

La confiance dans le règlement amiable des différends.

Pour un changement de culture juridique

Par Lise Casaux-Labrunée, Professeur à l'université Toulouse Capitole¹

L'essentiel

En dépit des politiques favorables au règlement amiable des différends menées tant au niveau français qu'europpéen et des lois adoptées en ce sens, force est de constater que le « réflexe amiable » peine à s'installer dans les pratiques de règlement des conflits, notamment du travail. Au-delà des freins et résistances qui font obstacle au développement de cette forme de justice complémentaire à celle du procès, c'est notre culture juridique du règlement des conflits qu'il s'agit de faire évoluer. Aucun changement de culture, si nécessaire soit-il, ne peut cependant s'opérer si l'on ne développe pas d'abord la confiance des justiciables et des professionnels du droit aussi bien dans les processus que dans les acteurs du règlement amiable des différends.

INTRODUCTION

« Développer la culture du règlement alternatif des différends ». Tel est l'intitulé prometteur d'une des sections de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice². Intitulé trompeur en réalité, car les deux articles qui composent cette section (articles 4 et 5), sans lien entre eux, sans ambition d'ensemble, ne sont pas à la hauteur des enjeux, désormais bien identifiés, liés au

¹ Enseignant-chercheur de l'Institut de droit privé de l'Université Toulouse Capitole (I.D.P. - EA 1920) - Département « Droit du travail et des activités professionnelles ».

² J. Théron, « *Less is more*, Esquisse d'une nouvelle procédure civile minimaliste - Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 », La Semaine Juridique Edition Générale n° 18, 6 Mai 2019, doct. 495 ; v. également le dossier spécial sur « L'avenir du procès civil » - À propos des réformes de la justice civile. *Réflexions prospectives et comparatistes sur l'avenir du procès civil* – publié à La Semaine Juridique - Édition Générale – Supplément au N° 14, 8 avril 2019.

règlement amiable des différends³, notamment en matière sociale où les conflits sont particulièrement nombreux⁴.

Nécessité d'une loi-cadre. Le sujet mérite mieux que quelques dispositions éparses qui pour les unes, imposent aux parties, dans certains conflits, de procéder à une tentative de règlement amiable (ce qui peut être considéré comme un non-sens dans un domaine où l'implication des parties est une condition essentielle à la réussite du processus) et pour les autres, s'efforcent d'encadrer les services en ligne de conciliation et de médiation (*online dispute resolution*)⁵, alors même que l'exercice de ces activités en présentiel, ne bénéficie toujours pas d'un encadrement juridique satisfaisant, seul susceptible de créer la confiance dans cette forme de justice. Le sujet mérite une véritable loi-cadre, rassemblant, articulant, donnant une cohérence et une architecture d'ensemble aux innombrables dispositions disséminées aujourd'hui à travers nos codes (code du travail, code de procédure civile, code de la consommation, code des assurances...). Le « Livre blanc de la médiation » paru en juillet 2019, fruit des réflexions d'une vingtaine d'associations de médiateurs réunis dans un collectif utile (Médiation 21) pourrait être un bon point de départ à une réflexion d'ensemble qui fait encore cruellement défaut aujourd'hui.

Changement de culture : comment faire ? Le législateur a raison de se donner comme objectif de « Développer la culture du règlement alternatif des différends »⁶. Favoriser le règlement amiable des différends, quel que soit le processus retenu (conciliation, médiation, arbitrage, procédure participative...) relève au moins autant du droit que d'un changement de culture qu'il s'agit de faire évoluer. Mais ceci n'est pas une mince affaire et en réalité, nul ne sait véritablement comment s'y prendre.

Le « réflexe amiable » en panne. Si le droit du règlement amiable des différends prend forme peu à peu en France⁷, suite à l'impulsion notamment donnée par l'Union

³ Le présent article est une reprise actualisée d'une contribution préalablement publiée dans l'ouvrage : *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, paru aux éditions Lextenso, LGDJ, Hors collection, 2018, sous la direction de L. Casaux-Labrunée et J.-F. Roberge. Un grand merci à Marie Junqua, doctorante à l'université Toulouse Capitole (thèse en cours sur la justice du travail) pour l'aide efficace apportée à cette occasion.

⁴ V. Les chiffres-clés de la Justice 2018.

⁵ Pour l'un des articles les plus avancés de la littérature anglo-saxonne sur ce sujet, v. J.-F. Roberge, V. Fraser. "Access to Commercial Justice. A Roadmap for Online Dispute Resolution (ODR) Design for Small and Medium-Sized Businesses (SMEs) Disputes. (2019) 35 Ohio State Journal on Dispute Resolution (à paraître, nov. 2019).

⁶ Section 1 du Chapitre 1er : « Redéfinir le rôle des acteurs du procès » du Chapitre II : « Simplifier la procédure civile et administrative » de la loi du 23 mars 2019.

⁷ L. Cadiet, Th. Clay, Les modes alternatifs de règlement des conflits, Dalloz, Connaissance du droit, 3^{ème} édition, mai 2019 ; N. Fricero, C. Butruille-Cardew, L. Benrais, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD). Conciliation - Médiations - Règlement extra-judiciaire et en ligne des litiges de consommation - Droit collaboratif - Procédure participative assistée par avocat - Divorce par consentement mutuel extra-judiciaire. Dalloz 2017/2018, 3e édition.

européenne avec la directive du 21 mai 2008 relative à la médiation civile et commerciale⁸, la culture du règlement amiable est encore loin d'y être solidement ancrée⁹. Malgré ses atouts qui semblent relever de l'évidence (règlement du conflit au-delà du seul litige juridique, pertinence et pérennité de la solution dès lors qu'elle est l'œuvre des parties, restauration d'un lien de confiance permettant la poursuite des relations si besoin, suppression de l'aléa judiciaire, économie de temps et d'argent...), malgré les études éclairantes qui chiffrent le fait de ne pas recourir suffisamment à l'amiable pour régler les différends¹⁰, malgré les nombreuses actions des professionnels convaincus, malgré la prolifération des textes adoptés... force est de constater que le « réflexe amiable »¹¹ peine à s'installer dans les pratiques françaises de règlement des conflits¹².

Rétablir la confiance des citoyens en la justice. Avec la loi du 23 mars 2019 et avant elle, la loi portant modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle (J21)¹³, le législateur français fait pourtant preuve d'une réelle détermination dans le développement des modes « alternatifs » de règlement des différends. La réforme de 2016 a entendu redonner du sens à l'œuvre de justice, garantir une justice de qualité disponible pour tous selon ses besoins, poursuivant l'objectif de « rapprocher la justice du citoyen » (titre 1^{er} de la loi de 2016) en sorte que celle-ci soit plus accessible, plus efficace, plus

⁸ Le bilan de transposition de cette importante directive a été effectué par le Parlement européen qui formule de nouvelles recommandations pour promouvoir la culture de la médiation dans l'union européenne. V. Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2017 sur la 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. V. également les éclairantes conclusions du rapport préalable de la commission des affaires juridiques du Parlement européen (rapport du 27 juin 2017 réalisé par K. Chrysogonos).

⁹ J. Faget et A. Wyvekens. *La justice de proximité en Europe*, Erès, 2001 ; J. Faget, *Médiations. Les ateliers silencieux de la démocratie*. Erès, 2010 ; du même auteur : « L'impensé de la médiation : contre-culture ou soft power ? », *Empan*, vol. 72, no. 4, 2008, pp. 74-80 ; « Médiation et postmodernité. Légitimation ou transformation de l'action publique ? », *Négociations*, vol. n° 6, no. 2, 2006, pp. 51-62 ; J. Morineau, *L'esprit de la médiation*. Erès, 2010.

