisissent le médiateur et cela il ne faudrait pas l'oublier. Si le magistrat propose "on va nommer le centre machin truc" ou on va proposer directement monsieur machin ou madame machin, si les parties n'en veulent pas, les parties sont libres de dire "non, on aimerait un médiateur qui est comme-ci qui est comme ça." Donc les listes de médiateurs c'est très bien, c'est un gage de qualité mais les parties doivent pouvoir refuser un nom s'il ne lui convient pas ou proposer un autre nom avec l'accord de l'autre partie. Ca c'est la liberté, c'est ce qui fonctionne bien dans la médiation, c'est cette souplesse, cette liberté qu'il ne faut surtout pas enlever. Mais ce n'est vraiment pas facile à organiser. » Médiateur et avocat

Reste que ce gage de qualité associé aux listes de médiateurs semble être la solution qui s'impose progressivement. Dans l'enquête par questionnaire, à la question sur le mode de désignation du médiateur, aucune majorité ne se détache, mais cette modalité rassemble le plus de répondants (45,7%). Il faut préciser que les médiateurs ont participé à la rédaction de cette liste pour ce qui concerne le TGI de Lyon et que les échos que nous avons recueillis concernant leur constitution confirment que ces listes sont établies en collaboration avec les associations de

médiateurs. Cette pratique étant applicable dans d'autres ressorts, il n'est pas très étonnant qu'elle rencontre une certaine adhésion[57].

Préférences des avocats sur les modalités de désignation du médiateur

	Eff.	% Rep.
le magistrat désigne le médiateur	7	20%
le médiateur soit choisi parmi la liste fournie par les tribunaux	16	45,7%
les parties au conflit choisissent eux-mêmes le médiateur	8	22,9%
les parties aux conflits choisissent avec leurs avocats le médiateur	4	11,4%
Total	**35**	**100%**

On notera qu'une minorité est favorable à la désignation par les parties, solution qui est pourtant celle qui est recommandé dans les principes de la médiation en général (Ben Mrad, 2002, Guillaume-Hofnung, 1995). Il est vrai que cette solution est plus difficile à mettre en œuvre parce qu'elle exige que les parties entreprennent alors la démarche de recherche d'un médiateur commun, sans l'avoir anticipée et avant la proposition du magistrat.

Des lors, même la désignation du médiateur par le magistrat ne semble pas être un point de tension, l'intégration du médiateur dans les listes des tribunaux ne devraient pas suspendre la possibilité de recourir à d'autres sources, la fameuse « liberté de choix » évoquée dans l'extrait d'entretien ci-dessus. Si les médiateurs ont accepté qu'ils soient désignés et ce faisant, imposés aux parties, ils souhaitent que perdure une marge de liberté tant pour les magistrats que pour les parties.

Opinion des avocats sur l'instauration d'une liste de médiateurs auprès des tribunaux

	Eff.	% Rep.
c'est indispensable pour une garantie de qualité de la médiation	14	40%
c'est une bonne chose mais il devrait être possible de désigner un médiateur en dehors de la liste	20	57,1%
ce n'est pas une garantie	1	2,9%
Total	**35**	**100%**

Le sujet qui sépare les médiateurs tient plus à qui s'adresse la désignation effectuée par les magistrats. Nous avons vu plus haut comment et pourquoi ces derniers se positionnaient. Les médiateurs sont quant à eux partagés entre la solution de la désignation nominative et celle collective (ou associative). Il faut dire que la pratique des magistrats a elle-même varié dans le

[57] Rappelons que le décret d'application concernant l'établissement de ces listes n'a pas paru ; il semblerait donc que ces listes anticipent le cadre légal. Nous savons par ailleurs que des listes informelles existaient préalablement à cette loi dans certains tribunaux.

temps. Dans les dossiers du ressort de la Cour d'appel de Lyon, durant la période 2010 à 2013 inclus, sur les 56 affaires pour lesquelles nous possédons à la fois le nom du médiateur (ou de l'association nommée) et la date de l'ordonnance de médiation, 27 (soit près de la moitié) sont assurées par un médiateur indépendant. Pour la période qui suit, le renversement est total puisque seuls 7 médiateurs sont désignés nominativement, les 115 autres l'étant via des associations ou des instances qui, pour certaines, n'avait pas réalisée de médiations auparavant parce qu'elles n'existaient tout simplement pas[58].

Si, du côté du magistrat, cette désignation via une association permet de créer un écran, autrement dit de s'assurer une forme de neutralité dans le choix (qui est renvoyé à l'organisation et aux disponibilités des médiateurs), nous avons rencontrés des médiateurs qui pensaient qu'au contraire il fallait créer une certaine proximité avec le magistrat pour lui garantir une confiance dans son choix. Ainsi ce médiateur parisien préférant jouer la carte individuelle attend une nomination individuelle. Même s'il fait partie d'une instance de médiation connue, c'est très souvent en son nom qu'il est désigné :

« Au début de mes nominations judiciaires, c'était très souvent le juge nommait le CMAP et le CMAP désignait un médiateur. Ce que j'ai compris de certains juges, c'est qu'ils étaient frustrés de ne pas savoir qui serait le médiateur, d'une part et d'autre part conscient du coût de la médiation pour le… justiciable, ils se sont dit "pourquoi ne pas nommer les médiateurs en direct ? On sait qui on choisit et on évite des frais supplémentaires au justiciable". Donc ce que je vous dis c'est au début j'étais nommé par le CMAP, l'IEAM, depuis 4/5 ans, je suis nommé directement par les juges. Et très-très peu par les associations et les organisations.

Ce sont les magistrats que vous connaissez ?

Non. Au début oui. Maintenant c'est des magistrats dont j'ai jamais entendu parler mais qui se sont donné mon nom, qui me connaisse par réputation, ou alors le juge untel à telle chambre a été remplacé par le juge untel et a repris tout le passé de l'autre. » Médiateur - Paris

---

Dans le même ordre d'idée, ce médiateur sans être totalement hostile aux listes de médiateurs craint que cela ne conduise à des formes de corporatisme ou bien une logique d'expertise et surtout occulte la possibilité pour les magistrats de désigner en dehors de ces listes. Cette position est tenue encore une fois en dépit de son appartenance à l'un des plus grand centre de médiation français :

« Idéalement on prescrit la médiation. Il ne faudrait pas que ces listes de médiateurs deviennent des listes d'experts. Parce que bon, effectivement on n'est pas une bande de copains où on est à disposition d'eux [les magistrats] pour faire de la médiation. (…) Je pense que sur le principe ce que je suis en train de dire convient aux magistrats. La difficulté c'est que ce n'est pas une activité organisée, ce n'est pas une profession, donc ils veulent – et

[58] On notera que l'année 2014, pour le ressort de la Cour d'appel de Lyon est une année charnière qui va de pair avec une plus forte structuration locale de l'offre de médiateur.

ça on peut bien les comprendre – ce qui pose parfois problème avec les experts (…).Donc dans la médiation on ne rigole pas on ne s'improvise pas médiateur. Donc les magistrats veulent effectivement avoir la garantie de la qualité de la formation, la qualité humaine, la déontologie, si possible qu'il réussisse ces médiations même si le résultat n'est pas l'accord de médiation signé qui compte. Donc tout cela c'est important et ce n'est pas forcement recherché… alors que quand même pas mal de ménage et de choses qui sont convenablement faites mais c'est un sujet qui est complètement d'actualité. » Médiateur - Paris

Un autre médiateur rejoint ces points de vue autour des craintes de la logique d'expertise et pousse le raisonnement plus loin. Il appréhende le risque qu'en n'entrainant une spécialisation à outrance, on parviendrait finalement à une limitation de l'activité du médiateur :

« Je fais des médiations commerciales. Maintenant à l'intérieur de la zone commerciale, les magistrats ont tendance à vouloir à tout prix m'envoyer plus de médiation ayant trait au bâtiment et à la construction parce que je suis architecte de formation. Et moi d'essayer de leur expliquer qu'ils font une grosse bêtise parce que je considère que le médiateur ne doit pas être spécialisé. Mais comme les magistrats ou la plupart d'entre eux continuent à confondre le médiateur et l'expert et ils veulent des médiateurs spécialisés en ci et des médiateurs spécialisés en ça. La raison pour laquelle je préfèrerai faire moins de médiation en bâtiment et construction et plus de médiation ayant trait aux assurances, aux contrats, aux associations, toutes les affaires commerciales c'est que il me semble que moins le médiateur en sait et meilleur il est. » Médiateur - Paris

D'un autre côté, les médiateurs ont intégré l'idée de la désignation d'une association qui serait chargée de nommer en interne le ou les médiateurs les plus adéquats[59]. Il s'agit pour eux d'une sorte de mise à distance qui permet d'éviter des alliances ou des relations privilégiées entre les médiateurs et les magistrats.

Les positions sont donc contradictoires, à tout le moins peu uniformes. Elles traduisent sans doute, non pas tant une allégeance des médiateurs au fonctionnement judiciaire, mais plutôt une absence de normalisation dans le monde professionnel des médiateurs. La fréquentation que nous avons depuis plusieurs années des médiateurs lyonnais, accentuée par la mise en œuvre de cette recherche, nous permet d'affirmer que cette question n'est pas encore à l'ordre du jour. Or, il en va de la reconnaissance du processus, comme dispositif structuré et pas uniquement fluctuant au gré des volontés d'acteurs qui d'ailleurs sont parfois conduits à changer (notamment les magistrats). Si bien que la résolution de la question de la désignation collective ou individuelle participera à asseoir la prescription de la médiation, dans le sens où les médiateurs (et les autres acteurs également) pourront proposer un schéma cadré aux justiciables.

[59] Ce choix peut se faire en fonction de contraintes pratiques comme la disponibilité du médiateur.

3.3. Est-ce que le médiateur doit posséder des compétences juridiques étendues ?

Une des distinctions marquantes chez les médiateurs portent sur la propension à s'éloigner des références et des catégories strictement juridiques. Comparativement aux magistrats et aux avocats cette exigence est nettement moins marquée notamment quant à son caractère indispensable. À titre d'illustration, nous avons recueilli le discours d'un médiateur – par ailleurs avocat – qui souligne qu'agir en tant que médiateur doit nécessairement conduire à s'éloigner des catégorisations juridiques :

« On a coutume de dire que le conflit est ce qui intéresse le médiateur et le litige est ce qui intéresse le juge. Dans le conflit il y a le litige. Le conflit c'est qui intéresse seulement le médiateur. Moi, plus que je fais de médiation, moins que je fais de droit. Moins je suis avocat dans ma pratique de médiateur, moins j'ai de vision juridique, technique du dossier… Je ne l'occulte pas, mais ce n'est plus ma priorité. J'avais l'habitude dans le début de ma pratique de voir, de connaître le dossier. Et après de multiples échanges et formations, je fais partie de ceux pour qui le dossier je ne vais pas le connaître avant. » Médiateur et avocat

---

Un autre, qui n'est pas un professionnel du droit, a remis en cause ce lien entre médiation et compétence juridique, lien qu'il faisait il y a maintenant longtemps alors qu'il s'initiait tout juste à la médiation :

Moi je n'avais aucune formation ni juridique, ni surtout à la résolution de conflit lorsque j'ai rencontré X. Pour moi la seule façon de régler un conflit, les deux seules façons de régler un conflit c'était la négociation et le tribunal. Et évidemment je ne suis pas crétin au point de ne pas savoir ce qu'était l'arbitrage, mais pour moi l'arbitrage c'est le tribunal. Quand on a eu ce conflit, alors je savais ce qu'était la médiation mais dans ma tête un médiateur était un juriste – c'était un professeur de droit qui m'avait parlé de la médiation d'une école de droit bien connue... A tort j'ai considéré que c'était un truc de juristes. Mais quand ce conflit qui était dans 13 juridictions internationales, qui m'a concerné 13 semaines d'affilées à T. parce que la société était une société des Y, et que je me suis rendu compte de la totale impossibilité pour le juge de trancher notre différent sans couper toutes les branches de l'arbre et puis finir par la racine, parce que de toute façon ça n'avait ni queue ni tête et plus on argumentait et plus chacun avait raison. Ca s'est fini par une réunion à trois, la nuit, entre les deux chefs avocats et où on a fait émerger les intérêts de chaque partie (…). J'ai rappelé X et je lui ai dit "Dis-moi, il y a que des juristes qui peuvent devenir médiateurs ?" Il m'a dit "non" ! » Médiateur indépendant.

Cette relation particulière avec le droit, qui n'est ni totalement absente chez les médiateurs, ni totalement déterminante à leurs yeux, peut entrainer des dissensions sur la question de la désignation du médiateur. Il peut y avoir un hiatus entre les médiateurs et les magistrats ces derniers étant peut-être plus tentés de nommer des médiateurs justifiant de connaissances juridiques solides. Lorsqu'on pose cette question aux différents acteurs de la prescription, on

distingue nettement que les médiateurs sont les moins affirmatifs sur la place indispensable de compétences juridiques.

Ils ne sont que 2 sur 36 à être sur cette opinion et 61% juge même que ce n'est pas indispensable. Mais au sein des médiateurs, il existe certainement une hétérogénéité de vue qui n'apparait pas dans le tableau ci-dessus. En croisant les résultats de la question portant sur la nécessité d'une formation juridique chez le médiateur avec celles concernant la profession exercée parallèlement à celle de médiateur (ce qui est le cas de 87% des médiateurs répondants), on discerne que pour ceux qui exercent une profession juridique (n=15) la très grande majorité accorde un intérêt aux compétences juridiques. À l'inverse, ceux qui n'exercent pas une profession juridique se détournent massivement de ces compétences.

Opinion des magistrats, médiateurs et avocats sur l'exigence d'une formation juridique pour le médiateur

	Magistrat		**Médiateur**		**Avocat**		**Total**	
	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	**Eff.**	**% Rep.**
oui, c'est indispensable	5	38,5%	2	5,6%	20	36,4%	**27**	**26%**
oui, c'est préférable	8	61,5%	12	33,3%	23	41,8%	**43**	**41,3%**
non, ce n'est pas indispensable	0	0%	22	61,1%	12	21,8%	**34**	**32,7%**
Total	**13**	**100%**	**36**	**100%**	**55**	**100%**	**104**	**100%**

Dans les entretiens réalisés avec des médiateurs cette tension au sujet des compétences juridiques est bien présente et l'extrait d'entretien retranscrit plus haut, venant d'un médiateur également avocat, ne correspond peut-être qu'à une position minoritaire. Cette question – qui semble séparer les médiateurs possédant des compétences juridiques à ceux qui ne les possèdent pas ou ne souhaitent pas en faire part en tant que médiateur – peut avoir des conséquences en matière de désignation, précisément de discours émis aux des magistrats prescripteurs. À l'évidence, posséder des compétences juridiques ne suffit pas à justifier la prescription d'un médiateur.

Opinion des médiateurs sur l'exigence d'une formation juridique pour le médiateur en fonction la profession exercée en parallèle

	Médiateurs avocat ou exerçant une profession juridique		**Médiateur non avocat ou n'exerçant pas une profession juridique**	
	Eff	% Rep	Eff	% Rep
non, ce n'est pas indispensable	3	20,0%	13	92,9%
oui, c'est préférable	10	66,7%	1	7,1%
oui, c'est indispensable	2	13,3%	0	0,0%
Total	**15**	**100,0%**	**14**	**100,0%**

La difficulté réside dans le fait qu'en matière de prescription de la médiation, le discours des médiateurs risque d'être orienté en fonction de la posture non pas de médiateur mais de la profession principale exercée. Ainsi, le « médiateur juriste » aura tendance à plus insister sur l'exigence de certaines compétences juridique à l'inverse des « médiateurs non juriste ». Sans doute faut-il trouver dans cette tension une des difficultés pour les médiateurs à se placer comme des prescripteurs de la médiation car le discours à porter, notamment envers les magistrats, n'est pas uniforme, et pourra même apparaître, pour un magistrat peu au fait du monde de la médiation, quelque peu paradoxal.

Cependant, les catégories juridiques ne sont pas des plus déterminantes dans la pratique de la médiation. À titre d'illustration, les réponses aux questions portant sur les éléments qui pourraient orienter une affaire en médiation mobilisent faiblement des catégorisations juridiques : si pour les magistrats et les avocats la nature du litige doit être prise en compte pour la très grande majorité d'entre eux, un quart des médiateurs pensent le contraire. Il en va de même pour le critère de la matière du litige où la moitié des médiateurs ne le juge pas pertinent alors qu'ils sont moins d'un tiers à être sur cette position chez les magistrats et les avocats.

Opinion des magistrats, médiateurs et avocats sur la nature du litige comme critère à prendre en compte pour ordonner une médiation

	Magistrat		Médiateur		Avocat		Total	
	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	**Eff.**	**% Rep.**
oui	14	82,4%	27	73%	53	91,4%	**94**	**83,9%**
non	3	17,6%	10	27%	5	8,6%	**18**	**16,1%**
Total	**17**	**100%**	**37**	**100%**	**58**	**100%**	**112**	**100%**

Opinion des magistrats, médiateurs et avocats sur la matière du litige comme critère à prendre en compte pour ordonner une médiation

	Magistrat		Médiateur		Avocat		Total	
	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	Eff.	% Rep.	**Eff.**	**% Rep.**
oui	12	75%	17	50%	37	67,3%	**66**	**62,9%**
non	4	25%	17	50%	18	32,7%	**39**	**37,1%**
Total	**16**	**100%**	**34**	**100%**	**55**	**100%**	**105**	**100%**

De ce fait, la dimension juridique dans la pratique et sans doute de la prescription de la médiation est moins marquée même si elle est belle et bien présente. Cela signifie qu'en médiation judiciaire, la prescription doit s'appuyer sur des arguments qui ne sont pas strictement et uniquement juridique. Cette divergence explique peut-être la difficulté que les médiateurs ont à entrer dans une dynamique de prescription, alors qu'ils semblent plus à l'aise dans celle de la promotion de la médiation, qui, si elle a pour objectif de faire connaître le processus, ne vise

l'orientation vers ce processus que de manière indirecte, suivant la logique selon laquelle le justiciable bien informé choisira de lui-même une orientation vers la médiation.

Comme on l'a entrevu, l'enjeu de la prescription de la médiation chez le médiateur est lié à son statut. On sait que de nombreux médiateurs partagent cette activité avec une autre, dans des proportions variables, celles-ci étant souvent plus visibles et plus prestigieuses. C'est le cas de figure « classique » des avocats médiateurs. De nos jours de nombreux avocats se forment à la médiation. Cependant ce peut être dans deux objectifs divergents et qui ont des conséquences certaines sur la prescription de la médiation. D'une part, il y a ceux qui voient dans la médiation une activité parallèle à celle de l'avocat. L'avocat deviendrait médiateur, quitterait sa robe en quelque sorte pour lui substituer le costume de médiateur. D'autre part, il y a les avocats qui s'intéressent à la médiation avant tout pour les techniques qu'elles développent et qu'ils souhaiteraient intégrer dans leur propre pratique professionnelle. Dans ce cas, le changement de tenue n'est pas de mise. On comprend aisément que les avocats qui perçoivent la médiation comme un ensemble de techniques nouvelles sont moins prompts à parler de la médiation car ce qui les motive est avant tout d'ordre technique. À l'inverse le premier type d'avocat est plus susceptible de se faire le promoteur d'une pratique effective même si elle est partielle.

Nous devons considérer que la part de l'activité de médiation par rapport à l'ensemble de son activité professionnelle a sans doute peu de lien avec le fait que l'avocat va ou non se muer en prescripteur de médiation. C'est surtout la relation qu'il instaure entre les deux types d'activité qui est déterminante dans sa propension ou pas à être prescripteur. Il en va de même avec le fait d'avoir suivi une formation à la médiation, qui plus est de longue haleine. Car c'est surtout l'usage de ces contenus d'enseignements qui peut être variable. À ce titre, l'acquisition de la posture de médiateur est fondamentale mais ce n'est pas toujours ce que recherchent les avocats qui se forment à la médiation.

Cette situation conduit à rendre secondaire le fait de parler de cette activité de médiation lorsqu'on possède déjà une posture professionnelle, à laquelle la personne est renvoyée et identifiée même si celle-ci tente de mettre en avant sa connaissance de la médiation. En définitive, tout se passe comme si la posture du médiateur n'était qu'une posture sous condition, sous condition d'en justifier une autre plus visible et reconnaissable.

On comprend alors pourquoi, chez les médiateurs, nous avons remarqué que ceux qui en faisait le plus la promotion étaient des personnes qui s'investissait franchement dans ce statut encore fragile. Sur la région lyonnaise notamment, les médiateurs les plus en vue sur la promotion de la médiation sont des « anciens », soit qu'ils aient quitté leur profession initiale pour embrasser celle naissante de médiateur ou qu'ils aient terminé leur première carrière et atteint les objectifs de celle-ci, soit encore, profil bien différent, des personnes qui s'investissent résolument dans ce qui leur apparait comme une nouvelle profession en devenir. C'est dans ce dernier contingent que l'on va principalement trouver des prescripteurs de médiation dans la foulée de leurs actions de promotion tant d'eux-mêmes comme médiateur mais aussi promoteur de la médiation en direction des personnes qui la méconnaissent.

PARTIE D

LES TENTATIVES D'EXPERIMENTATION DE PRESCRIPTION DE LA MEDIATION

Au cours de cette recherche, nous avons constaté que les expérimentations en médiation judiciaire étaient sans doute plus nombreuses qu'un regard rapide et extérieur ne le laissait présager. Au fil de nos explorations, nous avons décelé de nombreuses initiatives avec des ambitions variables, des objectifs parfois mesurés, parfois ambitieux, certaines s'appuient sur un magistrat esseulé, d'autres sur un ensemble d'acteurs judiciaires. Cela rend quelquefois ces dispositifs peu visibles et les rend assez fragiles du point de vue de leur pérennité.

Dans cette partie, nous allons retracer quelques-unes de ces expérimentations, sans pour autant avoir la prétention de présenter toutes celles actives dans les trois ressorts définis. Nous procèderons ensuite à l'analyse de leurs forces et faiblesses. Mais avant cela, voyons les éléments en commun que ces opérations mobilisent.

