

LA LIBERTÉ DE SE RÉCONCILIER

par Lise CASAUX-LABRUNÉE

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Si tous les gars du monde
Décidaient d'être copains
Et partageaient un beau matin
Leurs espoirs et leurs chagrins
Si tous les gars du monde
Devenaient de bons copains
Et marchaient la main dans la main
Le bonheur serait pour demain...

Si tous les gars du monde avaient, comme lui, le sens de l'autre¹, ce n'est sans doute pas le thème que nous aurions choisi pour rendre hommage au dédicataire de ces lignes. Dans ce monde idéal, se fâcher serait rare et se parler évident. De quelque horizon qu'il vienne, le respect de l'autre y dominerait comme une valeur essentielle qui guiderait les comportements humains. On y apprendrait, dès le plus jeune âge, que les discordes relèvent de la nature humaine et qu'être toujours en accord avec son prochain relève de la gageure... ou de l'hypocrisie. On y enseignerait que respecter l'autre nécessite plutôt, lorsque l'harmonie n'est plus de mise, l'honnêteté et le courage d'exprimer son désaccord, le temps d'écouter et d'entendre ce que l'autre a à dire, chacun se donnant ainsi une chance de convaincre l'autre, et les deux de trouver un terrain d'entente par-delà leur désaccord.

Tel n'est pas le monde dans lequel nous vivons, où l'on se fâche pour tout et pour rien, pour des personnes ou pour des biens, pour des faits entendus ou des malentendus. Les juristes le savent bien – femmes et hommes ordinaires eux-mêmes enclins ou exposés au conflit – eux qui font profession d'élaborer, d'expliquer, de défendre et faire respecter ces « règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux

¹ P. Ouellet, *Le sens de l'autre. Éthique et esthétique*, Montréal, Liber, 2003.

membres de la société »², sans lesquelles la vie en collectivité serait tout simplement impossible.

Les disputes s'observent dans tous les domaines de la vie courante : le travail où passe l'essentiel de notre temps (pour ceux qui ont la chance d'en avoir un), la famille (pour ceux qui ont la chance d'en avoir une) qui sert de réceptacle à tellement de tensions... Probablement, ces conflits traduisent-ils dans l'opposition à l'autre, un besoin d'exister, d'être reconnu, respecté... Toujours est-il qu'acteur ou observateur, ils sont devenus notre quotidien, loin de la quête du bonheur pour lequel nous sommes finalement si peu éduqués³. Comme toutes les choses importantes de la vie (aimer, écouter, apprendre à se connaître, vieillir, mourir...) gérer son rapport à l'autre n'est pas enseigné à l'école. Nous sommes tous, en la matière, des autodidactes⁴.

Dans ce contexte, la question de savoir comment se règlent les différends interpersonnels prend tout son sens. Elle est même embarrassante car l'on sent bien que les méthodes utilisées ne sont pas toujours adaptées ni proportionnées aux situations en cause, et qu'elles ne contribuent pas toujours au règlement efficace des vraies questions, celles qui alimentent les litiges à leur source. Quelle voie privilégie-t-on : la discussion, la négociation... ou le juge ?

Chacun apportera ses éléments de réponse. Mais les chiffres-clés de la justice sont là pour donner chaque année la mesure de l'encombrement de nos juridictions⁵. La machine judiciaire tourne à bloc, tant bien que mal, en réalité plutôt mal que bien pour qui veut regarder les choses en face⁶. Le phénomène est trop connu pour y insister davantage. En revanche, il devient pressant de s'interroger sur les moyens d'y faire face.

Le gouvernement français, confronté comme ailleurs à de profondes évolutions de la société entraînant un accroissement considérable de la demande de justice, a entamé il y a peu de nouvelles réformes de l'institution judiciaire, de ses modes de fonctionnement et de son organisation, de façon à garantir une justice de qualité, disponible pour tous selon ses besoins. L'objectif affiché est de « redonner du sens à l'œuvre de justice », en garantissant l'exercice de ses missions et l'indépendance de son statut dans un cadre modernisé⁷. Parmi les axes qui émergent du débat national, figure celui de favoriser l'accès du citoyen à des modes négociés de résolution des litiges.