¹⁰ « *The Cost of Non ADR-Surveying and Showing the actual costs of Intra-Community Commercial Litigation* ». Cette étude réalisée à la demande du Parlement européen 2011 par l'ADR Center examine et quantifie l'impact des actions en justice sur les systèmes judiciaires des 26 États membres. Elle mesure les coûts temporels et financiers du non recours à la médiation. Des moyens sont proposés pour la stimuler davantage : incitations fiscales, remboursement des frais de contentieux... L'étude insiste également sur les efforts à fournir en termes de communication pour mieux faire connaître les bénéfices de la médiation aux justiciables eux-mêmes et non aux seuls professionnels.

¹¹ S. Amrani-Mekki, Les modes amiables de résolution des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, *Gaz.Pal.* 2017, n° 5, p. 46.

¹² V. l'état des lieux chiffré sur le recours aux modes amiables de règlement des différends, figurant l'étude d'impact du 19 avril 2018 du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, p. 20 et s.

¹³ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, dont le Titre II est entièrement consacré à « Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends ».

simple pour lui¹⁴. L'ambition est de placer le citoyen au cœur de la justice du XXIème siècle, tout en le rendant acteur de son propre litige¹⁵. Prenant acte du fait que la justice a perdu la confiance des citoyens par sa lenteur, sa complexité, son inadaptation aux exigences du monde moderne... l'objectif est de retrouver cette confiance. Selon la ministre de la justice Nicole Belloubet : « c'est bien le justiciable qui doit être au cœur de nos préoccupations », affirmant par ailleurs qu'il faut « développer puissamment la conciliation et la médiation »¹⁶. La loi du 23 mars 2019 s'inscrit dans cette continuité, ambitionnant de réformer la justice pour la rendre plus effective, donner plus de sens aux missions des magistrats et rétablir la confiance des citoyens en la justice¹⁷.

Le législateur favorable au règlement amiable des différends. La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle prévoyait déjà plusieurs dispositions visant à provoquer le réflexe amiable qui peine à se concrétiser dans les faits et à ne faire du juge qu'un ultime recours, et utilisait trois procédés¹⁸ :

- **la contrainte**, en imposant dans certains domaines et à peine d'irrecevabilité le passage par une procédure amiable avant de saisir le juge : devant le tribunal d'instance pour les litiges dont la valeur est inférieure à 4000€ ; en matière familiale lors d'une saisine pour modification de l'autorité parentale, de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, ou de la convention de divorce homologuée ; en matière d'action de groupe (exception faite du droit de la consommation) ;
- **l'incitation**, en étendant la possibilité de recourir à l'amiable dans de nouveaux contentieux (en matière administrative, en matière d'actions de groupe avec le développement des médiations collectives) ou dans de nouvelles configurations (extension de la procédure participative après saisine du juge, extension des modes amiables à la mise en état) ;
- **la sécurisation des processus amiables et de leurs résultats** afin de rassurer les utilisateurs : obligation d'établir des listes de médiateurs au sein des cours d'appel ; clarification du régime de la transaction.

Contrainte et incitation. La loi du 23 mars 2019 reprend le procédé de la contrainte : l'article 3 de la loi impose, sous peine d'irrecevabilité, le recours à une tentative de règlement amiable préalablement à toute saisine du TGI dès lors que le litige n'excède pas un certain montant qui sera déterminé par décret ou lorsque le litige est relatif à un

¹⁴ <http://www.justice.gouv.fr/modernisation-de-la-justice-du-21e-siecle-12563/>

¹⁵ P. Delmas-Goyon, « Le juge du XXIème siècle : un citoyen acteur, une équipe de justice », Rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice, décembre 2013.

¹⁶ Présentation des chantiers de la Justice. Discours de Madame Nicole Belloubet, garde des Sceaux, ministre de la Justice, 5 octobre 2017.

¹⁷ Th. Andrieu, L'avenir du procès civil. Les réformes de la justice civile, *La Semaine Juridique - Édition Générale* – Supplément au N° 14, 8 avril 2019, p. 7 s.

¹⁸ S. Amrani-Mekki, op. cit.

conflit de voisinage (disposition applicable à compter du 1er janvier 2020). Elle reprend également le levier de l'incitation : le même article autorise le juge à enjoindre les parties à rencontrer un médiateur « en tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible », ce qui était déjà le cas devant le juge prud'homal (art. R. 1471-2 C. trav.).

Des freins et résistances persistants. Quel sera l'effet de ces nouvelles mesures ? Réussiront-elles à provoquer le changement de culture souhaité par le législateur et à modifier les habitudes des justiciables et de leurs conseils, ainsi que celles des magistrats ? Il est trop tôt pour le dire. Sans doute, quelques frémissements peuvent-ils être ressentis, du fait notamment du passage obligatoire par l'amiable qui, pour critiquable qu'il soit en son principe, favorise *a minima* la connaissance de ces processus, sous la menace d'une irrecevabilité qui est en général prise au sérieux par les justiciables et leurs conseils. Mais pour l'essentiel, les freins et résistances au développement du règlement amiable des différends sont des faits têtus qui s'observent autant chez les citoyens, encore mal informés, que chez les professionnels du droit, encore hésitants si ce n'est résistants face à cette évolution¹⁹.

Des modes de règlement sous-estimés. La médiation notamment est très loin, malgré son omniprésence dans le débat public, d'occuper la place qu'elle mérite au regard des avantages qu'elle peut procurer. Nombre d'adeptes de ce mode *soft* de règlement des conflits se sont efforcés de fournir des explications et des solutions à ce phénomène paradoxal²⁰. Blocages culturels, méconnaissance, pluralité de dispositifs insuffisamment distingués... sont des observations qui reviennent en boucle lorsqu'il s'agit de comprendre le défaut d'appétence pour l'amiable : « *Sans revenir sur la dimension culturelle, souvent présentée comme un facteur de blocage, il apparaît simplement que la méconnaissance par un grand nombre d'acteurs économiques de ce qu'est réellement la médiation est sans doute la première cause de ce manque d'appétence. La confusion engendrée par des modes proches de règlement des conflits, mais différents, notamment la conciliation, participe à cette méconnaissance... Il faut aussi ajouter le conservatisme, ou la frilosité de certains juristes d'entreprise, qui ne souhaitent pas supporter le risque de l'innovation ou, pour d'autres, une forme de dédain pour un processus a-juridique... La médiation finira par s'imposer par sa modernité et son adéquation aux nécessités de notre temps.* »²¹

¹⁹ Un rapport de l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ) analyse les causes des résistances culturelles des Français aux modes alternatifs de règlement des conflits. A. Garapon, B. Bernabé, S. Perdiolle, C. Kadri, La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXIème siècle, IHEJ 2013.

²⁰ V. notamment Stimec, Arnaud. « Gérer les résistances à la médiation », *Gestion*, vol. 31, no. 4, 2006, pp. 240-246.

²¹ P. Charreton, La médiation, un mode adapté au règlement des litiges, <http://www.affiches-parisiennes.com/la-meditation-un-outil-a-ne-pas-sous-estimer-6319.html> , juin 2016 ; Le recours à la médiation est une preuve d'intelligence, <http://www.affiches-parisiennes.com/pierre-charreton-le-recours-a-la-meditation-est-une-preuve-d-intelligence-6446.html> , 19 juillet 2016.