1. Les principes communs

Avant d'entrer dans la description de ces expériences, nous proposons de souligner des éléments qu'ils possèdent en commun. Ils correspondent généralement aux principales questions que se sont posés leurs promoteurs avant et pendant leur mise en œuvre. Synthétiquement, il s'agit de délimiter le champ d'application de l'opération par rapport aux dossiers traités par la juridiction (sélection ou non des dossiers et sous quelle forme ?), de formaliser la manière dont les justiciables et leurs conseils vont être informé de la démarche et de sa mise œuvre possible dans le cas qui les concerne (comment présenter le dispositif ?) et enfin faire en sorte que le processus soit assez alimenté en affaires pour qu'il puisse démontrer, à d'autres collègues ou aux autorités judiciaires, que cette forme de prescription de la médiation est efficace.

1.1. Sélectionner des dossiers

La sélection des dossiers est sans doute le problème qui émerge en premier pour le promoteur d'une expérience de médiation judiciaire. Etant donné que le cadre légal n'indique pas précisément quelle marche à suivre, le magistrat possède une grande latitude en la matière.

Il peut très bien considérer qu'il est opportun de ne pas choisir, c'est-à-dire de ne pas faire de sélection, considérant alors que les catégories juridiques ne sont pas des canevas assez pertinents pour discriminer les litiges « médiables » de ceux qui ne le seraient pas. Dès lors toutes les affaires qui viennent sur le bureau du juge sont susceptibles de se voir proposé cette solution. À certains égards, opter pour cette non-sélection, revient à laisser la majeure partie de la décision

de saisir ou non cette voie aux justiciables (accompagnés de leur conseil). Ainsi ce sont les parties qui décident pleinement d'en user ou non, à la suite d'une proposition systématique émise par le magistrat. On arrive à une situation de médiation obligatoire, ou plus précisément, de proposition de médiation obligatoire.

Il ne faut pas négliger le poids que peut avoir la parole du magistrat, tant sur ses décisions que sur les orientations qu'il peut donner à un dossier (Deguergue, 2009). Dans ce cas de figure, cette proposition systématique prend probablement du poids parce qu'elle émane d'une autorité que les justiciables reconnaissent, même si c'est à des degrés divers. Autrement dit, si le magistrat formule une proposition systématique de médiation il se donne la possibilité d'être plus convainquant dans son orientation, en usant de son imperium.

Toutefois, la plupart des expérimentations observées optent pour une sélection des dossiers en amont. Le magistrat peut parfois lui seul déterminer les dossiers éligibles selon des critères qui lui sont propres. Béatrice Blohorn-Brenneur a objectivé sa pratique et l'a même rendue publique dans un de ses ouvrages (Blohorn-Brenneur, 2013). Toutefois, nous remarquons que chacun des magistrats tient à garder la main sur ces critères, même si un regard extérieur peut en identifier quelques-uns récurrents comme :

- la nature de la relation entre les parties, indépendamment du litige, qui a pour caractéristique qu'elles devront maintenir des liens entre elles après la résolution du litige. Les dossiers intégrant une dimension familiale en sont un exemple, mais également les relations commerciales ou d'affaires entre entreprises.

- lorsque la solution juridique envisagée par le magistrat ne répondra probablement pas au cœur du litige que celui-ci a pu identifier au travers sa lecture du dossier, et que par conséquent le jugement rendu sera juridiquement convainquant tout en ne clôturant pas le conflit. Le magistrat se pose ainsi la question de la permanence du conflit à la suite de la décision de justice entrevue.

- lorsque des éléments du dossier permettent de penser qu'un dialogue peut s'installer entre les protagonistes, que ce soit des tentatives antérieures de résolution amiable ou la capacité identifiée des parties à échanger et à dialoguer.

- lorsqu'un aléa judiciaire assez évident se profile. Le magistrat peut au contraire percevoir que la solution qui émergera du traitement du dossier risque d'être très ou trop variable.

Cette sélection peut être l'œuvre d'une seule personne, d'un binôme ou même d'une commission *ad hoc*. Cette dernière solution est sans doute plus confortable pour les magistrats mais elle a pour inconvénient d'être assez chronophage et demande un soutien institutionnel important.

Bien évidemment ces formes de sélection ne sont pas définitives. En tant d'expérimentation, ces dispositifs peuvent évoluer et le schéma de sélection des dossiers tout autant, notamment lorsque le ou les magistrats constatent que leurs options ne sont pas assez pourvoyeuses de médiations. Mais une fois établies les modalités, il reste à le présenter aux parties et à leurs conseils.

1.2. Présenter le processus

La présentation du processus est une étape que les magistrats ne sauraient négliger. Un bel édifice visant à prescrire la médiation peut devenir caduc s'il n'est pas soutenu par des actes de

présentation convaincants. La question posée est celle de la manière dont on informe les parties (et leur conseil) de l'option pressentie pour le dossier. Comment convaincre les parties que leur dossier débouchera sur une solution solide via la médiation qu'il ne connaisse vraisemblablement pas ? Plusieurs solutions sont utilisées même s'il faut reconnaître que l'option de l'information directe semble être celle à privilégier.

- la convocation par courrier

La solution la plus simple et la plus économique est de contacter les parties par courrier, en copie ou non de leurs avocats, pour leur faire part de la proposition de médiation. Celles-ci peuvent répondre positivement ou négativement. La présentation est par conséquent écrite. Elle précise ce qu'est la médiation, donne des éléments de ce processus et suggère que le magistrat émet cette proposition parce que le dossier semble s'adapter à ce mode de résolution amiable.

- la proposition lors d'audience

La deuxième solution est de profiter d'une audience où les parties sont présentes physiquement dans le meilleur des cas, pour leur proposer, ainsi qu'à leurs conseils, d'opter pour une médiation dans le cadre de la résolution de leur litige. L'avantage conséquent est qu'un échange peut s'enclencher directement entre le magistrat et les parties, permettant de gommer des ambiguïtés ou des incompréhensions concernant le processus de médiation, notamment sur le fait que le magistrat ne se décharge pas du dossier, que cette solution n'empêche pas le retour éventuel du litige devant le juge, etc. Nous avons particulièrement observé cette forme de présentation dans des audiences de référés.

- la convocation à une audience dédiée aux propositions de médiation

Une dernière solution, qui est une déclinaison de la précédente, consiste à créer des audiences dédiées spécifiquement aux dossiers dont le magistrat juge qu'il est opportun de proposer une médiation. Les parties sont donc convoquées et ne peuvent se substituer à ces audiences. La plupart du temps, des médiateurs sont présents pour en effectuer une présentation succincte et parfois prendre rendez-vous si les parties intègrent le processus.

La distinction entre ces trois options tient au degré de coercition mise en œuvre par le magistrat. En effet, dans le premiers cas, les parties subissent moins de pression de sa part, la proposition étant indirecte. Dans le deuxième et surtout le troisième cas, l'impérium du magistrat peut s'appliquer plus aisément : une sélection a été opérée, il énonce ce choix personnellement, il met des médiateurs à disposition, rendant la proposition très concrète. Bien évidemment, selon la sensibilité du magistrat envers un des principes cardinaux de la médiation – à savoir la libre adhésion des parties au processus – le choix de présentation sera plus ou moins coercitif. Mais il reste à alimenter régulièrement le dispositif pour qu'il puisse être viable et reconnu.

1.3. Alimenter le dispositif

Les dispositifs, quelles que soit leurs formes, demandent à durer dans le temps pour fournir des éléments de preuves de leur intérêt et que « cela fonctionne ». C'est pourquoi des retours sur expériences et des bilans sont parfois entrepris.

Mais l'action principale consiste à alimenter le dispositif en dossiers qui entrent effectivement dans un processus de médiation (quelle qu'en soit l'issue). Pour ce faire, les initiateurs doivent s'entourer de médiateurs mais également faire connaître le dispositif aux avocats. Ainsi, alimenter une expérimentation revient à convaincre d'autres prescripteurs potentiels du bien-fondé de l'opération. Des discussions, des échanges peuvent se produire, des évolutions en découler, l'important étant de créer une communauté d'intérêt qui assurera une permanence du dispositif.

La difficulté réside dans le fait que ces opérations sont assez fragiles notamment parce que les magistrats sont amenés, de par leurs évolutions de carrière, à changer de juridiction. Ainsi, c'est la question de la transmission des dispositifs qui émerge car, bien souvent, l'affaiblissement de l'activité de médiation dans une juridiction est en lien avec le départ du magistrat pivot de l'opération.

2. illustrations d'expérimentations

2.1. La Chambre commerciale de la Cour d'appel de Lyon.

Deux magistrats rattachés à la Cour d'appel de Lyon ont pris l'initiative de proposer la médiation de manière systématique, avec la stratégie de ne pas sélectionner les dossiers, tout en prenant le soin d'exclure ceux où il n'y a pas de possibilité de transiger, à savoir les procédures collectives ou ceux qui font intervenir une question d'ordre public. Pour être précis, l'initiative en revient au président de la chambre qui a entrainé quelques collègues avec lui dans cette initiative. Il faut également énoncer que d'autres initiatives en faveur de la médiation avaient déjà eu cours dans d'autres chambres de la Cour d'appel et qu'elles étaient connues de ces magistrats. De plus, le parcours de carrière du magistrat « porteur » de l'initiative, passé par les tribunaux d'instance, ayant occupé aussi les fonctions de JAF, l'a rendu sensible aux modes non juridictionnels de règlements des litiges. Au point qu'en début d'entretien, il se décrive de la manière suivante :

« J'aime beaucoup le contact avec les gens, j'aime discuter avec eux et je pense que j'ai une certaine propension à essayer d'arranger les choses, de trouver des solutions.

Cela fait partie des qualités d'un magistrat ?

Oui, je pense. Trancher, oui, mais à condition de trouver des solutions qui soient exécutables, comprises, qui tiennent la route dans le temps. Il vaut mieux que les gens adhèrent à la solution plutôt que de leur imposer. C'est pas un hasard si je trouve que la

médiation est une démarche intéressante et c'est pas uniquement dans le but de se débarrasser de dossiers. C'est au contraire une des solutions pour que la justice soit rendue, une forme de justice dans laquelle les parties s'engagent elles-mêmes, trouvent elles-mêmes la solution. C'est quand même pas mal. » Magistrat – CA de Lyon

L'argumentation ne déplairait pas aux promoteurs de la médiation. Pourtant il s'agit là de paroles de magistrat, d'un juge qui possède beaucoup d'expérience et qui s'apprête à laisser sa place dans quelques années. Mais à n'en pas douter, ce discours est le fruit des rapports qu'il entretient depuis plusieurs années avec les médiateurs tout comme il est l'aboutissement de sa propre réflexion sur les missions du juge.

Dans cette expérience, les magistrats qui l'animent nous ont fait part de leurs tentatives de médiation et/ou de conciliation dans des juridictions de première instance. Autrement dit, ils ne partaient pas d'une feuille blanche. Ils nous ont expliqué que ces expériences s'étaient soldées par une efficacité modérée, en raison principalement de la difficulté à discriminer les dossiers ou litiges où la médiation serait plus indiquée. L'un des deux avait déjà participé à un mouvement de prescription de la médiation dans une chambre sociale d'une autre cour d'appel quelques années en arrière, à l'initiative d'un magistrat aujourd'hui à la retraite. Ainsi, ces magistrats ont pu s'appuyer sur une culture de la médiation déjà présente.

Le choix d'éviter la sélection des dossiers *a priori* s'explique par le coût en temps que cette opération entrainait. Selon eux, cela signifiait la mobilisation d'un ou plusieurs magistrats à cette tâche[60], ce qui ne semble pas toujours envisageable dans les tribunaux. À cela, il faut ajouter l'implication des greffes, souvent indispensable mais qui entraine un surcroit de travail comme le souligne ce magistrat :

« Je ne peux pas m'y aventurer seule si je n'ai pas un greffe à l'appui de cela, parce que pour le greffe c'est extrêmement lourd. Ca veut dire répondre au téléphone, ça veut dire faire les convocations, les gens au téléphone pour demander « oui, mais c'est quoi la médiation ? Est-ce que je suis obligé de venir, etc. ? » C'est un travail très lourd pour le greffe et il faut que j'ai le soutien du premier président pour ça. Et pour l'instant j'ai le soutien moral mais je n'ai pas le soutien logistique. » Magistrat – CA de Lyon

Les conditions sont donc bien expérimentales. C'est au bon vouloir des magistrats et à leur force de persuasion pour agréger autour d'eux assez de force de travail pour faire vivre cette opération. Le magistrat à l'initiative a été rapidement rejoint par un autre, chargé de la mise en état. Le binôme a tenté de sélectionner ou d'édicter des critères de sélection pour les dossiers qualifiés d'éligible à la médiation. Mais cette stratégie n'est pas celle qui leur semble la plus adéquate dans leurs conditions. Car, l'entretien en face à face, ou sous la forme d'audience spécifique telle que proposée par certains magistrats dans des expériences antérieures dans la même cour d'appel, serait la clef principale pour évaluer si le dossier pouvait donner lieu à une médiation. Mais cela ne semble pas envisageable d'un point de vue organisationnel ce qui les a conduit à écarter cette solution, à regret.

[60] Nous verrons que c'est pourtant l'option choisie par l'expérience paloise dans le même type de chambre de cour d'appel.

« Là, pour la chambre commerciale, puisqu'on envoie un document, on a décidé avec M. B. de n'écarter que certains dossiers, parce que par exemple quand il s'agit de procédures collectives, parce qu'on est dans l'ordre public. Mais les autres on les retient. On ne fait pas de sélection. Et après tout on ne sait pas. On a pensé que ce serait trop lourd de faire une sélection alors qu'on n'avait pas les gens en face. Alors on a dit on envoie à tout le monde sauf certains cas où on ne l'envoie pas, voilà. Ca me paraissait plus rationnel et moins chronophage. Si on devait faire une audience – moi ce que je souhaite c'est qu'il y ait des audiences parce que vous verrez les chiffres mais ça n'avance pas de cette manière là – je pense qu'il faudrait faire une sélection de des dossiers, parce qu'on ne va pas mettre tous les dossiers à l'audience de proposition de médiation. Mais ça c'est une question de feeling, mais on se trompe parce que ça ne marche pas dans certains cas. C'est vraiment très très subjectif. Alors est-ce qu'il ne faudrait pas carrément dire c'est pour tout le monde ? » Magistrat – CA de Lyon

On perçoit dans ce passage un tâtonnement qui dénote que nous sommes bien en présence d'une expérimentation et non d'une procédure normalisée, cadrée et qui aurait fait ses preuves. La version idéale de l'expérimentation serait, comme le précise lui-même le magistrat, de proposer de véritables audiences en présence des parties. Reste que cette option, si parfaite soit-elle, ne gomme pas la part d'intuition dans le déclenchement de l'acte de prescription.

D'une manière concrète, ce dispositif consiste dans un premier temps à envoyer un courrier à l'ensemble des protagonistes des litiges que cette chambre reçoit (à l'exception des cas cités plus haut), à savoir les deux parties et leurs avocats respectifs. Nous avons pu obtenir ce courrier :

Madame, Monsieur,

À l'examen de votre dossier, **de la décision contestée** et des conclusions déposées dans les délais de l'instance d'appel, Monsieur leur conseiller de la mise en état et moi-même considérons qu'en application des articles 131 et suivants du code procédure civile, une **médiation judiciaire** pourrait être mise en œuvre dans l'intérêt de chacune des parties.

Je vous indique à cet égard, que la médiation judiciaire est un mode parfaitement légal de règlement des litiges, qui présente des garanties et avantages certains :

- la garantie de vos droits puisque chaque partie est assistée par son conseil,

- la garantie d'une durée moindre, le délai fixé au médiateur étant en principe de 3 mois, sauf prorogation nécessaire,

- l'avantage d'un coût moindre et en tout cas raisonnable puisque, sauf complexité particulière, le montant de la médiation est fixé à **600 €**, somme avancée par part égale par chaque partie,

- une assurance de confidentialité tant sur le contenu que sur le résultat de la médiation,

- une sécurité juridique enfin puisque le protocole d'accord peut être homologué par la Cour, ce qui lui confère la même force exécutoire qu'un arrêt.

Si vous accepter de vous engager dans cette démarche raisonnée, vos intérêt ne seront pas pénalisés, puisque même en cas d'échec, **l'affaire est fixée à plaider au <date plaidoirie>**, comme visée dans l'ordonnance de ce jour.

Je vous invite à vous rapprocher de votre conseil pour plus ample information et à renvoyer au greffe du la Cour à l'adresse ci-dessus indiquée, le présent formulaire de réponse, dûment rempli **avant le <date>**.

Suit le coupon réponse rédigé comme suit :

Je soussigné(e) (nom, prénom ou dénomination sociale) ……..

- accepte de recourir à la procédure de médiation judiciaire

- n'accepte pas de recourir à la procédure de médiation judicaire dans l'affaire m'opposant à …… …….

Fait à ……., le ……

Signature

Le courrier possède une forme assez administrative. Il explique le cadre dans lequel le choix a été fait d'envoyer ce courrier (aux parties et aux avocats) et il prend la précaution de souligner les avantages de ce mode de résolution des litiges (confidentialité, sécurité juridique). Il n'entre cependant pas dans les raisons qui ont motivé cette proposition si ce n'est que cela s'est fait à la suite d'un examen du dossier. Or, nous savons que cet examen n'est pas réellement pratiqué et que la majorité des affaires parvenant sur le bureau de ce magistrat reçoivent ce courrier.

Bénéficiant de quelques mois de recul sur cette opération, les deux porteurs du projet sont peu satisfaits par les retours.

« J'ai demandé à M. X de faire le point sur une année. On a rendu 9 ordonnances de médiations sur 88 dossiers concernés, c'est-à-dire que sur 88 dossiers on a que 9 dossiers dans lesquels les deux parties ont été d'accord pour s'engager dans une médiation. On avait exclu les autres dossiers parce que ça concernait les dispositions d'ordre public ou les incidents de procédures que cela ne rendrait pas possible. Alors la mise en œuvre de ce processus, il y avait 3 médiations qui étaient en cours, en cours de proposition et une seule a conduit à une médiation. Il y avait une médiation je crois qui avait été ordonnée avant, quand je n'étais pas là, qui avait été ordonnée à l'audience avec l'accord des parties et qui a été couronnée de succès. Sur les 9 médiations qui ont été ordonnées, il y en a 2 qui ont échoué et 7 qui sont en cours. C'est quand même,… c'est quand même pas satisfaisant.

Sachant que c'est des médiations qui ont été donné à la suite d'une communication par courrier…

Oui. Il y a 9 médiations ordonnées par courrier, c'est-à-dire des réponses positives de part et d'autre. Elles ont été ordonnées par le conseiller de la mise en état et il y en a 7 qui sont en cours. Mais y'en a 2 qui ont déjà échouée. Il y en a 7 qui sont en cours, donc c'est une bonne proportion ! Mais pour l'instant, euh… Je sais pas ce que cela va donner, mais voilà. » Magistrat, CA de Lyon

---

La déception transparait dans les propos. Un décalage semble exister entre l'investissement des magistrats et le résultat, faible en chiffre absolu. Surtout on devine, entre les lignes, que la solution adoptée (la présentation par courrier) n'est peut-être pas celle qui apporterait le plus de

résultat. Car le magistrat insiste surtout sur les 9 médiations ordonnées sur un total de 88 litiges, un rapport de 8% qui n'est pas à la hauteur des espérances des promoteurs du dispositif[61].

Le principal écueil tient à la faible personnalisation de la proposition de médiation, car le courrier garde un ton administratif. De plus, s'il souligne la médiation judiciaire (en gras dans le courrier), rien n'est dit sur les spécificités du processus. Si une partie reçoit un tel courrier, il est vraisemblable qu'elle en informe son avocat et qu'elle se rangera à l'avis de celui-ci. Etant donné que tous les avocats ne sont pas des prescripteurs de la médiation, il est probable que le conseil sera de ne pas accepter une telle solution de règlement. D'ailleurs, ces magistrats avaient conscience de ces difficultés. Ils avaient enregistré des retours qui démontraient que les avocats pouvaient être des obstacles à la prescription.

Nombre de retours, notamment de la part d'avocats, montrent que la proposition faite par courrier n'est pas reçue au même titre qu'une audience prévue dans le cadre judiciaire qui reste encore marquée par une dimension juridictionnel. D'un point de vue procédural, il en est bien ainsi. Cependant, les magistrats tentent de créer un contact direct avec les parties, dans le cadre d'une audience, ceux-ci étant convaincus que ce procédé serait plus convaincant.

Ce manque d'efficacité renforce les porteurs du projet dans leur idée que la prescription serait plus efficace si le magistrat était amené à agir lors d'audiences prévues dans la procédure. Un des enseignements majeurs de cette expérience, même si elle se solde par une issue peu satisfaisante, est que le face à face entre le juge et le justiciable semble primordial et déterminant quant à l'enclenchement du processus. Il est vrai qu'une option comme la médiation, méconnue par le justiciable (et parfois de son défenseur), aura d'autant plus de légitimité et de poids qu'elle sera incarnée par un homme de loi, ici celui qui symbolise le règlement des litiges. Il ne s'agit pas uniquement de convaincre par le poids de la parole mais également par le poids du symbole (Garapon, 1997).

2.2. La Chambre Sociale de la Cour d'appel de Lyon

L'expérience de la Chambre sociale de la Cour d'appel de Lyon est sans doute l'une des plus anciennes expérimentations sur le territoire lyonnais. Un des magistrats qui participe à celle vue précédemment y a d'ailleurs participé. Quatre magistrats se sont succédés et ont maintenu celle-ci, même si la pratique semble moins forte ces derniers mois. Un magistrat bien connu pour s'impliquer dans les modes amiables dans la région lyonnaise vient de transmettre cette charge à un de ses collègues qui a l'intention de poursuivre le mouvement.