Ces modes amiables ou alternatifs de règlement des conflits (MARC, pour reprendre l'acronyme le plus usité) qui ont pour particularité de rendre le citoyen acteur de son propre litige et de sa résolution, sont d'une grande

² Définition du « Droit », *Vocabulaire juridique*, PUF.

³ B. Fortin, « Le bonheur : la quête de toute une vie ! » : www.psychologue.levillage.org/bonheur.htm

⁴ J.-L. Servan-Schreiber, *Le Nouvel Art du temps*, Albin Michel, 1999.

⁵ Les chiffres-clés de la justice 2013, www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_Chiffres_cles_2013.pdf

⁶ Pour prendre le seul exemple du contentieux du travail : les 210 conseils de prud'hommes dont chacun sait qu'ils sont « à bout de souffle » accueillent chaque année environ 180 000 demandes nouvelles (*Sem. soc. Lamy* n° 1575 du 11 mars 2013 ; « Justice sociale : pour qui sonne le glas », *Sem. soc. Lamy* n° 1622 du 17 mars 2014 ; P. Joxe, *Soif de justice. Au secours des juridictions sociales*, Fayard, 2014). Les jugements rendus font l'objet d'un taux d'appel très supérieur aux autres juridictions de première instance qui aggrave les stocks de dossiers en attente dans les cours d'appel. La chambre sociale de la Cour de cassation traite quant à elle chaque année, avec une quarantaine de magistrats, plus de 6 000 affaires.

⁷ www.justice.gouv.fr/la-justice-du-21e-siecle-12563/

actualité en France. Ils ont même « le vent en poupe ». Ils ne doivent cependant pas être envisagés comme une réponse à la misère de l'institution judiciaire, ce qui conduirait à n'en faire qu'un ersatz de justice, un faux-semblant. Sans doute, leur montée en puissance tombe à point nommé face à la surcharge des tribunaux et au manque de moyens si souvent dénoncé, mais ils présentent un intérêt majeur : celui de s'attaquer aux causes du problème au moins autant qu'à ses effets. Ils méritent donc la plus grande attention.

Car il faut bien reconnaître que nos tribunaux sont encombrés d'affaires qui s'enlisent des années durant dans des procédures qui ne sont pas toujours justifiées. Il faut se demander aussi si nous n'ouvrons pas trop vite la porte des prétoires pour remettre le règlement de nos conflits, de quelque nature et importance que ce soit, entre les mains de la justice. Au risque de l'évidence, lorsque des intérêts s'opposent, si chacun fait l'effort d'entendre le point de vue de l'autre, est-il toujours besoin d'un arbitre ou d'un juge pour parvenir à une solution ? Non bien sûr, mais il faut une volonté commune pour cela. Or cette volonté semble exister de moins en moins. Cette façon « naturelle » de régler les conflits par la discussion et la négociation, encore présente aujourd'hui dans bien des pays et qu'heureusement nous n'avons pas totalement perdue, correspond en réalité à une culture qui semble se perdre à mesure que les systèmes juridiques se développent et se complexifient⁸.

Dès lors, pour reprendre le dicton, un mauvais arrangement vaut-il mieux qu'un bon procès ? Mieux que cela, étudier les modes amiables de règlement des conflits revient à faire le pari qu'existe en droit français la possibilité de procéder à de bons arrangements... qui valent mieux que tous les procès. Mais avant la technique juridique dont l'étude paraît vaine sans ces réflexions préalables, il convient de redécouvrir (I) si ce n'est de reconquérir (II) cette liberté de se réconcilier qui est à la source de toute justice apaisée.

I. – UNE LIBERTÉ À REDÉCOUVRIR

Médiation (judiciaire ou conventionnelle), conciliation (judiciaire ou non judiciaire), arbitrage, procédure participative, droit collaboratif... le système juridique français propose, à côté du procès ou insérés dans celui-ci, une large palette de processus de règlement aux personnes dont les intérêts s'opposent. La France redécouvre ces modes amiables de règlement des différends (ou des conflits selon que la dispute est prise en considération plus ou moins tôt) car ils existent depuis longtemps. « En vérité, on aurait tort de ne voir que de la modernité dans cet attrait, quand il y a depuis toujours, la tradition, qu'il s'agisse de bons arrangements, directs ou par bons offices (transaction, conciliation, médiation, arbitrage) ou des actes de renonciation unilatérale (abdication, pardon, grâce, remise de dette). La faveur aux modes amiables est millénaire. Elle est biblique, elle est proverbiale. Elle appartient à la sagesse des nations et à la pensée antique »

⁸ B. Blohorn-Brenneur, *Panorama des médiations du monde*, Éditions L'Harmattan, 2012.