Juridisme et formalisme d'esprit. N'étant pas sûr que l'accumulation des textes adoptés ces dernières années soit efficace, qu'elle permette vraiment au citoyen français d'être au cœur de la justice du XXI^{ème} siècle et qu'elle le rende acteur dans la résolution de ses propres conflits, sans doute convient-il désormais d'aborder la question du règlement des différends autrement. En réalité, le sujet n'est pas seulement juridique. Il va bien au-delà du droit, même si celui-ci en constitue un aspect essentiel. Il appelle de profonds changements culturels et le premier concerne peut-être... notre rapport au droit lui-même. La question du règlement amiable des différends n'est pas neutre, spécialement pour les juristes formés après de longues études à un certain juridisme, à un formalisme d'esprit enclin à éloigner des solutions spontanément dictées par la justice et l'équité pour préférer l'application stricte, fût-elle longue et complexe, de la règle de droit.

Prise de conscience. Pour qui prête un intérêt suffisant à cette justice « alternative » (les québécois préfèrent l'expression moins ambiguë de justice « participative » qui traduit mieux l'idée du citoyen acteur et responsable de ses conflits) le questionnement est inévitable : quel est le rôle du droit aujourd'hui dans le règlement des différends ? Permet-il toujours de rendre la justice ? N'est-il pas aussi un sujet de conflit qui alimente parfois les discordes plus qu'il ne contribue à les régler ? D'où une certaine prise de conscience : dans certaines circonstances, le droit peut perdre de sa superbe. Il peut perdre sa fonction de régulation sociale, devenir vecteur de conflits et non plus de paix sociale. Il peut être instrumentalisé à d'autres fins que celles qui lui sont traditionnellement assignées, et la machine judiciaire avec lui.

Crise de conscience. D'où une possible crise de conscience : ai-je envie, moi juriste, d'alimenter cette machine qui tourne en quelque sorte à l'envers ? Ai-je envie, moi universitaire, de continuer à former des jeunes générations de juristes techniciens et positivistes qui accéléreront ce mouvement ? Le droit joue parfois à contresens de ce que l'on attend de lui, crée des conflits plus qu'il ne les règle ; un droit mal fait (trop de normes empilées de façon désordonnée sans cohérence globale) ne peut produire que des effets délétères, attiser les tensions sociales plus que les apaiser.

Le droit autrement. Tout cela appelle à considérer le droit autrement, à reconsidérer son rôle dans le règlement des conflits, à lui trouver une place mieux dosée, davantage proportionnée aux besoins des justiciables, et à faire appel à d'autres outils (négociation, communication, psychologie...) ce que proposent, et ce n'est pas le moindre de leurs intérêts, les modes de règlement amiable des différends. Un véritable changement culturel paraît nécessaire qui impose d'accepter que la solution du droit ne soit pas toujours la meilleure pour régler un litige, d'accepter définitivement que litige et conflit ne se recouvrent pas et que pour apaiser des relations en tension, il est souvent préférable de s'occuper du conflit dans son entier plutôt que du seul litige ramené à la matière juridique sèche, déshumanisé en quelque sorte. Les changements

nécessaires portent sur des tendances aujourd'hui bien installées. Ils passent par l'information, l'éducation, la formation... au moins autant si ce n'est plus que par le droit²², ce qui n'exclut pas quelques réformes qui relèvent plus de la clarification des textes existants que de l'addition de mesures nouvelles.

Réalisme. Le premier objectif de cet article est donc d'appeler les professionnels du droit à une réflexion renouvelée sur le rôle du droit et la place que celui-ci peut occuper dans le règlement des conflits. Il appelle à privilégier une approche réaliste et non plus idéaliste de ses fonctions eu égard à ce qu'il est aujourd'hui dans bien des domaines : un droit pléthorique qui peut alimenter les conflits autant qu'en résoudre, un droit qui tourne parfois en rond. Sans excès d'illusions cependant : nombre de juristes se nourrissent de cette situation, convaincus qu'une médiation réussie est un client perdu, qu'un mauvais procès basé sur un droit complexe vaut mieux pour leurs affaires qu'un bon arrangement. Sans doute y a-t-il là un facteur important de résistance au développement du réflexe amiable, alimenté par des professionnels du droit qui jouent à contre-courant, freins au lieu d'être moteurs lorsqu'ils sont attentifs à leurs propres intérêts avant ceux des justiciables, à moins que ce ne soit par habitude.

Réflexions iconoclastes. L'article propose une série de réflexions sur ce qui empêche d'évoluer vers une justice plus adaptée qu'elle ne l'est aujourd'hui, procurant aux justiciables un meilleur sentiment de justice. L'enjeu est important, nos sociétés où l'on se fâche pour tout et pour rien quels que soient les milieux et les domaines, n'ayant jamais été aussi conflictuelles²³. Mais que l'on ne s'y trompe pas : la démarche n'est pas utopique. Elle repose surtout sur la compréhension des intérêts, motivations et besoins de chaque partie en conflit. Elle cherche la meilleure façon d'y répondre par des solutions acceptées si ce n'est conçues par les parties elles-mêmes. Le règlement amiable des différends est, selon nous, moins une affaire de bons sentiments que de compréhension intelligente des intérêts de l'autre pour satisfaire au mieux les siens propres, une méthode applicable aussi bien en matière de relations humaines que d'affaires qui n'en sont pas nécessairement dénuées²⁴.

La confiance avant tout. Pour opérer un changement de culture, quel qu'il soit, il faut d'abord être sûr de la direction à prendre. La confiance dans le potentiel et la qualité de la justice participative est un préalable indispensable au développement des modes amiables de règlement des différends. Les freins et résistances à leur déploiement, désormais connus, méritent d'être revisités sous cet angle nouveau. Il faut maintenant les dépasser et créer les conditions pour que l'ensemble des acteurs (pouvoirs publics,

²² L. Casaux-Labrunée, La culture du règlement amiable des différends. De la culture du procès à celle de l'entente in L. Casaux-Labrunée, J.-F. Roberge (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, p. 39.

²³ L. Casaux-Labrunée, La liberté de se réconcilier, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde, Dalloz 2015, p. 522.

²⁴ M. Hauser, La médiation commerciale exempte d'émotions ? BMH avocats, juin 2014.

professionnels du droit, justiciables...) s'y engage plus volontairement, en confiance. Au moins deux raisons doivent les y inviter : la France n'est pas étrangère à toute culture du règlement amiable, laquelle fait partie intégrante de son histoire²⁵ ; et cette justice fonctionne déjà ailleurs mieux que chez nous, notamment au Québec qui dispose à plusieurs égards d'une culture comparable à la nôtre, ce qui rend les comparaisons pertinentes. Ce n'est qu'en développant la confiance dans le règlement des amiable des différends, dans les processus (I) autant que dans les acteurs (II) que pourront s'opérer les changements profonds nécessaires à leur ancrage dans la société française.

I – La confiance dans les processus de règlement amiable des différends

Au-delà des explications relevant de la technique juridique, la persistance de freins et résistances au développement des modes amiables de règlement des différends traduit un manque général de confiance qui concerne d'abord les processus de règlement amiable. Des suggestions sont faites pour rendre le chemin de la justice participative plus engageant, aussi bien pour les professionnels du droit que pour les justiciables.