Nous avons pu déterminer que 5 magistrats se sont succédés depuis l'année 2010 et ont bon an mal an maintenu l'expérience depuis lors. Mais la première à avoir enclenché le mouvement est Mme B. que nous n'avons malheureusement pas pu rencontrer.

Il y a eu plusieurs périodes dans cette expérimentation. Toutefois, de nos jours elle apparaît assez bien structurée. Il y a eu une phase où les parties étaient convoquées à des audiences spécifiques pour transmettre la proposition de médiation aux parties et aux défenseurs. Les médiateurs, choisis parmi quatre associations de médiateurs étaient présents et pouvaient soit finir de convaincre les parties d'entrer dans ce processus, soit développer une information plus fournie pour ceux qui le souhaitait.

[61] Aucun objectif précis ne nous a été communiqué. Probablement n'y en avait-il pas. Néanmoins, on peut penser qu'ils espéraient *a minima* autour d'un quart de retours positifs.

De nos jours, ces audiences spécifiques n'existent plus. C'est le magistrat qui convoque les parties pour les dossiers qu'il juge opportun de porter en médiation. S'il recueille l'adhésion des deux, il nomme alors une association de médiation qui est prévenue de sa nomination par courrier, charge à elle de contacter les parties et d'organiser la médiation.

Cependant, nous avons pu enregistrer des éléments tendant à prouver que même s'il s'agit d'une convocation officielle à une audience, nombre de justiciables – avec l'assentiment ou non de leur conseil – ne se présentent pas à celle-ci où envisagent qu'elle puisse être facultative. De même, les avocats semblent être des obstacles si on se réfère à l'expérience de ce magistrat :

« En fonction de votre expérience des audiences, vous avez l'impression que la pédagogie il faut la faire aussi à l'égard des avocats ou… finalement il y a les deux [le justiciable et l'avocat] à convaincre ?

L'expérience que j'ai eue à la chambre sociale, c'est d'abord écarter l'obstacle des avocats. C'est-à-dire – et c'est ce que fait Mme S. aux greffes – c'est quand la partie appelle et dit " voilà j'ai été convoqué pour une audience de médiation, je ne sais pas ce que c'est. Et puis mon avocat m'a dit que c'était pas la peine que je me déplace, etc. " C'est donc corriger le tir : " il faut vraiment que vous veniez. On va vous expliquer ce que c'est la médiation, vous allez rencontrer les associations de médiation, etc. " Donc il y a tout un travail comme ça. Parce qu'on en voit venir aussi : " mon client ne veut pas venir ! " alors que c'est une audience : les parties sont convoquées avec leur avocat ; ce n'est pas à la carte. C'est une audience ! Donc on leur explique ça. On leur dit " non, c'est une audience, c'est obligatoire. Votre client doit venir ". Il faut déjà passer cet obstacle. Après… nous on aime bien – c'est pour cela que les associations sont présentes – qu'il y ait un contact direct entre l'intéressé et l'association. On passe la barrière, l'écran que peut mettre en place l'avocat, peut-être même sans s'en rendre compte. Parce que c'est quelque chose qui l'insécurise, etc. Alors il y a des avocats qui sont très intéressé par la démarche. Est-ce que là aussi il n'y a pas la découverte d'un autre champ d'intervention, pourquoi pas ? » Magistrat - CA de Lyon

Reste que ce dispositif est sans doute celui qui possède la plus grande notoriété (dans le ressort de la CA) sans doute parce qu'il perdure malgré les changements de magistrat à la direction de cette chambre mais aussi par ses résultats encourageants. En effet, dans 63% des dossiers émanant de cette chambre (et pour lesquels nous avons l'information sur l'issue de la médiation) la médiation se conclue par un accord. Si le flux est encore modeste (76 dossiers[62]), ce type de résultats est assez encourageant pour que l'expérimentation se transmette et perdure.

2.3. L'expérience du TGI de Lyon

Cette expérience est assez récente et repose sur deux magistrats du pôle n°X du TGI de Lyon. La principale originalité tient à ce que les propositions de médiation peuvent se faire au

[62] Nous n'avons pas pu être exhaustif certains dossiers comportant des informations trop parcellaires, d'autres étant encore en cours.

cours d'audiences de référé, mais également par convocation des parties à une audience dans le bureau du juge.

Pour ce qui est de la deuxième procédure, elle est assez commune aux autres formes d'expérimentation, mise à part le fait que magistrat nous a expliqué qu'il pouvait être « assez directif » s'il jugeait que la médiation était la meilleure solution à ce dossier.

On peut identifier deux formes parallèles de prescription ; l'une est très individualisée autour d'un magistrat particulièrement dynamique en matière de mode amiable et qui a la particularité d'avoir été formé à la médiation. Il ordonne des médiations depuis de nombreuses années. À cela s'ajoute depuis quelques mois, la volonté de systématiser, à partir de cette expérience particulière, la prescription de la médiation autour d'un type de litige – les conflits successoraux – avec la mobilisation plus large des magistrats du pôle. Le projet est rendu possible par le recrutement récent d'un assistant de justice.

La pratique de ce magistrat que nous avons pu interroger longuement est marquée par une forte volonté d'amener les parties à prendre en considération la proposition qui leur est faite et les avantages et intérêts qu'ils pourraient en retirer. Dans le même temps, de par sa connaissance de la posture du médiateur, ce magistrat a un souci assez aigu des limites à ne pas franchir, tout en étant incitatif :

Là aussi c'est très personnel. Je me mets parfois en position de médiateur y compris dans mes fonctions. Et je pense qu'il faut vraiment savoir où on est, qu'il ne faut vraiment pas se tromper, ne serait-ce pour des questions d'éthiques et de déontologie. L'article 16 du code civil me dit que le juge a pour mission de concilier les parties mais ça cela ne veut pas dire devenir médiateur. « Donc j'estime que je peux tenter – c'est ce que je vais faire cet après-midi – je peux dire aux parties : "dans ma vision des choses, votre intérêt est de tenter aussi de vous entendre". Mais je ne dois pas moi leur dire "ah oui alors… " ou reformuler trop, trop entrer dans cette posture [celle de médiateur]. Je m'arrête. Et je m'arrête aussi parce que au bout du bout si chacune des parties je les amène trop loin, je reste quand même cette personne qui va finir par prendre cette décision. Là c'est institutionnel. Donc je peux pas me trouver confronté à trop de connaissances autres que celles résultant du texte de ma saisie. Je ne peux pas trop rentrer là-dedans [le dossier] parce que sinon je deviens fou. À un moment je ne peux pas être dans toutes les positions. Et si j'estime que la déontologie du médiateur est vraiment un des éléments essentiels, c'est vraiment la confidentialité, bah je ne peux pas être à la fois la personne qui est médiateur et qui entend "les confidences" et la personne qui juge avec ce que l'on me donne comme éléments pour juger. (…) Donc je ne peux pas être confronté à une autre connaissance que celle qui résulte de mon dossier et du talent de l'avocat, des textes qu'il a évoqué et du cadre que la loi nous donne. Donc j'estime que si le juge peut tenter de concilier il le fait mais au travers d'une délégation. Enfin on peut essayer d'emporter la conviction de la partie que son intérêt, ou que leur intérêt commun est d'aller en médiation mais que pour moi cela s'arrête là. » Magistrat – TGI de Lyon

---

Ne pas aller trop loin, mais assez tout de même pour que les parties saisissent bien les gains qu'ils auraient à suivre la voie de la médiation. Telle est la tension dans laquelle ce magistrat est placé, tension dont il a pleinement conscience en raison de sa connaissance de la posture du médiateur.

Ce magistrat s'investit fermement dans la prescription, tente de mettre tous les atouts du bon côté pour que les parties adhèrent à sa proposition. À l'image de l'exemple repris ci-après, c'est le juge qui est sur le devant de la scène lorsqu'il s'agit de recueillir l'adhésion des parties, celui-ci s'éclipsant une fois celle-ci acquise :

L'année dernière j'ai donné une très très grosse médiation dans un dossier que j'ai détecté, à l'issue des plaidoiries des avocats en plus. J'ai emmené tout le monde autour de la table, j'ai fait venir le médiateur avec moi. Les parties avaient acceptées de venir à la condition que je sois là pour leur expliquer pourquoi, moi, à la fin des débats, j'ai dit qu'ils devaient faire une médiation. C'était ça leur questionnement. Ils ne s'engageaient pas à en faire une. Donc les parties étaient présentes avec leurs avocats, c'était une très grosse entreprise de la région lyonnaise et c'était un conflit de famille au sein de la direction. Et il y avait des centaines de milliers de salariés derrière. Donc c'est vrai que j'ai commencé l'entretien en leur disant : "Ecoutez, j'ai entendu les plaidoiries donc je suis le juge qui va devoir prendre la décision dans tous les cas. Donc aujourd'hui je viens d'en haut mais j'ai pas de problème, mais sachez que je sortirais dès lors ou si vous rentrez dans une discussion qui concerne le dossier. C'est-à-dire que tant qu'on va parler de l'intérêt pour vous d'entrer en médiation je suis là, présente, pour répondre à toutes vos questions et je veux bien en débattre très longuement avec vous. Vous avez un médiateur qui est là. Si vous voulez rentrer en médiation avec lui vous le ferez. Mais à ce moment-là moi je ne serais plus là". Donc cela s'est passé comme ça ; c'est-à-dire que je les ai amenés à trouver en eux l'intérêt pour la médiation et quand ils ont commencé à se parler, parce qu'en fait ils ne se parlaient pas, j'ai dit "stop ! Maintenant vous allez dire ce que vous allez faire : vous rentrez en médiation ? Alors je vous salue. Vous ne rentrez pas en médiation ? Vous êtes libre mais maintenant cela s'arrête là". C'est-à-dire qu'on est allé à la limite de ce que moi je pouvais entendre. Ca s'est passé. Ils ont discuté pendant des heures, derrière, sans moi et j'ai été informé par le médiateur – car j'avais ouvert un bureau du tribunal donc il a fallu qu'il me ramène la clé car je n'avais pas forcement prévu qu'ils resteraient si longtemps – il était 7 heures ou 8 heures du soir quand ils sont partis. Et en fait, ce qui est drôle dans cet histoire c'est qu'ils ont passé un accord qui a mis fin à 5-6 procédures énormes et cet accord – moi j'étais dans une toute petite procédure finalement, moi j'ai détecté le truc mais dans une procédure très très accessoire – et ils ont vraiment tenu personnellement à ce que ce soit moi qui homologue leur accord global. Et ils l'ont demandé. Et j'ai dit "je ne suis pas saisie de tous les autres dossiers, c'est pas mon procès". Et puis en fait on en a parlé avec leur avocat. Et puis j'ai dit "si vraiment ça fait plaisir à tout le monde, après tout vous me demandez d'homologuer un accord, je suis juge, je peux le faire". J'ai homologué leur accord. En faisant intervenir d'autres parties dans cet accord qui étaient essentiels au conflit. Voilà ! » Magistrat – TGI de Lyon

---

Soulignons qu'à plusieurs reprises, le travail de prescription de ce magistrat consiste à faire apparaitre clairement aux parties les avantages qu'ils auraient à choisir ce mode amiable. Et pour cela, l'échange et la communication sont indispensables, d'où son implication très directe.

Ce dispositif est très centré sur le magistrat et sa position envers la médiation. D'ailleurs, il a eu de grandes difficultés à établir des critères raisonnés et objectifs pour la sélection des dossiers, préférant argumenter autour d'une démarche intuitive :

« Comment cela vous l'évaluez ? Cela à l'air très intuitif ? Ou avez-vous des règles ?

Je suis complètement intuitive. Mais cela fait très longtemps que je réfléchis, j'ai passé beaucoup de temps à réfléchir sur le sujet, vraiment. C'est un sujet qui m'intéresse vraiment. Donc en fait, il y a beaucoup d'intuition. Je pourrais clarifier plus… L'autre fois on m'a demandé jour d'intervenir à l'école des avocats sur une conférence qu'on faisait sur la médiation. Et du coup je me suis intéressée… J'ai perdu mon article, j'avais fait un article, je l'ai perdu… Mais… J'ai essayé de répertorier les motifs pour lesquels, quand je prends un dossier et qu'il y a un bout de papier, une assignation, j'ai essayé de répertorier les raisons pour lesquelles je vais me dire : "dans celui-là il faut faire une médiation". Finalement j'avais trouvé plein de choses. D'ailleurs ils voulaient que j'en fasse un article, ils voulaient que je le publie. Puis je ne sais plus, je crois que j'ai perdu mon article.

C'est dommage… C'est une question qui nous semble un peu importante c'est-à-dire quels sont les éléments qu'on peut convoquer, qu'on estime... Vous me dites c'est personnel ?

En fait le problème c'est que cela fait tellement longtemps maintenant, cela fait presque 20 ans que de manière… Oui, parce qu'après j'ai créé le centre de médiation du barreau de Lyon, je faisais partie de la commission… donc tout ce que j'ai entendu… enfin, j'ai une connaissance qui est devenue intérieure, maintenant c'est devenu de l'intuition. C'est pas très rationnel. Par contre je ne me trompe pas souvent. Là, il y a un dossier par exemple [il désigne un dossier sur son bureau], ce n'est pas moi à l'origine de la question, je récupère cela d'avant et typiquement je suis convaincu que cela ne peut pas marcher. Je suis convaincu ! Alors est-ce que je vais le transmettre ? Je sais pas. Je laisse venir les gens... » Magistrat – TGI Lyon

Nous sommes dans une configuration d'expérimentation au sens large, sans volonté pour l'heure de rationaliser la démarche, le principal appui de la décision étant en définitive l'expérience et la connaissance approfondie de la médiation.

Reste qu'en parallèle ce magistrat a tenu à développer et diffuser sa démarche et son goût pour la médiation à des collègues, notamment en les associant à un projet parallèle. La principale originalité tient au fait que c'est autour d'un type de conflit que la prescription s'organise, celles des conflits successoraux. Mais, il n'est pas question de la proposer à tous les dossiers de cette catégorie.

« Je n'ai pas la disponibilité de porter plus pour l'instant et comme dans ma vision des choses il faut faire des petites expérimentations qui marchent pour pouvoir ensuite élargir mes expérimentations, je préfère commencer quelque chose de manière cohérente puis ensuite le développer. Ce qui ne veut pas dire alors, qu'à titre personnel, comme magistrat, quand je détecte des dossiers : là c'est une demande en partage, là c'est la réalisation de travaux de construction, là c'est sans intérêt, biens indivis, là un partage et là c'est une clause… Moi à titre personnel je peux continuer parce que j'ai une pratique et une connaissance. Si j'amène mes collègues, il faut et je préfère le faire sur des choses qu'on va cibler, avec un cadre qui est

le juriste-assistant du magistrat qui sera aussi là pour pouvoir suivre dans le temps. »
Magistrat – TGI de Lyon

Dans cet extrait, on discerne très bien que la montée en puissance d'une expérimentation, d'autant plus si elle s'appuie sur un unique acteur prescripteur, est dépendante d'une rationalisation et d'une formalisation de la procédure. Il se trouve que dans le cas présent, l'opportunité de bénéficier d'un juriste-assistant déclenche une extension de l'expérimentation et même un changement de régime puisqu'elle sera associée à un pôle de ce tribunal de grande instance tout en lui fournissant une plus grande stabilité. C'est sans doute une des manières de combattre le principal écueil de ces expérimentations, à savoir leur dépendance au magistrat qui les a promues :

« Partout où je suis passé j'essaie de mettre en place des démarches de médiation. Et à chaque fois ça marche ! Mais quand je m'en vais ça disparaît. » Magistrat – TGI de Lyon

2.4. Tribunal de Commerce de Pau : création d'une instance de médiation

La chambre commerciale de la Cour d'appel de Pau a sans doute élaboré l'expérimentation la plus aboutie de médiation judiciaire dans un domaine civil. Elle a débuté en mars 2011 et se pratique toujours même si certaines difficultés récentes se font jour.

Nous avons été alertés de cette initiative par les collègues du CRAJ qui ont réalisé une première évaluation de cette expérimentation en 2014 (Larribau-Terneyre, Lecourt, 2014)[63]. Cette expérimentation nous paraissait assez complète pour que l'on investisse le ressort de la Cour d'appel de Pau au même titre que ceux de Paris ou Lyon.

Le dispositif tient beaucoup à la personne du président de cette chambre. Il en est à l'initiative, tout comme la plupart de celles qui ont cours en matière de médiation judiciaire dans le ressort de Pau mais également de Bordeaux.

Ce magistrat positionne clairement la médiation judiciaire comme une nouvelle forme de justice ou une nouvelle manière de faire la justice[64]. En aucun cas, il ne place cette expérimentation comme une quelconque forme de gestion indirecte des flux de contentieux commerciaux. Il est vrai que cette explication sied mal avec un contentieux qui est en nette régression depuis 2010[65], de même qu'avec le calendrier judiciaire, qui n'a réellement pris en compte la médiation et les modes amiables que depuis quelques années. De cette manière cette expérience est bien précurseur.

Elle procède dans un premier temps à une sélection des dossiers définis comme éligibles. L'option choisie par la chambre commerciale a été de fonctionner en deux étapes. La première

[63] C'est d'ailleurs un des éléments qui a rapproché les deux équipes par rapport à l'appel à projet de la mission de recherche Droit et Justice

[64] Notons qu'il n'est pas le seul. C'est également le positionnement d'un président de chambre sociale à la CA de Paris dont nous évoquerons l'expérimentation dans le point suivant.

[65] Entre 2009 et 2015, le nombre d'affaires nouvelles intégrant les juridictions commerciales est passée de 324727 à 173969 soit une diminution de 46 % (source : Les chiffres clés de la justice 2016 et 2010).

est assurée par un magistrat qui sélectionne chaque semaine les dossiers selon des critères prédéfinis. Il faut préciser que cette mission est remplie à tour de rôle par l'ensemble des magistrats, fonctionnement voulu par le président de la chambre. La seconde est une synthèse mensuelle réalisée par le président de la chambre pour assurer une cohérence de la sélection au regard des critères. De la sorte, c'est un choix qui se veut rationnel. Toutefois, ce dernier pense que le dispositif doit posséder assez de souplesse pour que des médiations puissent être proposées à d'autres moments, comme à la mise en état ou même lors de l'audience. Autrement dit, le raisonnement suivi dans cette expérimentation est à la fois rationnel et par conséquent aisément assimilable par l'ensemble des magistrats concernés, tout en s'accompagnant d'initiatives qui confinent à l'intuition du magistrat (comme c'est le cas au l'expérimentation précédente au TGI de Lyon).

Les critères de sélection mobilisés sont assez « classiques », surtout le premier. Il s'agit de retenir les dossiers dans lesquels les parties aux litiges possèdent des relations qui seront maintenus à l'issue du litige. C'est une rhétorique souvent entendue, que nous avons recueillie notamment chez le président du tribunal de commerce de Lyon.

À l'évidence, dans les affaires commerciales, la question du lien entre les partenaires peut se révéler très déterminante, malgré le conflit. Il existe des formes d'interdépendances entre des sociétés commerciales qui peuvent mettre à mal la santé de chacune d'entre elles. On pense bien évidemment au lien entre un fournisseur et une entreprise cliente. Quelle que soit la légitimité des parties dans le litige il est fréquent que les opposants aient tous quelque chose à perdre dans celui-ci. Le second critère est assez spécifique aux instances d'appel. Il s'agit de dossier où manifestement la solution choisie en première instance n'apparait pas complètement satisfaisante dans le sens où elle ne résout pas le litige ou trop partiellement nonobstant la qualité de l'argumentation juridique. Dans cette chambre, on se situe donc dans une logique d'anticipation de l'issue juridictionnelle du dossier. Le magistrat peut estimer que le règlement du litige, non seulement ne traite que partiellement celui-ci et qu'il se doit de donner aux parties des outils (comme la médiation) pour le faire, mais également penser que son action juridictionnelle n'apportera pas mieux à celle de la première instance.

L'élément qui fait l'originalité de cette expérimentation tient dans la création d'une unité de médiation, censé fournir les médiateurs nécessaires au dispositif. C'est ainsi que le président de la chambre a œuvré pour la création de l'Unité de Médiation Judiciaire à la Cour d'appel de Pau, coordonnée par le président de la chambre et ayant pour but d'accorder toutes les initiatives en matière de médiation sur le ressort de la CA de Pau voire au-delà (Bertrand, 2017). Par ailleurs trois associations de médiateurs ont été associées, sans exclusivité ni dans une logique de convention avec l'UMJ. Cependant l'instauration récente et obligatoire de liste de médiateurs entraine une sorte de lien privilégié entre ces associations et l'activité de la Cour d'appel en matière de médiation[66]. De la sorte, nous assistons bien à une initiative qui part d'un type de litiges dans une juridiction spécifique pour aller vers une extension à l'ensemble de la juridiction.

L'opération est à ce point détaillée qu'elle comprend l'établissement d'un référentiel sur l'office du juge prescripteur de médiation. En quelque sorte, il s'agit d'un guide pour le magistrat dans son activité de prescription qui est le résultat de plusieurs années d'exercice. Cela le conduit à agir rapidement dès la déclaration d'appel afin de respecter le délai de 3 mois pour l'appelant pour déposer ses conclusions. Dès qu'une quinzaine de dossiers sont repérés, une convocation leur est envoyée pour une réunion d'information collective et anonyme où à l'issue, le magistrat va recueillir l'adhésion ou l'opposition de chacune des parties pour intégrer une médiation,

[66] Il faut noter qu'une convention proposait en 2015 de définir une liste de médiateurs agréés, disposition qui sera rattrapée par la généralisation de ces listes quelque mois plus tard.

sachant qu'un délai de 10 jours est accordé. Cette convocation revêt une importance particulière aux yeux du promoteur du dispositif car « contrairement à d'autres pratiques qui délèguent cette information à des permanences de médiateurs en particulier, nous considérons que le magistrat qui définit les critères de sélection et invite les parties et leur conseils dispose d'une légitimité singulière pour expliquer la proposition de médiation et recueillir l'adhésion des parties » (Bertrand, 2014, p.118). C'est sans doute pour cette raison que c'est un des rares magistrats que nous ayons rencontrés qui parle ouvertement du rôle du juge « prescripteur » de médiation, comme étant une de ses missions.