A - Améliorer la lisibilité du droit du règlement amiable des différends

Prolifération des textes. Sans doute est-il prématuré de nommer « droit du règlement amiable des différends » l'ensemble des mesures adoptées jusqu'à présent en France pour promouvoir ces divers modes de règlement. L'ensemble ne présente en effet ni la clarté ni la cohérence nécessaire pour revendiquer le statut de discipline juridique autonome. La poussée politique de l'amiable a plutôt conduit « à un pullulement de textes qui crée un véritable patchwork difficile à appréhender » et traduit le manque de lignes directrices claires en ce domaine : « La prolifération de textes semble résulter d'une codification « promotion » c'est-à-dire de l'insertion de textes pour promouvoir un changement de culture que la pratique peine à concrétiser. Les textes nouveaux ouvrent ainsi des fenêtres amiables tout au long de la procédure, qui visent tant la résolution du litige que son traitement selon des modalités diverses, l'amiable étant parfois suggéré, d'autres fois imposé »²⁶.

Un droit en émergence. Au-delà du désordre des dispositions actuelles, on sent néanmoins poindre un droit en émergence, à la construction et cohérence duquel la doctrine peut certainement contribuer²⁷. Un travail important de distinction et d'harmonisation est à faire : sur les mots et expressions utilisés (distinction lancinante entre conciliation et médiation, maladresse dans l'emploi du mot « médiateur » pour

²⁵ B. de Loyne de Fumichon, Histoire de la médiation. Des repères dans le temps des médiateurs, Média & médiations, juin 2016.

²⁶ S. Amrani-Mekki, op. cit. n° 3.

²⁷ S. Amrani-Mekki, La codification de l'amiable, in Quarantième anniversaire du Code de procédure civile, Puigelier C. et Pétel-Teyslié I. (dir.) 2016, éd. Panthéon-Assas, p. 97 s.

désigner ceux qui n'ont pas l'indépendance nécessaire pour justifier cette qualification...) sur les définitions utilisées parfois discordantes ou encore sur la juxtaposition de dispositifs parfois entremêlés²⁸. Ce travail terminologique et de classification juridique est nécessaire pour une plus grande clarté du droit applicable, mais aussi pour favoriser une meilleure information et communication sur les modes de règlement amiable. L'ensemble actuel présente des allures de forêt vierge dans laquelle on comprend que les professionnels hésitent à s'aventurer. Il faut saluer ici le travail des premiers auteurs qui ont entrepris d'explorer cet ensemble pour le rendre accessible et en faciliter les premières mises en œuvre²⁹.

La nécessité de principes directeurs structurants. Au-delà du travail sur les mots, sur les définitions et dispositifs, c'est certainement une architecture qui fait le plus défaut à ce droit émergent. Un ensemble de principes directeurs pourrait structurer ce droit naissant, puisant évidemment l'inspiration dans les principes directeurs du procès qui guident le règlement judiciaire des litiges³⁰. La construction trouverait sa cohérence dans l'idée d'amiable qui est au cœur de tous les dispositifs qu'elle a vocation à rassembler, et qui traduit à la fois leur esprit et leur trait commun.

B - Encourager et valoriser le règlement amiable des différends

Question de méthode. Les pouvoirs publics ont évidemment un rôle essentiel à jouer pour créer la confiance dans le règlement des différends. Tout dépend cependant de la méthode utilisée. Convient-il d'inviter, d'inciter, d'obliger au règlement amiable ? Le changement de culture souhaité est-il compatible, en ce domaine spécialement où rien ne peut réussir sans la volonté des parties, avec une politique fondée sur l'obligation si ce n'est la sanction ? Peut-on forcer le mouvement et imposer le recours à l'amiable, une fois observé que celui-ci peine à se développer dans les faits ? Comment ne pas voir le risque de contradiction avec le principe d'autonomie de la volonté des parties, s'agissant de justice contractuelle³¹, et plus encore avec le droit d'accès au juge ?

Inciter mieux qu'inviter. Le gouvernement français a d'abord choisi la voie douce en adoptant les mesures prévues par le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015³², celle d'une invitation à la diligence, non sanctionnée : « *Sauf justification d'un motif légitime tenant*

²⁸ A. Audrerie, « L'accès au droit du règlement amiable des différends en France. Pour une offre de justice lisible » in L. Casaux-Labrunée, J.-F. Roberge (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, p. 81.

²⁹ N. Fricero, C. Butruille-Cardew, L. Benrais, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz 2017/2018, 3e édition.

³⁰ J.-F. Roberge, « Les défis d'une « justice participative ». Garantir des qualités procédurales aux modes de prévention et règlement des différends » in L. Casaux-Labrunée, J.-F. Roberge (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, p. 57.

³¹ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF Thémis Droit 2013, p. 207 s.

³² Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends (CPC, articles 56 et 58).

à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige » (CPC, art. 56)³³. Puis le législateur a monté le ton en adoptant dans la loi J21 et dans la loi du 23 mars 2019 des mesures qui rendent, en certains domaines, le passage par l'amiable obligatoire, à peine d'irrecevabilité de la demande formée devant le juge (v. *supra*). « On peut s'interroger sur l'opportunité de rendre obligatoire le passage par un processus amiable. La volonté est certainement de provoquer un réflexe amiable qui peine à s'installer. La jurisprudence est également en ce sens qui impose, à peine d'irrecevabilité, le respect des clauses de conciliation ou de médiation, en interdisant leur régularisation en cours d'instance. Il demeure cependant un paradoxe à imposer de l'amiable alors que les parties n'y sont pas forcément disposées. C'est pourquoi il est le plus souvent proposé, non pas d'imposer le mode amiable, mais de rencontrer un médiateur pour qu'il fasse œuvre de pédagogie et explique le sens et l'intérêt de ce mode de résolution des différends »³⁴. Entre l'invitation gratuite et l'obligation sanctionnée, existe sans doute une voie médiane qui relève davantage d'une politique d'incitation : obligation d'informer (et non de recourir), incitatifs financiers à recourir aux modes de règlement amiable, cette dernière piste ayant été trop peu explorée jusqu'à présent : « De nombreux États-membres encouragent financièrement les parties à recourir à la médiation, en réduisant les coûts, en leur offrant une aide judiciaire ou en les sanctionnant en cas de refus non justifié d'envisager la médiation ; les résultats obtenus dans ces pays prouvent que la médiation peut apporter une solution extrajudiciaire économique et rapide aux litiges au moyen de procédures adaptées aux besoins des parties »³⁵.

Convaincre mieux qu'obliger. La confiance dans le règlement amiable des différends gagnerait sûrement du terrain si le législateur français, faisant preuve d'une plus grande ambition, affirmait résolument sa préférence pour que les conflits soient réglés à l'amiable, en bonne intelligence entre les parties en conflit, plutôt que de façon contentieuse. C'est le pas historique qu'a franchi le Québec en adoptant son nouveau Code de procédure civile, en vigueur depuis le 1er janvier 2016, dont voici la disposition préliminaire : « Le Code de procédure civile établit les principes de la justice civile et régit, avec le Code civil et en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends lorsque celle-ci n'est pas autrement fixée par

³³ J. E. Robiou du Pont, Que faire des modifications de l'article 56 du code de procédure civile ? Dalloz avocats – Exercer et entreprendre 2015, p. 234. Une formule équivalente à l'article 56 est reprise dans l'article 58 CPC pour les requêtes ou déclarations.

³⁴ S. Amrani-Mekki, Les modes amiables de résolution des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle, *Gaz.Pal.* 2017, n° 5, p. 48.

³⁵ Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2017 sur la 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.

les parties, la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire de même que la procédure d'exécution des jugements et de vente du bien d'autrui. **Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes.** Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice ». La formule peut susciter la jalousie, d'autant qu'elle fleure bon le Portalis. Elle ne peut qu'inviter au changement de culture juridique, tout en renforçant l'adhésion des citoyens à l'État de droit.

Obligation de considérer. L'article 1er du Code de procédure civile québécois est en harmonie avec sa disposition préliminaire et pose avec assurance ce que l'on nomme là-bas : « l'obligation de considérer » : « *Les modes privés de prévention et de règlement des différends sont choisis d'un commun accord par les parties intéressées, dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né. Ces modes privés sont principalement la négociation entre les parties au différend de même que la médiation ou l'arbitrage dans lesquels les parties font appel à l'assistance d'un tiers. Les parties peuvent aussi recourir à tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquat, qu'il emprunte ou non à ces modes. Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux* ». Cette obligation est-elle sanctionnée ? Oui, mais indirectement. « *Dans la mesure où les parties ont considéré le recours aux modes de PRD avant de s'adresser aux tribunaux, le Code ne semble pas conférer au tribunal un pouvoir de sanction pour le seul motif qu'elles refusent de participer à l'un de ceux-ci puisqu'il s'agit d'un processus volontaire*³⁶. Toutefois, le tribunal possède un tel pouvoir de sanction en cas d'abus de procédure, ou de non-respect d'un principe directeur de la procédure tels que la proportionnalité ou la coopération de bonne foi »³⁷.

C - Informer et favoriser la connaissance des modes amiables de règlement des différends

La nécessité d'une véritable politique d'information sur le règlement amiable des différends. Le manque de confiance dans les modes amiables de règlement des

³⁶ L'article 2 du même code prévoit : « Les parties qui s'engagent dans une procédure de prévention et de règlement des différends le font volontairement. Elles sont alors tenues d'y participer de bonne foi, de faire preuve de transparence l'une envers l'autre, à l'égard notamment de l'information qu'elles détiennent, et de coopérer activement dans la recherche d'une solution et, le cas échéant, dans l'élaboration et l'application d'un protocole pré judiciaire; elles sont aussi tenues de partager les coûts de cette procédure. ».

³⁷ J. -F. Roberge, La justice participative. Fondements et cadre juridique. Éditions Yvon Blais 2017, p. 79.

différends provient, selon nous, bien plus d'un manque d'information que de véritables résistances à leur égard. Il provient surtout de la méconnaissance par le grand public de ce que sont véritablement ces modes de règlement et des avantages qu'ils peuvent procurer. La justice participative répond en effet à tous les critères et objectifs souhaités par le législateur pour la justice du XXI^{ème} siècle : elle est simple, accessible, efficace, nécessairement proche du citoyen qu'elle implique dans le règlement du conflit. Elle est faite pour lui. Elle n'a qu'un seul défaut : elle est méconnue.

Information à destination du grand public. Ce déficit d'information est paradoxal dans la mesure où l'on ne compte plus le nombre de manifestations, colloques, conférences organisés sur le sujet depuis une quinzaine d'années (dont l'année 2013 proclamée « Année de la médiation » par le Barreau de Paris). Ces rassemblements de professionnels convaincus de l'intérêt de l'amiable, fonctionnent en cercles sympathiques mais fermés, éloignés du citoyen auquel cette médecine douce est pourtant destinée mais qui, de fait, en ignore encore largement les vertus. L'information s'arrête généralement au niveau des conseils qui, eux-mêmes mal informés ou résistants au mouvement, jouent selon les cas le rôle de filtre ou de barrage. Quant à l'effet de mode qui accompagne aujourd'hui la médiation, méconnue mais déjà galvaudée, il n'est pas fait pour rassurer les justiciables, ni pour favoriser son ancrage pérenne dans la culture française de règlement des conflits. Au Québec, Éducaloi est un organisme sans but lucratif qui occupe un rôle de premier plan dans l'amélioration de l'accès à la justice. Entièrement dédié à informer le public sur ses droits et ses obligations, il consacre l'ensemble de ses activités à rendre le droit plus accessible à la population, notamment celui qui concerne la justice participative³⁸.

Information à destination des justiciables. L'information qui parvient jusqu'aux justiciables est donnée aujourd'hui par quelques juridictions avant-gardistes dans lesquelles siègent des magistrats convaincus par l'intérêt du règlement amiable (Paris, Pau, Toulouse...). Par conséquent, toutes n'y procèdent pas et la méthode peut varier d'un endroit à l'autre : réunions informelles organisées par des magistrats où sont convoquées les parties dont les dossiers ont été retenus comme pouvant donner lieu à un règlement amiable, rencontres avec des médiateurs pour expliquer le sens et l'intérêt du règlement amiable, double convocation (une judiciaire et une de médiation ou conciliation)... Cette information mériterait d'être harmonisée dans ses méthodes et surtout généralisée, n'étant encore dispensée que de façon très aléatoire sur le territoire. La loi J21 a ouvert des perspectives nouvelles en insistant sur le rôle des conseils départementaux d'accès au droit (CDAD) chargés de « participer à la mise en

³⁸ <https://www.educaloi.qc.ca/capsules/conflicts-dautres-options-que-le-proces>. V. M.- C. Belleau, « Défis définitionnels et informationnels de la Prévention et du Règlement des Différends » in L. Casaux-Labrunée, J.-F. Roberge (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, p. 101.

œuvre d'une politique locale de résolution amiable des différends »³⁹. Les projets de juridiction consacrés par le décret n° 2016-514 du 26 avril 2016 (COJ, art. R. 212-63 et R. 312-84) mériteraient aussi d'être explorés en ce sens, avec la possibilité d'y associer d'autres partenaires institutionnels (Barreau, chambre des notaires, huissiers...) qui ne doivent pas rester à l'écart du mouvement.

Informations à destination des pouvoirs publics et des chercheurs. Le manque de confiance dans les modes amiables de règlement des différends provient aussi d'un manque de connaissance pratique des modes amiables de règlement et de leurs résultats. Il faut bien reconnaître que ces activités d'intermédiation se développent dans une certaine opacité, derrière le paravent de la confidentialité et dans la culture d'un certain secret. Tout ceci n'aide pas à promouvoir cette forme de justice, ni à la faire progresser. Une meilleure connaissance (sociologique, statistique...) des différentes pratiques de règlement amiable serait utile aux pouvoirs publics pour développer des politiques adaptées en ce domaine. A l'heure actuelle, il semble que les résultats des conciliations et médiations judiciaires réussies ne soient même pas comptabilisés dans les statistiques du Ministère de la justice, qu'elles contribuent pourtant à dégorger, ni dans les processus de notation. Le manque d'encouragement pour les magistrats est ici évident. Une meilleure connaissance des pratiques de règlement amiable, notamment des accords de fin de conflit, serait également utile aux chercheurs pour aider à les faire progresser et créer un effet d'entraînement favorable. Nous disposons en France d'un précieux « Observatoire des médiations » qu'il serait essentiel de soutenir davantage⁴⁰.