Ce dispositif a longuement été échafaudé particulièrement dans le détail. La raison tient dans le fait que le président de chambre souhaite sécuriser et clarifier le rôle de chacun des intervenants pour un processus qui a toujours un niveau de méconnaissance assez important, même chez les professionnels du droit. L'objectif est de proposer un processus que les médiés intègrent en toute confiance et connaissance.

Enfin, le dispositif insiste sur la formation, pas uniquement des médiateurs, mais également des professionnels du droit qui souhaitent utiliser la médiation. Car le pari est que le fonctionnement sera d'autant plus fluide et efficace que les acteurs auront acquis leur posture dans le cadre d'une prescription de médiation.

En résumé, cette expérimentation doit beaucoup à son promoteur, comme c'est souvent le cas de celles que nous passons en revue. Mais celui-ci étant proche de la retraite, il a bien entendu songé au problème de la pérennité et de la transmission du dispositif. La formation de magistrats à la médiation et surtout leur participation collective au dispositif sont sans doute des atouts dans la durée, car ils permettent d'inscrire une certaine culture de la médiation dans la juridiction. Or, celle-ci est le meilleur gage de continuité pour de telles opérations.

2.5. La Chambre sociale de la Cour d'appel de Paris

Comme à la Cour d'appel de Lyon, la chambre sociale semble être le principal terrain d'expérimentation de médiation judiciaire dans ce ressort[67].

Sans revenir aux balbutiements qui laissaient une grande confusion entre conciliation et médiation[68], dans cette chambre deux expériences ont eu cours à partir de 2011, l'une d'entre elle fonctionnant encore de nos jours. La première s'est construite autour de la technique dite de la « double convocation ». Cette initiative, a largement profité des travaux de la commission Magendie qui prônaient « des recommandations dont celle d'une offre de médiation avant l'audience et au cours de celle-ci » (Holleaux, 2016). Ces orientations ont visiblement été entendu puisque fin 2009, des permanences de médiateurs présents lors des audiences de fond sont organisées, tandis que moins deux ans plus tard c'est en amont de l'audience que des propositions de médiation sont transmises aux parties de dossiers sélectionnés.

[67] Il faut signaler que cette expérience bénéficie de l'activité de promotion des modes amiables réalisée par Fabrice Vert (2011) depuis de nombreuses années, en qualité de chargé de mission du premier président de la Cour d'appel de Paris. C'est dans ce sillage que l'expérimentation que nous décrivons se situe.

[68] Il est vrai que le cadre juridique n'a été éclairci qu'avec la loi du 8 février 1995.

- la double convocation.

Ce dispositif consiste à convoquer des parties des affaires dont les dossiers sont jugés susceptibles de trouver une issue via la médiation. Il est assez complexe et mobilise tant les magistrats que les greffes. À la Cour d'appel de Paris, la présence d'un assistant de justice qui est la cheville ouvrière de la « cellule de médiation » semble avoir été décisive pour la réalisation de l'opération. La sélection est opérée par ce dernier sous le contrôle du magistrat. Le service des greffes contacte ensuite les parties qui répondent favorablement ou non à cette sollicitation. En cas d'adhésion au processus, le magistrat désigne un médiateur par voie d'ordonnance. Sinon, l'affaire est jugée.

Cette expérimentation a été suspendue en juin 2015, pour des raisons de réorganisation des services et l'application d'un nouveau contrat d'objectifs. Mais elle l'a été également en raison de résultats décevants[69], l'explication résidant dans « un manque d'enthousiasme de la part de certains avocats peu réceptifs aux changements… » (Holleaux, 2016, p. 177). Le faible volume des médiations ordonnées comparativement à la mobilisation des moyens mis en œuvre a conduit les autorités judiciaires à remettre en cause ce dispositif et à le suspendre.

Reste que ce modèle, très structuré, a sans doute essaimé dans d'autres juridictions, puisque nous en avons retrouvé des traces dans celles lyonnaises. Il n'est donc pas totalement abandonné même si cette expérience a démontré l'importance de bénéficier de moyens spécifiquement alloué, comme un assistant de justice.

- les permanences des médiateurs aux audiences de fond

Le second dispositif, toujours d'actualité, consiste à proposer une médiation pour des dossiers encore une fois sélectionnés en amont par le magistrat, celui-ci profitant de la présence sur place de médiateurs pour inviter les parties (et leur conseil) à s'informer sur la médiation et comprendre pourquoi cette voie leur est proposée. Il a donc fallu organiser la présence continue de médiateur dans ces audiences, travailler en collaboration avec les principales associations de médiateurs qui intervenaient également dans le premier dispositif[70]. Le conseiller à la chambre sociale de la CA de Paris qui coordonne ce dispositif, note que celui-ci est plus efficace que le précédent. Pour la seule année 2014, lorsque la médiation a été proposée (après sélection) et que les parties ont rencontré le médiateur, cela s'est soldé par une adhésion au processus dans près de 40% des cas. À l'évidence la prescription que l'on pourrait qualifier de « directe » a des vertus que ne possède pas celle « indirecte », à savoir d'un courrier de convocation.

Toutefois la procédure a de quoi décontenancer les avocats. Nous avons recueillis indirectement un témoignage d'un avocat lyonnais – pourtant acquis à la médiation et à ses intérêts – qui faisait part de son étonnement face à ce dispositif :

« À la chambre sociale de Paris, les médiateurs sont présents aux audiences de jugement. Donc quand on arrive avec notre dossier de plaidoirie pour plaider un dossier, on nous dit au début "bon il y a un médiateur qui est là. Si vous voulez le rencontrer…" On vient plaider le dossier. On va pas aller… faire une médiation à ce stade-là. Enfin, c'est 10 fois trop tard ! [rires] C'est complètement… C'est un non-sens pour moi ce qu'ils font à Paris… Le jour où on vient plaider. Donc on a tout en tête sauf de se dire : "ben finalement je vais pas

[69] En 2014, 980 affaires avaient été sélectionnées ; les deux parties étaient présentes à la convocation dans seulement 124 d'entre elles et 31 ont débouché sur une ordonnance de désignation du médiateur, soit 3%.
[70] Il a été instauré un « médiateur référent » chargé de préparer le tableau des présences.

plaider mon dossier, je vais plutôt rencontrer un médiateur…" Alors qu'on a attendu 3 ans pour être audiencer ! C'est absurde ! » Avocat – Lyon

À l'inverse, un de ses confères, dans la même situation, nous a fait part de son vif intérêt pour ce fonctionnement :

« On avait gagné devant les prud'hommes, on allait pour plaider et la magistrate nous dit "j'ai bien pris connaissances des dossiers. Simplement, je souhaite pas que vous plaidiez les dossiers aujourd'hui, je souhaite que vous soyez vu par le médiateur qui est à côté". Donc on s'est enfermé dans une pièce à côté avec le médiateur et le médiateur nous a convaincu… parce que c'était vraiment des grosses problématiques, il y avait des enjeux (…) Et puis finalement après trois rendez-vous on a trouvé un accord total. Et je pense que c'était bien joué de la présidente parce que l'entreprise X au départ ne voulait pas entendre parler de la médiation mais sous la pression de la présidente : "Dans un dossier comme ça, j'pense que c'est intéressant parce que outre le problème financier il y a également le client, il a encore 10 ans à travailler au sein de l'entreprise X". Et finalement l'entreprise X a indemnisé mon client et lui a trouvé un poste qui lui convenait à côté de son domicile. Mais là moi je l'ai vu – pourtant moi je plaide pratiquement dans toutes les cours d'appel en France – je l'ai vu qu'à la Cour d'appel de Paris. C'est intéressant. (…) Avoir le médiateur avant l'audience c'est quand même intéressant. » Avocat - Lyon

Il semble donc que les difficultés rencontrées dans le premier dispositif ne soient pas totalement levées dans le second, que l'association des avocats à ce processus soit encore à construire, même si on peut porter des espoirs raisonnables. Car si « avec l'expérience, on s'aperçoit que les résultats de ces permanences sont directement fonction du degré d'implication des juges et de la place qu'ils entendent donner aux médiateurs qui les assistent dans cette tâche » (Holleaux, 2016 p. 177), il ne faudrait peut-être pas négliger ou oublier de définir la place de l'avocat dans ce dispositif, surtout quand celui-ci est peu au fait de son existence.

Ces deux expériences nous semblent avoir ciblé un des enjeux primordiaux de la prescription de la médiation à savoir la présentation de la médiation. Comme le précise Benoit Holleaux dans un article synthétique sur ces expérimentations à la Cour d'appel de Paris (Holleaux, 2016), il convient de réfléchir à la « proposition sérieusement faite aux parties d'une entrée en médiation » et « au contenu de l'information transmise ». Car cette information est là pour donner des éléments tangibles et concrets pour que les parties puissent entreprendre un choix et non pour justifier le choix *a priori* que le magistrat a pu faire, ce qui confinerait à une sorte de médiation obligatoire.

PARTIE E

DES OBSTACLES IDENTIFIEES AUX PROPOSITIONS POUR AMELIORER LA PRESCRIPTION

1. Connaitre la médiation pour la prescrire : formation à la pédagogie de la médiation

Dans le monde de la médiation, il existe un secteur qui semble bien se porter : il s'agit de la formation. Dans le ressort de la Cour d'appel de Lyon, on compte trois pôles de formation, le premier siégeant à la Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université Lumière Lyon 2, le deuxième à l'Institut Universitaire Catholique de Lyon et le troisième à Saint Etienne à la Chambre National des Praticiens de la Médiation. Toutes ces unités de formation ne proposent pas le même type de formation (diplômante ou non, pratique ou théorique, axé sur différents champs de la médiation ou plus généraliste, …). À cela il faut ajouter les formations (professionnelles) que dispense l'EDARA depuis quelques années, même si ces dernières sont souvent organisées autour des modes alternatifs de règlements des différends (MARD) et non spécifiques à la médiation. Dans le ressort de la Cour d'appel de Pau, l'offre est plus limitée, plus en lien avec le barreau des avocats. À Paris, celle-ci est nettement plus développée, avec la présence de plusieurs centres de formation, parfois rattaché à l'Institut Catholique de Paris comme la formation dispensée par l'Ifomène, d'autres à la Chambre de Commerce et d'Industrie (CMAP) ou encore au Conservatoire National des Arts et Métiers (CNAM), mais aussi aux Universités comme celle de Paris 2 et Paris 5.

La place n'est pas au catalogage mais plutôt à la reconnaissance que la formation à la médiation commence à être bien établie dans les grands centres urbains français. Et cette offre participe sans doute à la diffusion de la médiation. Mais elle demeure encore peu organisée et présente parfois des contenus hétéroclites. Sans entrer dans le jugement, il semble que cette situation, ce manque de structuration soit mal ressenti par les potentiels prescripteurs de médiation. En effet, le magistrat ne considère pas qu'il y aille de son rôle de vérifier la compétence du médiateur. Nous n'avons pas rencontré de magistrats souhaitant maîtriser le monde de la médiation qui l'environne. Cependant, à l'exemple du cas palois, où une instance de médiation a été quasiment créée pour l'expérimentation à la chambre sociale de la CA, les rapports entre médiateurs (et leurs associations) et magistrats des tribunaux semblent s'organiser progressivement. On a constaté à Lyon un rapprochement entre le TGI et les associations de médiateurs de la région par l'entremise de Pierre Garbit, nommé par le premier président de la Cour d'appel comme chargé de mission sur les modes amiables (OMA). S'il s'est agi de fixer essentiellement des règles de fonctionnement réciproque. C'est là un signe important pour une compréhension commune et réciproque.

Car, à bien écouter les magistrats à propos de la formation des médiateurs, ils opèrent souvent une distinction entre la formation dans l'objectif d'exercer les missions et d'adopter la

posture du médiateur et la formation destinée à comprendre le fonctionnement général de la médiation, ou bien la médiation comme une procédure de règlement des litiges.

« Il faut que le juge s'implique, qu'il parle, qu'il expose. Il ne faut pas qu'il impose. Il faut pour le juge être patient, déjà montrer qu'il sait ce qu'il y a dans le litige et non pas convaincre, mais arriver à, en discutant avec les avocats et les parties à leur montrer qu'il y a peut-être une autre façon de régler le conflit. Et toute la difficulté est là. Et c'est d'autant plus difficile que le juge qui n'a pas eu de formation à la médiation ne sait pas vraiment comment cela se déroule. Ce qui serait bien – sans aller vers une formation obligatoire à la médiation parce que c'est quand même lourd et long – qu'il y ait une plus forte… qu'il n'y ait pas seulement des topo sur ce qu'est la médiation par rapport à la conciliation, etc., mais peut-être une journée entière avec des jeux de rôle, des exercices, pas forcément avec des professeurs de droit, même si le cadre juridique il n'est pas très compliqué. Mais faire toucher du doigt ce qui se passe et comment on peut arriver à décortiquer tout cela. » Pierre Garbit.

« Toucher du doigt ce qui se passe » dit cet ancien magistrat qui s'est formé à la médiation. Car pour de nombreux magistrats, la médiation est méconnue, non pas comme un dispositif juridique (elle existe dans les codes et nombreux sont ceux qui peuvent y faire référence), mais comme un processus avec ses règles, son cadre, son fonctionnement singulier. Comme Pierre Garbit le précise, il ne s'agit pas d'une formation / sensibilisation, mais d'une formation qui va au cœur de la « machine médiation », qui permet au magistrat d'expérimenter la posture du médiateur sans avoir pour autant l'objectif de l'adopter dans sa pratique quotidienne et professionnelle. C'est en définitive une meilleure compréhension de la pratique de médiation vue de l'intérieur qui est recherchée.

Il ne semble pas que la formation à la médiation attendue par les magistrats soit celles qui visent à en faire, à plus moins long terme des médiateurs. Les juges qui sont dans cette dynamique, se formeront par eux-mêmes comme l'ont fait ceux que nous avons rencontrés et qui sont estampillés « spécialistes ou promoteurs de la médiation ». La formation à la médiation telle qu'elle semble émerger comme besoin actuel ne répond pas à cette demande. Elle vise plutôt à une sorte d'acculturation des magistrats aux processus de médiation. Car pour beaucoup de ceux que nous avons rencontrés, magistrats, avocats et médiateurs, il est malaisé de prescrire un processus qu'ils connaissent mal, voire pas du tout. Par conséquent, il est compliqué d'entreprendre un travail de pédagogie sur la médiation auprès des parties qui n'en possède souvent aucune notion.

Car, en définitive, c'est bien de cela qu'il s'agit : une acculturation qui permet d'entreprendre une pédagogie de la médiation. De cette manière la dynamique est assez proche de celle que l'on peut observer dans d'autres domaines assez éloignés que la médiation judiciaire, comme la médiation scolaire. L'objectif de cette médiation est de développer une culture de la médiation – en formant des élèves médiateurs – qui deviendront par la suite des prescripteurs (Bonafé-Schmitt, 2000).

En matière de formation à la médiation, le besoin semble assez large. Un magistrat nous a relaté un épisode où le responsable local de la formation continue de l'ENM était sollicité pour organiser une formation sur la médiation « pour savoir ce qui se passait » :

« Je reviens sur la formation. Qu'est-ce que vous diriez s'il y avait chez les magistrats une formation à la médiation ?

Oui, tout à fait. On avait fait un colloque à l'EDARA sur la médiation. Et à l'issue de ce colloque, auquel participait notre magistrat délégué à la formation continue, il représente l'ENM pour assurer la formation permanente de tous les magistrats de la cour du ressort, et tout le monde a convenu, tous les magistrats présents, que ce serait bien qu'on voit ce que c'est la médiation concrètement qu'on participe à une séance de formation à la médiation. Et notre MDF, comme on l'appelle, était tout à fait d'accord pour organiser au nom de l'école de la magistrature une formation pour les magistrats à la médiation, mais à l'intérieur de la médiation. Pas ce que c'est la médiation, mais comment on forme les médiateurs à la médiation. Parce que c'est toujours intéressant d'avoir les notions de cette nature. Donc normalement ça devrait être mis en place. Et si c'était fait au plan national ce serait encore mieux. Il y a des modules au niveau de l'Ecole de la magistrature sur la supervision, par des experts, des psychologues, des choses comme ça, sur la gestion des conflits, des choses comme ça. Mais pourquoi pas un module sur la médiation. Sachant qu'il ne faut pas confondre quand même ; le juge n'est pas un médiateur. Mais on aimerait bien savoir ce qui se passe. Voilà, comment sont formés les médiateurs, ça c'est sûr que ça nous intrigue. », Magistrat – CA de Lyon.

Au-delà de la curiosité explicitée par ce magistrat qui pourtant prescrit régulièrement des médiations, on voit poindre la conviction qu'une formation à la connaissance du processus peut rassembler beaucoup plus de magistrats que ceux qui sont d'ores et déjà engagés. Nous ne savons pas si cette demande a été relayée par l'ENM, mais nous pouvons tout de même constater que des formations professionnelles sont proposées aux magistrats depuis quelques années dans le catalogue des formations professionnelles disponibles[71]. Qui plus est, si l'on en croit ce témoignage, il s'avère que la demande est aujourd'hui consensuelle et très largement partagée.

Un problème assez similaire se rencontre chez les avocats lorsqu'on évoque avec eux la question de la formation à la médiation. Au détour de nos échanges, il apparait que la distinction mise en lumière plus haut est également opérante. Par de nombreux aspects, la position des avocats est assez similaire à celles des magistrats. Car, il s'agit pour eux de présenter le processus, la médiation, comme une voie possible de résolution du litige. Or, cela nécessite selon eux de connaître le processus, par forcément de l'avoir expérimenté de fond en comble ou d'avoir une expérience reconnue de médiateur. De ce fait, la formation, qui semble nécessaire pour les avocats visent des objectifs communs ; elle pourrait même intervenir bien avant la formation aux métiers d'avocats, dans les facultés de droit, puisque tant les futurs avocats et que les futurs magistrats, ils en ont fréquenté les amphithéâtres :

« Moi pour ma part, que ce soit à l'Université ou à l'école d'avocat – j'ai fini mes études en 2003 – j'ai jamais eu de formation sur les règlements amiables des litiges, médiation, j'ai jamais été formé à l'Université sur ça, mais… (…) Je pense que les étudiants en droit ça

[71] http://www.enm.justice.fr/sites/default/files/publications/Catalogue_FC_2018.pdf

serait bien de faire une formation plus complète durant leur cursus notamment, alors pas en 1ère ou 2ème année, mais en master 1 ou master 2, surtout en master 1 parce que ça là où on voit que ça touche le plus grand nombre, parce qu'en master 2 c'est des groupes de 20/30 personnes… Mais en master 1 faire une formation pour ceux qui se destinent au droit du travail, au droit de la famille, au commercial, qu'il y ait une formation sur tout ce qui est médiation et règlement amiable des litiges ». Avocat – Lyon

---

Les barreaux de Lyon, comme ceux de Pau et de Paris semblent avoir pris la mesure de l'évolution des règlements des différends par des voies amiables ou non-juridictionnelles. Cependant, il semble qu'il existe encore une incertitude quant à la place que doit prendre la médiation dans l'activité de l'avocat. La méconnaissance de la médiation entretient d'ailleurs ce flou qui n'est pas sans conséquence sur la perception que peuvent en avoir les justiciables et par ricochet leur éventuelle adhésion au processus en cas de proposition. Les résultats de notre étude soulignent à plusieurs reprises que ce problème est un élément qui fait obstacle au développement serein de la médiation.

Reste que les avocats qui ont expérimenté la médiation dans leur pratique, ceux qui ont été amené à accompagner un client lorsqu'une proposition de médiation avait été émise, saisissent que cette situation exige de l'avocat d'ajuster sa posture professionnelle. C'est d'ailleurs sur ce point que les difficultés parfois émergent dans leurs propos ; comment dois-je faire sachant que je ne suis plus dans une posture de défenseur de mon client ? Sachant que celui-ci est un acteur dans le processus de médiation, quelle place vais-je occuper ?

Emerge ici la question de l'accompagnement du client par son avocat en médiation, sachant qu'il ne s'agit pas d'une sorte de transmission de dossier, comme ce peut être le cas entre confrères. Le problème de l'avocat est de savoir comment amener la médiation comme une proposition autrement dit comment agir en tant que prescripteur tout en déclinant la posture que cela implique pour lui dans ses rapports à son client au cours du processus. Cela rejoint fortement une demande que nous avons perçue chez certains représentants des barreaux au sujet du contenu de la formation lorsqu'on abordait la question de la médiation. Il s'agissait non pas de transformer les avocats en médiateur, mais de les initier à la manière de proposer la médiation à leur client lorsque le litige s'y prête.

Les enjeux que croisent l'avocat et le magistrat sont donc assez proches. Il ne s'agit pas de provoquer chez ces professionnels une remise en cause, ni même de considérer que l'on espère acquérir une nouvelle compétence dans l'exercice du métier, mais d'accompagner le justiciable vers la médiation pour le confier, en confiance, dans les mains du médiateur. Et, pour opérer de la sorte, il leur semble important à l'heure actuelle de bénéficier d'une formation adéquate et qui viserait ces objectifs. À l'analyse, il nous semble que ces formations devraient être fréquentées tant par les avocats que les magistrats.

Proposition n°1 : Former à la pédagogie de la médiation

- Augmenter l'exigence de formation obligatoire et continue en médiation pour les médiateurs
- Développer des formations à la médiation spécifiquement destinées aux prescripteurs de la médiation, magistrats et avocats portant sur la pédagogie de la médiation :
    - La culture de la médiation
    - La connaissance de la conduite d'une médiation
    - Comment prescrire la médiation ?
- Réguler la formation initiale et continue des médiateurs judiciaires intervenant en matière civile générale par ressort de cour d'appel

2. Dépasser les obstacles institutionnels et organisationnels

Dans ce rapport, nous avons qualifié les actions de médiation judiciaire d'expériences ou d'expérimentations pour marquer le fait qu'elles ont le statut de tests devant démontrer leur intérêt. Le procédé permet de gagner en souplesse mais la contrepartie est un manque de pérennité et de stabilité. Cette problématique n'est pas originale ni inattendue mais elle place les porteurs des dispositifs dans des situations trop souvent solitaires voire marginales. Notre étude n'est malheureusement pas exhaustive sur l'ensemble du territoire français. Mais il est probable que d'autres projets connaissent les mêmes difficultés. Ainsi, c'est sans doute à un niveau global et national qu'il convient d'agir.

Le discours institutionnel a nettement évolué à propos des modes amiables et de la médiation au cours des deux années de la recherche. Il laisse augurer pour les porteurs de dispositifs plus de ressources et de soutien à leur initiative, à l'image de cette déclaration de Chantal Arens, première présidente de la Cour d'appel de Paris : « jusqu'à présent les incantations appelant au développement de la médiation, qui proviennent de tous les horizons, ne se sont guère révélées productives en l'absence d'une politique publique nationale qui doit se concrétiser par des objectifs assignés aux juridictions en la matière, des moyens adéquats et une évaluation »[72]. Nous sommes donc résolument dans une politique volontariste de développement de la médiation qui se décline actuellement dans de nombreux tribunaux.

Au niveau des juridictions, nous avons pu nous rendre compte que les projets mobilisaient plusieurs acteurs, des magistrats bien entendu, mais également des personnels des greffes. Dans le cas de Pau, c'est une collaboration régulière et de proximité entre des magistrats qui permet de sélectionner les dossiers éligibles à la proposition de médiation. Dans le cas de la chambre commerciale de la Cour d'appel de Lyon, c'est la collaboration entre deux magistrats dont un de la mise en état qui a permis de réaliser le dispositif. Nous avons aussi remarqué que certains bénéficiaient du soutien d'un assistant de justice (TGI de Lyon), que son arrivée permettait de décupler des actions et de construire des relations structurées avec les associations et instances de médiation. Lorsque les promoteurs ne peuvent pas bénéficier de telles ressources, il est délicat de pouvoir mettre en œuvre des actions de médiation judiciaire, qui plus est de grande envergure.

[72] Entretien avec Chantal Arens, première présidente de la Cour d'appel de Paris, « La médiation et la conciliation dans la loi sur la justice du XXIe siècle », *Journal Spécial des Sociétés*, n°85, 16 novembre 2016.

Ces ressources peuvent et doivent être incarnées. C'est la raison pour laquelle dans certaines juridictions ils existent des « conseillers coordonnateurs pour la conciliation et la médiation » depuis plusieurs années. Mais ils sont parfois rejoints par d'autres coordonnateurs comme M. Garbit dans le ressort de la Cour d'appel de Lyon, qui d'une certaine manière se substitue à lui, parce que le premier ne pouvait pas assurer parallèlement ces missions et sa magistrature. Déjà, en 2015, un rapport de l'IGSJ recommandait que le magistrat coordonnateur puisse bénéficier d'une décharge partielle de leur activité (IGSJ, 2015, p.39), reconnaissant ainsi que la mission était une véritable charge. De plus, ce rapport soulignait des problèmes qui sont toujours d'actualité, à savoir que ce magistrat n'est pas présent dans tous les ressorts de cour d'appel, et d'autre part, que son rayon d'action est limité à l'activité de la cour d'appel.

« Je pense que d'une manière ou d'une autre dans la juridiction il faut l'institutionnaliser. Alors soit en ayant un magistrat – alors ça existe à la Cour d'appel mais bon, mais c'est pour tout le ressort donc c'est pas suffisant – un magistrat qui soit chargé de la médiation, un référent. Cela suppose que l'on ait chaque fois la possibilité pour le président de désigner un magistrat qui s'y intéresse, qui sache de quoi il est question, donc qui ait eu une formation adapté. Et ça dans certaines juridictions c'est pas possible. On n'a pas toujours la personne idoine. Mais je pense que c'est fondamental. Et je pense qu'il faut que ça fasse partie de l'organigramme, qu'il y ait une commission médiation, voilà… Autrement les remèdes miracles, moi j'en connais pas.» Pierre Garbit, coordinateur de l'Office des Modes Amiable – Lyon.

Le profil de « référent médiation » esquissé ici n'est pas forcément celui d'un magistrat qui – par intérêt ou bonne volonté – s'investit dans la médiation et sa prescription. Il s'agit d'un magistrat formé, dont la mission essentielle consiste à développer, soutenir et coordonner, institutionnellement et matériellement les actions de médiation, peut-être à l'image de l'action de ce magistrat de la Cour d'appel de Pau portant depuis plusieurs années la médiation dans ce tribunal[73]. Il ne s'agit pas de déléguer une mission à un magistrat, mais de créer véritablement une place institutionnelle à cet animateur des modes amiables, principalement de la médiation :

Non, le coordinateur il faut l'institutionnaliser mais pas lui donner un rôle pas nécessairement… comment dire… en tout cas certainement pas contraignant. Il aurait un rôle de conseil et serait chargé de l'animation dans la juridiction. Et puis on peut faire une petite feuille sur les modes amiables. » Pierre Garbit, coordinateur de l'Office des Modes Amiable – Lyon.

Le rôle de cet animateur est une fonction de pivot ou d'articulation. Il permettrait de faire le lien entre les différents prescripteurs, de favoriser et diffuser la connaissance de la médiation tant auprès des magistrats que des avocats, de renforcer institutionnellement le discours favorable à la médiation et aux modes amiable plus globalement, de rendre concret les initiatives comme celles que nous avons décrites, par la diffusion de débat, des espaces d'échange sur la pratique, etc.

[73] Ce magistrat prenant sa retraite au cours de l'année 2017, la question de sa succession va rapidement se poser.

Proposition n°2 : Coordination et animation institutionnelle

- Créer une mission d'animateur/coordinateur de la médiation capable d'agir sur l'ensemble des tribunaux du ressort de la cour d'appel : soutien au démarrage de dispositifs, à ceux déjà présents, entretien et développement des relations entre les acteurs prescripteurs, etc.
- Instaurer un espace de partage des pratiques au sein des tribunaux sous forme de témoignage écrit, rencontre entre magistrat, journée d'étude, etc.
- Affecter des emplois d'assistant de justice au dispositif de médiation déjà en fonctionnement et à ceux qui sont en projet.

3. Cerner l'activité de médiation judiciaire et forger ses outils d'évaluation

Comme nous l'avons précisé, l'équipe a rencontré de nombreuses difficultés pour accéder aux informations permettant de cerner et d'évaluer l'activité d'une juridiction. Les magistrats eux-mêmes maîtrisent assez mal cette information. Les outils statistiques aujourd'hui à disposition ne permettent pas de comptabiliser précisément le nombre de médiation réalisées, leur déroulement et, ce qui est plus dommageable, leur issue. Si certains éléments ont pu être obtenus, si des situations dispositif par dispositif ont pu être éclaircies et détaillées, nous sommes loin de l'exhaustivité sur l'ensemble d'un tribunal, qui plus est sur l'ensemble d'un ressort de cour d'appel.

Pour favoriser la prescription, les porteurs de projet de médiation judiciaire ont la nécessité de s'appuyer sur des éléments communicables. Or, s'ils ne sont pas absents, ils sont souvent bien trop succincts et se limitent au taux d'accord qui ne reflète qu'en partie l'activité de médiation. Comme le soulignait il y a deux ans le rapport de l'IGSJ, « 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 » (IGSJ, 2015, p. 39). Ainsi, construire un outil statistique spécifique et ajustable à ceux déjà existant permettrait non seulement d'agir favorablement et efficacement sur la prescription, d'élaborer un pilotage national de la médiation judiciaire, mais également de reconnaitre l'investissement des promoteurs et, sans aucun doute, de susciter l'investissement d'autres[74]. En quelque sorte, ce serait faire de la prescription (et du suivi) de la médiation une mission alors qu'elle s'apparente aujourd'hui à une charge supplémentaire, de rendre banal le recours à la médiation judiciaire alors que de nos jours il est dépendant de la bonne volonté de certains.

[74] Cette proposition n'est pas neuve. Non seulement nous l'avons retrouvé dans le discours de certains de nos interlocuteurs au fait du développement de la médiation et de ses difficultés, mais elle apparait explicitement dans le rapport de l'IGSJ de 2015 et dans le rapport *Le juge du 21ème siècle* (Delmas-Goyon, 2013).

« Il y a une espèce de dynamique globale qui… Il y a aussi, ce qui est souvent évoqué, notamment par X., l'outil statistique. Alors il est important, mais un jour – alors je ne sais pas si c'est lui qui en a parlé ou quelqu'un d'autre en disant – vous savez que les juridictions ont maintenant des indicateurs de performance… (…) Ca, l'indicateur de performance c'est dangereux parce que si on dit par exemple dans l'indicateur de performance de la juridiction, on va compter comme positif mettons si on a 5% d'affaires qui font l'objet de médiation ou 15%, 20%, ça va être un objectif et donc on va y faire passer aussi des affaires qui ne mériteraient pas ou qui n'auraient pas été suffisamment préparées. Moi le terme d'indicateur de performance c'est très dangereux, parce que ça veut dire qu'on n'analyse pas le contenu, qu'on quantifie la décision. Alors la statistique, c'est immense, on est très en retard. Il y a des années qu'on en parle, au plus haut niveau même. Mme Arens, première présidente de Paris, etc. J'arrive pas à comprendre pourquoi – enfin à ma connaissance ça a pas changé – pourquoi dans les statistiques, c'est des codes informatiques, c'est pas très compliqué… », Pierre Garbit, coordinateur de l'Office des Modes Amiable – Lyon.

L'attente des acteurs est présente. Comme notre interlocuteur le précise, il ne s'agit pas de fixer des objectifs, qui d'ailleurs, pour ce qui est de la médiation, ne trouveraient aucun argument rationnel de justification tant la connaissance en la matière est faible[75]. Mais, très souvent les porteurs de projet ressentent la nécessité de faire valoir leur action ; Ils ont alors recours à des données chiffrées. Cependant, leur analyse est circonstanciée et circonscrite à leur expérimentation. Se doter d'outils statistiques communs permettrait d'opérer des comparaisons, d'échanger sur tel ou tel fonctionnement, de rendre plus performant et cohérent le processus de médiation judiciaire, quelle que soit la juridiction.

<u>Proposition n°3 : Connaître l'activité de médiation judiciaire</u>

- Créer une nomenclature d'indicateurs spécifique à la médiation en collaboration avec la sous-direction de la Statistique et des Études du ministère de la justice :
  - ✓ indications sur qui ordonne la médiation et à quelle date ;
  - ✓ indications sur l'issue de la médiation avec les catégories suivantes :
    - accord avec homologation
    - accord sans demande d'homologation
    - accord sans demande d'homologation + désistement
    - pas d'accord + suite de la procédure : désistement, retour juridiction, etc.
  - ✓ indications sur la forme de la médiation (nombre de séances, co-médiation, …)
  - ✓ indications sur les modalités de prescription, etc.
- Publier un bilan statistique détaillé sur l'activité de médiation pour chaque ressort de cour d'appel
- Alimenter l'Observatoire des médiations via une collaboration rapprochée avec les associations de médiateurs qui pratiquent des médiations judiciaires

[75] Comment déterminer *a priori* combien d'affaire entrant dans tribunal devraient être traité par la médiation ? Actuellement, aucune étude ou recherche ne permet de répondre à cette question. Ainsi, fixer un taux de litiges devant emprunter la médiation relèverait d'une mesure arbitraire de gestion des flux judiciaires mais en rien d'une décision pour favoriser ce mode amiable.

4. L'absence d'une organisation professionnelle structurée chez les médiateurs

La richesse de la médiation tient aussi dans sa diversité. Cependant il faut veiller à ce que celle-ci ne rime pas avec une trop grande dispersion. Pour l'heure, sans que l'on puisse établir un recensement, il y a beaucoup d'offre de médiation (donc de médiateurs potentiels) pour une demande encore faible.

Sans entrer dans une analyse précise de cette situation, nous pouvons tout de même souligner que le statut de médiateur n'existe pas réellement, que quiconque peut se définir et se présenter comme médiateur. À n'en pas douter cela constitue un frein à la prescription. Car les magistrats ne possèdent pas d'interlocuteurs issus d'une organisation professionnelle structurée pour laquelle ils auraient pleine et entière confiance. Certes, au fil de la pratique, au fil des prescriptions, celui-ci va établir un jugement sur le médiateur et plus largement l'association à laquelle il appartient. Mais c'est une relation qui se construit progressivement et qui ne peut être que circonstanciée ; le médiateur, dans un autre tribunal ne jouira pas forcément de la même confiance. Et le magistrat qui changera de juridiction devra entreprendre à nouveau tout ce travail auprès des médiateurs locaux.

La question de la formation des médiateurs est posée ; au fil des rapports sur les modes amiables et/ou la médiation, cela devient une antienne. Dans notre enquête quantitative, l'ensemble des acteurs prescripteurs sont favorables à une harmonisation mais plutôt via un programme de formation commun qu'un diplôme national. Nous noterons que 6 des 35 médiateurs qui ont répondu à cette question n'y sont pas favorables, ce qui peut être surprenant au premier abord. Ceci est plus compréhensible lorsqu'on prend en compte que l'activité de médiation est une activité bien souvent secondaire ou qui vient agrémenter la période de la retraite. Cette remarque doit être considérée dans toute son ampleur. Car elle permet de comprendre que la professionnalisation de l'activité n'est pas la première attente des prescripteurs actuels. Les avocats, sans doute parce qu'ils ne souhaitent pas que cette activité, encore mal définie, puisse à long terme les concurrencer, ni les médiateurs qui devraient alors opter pour l'une ou l'autre de leur activité et investir dans une formation plus ou moins couteuse.

Ce schéma n'est pas étranger à l'absence de décollage de la prescription de la médiation en matière civile. Comment expliquer au justiciable que la personne qui va devoir médier leur litige est également un avocat ou un ancien magistrat ? Comment celui-ci doit-il envisager une procédure qui est encore très souvent au stade l'expérimentation ? Certes il n'est pas forcément informé de ces états de fait. Mais le mélange des compétences et des postures chez le médiateur n'est parfois pas absents ; nous recueillons régulièrement des témoignages de médiés qui signalent des ambigüités dans les postures professionnelles. De plus, cette posture professionnelle annexe ne permet pas de singulariser l'action du médiateur par rapport à celui de l'avocat, du juge ou bien du conciliateur. Bien évidemment, il ne s'agit pas de remettre en cause la capacité des médiateurs à faire la part des choses, notamment pour ceux qui ont le plus d'expérience et qui ont été formés à la médiation. Reste que cette situation annexe ne peut que difficilement donner ses lettres de noblesse à la médiation et assez de prestige pour que les justiciables lui accordent tout leur crédit.

Par ailleurs, augmenter la prescription exige la présence d'un ensemble organisé de médiateurs qui se base avant tout sur des compétences définies. Nous constatons une croissance du nombre de médiateur en France et la création de multiples associations professionnelles. Malheureusement, l'activité ne permet pas à tous d'exercer régulièrement et bon nombre de médiateurs sont en fait inactifs. Ce médiateur signifie bien que s'il est un professionnel, c'est au

sens où il développe des compétences, pas au sens de faire partie d'un groupe ayant une activité qui lui permet de vivre[76].

« Moi je considère que je suis médiateur professionnel dans la mesure où je me suis orienté vers cette activité et que je la pratique avec une formation et donc à titre euh... pas en amateur. Donc si c'est pas en amateur c'est en professionnel même si j'en fait peu. Tout dépend de ce que vous entendez par médiateur professionnel. Médiateur professionnel capable de le faire parce qu'il a la formation et qu'il a les qualités requises : oui, médiateur professionnel parce que c'est son activité lucrative principale : non. D'ailleurs pour moi ça n'a jamais été l'idée. Je prétends pas vivre de la médiation. Je prétends m'occuper en faisant de la médiation mais pas rentabiliser une... Il faut qu'elle soit rentable, il faut qu'elle soit équilibrée mais je ne cherche pas à faire du profit dans la médiation. Alors, peut-être qu'il y en a d'autres qui en font tellement que finalement ils dégagent du profit. » Médiateur - Paris

---

Cette situation n'est d'ailleurs pas vécue comme un problème, la personne n'ayant pas nécessité de développer cette activité pour vivre. Toutefois, il faut y voir l'origine d'un des freins observés dans la partie C, à savoir l'absence de véritables actions de prescription de la médiation chez les médiateurs. Si nous avions affaire à des médiateurs qui souhaitaient plus ardemment en faire une activité rémunératrice, une activité professionnelle au sens plein du terme, nul doute que leur attitude serait différente envers la prescription.

Par ailleurs, on peut noter un décalage entre le nombre de formations proposées – très hétérogènes – et le niveau de prescription de la médiation. Comme le remarquait le rapport de l'IGSJ, « elles sont principalement développées par les associations de médiation elles-mêmes qui, pour beaucoup, cherchent ainsi une source de financement parallèle à leur activité de médiation parfois réduite » (IGSJ, 2015, p.33). Nous avons vu dans notre enquête que les répondants sont massivement favorables à une sorte de programme commun ce qui prouve qu'ils ont pleinement conscience qu'il existe une nécessité d'organisation et d'harmonisation tant des compétences revendiquées par le médiateur que du fonctionnement collectif entre association. De nos jours l'éclatement – pour ne pas dire l'éparpillement – de l'offre de médiation joue en défaveur de sa prescription. Nous avons enregistré çà et là des tentatives de regroupement dont on ne sait encore si elles s'inscrivent dans la durée[77], mais on constate en définitive une logique d'empilement qui ne résout pas le problème. C'est la raison pour laquelle, nous recommandons de favoriser les fusions d'instances et d'association au profit d'une représentation plus organisée et uniforme.

Enfin, se pose la question de la création d'un diplôme national de médiation. Le rapport de l'IGSJ le proposait explicitement. Les réponses à notre enquête montrent que les acteurs n'y sont pas des plus favorables, surtout les médiateurs (38% pour les magistrats, 30 % pour les avocats, 25 % pour les médiateurs). Ces réponses peuvent apparaître singulières au premier abord, d'autant que les tendances législatives françaises et européennes se dirigent assez clairement vers cette option. Cependant, on constate que dans la loi dite J21 aucune obligation

---

[76] La profession a de multiples définitions et nous en voyons ici deux de ses facettes, celles de profession comme un métier justifiant d'une spécialisation professionnelle et celle d'une activité par laquelle on gagne sa vie (cf. Dubar, Tripier, 1998).

[77] La dernière en date est l'initiative dite *Médiation 21* : http://www.mediation21.fr/

sur ce point n'a été retenue[78]. Ainsi, malgré de multiples recommandations nous ne constatons aucune avancée en la matière.

Il nous semble que ce frein s'explique par la crainte qu'engendrerait une nouvelle étape dans le développement de la médiation judiciaire. Car beaucoup de médiateurs sont assez âgés ; la moyenne d'âge est de 59 ans dans notre enquête et plus de 50% d'entre eux ont 62 ans ou plus. Certes on peut concevoir que la figure de la « sagesse » ou de « l'expérience » soit rassurante pour les médiés. Mais ce serait privilégier la qualité intrinsèque de la personne, le don de soi au détriment des compétences acquises. La voie du développement de la médiation passe par la professionnalisation de cette activité. *De facto*, cela conduirait probablement à l'ouvrir vers d'autres générations de médiateurs, qui définiront certainement cette activité aussi comme une profession au sens d'emploi. D'une certaine manière l'augmentation de la prescription de la médiation exige en parallèle la professionnalisation des médiateurs.

<u>Proposition n°4 : Professionnaliser l'activité de médiation judiciaire</u>

- Favoriser la professionnalisation des médiateurs intervenant sur prescription judiciaire
- Créer un diplôme national et/ou un référentiel professionnel du médiateur judiciaire
- Harmoniser la formation professionnelle des médiateurs en la dissociant de celles dispensées par les associations
- Favoriser le regroupement des associations de médiation pour rendre plus visible l'offre de médiation ; calquer ces regroupements sur le territoire judiciaire.

5. Le cadre réglementaire de la médiation judiciaire

Les expérimentations de prescription de la médiation possèdent une souplesse parce qu'elles se situent en dehors d'un cadre légal défini pour elles, ou bien parce qu'elles utilisent un cadre légal détourné. Cependant, ce qui peut apparaître comme un avantage peut devenir un réel obstacle en premier lieu lorsqu'il s'agit de convaincre les parties de participer aux processus, en second lieu si l'on souhaite que ce processus prenne une ampleur conséquente. Les relatifs échecs de certaines expériences ont souvent pour origine l'absence de contrainte légale permettant non pas d'imposer le processus mais simplement de le proposer. Les promoteurs sont notamment confrontés à l'écueil du caractère non obligatoire de l'information à la médiation, ce qui se pratique pourtant – et avec bien moins de réticences – dans le domaine des litiges familiaux. Si l'on prend l'exemple de la chambre sociale de la Cour d'appel de Paris, la déperdition des affaires est très importante au moment de la convocation pour information (124 dossiers sur 980 en 2014 soit 1 sur 8) et nettement moindre après cette information, 1 dossier sur 4 débouchant sur une adhésion au processus de médiation[79].

[78] Nous mettons à part dans notre raisonnement la situation de la médiation familiale où le diplôme d'Etat existe depuis 2003.

[79] Si la déperdition était constante, on pourrait logiquement espérer que 245 dossiers suivent la voie de la médiation.

C'est la raison pour laquelle il faudrait faire évoluer la législation dans un sens qui facilite l'accès de tous les justiciables à ce mode amiable, par un recours plus systématique aux audiences de médiation, formule qui semble être la plus efficiente. D'autre part, en raison du cadre légal actuel, entrer en médiation peut être synonyme de contrainte, particulièrement pour les avocats, et donc amoindrir les chances de celle-ci d'être acceptée.