Chronique des médiations réussies. L'information à destination des citoyens qu'il serait dommage, dans une perspective de changement de culture, de limiter à ceux déjà engagés dans une procédure ou en passe de l'être, peut se faire par divers moyens. La presse, écrite ou télévisuelle, nationale ou locale, peut certainement y aider par une utilisation intelligente de ses ressources. Le résultat des médiations ne crée pas en effet de précédent comme les décisions issues des procès. Il n'existe pas de « jurisprudence » en ce domaine, ni de recueils de règlements amiables, alors qu'il s'agit aussi de décisions de justice (*a minima* des décisions de justice contractuelle, si ce n'est de justice institutionnelle lorsque les accords issus des règlements amiables sont homologués par le juge). La confidentialité qui fait la marque de ces processus s'y oppose et explique en grande part la méconnaissance actuelle de leurs résultats. La possibilité existe cependant, tout en respectant cette obligation essentielle, de mieux faire connaître et valoriser davantage les accords issus des règlements amiables. Une « chronique des médiations réussies » pourrait par exemple présenter régulièrement une sélection d'affaires anonymisées, avec l'accord des parties et de leurs conseils, présentant le conflit initial dans ses grandes lignes, le processus de règlement suivi et

³⁹ Article 1^{er} de la loi qui modifie l'article 54 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

⁴⁰ <https://www.observatoiredesmediations.org/>

l'accord auquel les parties sont finalement parvenues. Médiateurs et conseils des parties pourraient également trouver intérêt à mieux faire connaître de façon objective le résultat de leur savoir-faire. La logique du précédent est importante pour gagner la confiance des justiciables et des professionnels résistants. De beaux accords amiables se concluent tous les jours qu'il faudrait davantage faire connaître.

II - La confiance dans les acteurs du règlement amiable des différends

Le marché de la médiation. L'essor des modes amiables de règlement des différends, spécialement de la médiation, a conduit ces dernières années à l'émergence d'un véritable « marché » qui ne bénéficie actuellement d'aucune réglementation adaptée. *« Alors que pour être médiateur familial, il faut obtenir un diplôme d'État, rien n'est imposé pour les autres médiateurs dont le nombre croît de manière exponentielle, sans lien avec le taux de recours à la médiation. Les médiateurs sont très différents : anciens magistrats, avocats, notaires, huissiers, ils exercent à titre individuel ou dans le cadre de centres de médiation dont le nombre augmente à grande vitesse. Ils sont formés par des instituts privés et maintenant par certaines universités de manière très disparate, les formations allant d'une poignée d'heures à plusieurs centaines, étant dispensées par des formateurs agréés ou spontanés et autoproclamés. Être médiateur n'est pas une profession et la déontologie n'est visée que par un code élaboré par les principales organisations de professionnels de la médiation, sans valeur contraignante »⁴¹.*

La nécessité d'une régulation. S'observent sur ce marché des pratiques de médiation très différentes de l'une à l'autre, se réclamant parfois d'« écoles » ou de courants plus ou moins formés et lisibles, dont certains n'excluent pas une dimension spirituelle. S'y rencontrent aussi des profils de médiateurs très variés, le droit et la psychologie étant les deux façons principales d'« entrer en médiation ». A tel point qu'il paraît impossible aujourd'hui de cerner ce qu'est la médiation sans la personnifier à travers le médiateur et sa pratique. Difficile de se retrouver dans un marché aussi opaque, non seulement pour les justiciables qui seraient attirés par cette forme de justice, mais aussi pour les magistrats prescripteurs qui, engageant leur responsabilité, voudraient pouvoir, en confiance, désigner des médiateurs fiables et compétents. Les pouvoirs publics ont ici aussi leur rôle à jouer : pour réglementer l'accès à l'activité de médiation, aider à la professionnaliser, imposer à tous les médiateurs une éthique commune, et faire en sorte que les personnes qui se lancent dans cette activité d'intermédiation disposent des compétences nécessaires.

Régulation des services en ligne de conciliation et médiation. La loi du 23 mars 2019 qui encadre *a minima* les services en ligne de conciliation et de médiation (art. 4) n'a pas été suffisamment exigeante de ce point de vue. Si les personnes physiques ou morales

⁴¹ S. Amrani-Mekki, op. cit., n° 13.

qui proposent un service en ligne de conciliation ou de médiation sont soumises aux obligations relatives à la protection des données à caractère personnel ainsi qu'à une obligation de confidentialité, si le texte impose de façon générale – la formule est devenue classique – qu'elles accomplissent leur mission avec impartialité, indépendance, compétence et diligence, rien n'est précisé concernant leur formation. Une certification par un organisme accrédité est par ailleurs prévue, mais elle n'est pas obligatoire et nombre de professionnels en sont d'ores et déjà dispensés⁴².

A - Réglementer l'accès à l'activité de médiation

Définition du médiateur⁴³. La directive européenne du 21 mai 2008 propose une définition très générale du médiateur : « *Tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener* ». Le résultat est une médaille à deux faces : d'un côté la richesse de la médiation cultivée par des médiateurs aux profils et parcours variés ; de l'autre, un manque flagrant de lisibilité de l'activité et de ceux qui l'exercent.

Un titre non réglementé. Quitte à simplifier le propos⁴⁴, exception faite de la médiation familiale où un diplôme d'État a été créé par décret du 2 décembre 2003⁴⁵, n'importe qui peut s'improviser médiateur aujourd'hui en France. L'activité est facile d'accès. Pourtant, elle ne s'improvise pas. Il n'est pas neutre en effet, ni sans risque pour les parties concernées, de prétendre aider à régler des conflits des autres, de quelque nature que ce soit, de souhaiter pacifier des relations humaines dans quelque domaine que ce soit. Des savoirs et compétences sont nécessaires, relevant pour partie de l'inné mais aussi de l'acquis, qu'il n'est pas donné à tous de savoir mettre en œuvre avec la subtilité nécessaire pour atteindre les objectifs recherchés⁴⁶. L'activité d'intermédiation

⁴² Art. 4-7.-Les services en ligne fournissant des prestations de conciliation, de médiation, telle que définie à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 précitée, ou d'arbitrage peuvent faire l'objet d'une certification par un organisme accrédité.

⁴³ L. Casaux-Labrunée, J.-F. Roberge, « Introduction » in L. Casaux-Labrunée, J.-F. Roberge (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, p. 1.

⁴⁴ Quelques filtres existent au niveau des unités de médiation mises en place auprès de certaines juridictions. P. Guerder, *Les Cours supérieures et la médiation*, Conférence internationale sur la médiation, sept. 2014. www.pgma.fr/index.php?p=1_25_Conf-rence-internationale-sur-la-m-diation-Gemme-Hongrie.

⁴⁵ La détention de ce diplôme d'État n'est cependant pas obligatoire pour pratiquer la médiation familiale. V. M. Bruggeman, « Les compétences du médiateur en matière familiale » in L. Casaux-Labrunée, J.-F. Roberge (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, p. 413.

⁴⁶ N. Meyer, « La médiation, art ou technique ? L'enjeu de la formation des médiateurs » in L. Casaux-Labrunée, J.-F. Roberge (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, p. 359.

dans le règlement des différends est une activité trop sérieuse pour être laissée ouverte à tous les vents et tous les courants⁴⁷.

Une activité insuffisamment encadrée. Il n'est pas exclu que la France ait à s'engager, comme elle l'a fait après-guerre pour les activités commerciales et industrielles, et plus tard pour les activités artisanales⁴⁸, dans une réforme portant assainissement des activités de médiation (au sens large) à la différence qu'il ne s'agirait pas tant ici de protéger les « consommateurs de médiation », même si la question de la responsabilité des médiateurs se pose, que de donner confiance aux acteurs pour qu'ils s'emparent davantage de cette forme de justice. Il n'existe pratiquement plus aucune activité professionnelle d'accès libre en France. Il serait paradoxal que celle-ci, qui touche aux relations humaines dans ce qu'elles ont de plus sensible, leur capacité à créer des conflits et à les résoudre, le reste plus longtemps. La question rejoint évidemment celle de la professionnalisation de l'activité de médiation (v. *infra*).