<u>n°5 : Créer un cadre légal spécifique pour la médiation judiciaire</u>

- Faire évoluer le cadre légal concernant la prescription de la médiation
  - ✓ Permettre une suspension de tous les délais si une médiation est acceptée par les parties, notamment étendre la portée de l'article 2238 du code civil aux délais imposés par le Décret Magendie pour conclure. L'existence de ces délais complique aujourd'hui la tâche des magistrats de la cour d'appel qui souhaitent prescrire des médiations.
  - ✓ Généraliser l'injonction de s'informer sur la médiation, prévue par les articles 255-2 et 373-2-10 du Code civil, à l'ensemble des procédures.
- Etablir un cadre légal permettant de rendre obligatoire ou plus coercitif l'information donnée aux parties et aux avocats d'un dossier sélectionné sur la médiation
- Favoriser les « prescription directe » de la médiation
  - ✓ Développer les audiences de médiation
  - ✓ Beaucoup d'expérimentations utilisent l'audience pour proposer une médiation notamment parce que les parties et leurs avocats sont présents. Le développement et l'institutionnalisation de ces audiences parait indispensable pour obtenir une adhésion plus facile des justiciables aux médiations qui sont proposées.

PARTIE F - SYNTHESE DES PROPOSITIONS

Les leviers de l'augmentation de la prescription de la médiation judiciaire

LEVIER JURIDIQUE

CREER UN CADRE LEGAL SPECIFIQUE POUR LA MEDIATION

- Faire évoluer le cadre légal concernant la prescription de la médiation
- Rendre l'information à la médiation plus coercitive, tant pour les médiés que les avocats
- Favoriser la « prescription directe »

LEVIERS INSTITUTIONNELS

COORDINATION ET ANIMATION INSTITUTIONNELLE

- Créer un animateur/coordinateur de la médiation par cour d'appel
- Instaurer un espace de partage des pratiques au sein des tribunaux
- Affecter des assistants de justice au dispositif de médiation déjà en fonctionnement et ceux en projet.

CONNAITRE L'ACTIVITE DE MEDIATION JUDICIAIRE

- Alimenter l'Observatoire des médiations
- Créer une nomenclature d'indicateurs spécifiques à la médiation judiciaire
- Publier un bilan statistique détaillé sur l'activité de médiation pour chaque ressort de cour d'appel

LEVIERS PROFESSIONNELS

PROFESSIONNALISER L'ACTIVITE DE MEDIATION

- Favoriser la professionnalisation des médiateurs intervenant sur prescription judiciaire
- Créer un diplôme national et/ou un référentiel professionnel du médiateur judiciaire
- Harmoniser la formation professionnelle des médiateurs
- Favoriser le regroupement des associations de médiation

FORMER A LA PEDAGOGIE DE LA MEDIATION

- Augmenter l'exigence de formation obligatoire et continue en médiation
- Développer des formations à la médiation destinées aux prescripteurs de la médiation portant sur la pédagogie de la médiation :
- Réguler la formation initiale et continue des médiateurs judiciaires par ressort de cour d'appel.

BIBLIOGRAPHIE

APMF, APME ET CERAF-MEDIATION, *Les effets de la médiation familiale dix ans après. Enquête sur cent familles*, Actes du colloque organisé le 4 décembre 1998 par l'Association pour la promotion de la Famille, l'Association pour la promotion de la médiation familiale et le Centre d'études, de recherches, d'accompagnement familial par la médiation, mars 2000, ronéo.

ARNAUD André Jean (dir.), 1988, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ.

BASTARD Benoit, « Un processus de professionnalisation au détriment de la profession ? La médiation familiale en France », *in* Didier Vrancken *et al.*, *Penser la négociation*, De Boeck Supérieur, 2008, p. 17-28.

BASTARD Benoit, 2002, *Les démarieurs. Enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*, Paris, La découverte.

BEN MRAD Fathi, *Sociologie des pratiques de médiation*, L'Harmattan, 2002.

BERNABE Boris, « Les modes amiables de résolution des différends et l'office du juge. La tierce voie », *Revue Justice Actualités*, 2014, n°12, p. 10-21.

BERTRAND Philippe, « de l'office du juge prescripteur de médiation à partir de l'expérimentation de la chambre commerciale de la cour d'appel de Pau », *Justices actualités*, n°12, décembre 2014, ENM, p. 116-120.

BERTRAND Philippe, La liste des médiateurs dans chaque cour d'appel : nouvelle exigence de la loi J21, *Gazette du Palais*, n°7, 14 février, 2017.

BLANCHET Alain, GOTMAN Anne, *L'entretien*, Armand Colin, coll. 128, 2015.

BLOHORN-BRENNEUR Béatrice, *La médiation pour tous*, Médias & Médiations, 2013.

BLOHORN-BRENNEUR Béatrice, *Justice et médiation. Un juge du travail témoigne*, Le Cherche-Midi, Paris, 2006.

BONAFE-SCHMITT Jean-Pierre, *La médiation : une justice douce*, Syros-alternatives, 1992.

BONAFE-SCHMITT Jean-Pierre, « Le mouvement "Victim-Offender Mediation" : l'exemple du Minnesota Citizen Council on Crime and Justice », *Droit et société*, vol. 29, n°1, 1995, p. 57-77.

BONAFE-SCHMITT Jean-Pierre, *La médiation scolaire par les élèves*, Paris, ESF Editeur, 2000.

BONAFE-SCHMITT Jean-Pierre, CHARRIER Philippe, FOLIOT Gérald, BERNIGAUD Sylvie, *Création d'un observatoire des médiation*, Groupe d'Etude Médiation, 2015.

BONAFE-SCHMITT Jean-Pierre, CHARRIER Philippe, ROBERT Jean-Claude, *Évaluation des effets des processus de médiation familiale sur les médiés*, Lyon, 2006, Glysi-Safa / Université Lyon 2 / FENAMEF.

BONAFE-SCHMITT Jean-Pierre, DAHAN Jocelyne, SALZER Jacques, SOUQUET Marianne, VOUCHE Jean-Pierre, *Les médiations, la médiation,* Erès-trajets, 1999

BONAFE-SCHMITT Jean-Pierre, ROBERT Jean-Claude, « La médiation scolaire dans un réseau d'éducation prioritaire », in *Conflict and Violence Resolution through Social Mediation (School and Family*, 2002.

BONAFE-SCHMITT Jean-Pierre, ROBERT Jean-Claude, *Les médiations : logiques et pratiques sociales,* GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2001.

BOUABDALLAH Safia, 2014, « La formation des avocats en France et en Belgique : la place de la médiation », *Revue d'arbitrage et de médiation*, n°1, vol 4, p.45-86.

CADIET Loïc, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français, *Ritsumeikan Law Review*, n°28, 2011, p165-166.

CADIET Loïc, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », in M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt et H. Ruiz-Fabri (dir.), *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2002, p. 89 et sq.

CADIET Loïc, 1995, « Le spectre de la société contentieuse », *Mélanges G. Cornu*, Paris, PUF, p. 29 et sq.

CARBONNIER Jean, *sociologie juridique*, PUF, 2004.

CARIO René, *Justice restaurative : principes et promesses*, Paris, L'harmattan, 2010.

CHARRIER Philippe, GAILLARD Maurice (dir.), « Une profession en mutation : les avocats », EA Droit, Contrats, Territoire, Cobra (Conférence des Barreaux de Rhône-Alpes), Septembre 2012, 213 p.

CHEVALIER Pierre, DESDEVISES Yvon, MILBURN Philip, *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice,* La documentation Française, Mission de Recherche Droit et Justice, 2003.

COMITE NATIONAL DES ASSOCIATIONS ET SERVICES DE MEDIATION FAMILIALE, *Le profil du médiateur familial* - Résultats de l'enquête-mars 2000, 28 p.

CRETIN Laurette, *L'opinion des français sur la Justice*, Infostat Justice, n°125, Janvier 2014.

DE BRIANT Vincent, PALAU Yves, *La médiation. Définitions, pratiques et perspectives,* Nathan Université, Sciences Sociales 128, 1999

DEGUERGUE Maryse, « Des influences sur les jugements des juges », *Revue juridique de l'USEK*, n°10, 2009, p.339-354.

DELAUNAY Bénédicte, *Le médiateur de la République*, Paris, PUF, que sais-je ?, 1999.

DELMAS-GOYON Pierre, *Le juge du 21ème siècle. Un citoyen acteur, une équipe de justice*, Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, 2013.

DELPEUCH Thierry, DUMOULIN Laurence, GALEMBERT Claire de, *Sociologie du droit et de la justice*, Paris, Armand Colin, 2014.

DION Nathalie, *De la médiation. Essai pour une approche créatrice et pacifiée du conflit*, Paris, Mare & Martin, 2011.

DUBAR Claude, TRIPIER Pierre, *Sociologie des professions*, Armand colin, 1998.

DUCLOS Hélène, GRESY Jean-Edouard, *Evaluation de l'utilité sociale de cinq structures de médiation sociale*, Rapport à Christine Boutin Ministre du logement et de la ville, 2008.

DUCLOS Hélène, GRESY Jean-Edouard., *Guide d'évaluation de l'utilité sociale de la médiation sociale*, Cahiers pratiques, hors-série, Les éditions de la DIV, 2009.

DUNWORTH Terence, HILL Laural A, KAKALIK James S., MC CAFFREY Daniel, OSHIRO Marian, PACE Nicholas M., VAIANA Mary E., *An evaluation of mediation an early neutral evaluation under the civil justice reform act*, The Insitute for Civil Justice, 2007.

FAGET Jacques, *Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie*, Eres, 2010.

FLOCH Jacques, *La médiation en Europe*, Assemblée Nationale, 2007.

FUTIAK Thomas, *Le médiateur dans l'arène. Réflexions sur l'art de la médiation*, Erès, Trajets, 2009.

GARAPON Antoine, *Bien Juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997

GARAPON Antoine, PERDRIOLLE Sylvie, BERNABE Boris, *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXIè siècle*, Institut des Hautes Etudes sur la Justice, mai 2013.

GORCHS-GELZER Béatrice, « L'actualité législative de la conciliation dans les juridictions » Colloque *Conciliation judiciaire et conciliation de justice à la cour d'appel de Paris*, Cour d'appel de Paris et ENM, 15 mars 2016.

GRAY E., « AFM survey results outline interesting demographic picture of members », *Mediation News*, vol.16, n°3, 1997.

GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, *La médiation,* PUF, Que sais-je ?, 1995.

GUINCHARD Serge (dir.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation Française, 2004.

HABERMAS Jurgen, *Théorie de l'agir communicationnel, Tome 2 Pour une critique de la raison fonctionnaliste*, Fayard, Paris, 1981.

HABERMAS Jurgen, *Théorie de l'agir communicationnel, Tome 2 Pour une critique de la raison fonctionnaliste*, Fayard, Paris, 1981.

HAHN Robert A., KLEIST David. M., « Divorce Mediation: research and Implications for Family and Couples Counseling », *The Family Journal: Counseling and therapy for couples and families*, vol. 8, n°2, 2000, p. 165-171.

HOLLEAUX Benoit, « La médiation dans le contentieux prud'homal à la Cour d'appel de Paris : entre réflexions théoriques et approches pratique », *Droit Social*, n°2, 2016, p.170-181.

HUGUES Everett C., *Le regard sociologique*, Paris EHESS, 1996.

INSPECTION GENERALE DES SERVICES JUDICIAIRES, *Sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, avril 2015

JACCOUD Mylène, *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences*, Paris, L'harmattan, 2003.

KAUFMANN Jean-Claude, *L'entretien compréhensif*, Nathan, 1996.

LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, LECOURT Arnaud, *La pratique de la médiation en matière commerciale et civile devant la 2e chambre section 1 de la Cour d'appel de Pau*, CRAJ, 2014.

LAZEGA Emmanuel, 2009, « Quatre siècles et demi de *New (New) Law & Economics* : du pragmatisme juridique dans le régime consulaire de contrôle social des marchés, *Revue Française de Socio-Économie*, vol 1, n° 3, p. 97-120.

LEBON-BLANCHARD Marie-Françoise, *Comité interministériel des droits des femmes et de l'égalité entre les femmes et les hommes* – Feuille de route du ministère de la Justice, décembre 2014.

MAGENDIE Jean-Claude, *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, Cour d'appel de Paris, 2008.

MATHIVET Amandine, SAINT-MACARY Émilie, « Le non-recours à la médiation familiale L'inadéquation du dispositif à certaines situations de séparations conjugales », *Politiques sociales et familiales*, n° 119, 1995, p. 31-40.

MILBURN Philip, *La médiation. Expériences et compétences*, La Découverte, Alternatives sociales, 2002.

MINONZIO Jérôme, *Evaluation de la médiation familiale dans les CAF. Une enquête auprès des bénéficiaires*, Dossier d'Etudes n° 82, CNAF, 2006.

MOREAU Caroline, MUNOZ-PEREZ Brigitte, SERVERIN Evelyne, « La médiation familiale et les lieux d'exercice du droit de visite dans le secteur associatif en 2003 », *Infostat Justice*, n°84, 2005.

MOREAU Caroline, *Statistique sur la profession d'avocat – Situation au 1er janvier 2016* – Ministère de la Justice, 2016.

MORISSETTE Yves Marie, *(Dé)judiciarisation, (dé)juridicisation et accès à la justice*, Editions Yvon Blais, 1992.

NELISSE Claude, « Le règlement déjudiciarisé : entre la flexibilité technique et la pluralité juridique », *Revue du Droit de l'Université de Sherbrooke*, n°23, 1992, pp. 270-280.

ROBERT-SANCHEZ Pascale, 2013, « L'avocat et la médiation », in Jacques FISCHER-LOKOU et Peggy LARRIEU, *La médiation efficace*, Paris, L'harmattan, p. 95-119.

SERVERIN Évelyne, « L'échec de la médiation », *L'Express*, 26 avril 2004.

SHESTOWSKY Donna, « The psychology of procedural preference: how litigants evaluate legal procedures ex ante », *Iowa Law Review*, n°2, vol. 99, 2014, p. 637-710.

SIX Jean-François, *Le temps des médiateurs*, Seuil, 1990.

STIMEC Arnaud, *Avocats et médiateurs : Etat des lieux et perspectives*, Réseau Européen Droit & Société, MSH paris, 2001.

STIPANOWICHT Thomas J., LAMARE Ryan J., « Living with ADR: evolving perceptions and use of mediation, arbitration and conflict management in fortune 1000 corporations », *Havard Negotiation Law Review*, vol.19, 2014, p.1-68.

STRICKLER Yves, *L'office du juge et les principes*, Ecole Nationale de la Magistrature, 2012.

VERT Fabrice, « La médiation judiciaire. Bilan et perspectives », *ICC info*, 2011, p.40-42.

WALGRAVE Lode, « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme », *Criminologie*, n°1, vol. 32, 1999, p.7-29.

LISTES DES SIGLES ET ABREVIATIONS UTILISES

ALMA : Association Lyonnaise de Médiation Amiable

CA : Cour d'appel

CARBILEB : Chambre d'Arbitrage et de Règlement négocié des Litiges Economiques du Béarn

CIMA : Centre Interprofessionnel de Médiation et d'Arbitrage

CMAP : Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris

CNAM : Conservatoire National des Arts et Métiers

CNB : Conseil National des Barreaux

CNIL : Commission Nationale Informatique et Liberté

CNPM : Chambre National des Praticiens de la Médiation

CRAJ : Centre de Recherches et d'Analyses Juridiques

DEMF : Diplôme d'Etat de Médiateur Familial

EDARA : Ecole des avocats Rhône-Alpes

ENM : Ecole Nationale de la Magistrature

GEMME : Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation

IGSJ : Inspection Générale des Services Judiciaires

JAF : Juge aux Affaires Familiales

MARC : Mode Amiable de Règlement des Conflits

MARD : Mode Amiable de Règlement des Différends

MARL : Mode Amiable de Règlement des Litiges

OMA : Office des Modes Amiables

RG : Registre Général

TGI : Tribunal de Grande Instance

TI : Tribunal d'Instance

UMJ : Unité de Médiation Judiciaire

TABLES DES MATIERES

SOMMAIRE 4
INTRODUCTION 5
1. Etudier la prescription de la médiation judiciaire pour la développer 5
2. La prescription de la médiation : état des lieux 9
2.1. Prescrire la médiation : accepter la diversification des réponses juridiques 10
2.2. Prescrire la médiation : droit à l'équité et présence du justiciable dans son litige 11
2.3. Prescrire la médiation : une dynamique de déjudiciarisation ? 12
2.4. Etat des lieux de la connaissance de l'action des juges en matière de prescription 14
3. Méthodologique de l'étude 21
3.1. L'observatoire des médiations 21
3.2. Le champ de l'étude 22
3.3. Recueillir les dossiers de médiation judiciaire civile 23
3.4. Recueillir les discours des prescripteurs potentiels 24
3.5. Recueillir le potentiel de prescription : l'enquête par questionnaire 25
3.6. Profils des répondants 27
PARTIE A : L'OBSERVATOIRE DES MEDIATIONS : UN OUTIL RENFORCE 32
1. Elaboration d'outils pour la saisie et l'analyse de dossiers de médiation judiciaire 32
1.1. La création d'une nouvelle structure de saisie des dossiers 32
1.2. L'élaboration de la fiche d'activité pour les médiations judiciaires 33
2. L'accès aux informations sur le déroulement des médiations : une difficulté 41
3. L'activité de médiation judiciaire analysée via les dossiers recueillis 43
3.1. Forme et volume de l'activité médiation 43
3.2. Les issues de la médiation 51
PARTIE B : LES DIMENSIONS JURIDIQUES DE LA PRESCRIPTION DE LA MEDIATION 55
1. Quand et comment un professionnel de la justice peut-il prescrire la médiation ? 55
2. les évolutions récentes pour la médiation judiciaire : la loi J 21 57
2.1. L'instauration de la médiation en matière administrative 57
2.2. La modification de la médiation familiale 58
2.3. La médiation dans les actions de groupe 59
2.4. L'instauration d'une liste auprès des CA 59
2.5. La conciliation obligatoire 60
2.6. Favoriser l'implication des avocats 61
PARTIE C : LES PRATIQUES DE PRESCRIPTION 62

1. La prescription chez les magistrats 63
1.1. Des magistrats ouverts la prescription de la médiation 63
1.2. Reconnaître cette activité à part entière ou la considérer comme « annexe » ?..... 66
1.3. Prescrire sans régenter 70
2. La prescription chez les avocats 80
2.1. La posture d'accompagnant en médiation..... 81
2.2. L'avocat n'est pas le premier prescripteur 84
2.3. La perméabilité paradoxale entre la profession d'avocat et la médiation..... 85
3. La prescription chez les médiateurs 86
3.1. Un rôle de soutien à la prescription..... 87
3.2. Comment choisir un médiateur ?..... 90
3.3. Est-ce que le médiateur doit posséder des compétences juridiques étendues ?..... 94
PARTIE D : LES TENTATIVES D'EXPERIMENTATION DE PRESCRIPTION DE LA MEDIATION 98
1. Les principes communs 98
1.1. Sélectionner des dossiers..... 98
1.2. Présenter le processus..... 99
1.3. Alimenter le dispositif..... 101
2. illustrations d'expérimentations 101
2.1. La Chambre commerciale de la Cour d'appel de Lyon. 101
2.2. La Chambre Sociale de la Cour d'appel de Lyon..... 105
2.3. L'expérience du TGI de Lyon 106
2.4. Tribunal de Commerce de Pau : création d'une instance de médiation..... 110
2.5. La Chambre sociale de la Cour d'appel de Paris..... 112
PARTIE E : DES OBSTACLES IDENTIFIEES AUX PROPOSITIONS POUR AMELIORER LA PRESCRIPTION 115
1. Connaitre la médiation pour la prescrire : formation à la pédagogie de la médiation 115
2. Dépasser les obstacles institutionnels et organisationnels 119
3. Cerner l'activité de médiation judiciaire et forger ses outils d'évaluation..... 121
4. L'absence d'une organisation professionnelle structurée chez les médiateurs 123
5. Le cadre réglementaire de la médiation judiciaire 125
PARTIE F - SYNTHESE DES PROPOSITIONS..... 127
BIBLIOGRAPHIE 128
LISTES DES SIGLES ET ABREVIATIONS UTILISES 132
TABLES DES MATIERES..... 133

LA PRESCRIPTION DE LA MEDIATION JUDICIAIRE

ANALYSE SOCIO-JURIDIQUE DES DISPOSITIFS DE MEDIATION DANS TROIS COURS D'APPEL : DE LA PRESCRIPTION A L'ACCORD DE MEDIATION

La médiation judiciaire a connu une expansion sans précédent depuis ces 40 dernières années. En France, elle est progressivement devenue une solution légitime pour régler les litiges des justiciables, au point où de nos jours ne ce n'est pas tant la question de la présence ou non de la médiation dans les tribunaux qui fait débat, mais plutôt la ou les formes qu'elle devrait ou pourrait prendre. La médiation est donc bien présente dans le système judiciaire, mais selon des configurations bigarrées et plurielles. Dès lors, son émergence dans l'espace judiciaire n'a rien d'anecdotique ; elle accompagne des transformations profondes sur la manière de juger de nos jours.

Ce rapport s'interroge d'une part sur ce que produit la médiation dans les institutions judicaires à propos des voies de règlements des litiges et des conflits et d'autre part sur les façons dont on peut renforcer sa présence, autrement dit favoriser sa prescription. Il s'appuie sur l'expertise de chercheurs sociologues du Centre Max Weber (CNRS - UMR 5283) et de juristes du laboratoire DCT (Université Lumière Lyon 2) qui ont développé des recherches et des analyses sur la médiation notamment *via* le soutien à la création de l'Observatoire des médiations, dont l'objectif répond en partie aux finalités de cette étude, à savoir : dresser un état des lieux de la médiation, analyser ce phénomène de la médiation tant judiciaire que conventionnelle et étudier ce nouvel acteur qu'est le médiateur.

La focale choisie est celle de la prescription. Cette problématique correspond aux actions et pratiques qui conduisent à suggérer, orienter ou ordonner aux parties en présence l'utilisation de la médiation pour le règlement de leur litige. Pour décrire et analyser celles-ci, nous avons tout d'abord mené une recherche empirique en opérant une étude détaillée des dossiers de médiation, depuis l'envoi en médiation par le magistrat jusqu'à la réussite ou l'échec du processus et ses différentes issues. Ensuite, nous avons décrit les expérimentations et les dispositifs mis en place dans les juridictions du ressort des Cours d'appel de Lyon, Paris et Pau, en soulignant leurs forces et leurs faiblesses. Enfin, nous avons réalisé une enquête quantitative par l'intermédiaire un questionnaire en ligne auprès des principaux prescripteurs de médiations judiciaires (magistrats, avocats, médiateurs) afin de connaître leurs pratiques de prescription.

L'ensemble de ces résultats a permis de dégager des propositions d'amélioration de cette prescription, comme la structuration souhaitable de l'espace professionnel de la médiation, la construction d'un outillage statistique propre à la médiation judiciaire, l'aménagement d'un cadre légal plus précis et moins ambigu, une coordination institutionnelle renforcée des dispositifs de prescription de la médiation et le développement de formations à la sensibilisation de la médiation auprès de prescripteurs potentiels.

MISSION DE RECHERCHE
Droit & Justice

LA PRESCRIPTION DE LA MEDIATION JUDICIAIRE

ANALYSE SOCIO-JURIDIQUE DES DISPOSITIFS DE MEDIATION DANS TROIS COURS D'APPEL : DE LA PRESCRIPTION A L'ACCORD DE MEDIATION

ANNEXES

PHILIPPE CHARRIER
Centre Max Weber – UMR 5283
CNRS / Université Lumière Lyon 2
ADRIEN BASCOULERGUE
Droit, Contrats, Territoires EA 4573
Université Lumière Lyon 2
JEAN-PIERRE BONAFE-SCHMITT
Centre Max Weber- CNRS UMR 5283
CNRS / Université Lumière Lyon 2
GERALD FOLIOT
TGIR Huma-Num

Centre Max Weber

DCT droitscontratsterritoires

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice

Annexe n°1 : Guides d'entretien (magistrat, avocat, médiateur)

Guide d'entretien Magistrat

I - Identité du magistrat

1) Dans quel domaine exercez-vous ?
   - Illustrations par des litiges « types » ou « classiques »
2) Dans quel domaine avez-vous exercé ?
- Relance sur le parcours professionnel (dans et hors la magistrature) et les étapes de celui-ci
3) Quelles ont été vos principales motivations à être juge ?
   - Par engagement ? Si oui, lequel ?
   - changement de profession ? Pour quelles raisons ?
   - Des valeurs ? Lesquelles ?
4) Quels sont les principales qualités d'un juge ?
   - Intransigeance ?
   - Ecoute ?
   - Neutralité ?
   - Compréhension, empathie ?
   - Respect du droit ?
5) Quelle conception avez-vous de votre rôle de juge ?
   - Juger ? Concilier ?
   - Que pensez-vous du rôle de conciliation ?
   - Juger en égalité ou en équité ?

II – Pratique du magistrat en matière de modes amiable, médiation, conciliation

6) Quels types d'affaires traitez-vous habituellement ?
   - Plus exceptionnellement ?
   - Illustration
7) Dans quel type de litiges prononcez-vous des médiations ?
   - en fonction des litiges ?
   - en fonction du type de relations entre les parties ?
8) Si vous ordonnez des médiations, comment procédez-vous ?
   - Illustration (par exemple la dernière occasion)
   - à quel moment de l'instance ? Pourquoi ?
9) Avez-vous identifié des critères, des facteurs favorables à la médiation ?
   - Si, ou lesquels ?
   - Si non, comment expliquez-vous vos choix ?
10) À quoi voyez-vous que les parties sont favorables à un mode amiable particulièrement à la médiation ? Quelles sont les raisons qui amènent les parties à accepter une médiation ?
   - Illustrations
   - Question obstacles ?

11) On a l'habitude d'entendre dire que la médiation est plus rapide qu'une procédure judiciaire. Qu'en pensez-vous ?
12) On a l'habitude d'entendre dire que la médiation est un moyen de désengorger les tribunaux. Qu'en pensez-vous ?
13) On a l'habitude d'entendre dire que la médiation est moins coûteuse qu'une procédure judiciaire. Qu'en pensez-vous ?
14) En cas de réussite de la médiation avez-vous connaissance du contenu de l'accord ?
- si non pourquoi ?
- si oui comment ?
15) En cas de connaissance du contenu de l'accord, quelles sont les possibilités les plus fréquemment réalisées ?
16) En cas de réussite de la médiation, effectuez-vous un suivi de la médiation ?
- Pourquoi ?
17) Intervenez-vous dans des médiations conventionnelles ?
- Si oui, pourquoi ?
-Si non pourquoi ?
- pratique d'homologation de médiation conventionnelle ?
18) En cas d'échec de la médiation, adoptez-vous une position particulière ?
- Pourquoi ?
19) Comment procédez-vous pour désigner le ou les médiateurs ?
20) Au cours de la médiation, quelles relations entretenez- vous avec le médiateur que vous avez désigné ?
21) Quelle place laissez-vous à l'avocat dans le processus de médiation ?
22) Quelles relations entretenez-vous avec le personnel de la justice (greffiers…) durant le processus de médiation ?
22) Avez-vous bénéficié d'une formation à la médiation et/ou aux modes amiables ? - Formation diplômante ?
- Dénomination du diplôme de médiation ? Nom de l'organisme délivrant le diplôme?
- Type de formation ?
- Durée de la formation en médiation (heure) ?
- Formation payante ?

III – La prescription de la médiation

23) Vous pensez-vous comme un prescripteur (orienter, suggérer, ordonner) de la médiation ?
- de modes amiables ?
24) Comme faire en sorte que l'on prescrive plus de médiation ?
25) Ou sont les obstacles, selon vous, pour un plus grand nombre de médiations judiciaires ?
26) Doit-on passer par l'obligation ? En rester à la proposition ?
27) Quels sont les limites de la médiation ?

IV- la conciliation

28) Ordonnez-vous des conciliations ?
- Pour quelles raisons ? Dans quel contexte ?

- A quel moment de l'instance ? Pourquoi ?

29) Selon quelles modalités proposez-vous la conciliation aux parties ?

30) Quelle place laissez-vous à l'avocat dans le processus de conciliation ?

31) Quelles relations entretenez-vous avec le conciliateur?

VI – La vision des MARD

32) Quelles sont les différences/similitude entre la médiation et la conciliation ?
- entre les autres modes amiables (arbitrage, transaction, …) ?

33) Quel est le travail du médiateur selon vous ?

34) Quel doit être le rôle/ place du magistrat dans les modes amiables selon vous ?

35) Le métier de médiateur et de conciliateur doit-il être encadré selon vous ?
- Pourquoi ? Comment ?
- Quelles améliorations sont souhaitables selon vous ?

VII OBSERVATIONS COMPLEMENTAIRES

Nom :	Prénom :
Age :	Sexe :
Tel :	Mail :
Niveau d'études :	Fonctions :

Guide d'entretien Avocat

I - Identité de l'avocat

1) Dans quel domaine exercez-vous ?
- Illustrations par des contentieux « types » ou « classiques » qui sont pratiqués

2) Dans quel domaine avez-vous exercé ?
- Relance sur le parcours professionnel (hors avocat) et les étapes de celui-ci

3) Quelles ont été vos principales motivations à devenir avocat ?
- Par engagement ? Si oui, lequel ?
- changement de profession ? Pour quelles raisons ?
- Des valeurs ? Lesquelles ?

4) Quels sont les principales qualités d'un avocat ?
- Conseil ?

- Ecoute ?
- Neutralité ?
- Compréhension, empathie ?
- Respect du droit, technique juridique ?

5) Quelle conception avez-vous de votre rôle d'avocat ?
- Défendre ?
- Accompagner ?
- Conseiller ?
- Que pensez-vous du rôle de conciliation ?

II – Pratique de l'avocat en matière de modes amiable, médiation, conciliation

6) Quels types d'affaires traitez-vous habituellement ?
- Plus exceptionnellement ?
- Illustration

7) A quoi voyez-vous que les parties sont favorables à un mode amiable ?
- particulièrement pour la médiation
- particulièrement pour la conciliation

8) Proposez-vous des médiations conventionnelles ?
- Pourquoi ?
- Dans quel type de litiges ?
- en fonction des litiges ?
- en fonction du type de relations entre les parties ?

9) Acceptez-vous toutes les demandes de médiation conventionnelle ?
- Si non pourquoi ?

10) Participez-vous aux médiations conventionnelles ?
- Si non pourquoi ?
- En cas de participation, quel est votre rôle ?

11) Avez-vous recours à l'homologation devant le juge ?
- Pourquoi ?

12) Proposez-vous des médiations judiciaires ?
- Pourquoi ?
- Dans quel type de litiges ?
- en fonction des litiges ?
- en fonction du type de relations entre les parties ?

13) Si vous proposez des médiations, comment procédez-vous ?
- Illustration (par exemple la dernière occasion)

14) Avez-vous identifié des critères, des facteurs favorables à la médiation ?
- Si, ou lesquels ?
- Si non, comment expliquez-vous vos choix ?

15) Selon vous, quelles sont les raisons qui amènent les parties à accepter une médiation ?

16) En cas de réussite de la médiation, effectuez-vous un suivi de la médiation ?

- si oui, de quelle manière ?

17) Proposez-vous des médiations judicaires ?

- Pourquoi ?

18) Quelle est votre place/ rôle dans le processus de médiation ?

19) Quelles relations entretenez-vous avec le magistrat qui a ordonné la médiation ?

20) Quelles relations entretenez-vous avec le médiateur ?

21) Quelles relations entretenez-vous avec le personnel de la justice (greffiers…) durant le processus de médiation ?

22) En cas d'échec de la médiation, comment procédez-vous ?

III - Formation à la médiation

23) Avez-vous bénéficié d'une formation à la médiation et/ou aux modes amiables ? - Formation diplômante ?

- Dénomination du diplôme de médiation ?
- Nom de l'organisme délivrant le diplôme?
- Type de formation ?
- Durée de la formation en médiation (heure) ?
- Formation payante ?

IV – La prescription de la médiation

24) Orientez-vous vers la médiation ?

- d'autres modes amiables ?
- Pour quelles raisons ?
- Dans quels contextes ?

25) Comment faire en sorte que l'on prescrive plus de médiation ?

26) Ou sont les obstacles, selon vous, pour un plus grand nombre de médiations ?

27) Doit-on passer par l'obligation ? En rester à la proposition ?

28) Quels sont les limites de la médiation ?

V- La prescription de la conciliation

29) Orientez-vous vers des conciliations ?

- Pour quelles raisons ? Dans quel contexte ?

30) Selon quelles modalités proposez-vous la conciliation aux parties ?

31) Quelle place pensez-vous souhaitable de laisser à l'avocat dans le processus de conciliation ?

VI – La vision des MARD

32) Quelles sont les différences/similitude entre la médiation et la conciliation ?

- entre les autres modes amiables (arbitrage, transaction, …) ?

33) Quel est le travail du médiateur selon vous ?

34) Quel doit être le rôle/ place de l'avocat dans les modes amiables selon vous ?

35) Le métier de médiateur et de conciliateur doit-il être encadré selon vous ?

- Pourquoi ? Comment ?
- Quelles améliorations sont souhaitables selon vous ?

VII - OBSERVATIONS COMPLEMENTAIRES

Nom :	Prénom :
Age :	Sexe :
Tel :	Mail :
Niveau d'études :	Spécialité :

Guide d'entretien Médiateurs

I - Identité du Médiateur

1) Dans quel domaine de la médiation exercez-vous ?
   - Illustrations par des conflits « types » ou « classiques » qui sont pratiqués
   - Illustrations par le conflit le plus marquant récemment
2) Avez-vous des domaines où vous avez exercez et que vous avez abandonnez ?
   - Si oui, lesquels
   - des domaines à investir ?
3) Quelles ont été vos principales motivations à devenir médiateur ?
   - Par engagement ? Si oui, lequel ?
   - changement de profession ? Pour quelles raisons ?
   - Des valeurs ? Lesquelles ?
4) Quels sont les principales qualités d'un médiateur ?
   - Ecoute ?
   - Neutralité ?
   - Compréhension, empathie ?
   - Faire respecter le cadre de la médiation
5) Quelle conception avez-vous de votre rôle de médiateur ?

II – Pratique de l'avocat en matière de modes amiable, médiation, conciliation

6) Quels types de conflits traitez-vous habituellement ?
   - Plus exceptionnellement ?
   - Illustration

7) A quoi voyez-vous que les parties sont favorables à un mode amiable ?
- particulièrement pour la médiation
- particulièrement pour la conciliation

8) Orientez-vous vers d'autres modes amiables que la médiation ?
- dans quelles circonstances ?
- selon quels critères ?

9) Participez-vous à des médiations conventionnelles ?
- Si non pourquoi ?

10) Selon vous, à quels litiges la médiation conventionnelles est-elle le mieux adaptée ?
- Pourquoi ?
- Quel type de litiges ?
- en fonction du type de relations entre les parties ?

11) Acceptez-vous toutes les demandes de médiation conventionnelle ?
- Si non pourquoi ?
- quelles sont les limites de la médiation conventionnelle selon vous ?

12) Que pensez-vous de l'homologation devant le juge de l'accord de médiation conventionnelle ?
- nécessaire ?
- inutile ?
- au cas par cas ? Pour quelles raisons ?

13) Réalisez-vous des médiations judiciaires ?
- Si non, pourquoi ?
- Quelles sont les différences avec les médiations conventionnelles ?

14) Quelles relations entretenez-vous avec le magistrat qui a ordonné la médiation ?

15) Vous arrive-t-il de proposer des médiations, de les suggérer ?
- Illustration (par exemple la dernière occasion)

16) Pouvez-vous me décrire les principales techniques que vous utilisez en médiation ?
- illustration

17) Avez-vous identifié des critères, des facteurs favorables à la médiation ?
- Si, ou lesquels ?
- Si non, comment expliquez-vous vos choix ?
- de l'ordre de la personne ? de l'ordre du conflit ?

18) Selon vous, quelles sont les raisons qui amènent les parties à accepter une médiation ?

19) En cas de réussite de la médiation, effectuez-vous un suivi de la médiation ?
- si oui, de quelle manière ?

20) En cas d'échec de la médiation, comment procédez-vous ?

III - Formation à la médiation

21) Avez-vous bénéficié d'une formation à la médiation et/ou aux modes amiables ?
- Formation diplômante ?
- Dénomination du diplôme de médiation ?
- Nom de l'organisme délivrant le diplôme?

- Type de formation ?
- Durée de la formation en médiation (heure) ?
- Formation payante ?

IV – La prescription de la médiation

22) Comment faire en sorte que l'on prescrive plus de médiation ?
23) Où sont les obstacles, selon vous, pour un plus grand nombre de médiations ?
24) Doit-on passer par l'obligation ? En rester à la proposition ?
25) Quels sont les limites de la médiation ?

V- La prescription de la conciliation

26) Orientez-vous vers des conciliations ?
    - Pour quelles raisons ? Dans quel contexte ?
27) Selon quelles modalités proposez-vous la conciliation aux parties ?

VI – La vision des MARD

28) Quelles sont les différences/similitudes entre la médiation et la conciliation ?
    - entre les autres modes amiables (arbitrage, transaction, …) ?
29) Quel doit être le rôle/ place de l'avocat dans les modes amiables selon vous ?
30) Le métier de médiateur doit-il être encadré selon vous ?
    - Pourquoi ? Comment ?
    - Quelles améliorations sont souhaitables selon vous ?
31) Le métier de conciliateur doit-il être encadré selon vous ?
    - Pourquoi ? Comment ?
    - Quelles améliorations sont souhaitables selon vous ?

VII - Observations complémentaires

Nom :	Prénom :
Age :	Sexe :
Tel :	Mail :
Niveau d'études :	Spécialité (en médiation) :

Annexe n°2 : Liste (anonymisée) des personnes interrogées

FONCTION	DUREE DE L'ENTRETIEN	INTERVIEWEURS
Avocat - Lyon	1 h 12 mn	P. Charrier, A. Bascoulergue
Président du Tribunal de Commerce	1 h 16 mn	P. Charrier, A. Bascoulergue
Président de TGI	1 h 20 mn	P. Charrier
Président de TI	1 h 38 mn	P. Charrier, A. Bascoulergue
Président de chambre TGI	1 h 15 mn	P. Charrier, A. Bascoulergue
Président de chambre TGI	1 h 13 mn	P. Charrier, A. Bascoulergue
Président de chambre TGI	1 h 20 mn	P. Charrier, A. Bascoulergue
Médiateur – Paris	1 h 38 mn	A. Bascoulergue
Médiateur – Paris	1 h 35 mn	P. Charrier, A. Bascoulergue
Médiateur – Lyon	1 h 19 mn	P. Charrier
Président de chambre CA	1 h 45 mn	P. Charrier, A. Bascoulergue
Médiateur - Lyon	1 h 38 mn	P. Charrier
Président de chambre CA	1 h 48 mn	P. Charrier, A. Bascoulergue
Président de Tribunal Commerce	1 h 11 mn	G. Nicolau, N. Résseguier
Médiateur - Paris	1 h 47 mn	P. Charrier, A. Bascoulergue
Médiateur - Paris	1 h 41 mn	P. Charrier
Avocat - Lyon	1 h 14 mn	P. Charrier, A. Bascoulergue
Avocat - Lyon	1 h 21 mn	P. Charrier, A. Bascoulergue
Médiateur - Lyon	1 h 43 mn	P. Charrier, A. Bascoulergue

Annexe n°3 : Personnes sollicitées pour la recherche

Personnes sollicitées pour la recherche (demande de renseignement, entretiens informels, …)

NOM	PRENOM	FONCTION	NATURE DE LA SOLLICITATION
Authier	Philippe	Directeur des greffes – TGI de Lyon	Demande d'autorisation pour contact magistrat et accès aux données
Bertrand	Philippe	Président de la chambre commerciale à la CA de Pau	Expérimentation de la médiation à la Chambre commerciale
Cardona	Emmanuelle	Secrétaire générale de la CA de Lyon	Demande d'autorisation pour contact magistrat et accès aux données
Gaucher	Gérard	Président du TGI de Lyon (faisant fonction)	Demande d'autorisation pour contact magistrat et accès aux données
Larrivau-Terneyre	Virginie	Professeur à l'Université Pau Pays de l'Adour	Contacts avec magistrats du ressort de la CA de Pau + échanges d'informations
Lecourt	Arnaud	Maître de conférences à l'Université Pau Pays de l'Adour	Contacts avec magistrats du ressort de la CA de Pau + échanges d'informations
Mach	Christelle	Directrice des services de greffe judiciaires en charge du greffe civil – TGI Lyon	Accès aux données du TGI
Polle	Thierry	Président du TGI de Lyon	Demande d'autorisation pour contact magistrat et accès aux données
Revol	Jacques	Médiateur	Contacts divers des médiateurs de la région lyonnaise
Vert	Fabrice	Conseiller à la cour d'appel de Paris - Conseiller coordonnateur de l'activité des médiateurs et des conciliateurs de Justice	Contacts avec des magistrats du ressort de la CA de Paris
Walker	Gaëlle	Médiatrice, Médiation du Rhône, Association Nationale des Médiateurs	Contacts divers des médiateurs de la région lyonnaise

Annexe n°4 : Questionnaires diffusée en ligne via la plateforme Sphinx-online

Centre Max Weber

Pratique et prescription de la médiation

Est-vous ?

- Magistrat
- Médiateur
- Avocat

Les conditions de la prescription de la médiation

Quelles sont les critères à prendre en compte pour ordonner une médiation ?

	oui	non
La nature du litige		
la matière du litige		
la pérennité des relations entre les parties après le règlement du litige		
un montant important (>5000€)		
un montant faible (< 5000€)		

Précédent | Suivant

Centre Max Weber

Quelles formes de prescription vous semblent-elles adaptées ?

	très adaptée	assez adaptée	peu adaptée	pas du tout adaptée
A l'audience en présence des parties				
A l'audience en présence des avocats et/ou des parties				
Convocation par courrier				
Par contact avec les avocats				

Précédent | Suivant

Centre Max Weber

Les garanties à propos des médiateurs

Vérifiez-vous la formation des médiateurs

- oui, toujours
- pas systématiquement
- jamais

Est-ce que le fait que le médiateur ait reçu une formation est ?

- très important
- important
- peu important

Si "très important " ou "important", quel volume de formation vous semble nécessaire ?

- moins de 50 h
- entre 50 h et 100 h
- entre 100 h et 150 h
- plus de 150 h

Si "oui toujours" ou "pas systématiquement ", quel volume de formation vous semble nécessaire ?

- moins de 50 h
- entre 50 h et 100 h
- entre 100 h et 150 h
- plus de 150 h

Avez-vous des échanges avec des médiateurs ou des instances de médiation en dehors des relations dans le cadre de dossiers de médiation ?

- jamais
- rarement
- de temps en temps
- régulièrement

Précédent Suivant

Centre Max Weber

Prenez-vous en compte les résultats du médiateur en matière d'accord obtenu dans le choix du médiateur ?

- jamais
- parfois
- régulièrement

Est-ce que le médiateur doit avoir une formation juridique ?

- oui, c'est indispensable
- oui, c'est préférable
- non, ce n'est pas indispensable

Est-ce que la formation des médiateurs doit être harmonisée ?

- oui, par l'intermédiaire d'un diplôme national
- oui, par l'intermédiaire d'un programme de formation commun
- non

Précédent Suivant

Centre Max Weber

Le choix du médiateur

Jugez-vous préférable de ?

- ◯ désigner une association/instance de médiation
- ◯ c'est ensuite à elle de désigner le médiateur
- ◯ désigner un médiateur nominativement

Jugez-vous préférable que ?

- ◯ le magistrat désigne le médiateur
- ◯ le médiateur soit choisi par votre client parmi la liste fournie par les tribunaux
- ◯ votre client choisisse lui-même le médiateur
- ◯ votre client choisisse avec vous le médiateur

Jugez-vous préférable que ?