Listes de médiateurs. Cette question de l'accès à l'activité de médiation est sensible dans les milieux professionnels. Les médiateurs déjà présents sur le marché voient venir depuis plusieurs années son rétrécissement. Le Conseil des ministres de l'Union européenne a en effet décidé le 6 juin 2014 que devaient être créées avant 2018 des listes de médiateurs dans tous les pays membres de l'Union européenne. En France, le législateur a fini par imposer qu'une liste de médiateurs soit dressée par chaque cour d'appel, à titre d'information et non d'obligation pour les magistrats prescripteurs (article 8 de la loi J21). Un décret du 9 octobre 2017 précise les conditions pour être inscrits sur cette liste. Il prévoit notamment qu'une personne physique ne peut y être inscrite que si elle justifie, outre les conditions générales prévues à l'article 131-5 du code de procédure civile avec lequel il fait redondance, « d'une formation ou d'une expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation ».⁴⁹ Ces listes de médiateurs permettront sûrement de favoriser la confiance dans les processus de règlement amiable. Il faut seulement remarquer qu'elles concernent exclusivement les médiateurs judiciaires, lesquels gagneront en crédibilité sans que rien ne les empêche d'exercer dans un cadre conventionnel.

⁴⁷ J. Faget, Démocratie, Institutions, marché. Les vents contraires de la médiation. Forum mondial de la médiation 2017. <http://fmm2017.openum.ca/actes-de-colloques/plenieres/>

⁴⁸ Loi n° 47-1635 du 30 août 1947 relative à l'assainissement des professions commerciales et industrielles ; loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.

⁴⁹ Décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel. C'est l'assemblée générale des magistrats du siège de la cour d'appel qui dresse la liste de ces médiateurs susceptibles d'être désignés en matière civile, commerciale et sociale, après instruction des demandes par le conseiller chargé de suivre l'activité des conciliateurs de justice et des médiateurs et de coordonner leur action dans le ressort de la cour d'appel. Cette liste, dressée pour trois ans, est mise à la disposition du public par tous moyens, notamment dans les locaux appropriés des cours d'appel, des tribunaux de grande instance et d'instance, des conseils de prud'hommes et des tribunaux de commerce.

B - Professionnaliser l'activité

La médiation : activité ou profession ? Une autre question qui préoccupe les médiateurs est celle de savoir si l'activité d'intermédiation dans le règlement des conflits à l'amiable doit rester une activité facile d'accès et peu réglementée (mais inspirant peu confiance) ou bien si elle doit devenir une véritable profession avec l'encadrement juridique que cette qualification suppose et le gain de confiance susceptible d'en résulter pour les usagers. Les avis divergent et les acteurs hésitent entre avantages de la professionnalisation et risque de corsetage de l'activité. Jouant sur les mots, tous semblent d'accord pour dire que les médiateurs doivent être « professionnels », plus qu'ils ne le sont aujourd'hui, ce qui ne signifie pas pour autant qu'ils adhèrent à la perspective de faire de la médiation une véritable profession⁵⁰.

Don ou prestation ? En lien avec la question précédente, tous les médiateurs ne sont pas d'accord non plus sur le fait de savoir si l'activité d'intermédiation dans le règlement amiable des conflits doit être exercée ou non à titre lucratif. Tandis que pour certains, la pratique de l'activité relève plutôt du don (rappelons que les conciliateurs de justice exercent leur activité à titre bénévole) elle est analysée par d'autres comme un véritable service rendu aux justiciables, qui nécessite du temps et des compétences, pas moins que pour régler un litige par la voie judiciaire, et qu'à ce titre elle mérite pleinement rémunération. Les mêmes font valoir la véritable plus-value apportée par les modes de règlement amiable en comparaison du règlement judiciaire : règlement plus rapide, plus complet, moins aléatoire... et moins cher (ce qui paradoxalement, sous l'angle des analyses économiques, n'inspire pas nécessairement confiance).

Activité sociale ou économique ? Certains précurseurs l'ont bien compris : en matière de règlement des conflits, c'est désormais le temps court qui rapporte de l'argent (et non plus celui du procès que l'on fait durer), celui qui permet de sortir d'un conflit rapidement et efficacement, dans une temporalité qui correspond davantage, comparé à celle du procès, à la vie des entreprises et au rythme des affaires notamment⁵¹. Un changement de culture est ici nécessaire, sans lequel les jeunes générations qui doivent pouvoir en vivre, risquent de ne pas embarquer pas dans les activités liées au règlement amiable des différends.

⁵⁰ N. Meyer, « De l'activité au métier. L'enjeu de la professionnalisation de la médiation », in L. Casaux-Labrunée, J.-F. Roberge (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, p. 397.

⁵¹ Une première étude sur la pratique de la médiation par les directions juridiques d'entreprises en France a été réalisée par l'Association des Médiateurs Européens (association du Barreau de Paris) et l'institut d'études *SquareMetric* (janvier 2013). Les trois quarts des directions juridiques prévoient un développement de l'usage de la médiation, mais attendent une évolution de l'offre des médiateurs. <https://www.village-justice.com/articles/mediation-directions-juridiques,13792.html>

Vivre de la médiation ? La difficulté actuelle réside dans un déséquilibre évident entre l'offre et la demande de médiation, en plus du manque de lisibilité de ce marché hétéroclite et d'une offre de service qui n'inspire pas encore suffisamment confiance. De fait, il est difficile de vivre aujourd'hui de la médiation en France. Trop de médiateurs irrégulièrement formés par rapport à une demande encore émergente : c'est la conséquence d'une offre de formation elle-même pléthorique et désordonnée. La seule activité liée à la médiation qui semble rentable aujourd'hui en France est celle de la formation à la médiation, un marché qui gagnerait lui aussi à être régulé et un tant soit peu rationalisé (v. *infra*). Le paradoxe mérite d'être souligné : la formation à la médiation est aujourd'hui plus rentable que la médiation elle-même.

C - Imposer une éthique

Une clé essentielle. L'éthique est évidemment très importante dans le règlement amiable des différends, une clé essentielle pour assurer des médiations de qualité, une exigence sans laquelle aucune confiance ne peut exister dans cette offre de justice et à laquelle doivent se soumettre tous les acteurs qui ont prétention à la déployer⁵². Indépendance, impartialité, respect de l'autonomie des parties, équité du processus, garantie de confidentialité des échanges⁵³... sont autant d'aspects qui nécessitent de grandes qualités de la part des « tiers-neutres » (appellation québécoise) et la plus grande vigilance lorsqu'ils sont en exercice.

Unifier les codes de médiateurs existants. L'activité n'étant pas encore réglementée, aucun code d'éthique commun à tous les intervenants en médiation n'existe à l'heure actuelle. En revanche, des codes ont été élaborés par des organisations professionnelles mais ils n'ont pas valeur contraignante. Probablement gagnerait-on en confiance à les réunir pour n'en faire qu'un.