- ◯ le magistrat désigne le médiateur
- ◯ le médiateur soit choisi parmi la liste fournie par les tribunaux
- ◯ les parties au conflit choisissent eux-mêmes le médiateur
- ◯ les parties aux conflits choisissent avec leurs avocats le médiateur

Le médiateur doit-il être spécialiste du domaine relatif au litige ?

- ◯ oui, systématiquement
- ◯ cela dépend du litige
- ◯ non, le médiateur ne doit pas être un expert

← Précédent | Suivant →

Centre Max Weber

Comment jugez-vous l'instauration de la liste de médiateurs auprès des tribunaux ?

- ◯ C'est indispensable pour une garantie de qualité de la médiation
- ◯ C'est une bonne chose mais il devrait être possible de désigner un médiateur en dehors de la liste
- ◯ Ce n'est pas un garantie

Avez-vous été médiateur

- ☐ oui, en médiation judiciaire
- ☐ oui, en médiation conventionnelle
- ☐ jamais

Si oui, pouvez-vous décrire le dernier litige que vous avez eu à traiter (matières, types de litige, juridiction, conclusion, accord) ?

← Précédent | Suivant →

Centre Max Weber

Les modalités de la médiation

Si le dossier s'y prête, faut-il proposer la médiation ?

	oui	non
Dès l'instance	◯	◯
Pendant l'instance mais avec les conclusions des avocats	◯	◯
A l'audience	◯	◯
Tous les moments s'y prêtent	◯	◯

Si la nature du litige s'y prête, peut-il y avoir une médiation obligatoire ?

◯ oui ◯ non

En cas d'accord, les motifs de celui-ci doivent-ils être précisés au juge ?

◯ oui ◯ non

en cas d'accord, l'homologation doit-elle être systématique

◯ oui ◯ non

Précédent Suivant

Centre Max Weber

L'accompagnement d'un client en médiation

Si un magistrat propose une médiation judiciaire dans un dossier dont vous avez la charge, quelle attitude avez-vous ?

◯ je conseille à mon client de refuser
◯ je conseille éventuellement à mon client d'accepter après lui avoir expliqué le processus de médiation
◯ je laisse à mon client la décision d'accepter ou de refuser la proposition

Lorsqu'un magistrat propose une médiation judiciaire quelle doit être l'attitude de l'avocat dans l'accompagnement de son client ?

◯ il doit être le plus présent possible : lors des séances et de la réaction de l'éventuel accord
◯ il doit vérifier la conformité juridique du protocole d'accord éventuel
◯ il doit être en retrait

Avez-vous déjà suggéré un mode amiable à un de vos clients ?

◯ oui ◯ non

Si oui, le(s)quel(s) ?

Précédent Suivant

Centre Max Weber

Avez-vous déjà accompagné un client en médiation ?

- oui
- non

Si oui, selon quelle fréquence ?

- Une à deux fois par an
- Une à deux fois par mois
- Une à deux fois par semaine
- systématiquement pour certains litiges identifiés
- systématiquement pour tous les litiges

L'accompagnement en médiation judiciaire tel que vous le concevez pourrait-il être plus pratiqué qu'il ne l'est ?

- oui, mais il y a des obstacles (les confrères, les magistrats, ...)
- oui, assez facilement
- difficilement

Précédent | Suivant

Centre Max Weber

L'organisation institutionnelle autour de la médiation

Pour développer la médiation judiciaire, faudrait-il un magistrat dédié à cela par tribunal ?

- oui
- non

Pour développer la médiation judiciaire, faudrait-il comptabiliser le temps de prescription dans l'activité du juge ?

- oui
- non

Faudrait-il une information obligatoire sur la médiation dans chaque procédure ?

- oui
- non

Pensez-vous que la médiation doit être proposée dans les instances suivantes ?

	oui	non
Tribunal d'instance		
Tribunal de commerce		
Conseil des prud'hommes		
Tribunal de grande instance		
Cour d'appel		

Précédent | Suivant

Centre Max Weber

Etes-vous favorable à une régulation de la rémunération des médiateurs ?

oui non

Etes-vous favorable à une prise en en charge du coût de la médiation par l'Aide Juridictionnelle ?

oui non

Quelle devrait être la rémunération minimum pour une médiation judiciaire (3 mois) ?

€

Quelle devrait être la rémunération maximum pour une médiation judiciaire (3 mois)

Précédent Suivant

Centre Max Weber

La prescription de la médiation

Avez-vous déjà ordonné une médiation ?

oui non

Selon quelle fréquence ?

Une à deux fois par an
Une à deux fois par mois
une à deux fois par semaine
systématiquement pour certains litiges identifiés
systématiquement pour tous les litiges

La prescription de la médiation pourrait-elle être dans votre activité plus pratiquée qu'elle ne l'est ?

oui, mais il y a des obstacles oui, assez facilement difficilement

Précédent Suivant

Centre Max Weber

Médiation et conciliation

Qu'est-ce qui différencie la médiation de la conciliation ?

	oui	non
Le coût	○	○
Le rôle du médiateur / du conciliateur	○	○
Le fait de pouvoir proposer une solution	○	○
Les tribunaux qui les pratiquent (TC, TI pour la conciliation, TGI/ CA pour la médiation)	○	○
Il n'y a pas de différence	○	○

Faut-il privilégier à l'avenir ?

○ la médiation ○ la conciliation ○ les deux modes amiables

Faut-il maintenir la distinction entre médiation et conciliation ?

○ oui ○ non

Précédent Suivant

Centre Max Weber

Votre pratique de la médiation

Dans la dernière année, combien de médiations judiciaires avez-vous assurées ?

Durant la dernière année, combien de médiations conventionnelles avez-vous assurées ?

Pouvez-vous décrire la dernière médiation que vous avez eu à traiter (matière, type de litige, juridiction, conclusion, accord, ...) ?

La médiation judiciaire pourrait-elle être plus pratiquée qu'elle ne l'est ?

○ oui, mais il y a des obstacles (les avocats, les magistrats, ...) ○ oui, assez facilement ○ difficilement

Précédent Suivant

Centre Max Weber

Fiche signalétique

Quelle est votre année de naissance ?

Vous êtes ?

- un homme
- une femme

Dans quelle juridiction exercez-vous ?

- tribunal d'instance
- tribunal de commerce
- cour d'appel (cour de cassation, conseil d'Etat)
- tribunal de grande instance
- conseil des prud'hommes

Dans quel barreau exercez-vous ?

Exercez-vous ?

- de manière indépendante
- au sein d'un association ou d'une instance de médiation

Pouvez-vous préciser le nom de l'instance ou de l'association de médiation ?

Précédent | Suivant

Centre Max Weber

En dehors de la médiation, exercez-vous (ou avez-vous exercé) une autre activité ?

- oui
- non

Pouvez-vous préciser l'activité ou la profession ?

Depuis combien de temps êtes-vous médiateur ?

Depuis combien d'années exercez-vous dans cette juridiction ?

Depuis combien d'années êtes-vous inscrit dans ce barreau ?

Depuis combien d'année êtes-vous magistrat ?

En quelle année avez-vous obtenu votre CAPA ?

Précédent | Suivant

Centre Max Weber

Avez-vous été formé à la médiation ?

- oui
- non

Quelle était cette formation ?

Quelle est votre position générale envers la médiation ?

- très favorable
- plutôt favorable
- plutôt défavorable
- très défavorable

Précédent | Enregistrer

Annexe n°5 : Loi de modernisation de la justice du XXIe siècle (Titre I et II)

Le 11 septembre 2017

JORF n°0269 du 19 novembre 2016

Texte n°1

LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle (1)

NOR: JUSX1515639L

ELI:https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/11/18/JUSX1515639L/jo/texte
Alias: https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/11/18/2016-1547/jo/texte

L'Assemblée nationale et le Sénat ont délibéré,

L'Assemblée nationale a adopté,

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016 ;

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Titre Ier : RAPPROCHER LA JUSTICE DU CITOYEN

Chapitre Ier : Renforcer la politique d'accès au droit

Article 1

I.- Le livre Ier du code de l'organisation judiciaire est ainsi modifié :

1° L'article L. 111-2 est ainsi rédigé :

« Art. L. 111-2.-Le service public de la justice concourt à l'accès au droit et assure un égal accès à la justice.

« Sa gratuité est assurée selon les modalités fixées par la loi et le règlement. » ;

2° A l'article L. 111-4, à la fin du premier alinéa de l'article L. 141-1 et à l'intitulé du titre IV, les mots : « service de la justice » sont remplacés par les mots : « service public de la justice ».

II.-La loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique est ainsi modifiée :

1° L'article 54 est ainsi modifié :

a) Après le premier alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Il participe à la mise en œuvre d'une politique locale de résolution amiable des différends. » ;

b) Après le deuxième alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Il peut développer des actions communes avec d'autres conseils départementaux de l'accès au droit. » ;

2° L'article 55 est ainsi modifié :

a) Le deuxième alinéa est complété par les mots : « de représentants » ;

b) Il est rétabli un 8° ainsi rédigé :

« 8° A Paris, de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ; »

c) Le 9° est ainsi rédigé :

« 9° D'une ou de plusieurs associations œuvrant dans le domaine de l'accès au droit, de l'aide aux victimes, de la conciliation ou de la médiation, désignée conjointement par le président du tribunal de grande instance du chef-lieu du département, par le procureur de la République près ce tribunal et par les membres mentionnés aux 2° à 8°, sur la proposition du représentant de l'Etat dans le département. » ;

d) Le 10° est abrogé ;

e) Les treizième et avant-dernier alinéas sont ainsi rédigés :

« Le conseil départemental de l'accès au droit est présidé par le président du tribunal de grande instance du chef-lieu du département, qui a voix prépondérante en cas de partage égal des voix. Le procureur de la République près ce tribunal en assure la vice-présidence.

« Un magistrat du siège ou du parquet de la cour d'appel chargé de la politique associative, de l'accès au droit et de l'aide aux victimes, désigné conjointement par le premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle siège le conseil départemental de l'accès au droit et par le procureur général près cette cour, exerce la fonction de commissaire du Gouvernement. » ;

f) A la fin du dernier alinéa, la référence : « 10° » est remplacée par la référence : « 9° » ;

3° L'article 69-7 est ainsi modifié :

a) Le premier alinéa est complété par le mot : « représentants » ;

b) Au début des 1°, 2°, 4°, 5° et 6°, il est ajouté le mot : « De » ;

c) Au début du 3°, le mot : « Le » est remplacé par le mot : « Du » ;

d) Au début du 7°, les mots : « Un représentant des » sont remplacés par le mot : « Des » ;

e) Le 8° est ainsi rédigé :

« 8° D'une ou de plusieurs associations œuvrant dans le domaine de l'accès au droit, de l'aide aux victimes, de la conciliation ou de la médiation, désignée conjointement par le président du tribunal de première instance, par le procureur de la République près ce tribunal et par les membres mentionnés aux 3° à 7°, sur la proposition du haut-commissaire. » ;

f) Les onzième et avant-dernier alinéas sont ainsi rédigés :

« Le conseil de l'accès au droit est présidé par le président du tribunal de première instance, qui a voix prépondérante en cas de partage égal des voix. Le procureur de la République près ce tribunal en assure la vice-présidence.

« Un magistrat du siège ou du parquet de la cour d'appel chargé de la politique associative, de l'accès au droit et de l'aide aux victimes, désigné conjointement par le premier président de la cour d'appel et par le procureur général près cette cour, exerce la fonction de commissaire du Gouvernement. »

Chapitre II : Faciliter l'accès à la justice

Article 2

I.-Le chapitre III du titre II du livre Ier du code de l'organisation judiciaire est complété par un article L. 123-3 ainsi rédigé :

« Art. L. 123-3.-Il est institué un service d'accueil unique du justiciable dont la compétence s'étend au delà de celle de la juridiction où il est implanté. Le service informe les personnes sur les procédures qui les concernent et reçoit de leur part des actes afférents à ces procédures. »

II.-L'article 48-1 du code de procédure pénale est ainsi modifié :

1° Le dixième alinéa est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Elles sont également directement accessibles aux agents de greffe du service d'accueil unique du justiciable prévu à l'article L. 123-3 du code de l'organisation judiciaire, pour les seuls besoins de fonctionnement de ce service, sous réserve que ces agents aient été habilités à cette fin dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. » ;

2° Au onzième alinéa, après la référence : « 706-108 », sont insérés les mots : « du présent code ».

III.-Le dernier alinéa de l'article 13 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 précitée est ainsi modifié :

1° Aux première et deuxième phrases, après le mot : « peut », sont insérés les mots : « déposer ou » ;

2° La première phrase est complétée par les mots : « ou, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, auprès d'un agent de greffe d'une juridiction de l'ordre judiciaire ».

Article 3

I.-Les huissiers de justice, les notaires, les commissaires-priseurs judiciaires, les avocats, les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les commissaires aux comptes et les experts-comptables proposent à leur clientèle une relation numérique dans un format garantissant l'interopérabilité de l'ensemble des échanges.

II.-Les professions mentionnées au I rendent librement accessibles les données figurant dans leurs annuaires et tables nationales de manière à garantir cette interopérabilité, notamment au moyen d'un standard ouvert et réutilisable, exploitable par un traitement automatisé.

III.-Les professions mentionnées au même I peuvent recourir à la sollicitation personnalisée, notamment par voie numérique, et proposer des services en ligne.

Les conditions d'application du présent III, notamment les adaptations nécessaires aux règles déontologiques applicables à ces professions dans le respect des principes de dignité, de loyauté, de confraternité et de délicatesse, sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

IV.-Les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires proposent aux personnes intéressées, dans les limites de ce que leur permet leur mandat de justice et pour les besoins de celui-ci, une relation numérique dans un format garantissant l'interopérabilité de l'ensemble des échanges.

V.-Le second alinéa de l'article 66-4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques est remplacé par quatre alinéas ainsi rédigés :

« Toutefois, le premier alinéa du présent article n'est pas applicable :

« 1° Aux avocats soumis en toutes matières à l'article 3 bis de la présente loi ;

« 2° Aux conseils en propriété industrielle, soumis à l'article L. 423-1 du code de la propriété intellectuelle ;

« 3° Aux huissiers de justice, aux notaires, aux commissaires-priseurs judiciaires, aux avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, aux commissaires aux comptes et aux experts-comptables, soumis à l'article 3 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle et au décret en Conseil d'Etat mentionné au III du même article 3. »

Titre II : FAVORISER LES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Article 4

A 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.

Article 5

I.-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.

II.-A 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.

III.-Le code de justice administrative est ainsi modifié :

1° L'article L. 211-4 et le chapitre Ier ter du titre VII du livre VII sont abrogés ;

2° Le titre Ier du livre Ier est complété par un chapitre IV ainsi rédigé :

« Chapitre IV

« La médiation

« Art. L. 114-1.-Lorsque le Conseil d'Etat est saisi d'un litige en premier et dernier ressort, il peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci selon les modalités prévues au chapitre III du titre Ier du livre II. » ;

3° Le titre Ier du livre II est complété par un chapitre III ainsi rédigé :

« Chapitre III

« La médiation

« Section 1

« Dispositions générales

« Art. L. 213-1.-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 la juridiction.

« Art. L. 213-2.-Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence.

« 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 juridictionnelle ou arbitrale sans l'accord des parties.

« Il est fait exception au deuxième alinéa dans les cas suivants :

« 1° 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 d'une personne ;

« 2° 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.

« Art. L. 213-3.-L'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition.

« Art. L. 213-4.-Saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut, dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en application du présent chapitre, homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation.

« Section 2

« Médiation à l'initiative des parties

« Art. L. 213-5.-Les parties peuvent, en dehors de toute procédure juridictionnelle, organiser une mission de médiation et désigner la ou les personnes qui en sont chargées.

« Elles peuvent également, en dehors de toute procédure juridictionnelle, demander au président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel territorialement compétent d'organiser une mission de médiation et de désigner la ou

les personnes qui en sont chargées, ou lui demander de désigner la ou les personnes qui sont chargées d'une mission de médiation qu'elles ont elles-mêmes organisée.

« Le président de la juridiction peut déléguer sa compétence à un magistrat de la juridiction.

« Lorsque le président de la juridiction ou son délégataire est chargé d'organiser la médiation et qu'il choisit de la confier à une personne extérieure à la juridiction, il détermine s'il y a lieu d'en prévoir la rémunération et fixe le montant de celle-ci.

« Les décisions prises par le président de la juridiction ou son délégataire en application du présent article ne sont pas susceptibles de recours.

« Lorsqu'elle constitue un préalable obligatoire au recours contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire, la médiation présente un caractère gratuit pour les parties.

« Art. L. 213-6.-Les délais de recours contentieux sont interrompus et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la survenance d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation.

« Ils recommencent à courir à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur déclarent que la médiation est terminée. Les délais de prescription recommencent à courir pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois.

« Section 3

« Médiation à l'initiative du juge

« Art. L. 213-7.-Lorsqu'un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel est saisi d'un litige, le président de la formation de jugement peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci.

« Art. L. 213-8.-Lorsque la mission de médiation est confiée à une personne extérieure à la juridiction, le juge détermine s'il y a lieu d'en prévoir la rémunération et fixe le montant de celle-ci.

« Lorsque les frais de la médiation sont à la charge des parties, celles-ci déterminent librement entre elles leur répartition.

« A défaut d'accord, ces frais sont répartis à parts égales, à moins que le juge n'estime qu'une telle répartition est inéquitable au regard de la situation économique des parties.

« Lorsque l'aide juridictionnelle a été accordée à l'une des parties, la répartition de la charge des frais de la médiation est établie selon les règles prévues au troisième alinéa du présent article. Les frais incombant à la partie bénéficiaire de l'aide

juridictionnelle sont à la charge de l'Etat, sous réserve de l'article 50 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

« Le juge fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai qu'il détermine. La désignation du médiateur est caduque à défaut de consignation dans le délai et selon les modalités impartis. L'instance est alors poursuivie.

« Art. L. 213-9.-Le médiateur informe le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord.

« Art. L. 213-10.-Les décisions prises par le juge en application des articles L. 213-7 et L. 213-8 ne sont pas susceptibles de recours. »

IV.-A titre expérimental et pour une durée de quatre ans à compter de la promulgation de la présente loi, les recours contentieux formés par certains agents soumis aux dispositions de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle et les requêtes relatives aux prestations, allocations ou droits attribués au titre de l'aide ou de l'action sociale, du logement ou en faveur des travailleurs privés d'emploi peuvent faire l'objet d'une médiation préalable obligatoire, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

V.-Le chapitre III du titre Ier du livre II du code de justice administrative est applicable aux juridictions relevant du Conseil d'Etat qui ne sont pas régies par ce code.

VI.-A compter de la publication de la présente loi, les missions de conciliation confiées à un tiers en application de l'article L. 211-4 du code de justice administrative, dans sa rédaction antérieure à la présente loi, se poursuivent, avec l'accord des parties, selon le régime de la médiation administrative défini au chapitre III du titre Ier du livre II du même code, dans sa rédaction résultant de la présente loi.

VII.-Le code des relations entre le public et l'administration est ainsi modifié :

1° A l'article L. 422-1, la référence : « L. 211-4 » est remplacée par la référence : « L. 213-5 » et le mot : « conciliation » est remplacé par le mot : « médiation » ;

2° A l'article L. 422-2, les références : « L. 771-3 et suivants » sont remplacées par les références : « L. 213-7 à L. 213-10 » et, à la fin, le mot : « transfrontaliers » est supprimé.

VIII.-Au dernier alinéa de l'article 2-1 de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics, les mots : « dans les cas prévus à l'article L. 771-3 » sont remplacés par les mots : « selon les modalités définies au chapitre III du titre Ier du livre II ».

Article 6

Au dernier alinéa de l'article 373-2-10 du code civil, après le mot : « enjoindre »,

sont insérés les mots : «, sauf si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, ».

Article 7

A titre expérimental et jusqu'au 31 décembre de la troisième année suivant celle de la promulgation de la présente loi, dans les tribunaux de grande instance désignés par un arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, les dispositions suivantes sont applicables, par dérogation à l'article 373-2-13 du code civil.

Les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi que les stipulations contenues dans la convention homologuée peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande du ou des parents ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non.

A peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation familiale, sauf :

1° Si la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil ;

2° Si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime ;

3° Si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant.

Article 8

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 :

« Art. 22-1 A.-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'Etat 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 XXIe siècle. »

Article 9

Le titre XVII du livre III du code civil est ainsi modifié :

1° Le premier alinéa de l'article 2062 est ainsi rédigé :

« 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. » ;

2° L'article 2063 est ainsi modifié :

a) Au 3°, après les mots : « du différend », sont insérés les mots : « ou à la mise en état du litige » ;

b) Il est ajouté un 4° ainsi rédigé :

« 4° Le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. » ;

3° A la première phrase du premier alinéa de l'article 2065, après le mot : « participative », sont insérés les mots : « conclue avant la saisine d'un juge » ;

4° Au deuxième alinéa de l'article 2066, après le mot : « convention », sont insérés les mots : « conclue avant la saisine d'un juge ».

Article 10

Le titre XV du livre III du code civil est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa de l'article 2044, après le mot : « parties », sont insérés les mots : «, par des concessions réciproques, » ;

2° L'article 2052 est ainsi rédigé :

« Art. 2052.-La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet. » ;

3° Les articles 2047 et 2053 à 2058 sont abrogés.

Article 11

Le code civil est ainsi modifié :

1° A l'article 1592, le mot : « arbitrage » est remplacé par le mot : « estimation » ;

2° L'intitulé du titre XVI du livre III est ainsi rédigé : « De la convention d'arbitrage » ;

3° L'article 2061 est ainsi rédigé :

« Art. 2061.-La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée.

« Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée. » ;

4° Au deuxième alinéa de l'article 2412, les mots : « décisions arbitrales revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution » sont remplacés par les mots : « sentences arbitrales revêtues de l'exequatur ».