Adapter la déontologie des professions organisées. Du point de vue de l'éthique, sans doute convient-il de penser différemment celle des professionnels n'exerçant l'activité de médiation qu'à titre accessoire, dans le prolongement ou en complément d'une première profession (avocats, notaires, huissiers...). Ceux-là disposent en général d'une déontologie spécifique à leur activité principale qui devrait être articulée avec les règles spécifiques à la médiation. Des incompatibilités de fonctions seront certainement à prévoir, un avocat ne pouvant par exemple être à la fois médiateur et conseil de l'une des parties⁵⁴. Des ajustements de règles éthiques seront également nécessaires le jour

⁵² Faget, Jacques. « Les mondes pluriels de la médiation », *Informations sociales*, vol. 170, no. 2, 2012, pp. 20-26.

⁵³ L. Izac, « La confidentialité dans la médiation. Une garantie fonctionnelle au service de la loyauté » in L. Casaux-Labrunée, J.-F. Roberge (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, p. 281.

⁵⁴ S. Amrani-Mekki, *Médiation et notariat*, JCP (N) 2015, I, 1163.

où le juge français osera lui-même la médiation, ainsi que l'y autorise le Code de procédure civile, en prenant appui sur l'exemple des juges-médiateurs⁵⁵.

Prestations de serment. Les conciliateurs et médiateurs de justice sont également soumis à des règles éthiques qu'ils s'engagent à respecter à l'occasion d'une prestation de serment devant la cour d'appel. Tel est le cas depuis longtemps pour les conciliateurs de justice : « *Je jure de loyalement remplir mes fonctions avec exactitude et probité et d'observer en tout les devoirs qu'elles m'imposent* »⁵⁶. Le même engagement vient d'être demandé aux médiateurs nouvellement inscrits sur les listes établies par les cours d'appel : « *Je jure d'exercer ma mission de médiateur en mon honneur et conscience et de ne rien révéler ou utiliser de ce qui sera porté à ma connaissance à cette occasion* ». Les membres, y compris à titre honoraire, des professions juridiques et judiciaires réglementées sont dispensés de serment⁵⁷.

D - Exiger des compétences

Le marché de la formation. La médiation est aussi devenue un marché de la formation. « *Dans de nombreux pays, le discours de la médiation est disproportionné par rapport aux débouchés professionnels réels. Beaucoup de détenteurs d'un diplôme n'exploitent pas les compétences acquises. La qualité des formations est inégale et beaucoup d'entre elles relèvent du charlatanisme confondant information et formation (pas de travail sur soi et sur sa propre relation au conflit), n'enseignant qu'un seul modèle de pratique (et tenant les étudiants dans l'ignorance des autres). De surcroît, ces formations sont si peu sélectives que l'impression générale du formateur que je suis est que les diplômés s'achètent* »⁵⁸. Le marché de la formation à la médiation est en effet aussi peu lisible que le marché de la médiation lui-même, et la comparaison des programmes et volumes de formation proposés par les différents organismes privés ou publics ayant décidé de surfer sur cette vague prometteuse, conduit à se demander si tous forment bien à la même activité. Quel organisme, quel programme choisir plutôt qu'un autre, pour celle/celui qui souhaiterait se former à la médiation en France ? Comment s'orienter dans ce dédale ? Comment avoir confiance dans une offre de formation qui, selon les cas, propose de devenir médiateur en une dizaine d'heures... ou en quelques centaines ? Rien de tout cela n'inspire confiance.

⁵⁵ L. Casaux-Labrunée et L. Otis, Le juge médiateur. Pour un renouveau de l'office du juge inspiré de l'expérience québécoise. Dr. Soc. 2017, p. 629.

⁵⁶ V. la charte déontologique des conciliateurs de justice (sept devoirs et un serment). <https://www.conciliateurs.fr/>

⁵⁷ Décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel (art. 10).

⁵⁸ J. Faget, Démocratie, Institutions, marché. Les vents contraires de la médiation. Forum mondial de la médiation 2017. <http://fmm2017.openum.ca/actes-de-colloques/plenieres/>

La nécessité de la formation. Si les textes sont nombreux à exiger des intervenants en médiation une formation, des compétences, une expérience adaptée... aucun n'en précise le détail. Ainsi en est-il du décret du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel qui exige de ces derniers, sans plus de précision, qu'ils justifient « d'une formation ou d'une expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation ». De fait, aucune véritable obligation de formation n'existe en ce domaine, sauf le risque de n'être pas accepté sur les listes de médiateurs qui se constituent dans l'environnement des juridictions, pas même en matière familiale où la médiation peut être exercée sans détention du diplôme d'État correspondant, le seul existant aujourd'hui dans ce domaine. La formation est donc laissée, à l'heure actuelle, à la libre discrétion des personnes qui souhaitent s'essayer au règlement amiable des différends. Elle relève de leur seule initiative et responsabilité. Une formation minimale imposée à tous les intervenants serait certainement un gage de la qualité pour les médiations et une évidente source de confiance pour les justiciables. Ses contenu et volume restent à définir mais pour l'essentiel elle devrait rassembler quelques fondamentaux, théoriques et pratiques, en techniques de négociation et règlement des conflits, en psychologie et communication, et bien sûr en droit, ne serait-ce que pour assurer des accords portant sur uniquement sur des droits dont les parties ont la libre disposition et respectant les limites de l'ordre public, sauf aux médiateurs non formés à cela à travailler de façon plus étroite avec des professionnels du droit.

La nécessité de la gestion des émotions. Peut-on véritablement faire profession de régler les problèmes des autres sans avoir entrepris un travail préalable sur soi et sa propre relation au conflit ? Le règlement amiable de conflits, qui sont bien plus souvent nourris de la dégradation de relations interpersonnelles, y compris dans le domaine des affaires⁵⁹, que de divergences d'interprétation sur le droit applicable, peut-il reposer exclusivement sur des compétences et un savoir-faire techniques ? Quelle confiance possible dans des médiateurs non préparés à gérer les émotions qui circulent nécessairement entre les parties opposées en cours de processus, ou entre les parties en conflit et le médiateur lui-même (biais de perception, risque de manipulation par l'une ou l'autre des parties...) ? Les professionnels du droit notamment ne sont pas très à leur aise avec ces questions d'émotions, habitués qu'ils sont à régler les conflits de façon technique sous l'angle exclusif du droit, en laissant souvent de côté, même lorsqu'ils y ont accès, les tenants et aboutissants communicationnels ou psychologiques des conflits. Le manque de formation est ici évident, conséquence d'un manque de croisement des savoirs qui n'est pas suffisamment dans la culture française, où le droit et la psychologie se rencontrent peu, alors qu'ils ont tant à voir l'un avec l'autre.

⁵⁹ M. Hauser, La médiation commerciale exempte d'émotions ? BMH avocats, juin 2014.

CONCLUSION

Développer la confiance des professionnels et des justiciables dans le règlement amiable des différends, entreprendre les changements culturels nécessaires pour changer de paradigme tout en maintenant l'exigence d'une justice de qualité, sont des transformations qui prennent du temps. Rien en ce domaine ne peut se faire du jour ou lendemain. Cependant, si l'évolution en faveur du règlement amiable des différends est lente, elle est en cours. *« 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'État pour le règlement de leurs différends, sorte d'offre de **pluralisme judiciaire** dont le mot d'ordre pourrait être : « A chaque type de conflit son mode de solution ». Favoriser leur développement, ce n'est pas faire l'économie de l'État, comme la crainte en est parfois exprimée ; c'est simplement contribuer à retisser du lien social et, lorsque ces modes se développent en lien avec l'institution judiciaire, c'est promouvoir une justice plus participative, c'est-à-dire plus citoyenne »*⁶⁰.

⁶⁰ L. Cadiet, Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français, *Ritsumeikan Law Review* n° 28-2011, 147-167, pp. 166-167.