⁹. À l'époque moderne, le mouvement de faveur pour les MARC ouvre au moins deux perspectives : il permet d'envisager une diversification de l'offre de justice, prenant pour acquis que le procès n'est pas la seule façon de faire « œuvre de justice » (A) et *de facto*, plus important encore, de développer chez les justiciables ce sentiment de justice qui fait tellement défaut aujourd'hui (B).

A. – POUR DIVERSIFIER L'OFFRE DE JUSTICE

L'Union européenne développe depuis plusieurs années une politique en faveur des modes négociés de règlement des conflits. L'objectif est de les faire se développer en Europe à l'image d'autres zones du monde où ils sont plus répandus (notamment au Canada souvent cité en exemple). L'impulsion a été donnée par la célèbre directive du 21 mai 2008 relative à la médiation en matière civile et commerciale¹⁰. Elle résulte également d'indicateurs chiffrés dont la connaissance doit encourager les États à mener des politiques plus actives en ce domaine. Bien que leurs atouts soient évidents (économie de temps, d'argent, solutions mieux adaptées aux intérêts et besoins des parties...) les MARC sont encore loin d'être solidement ancrés en Europe. Pour renforcer la démonstration, le Parlement européen a donc fait réaliser une étude publiée en 2011 par l'*Alternative Dispute Resolution Center* pour quantifier l'impact des actions en justice sur les systèmes judiciaires des États membres. Très éclairante, cette étude mesure les coûts temporels et financiers du non-recours à la médiation, et propose des idées pour la stimuler davantage (incitations fiscales, remboursement des frais de contentieux...) ¹¹.

Dans cet environnement favorable, la France redécouvre les modes « alternatifs » de règlement des conflits, mais non sans peine¹². Une raison vient peut-être de cet adjectif, souvent utilisé, qui suggère trop vite à qui l'entend, quelle que soit la sémantique, une opposition avec la figure classique du procès dans laquelle le juge tranche le litige. D'où les procès d'intention contre ces modes amiables, parfois suspectés de vouloir proposer une justice alternative à bas coût encouragée à seule fin de désengorger les tribunaux.

Le droit à un procès équitable affirmé par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les libertés fondamentales qui prime sur notre ordre juridique, présuppose pourtant le droit à un procès tout court... et donc l'accès en toute hypothèse à la justice institutionnelle que rien ne peut venir remplacer. Les MARC ne peuvent venir qu'en complément de la solution judiciaire. Ils doivent être vus comme un mode supplémentaire de règlement des différends, et non comme un mode alternatif au sens où il conviendrait, en y recourant, de

⁹ G. Cornu, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *Revue internationale de droit comparé* 1997, p. 314.

¹⁰ « La médiation : un nouveau rebondissement dans le sillage européen » (dossier du GEMME), *Les annonces de la Seine*, supplément au n° 27 du 19 avril 2012.

¹¹ Étude réalisée dans le contexte du projet financé par la Commission européenne : « The Cost of Non ADR-Surveying and Showing the actual costs of Intra-Community Commercial Litigation ».

¹² « Médiation : la France à la traîne », par J.-C. Magendie, *Le Nouvel Économiste*, 23 juill. 2014.

renoncer au juge. Il faut seulement réserver l'exception de la volonté contraire des parties exprimée dans une transaction qui, ayant l'autorité de la chose jugée en dernier ressort emporte par principe, même si des exceptions existent, l'abandon du droit au juge, et seulement pour les droits dont les parties ont la libre disposition (C. civ., art. 2052 s.).

C'est la carte de la complémentarité que doit jouer cette justice alternative vis-à-vis du procès. Chaque mode de règlement des litiges présente ses propres avantages et inconvénients. La rapidité, le coût, la réappropriation par les parties de leur propre litige, leur investissement dans la recherche d'une solution commune qui donne à celle-ci d'autant plus de chances d'être suivie d'effet... sont les arguments généralement avancés pour vanter les mérites des modes amiables de règlement des litiges. Mais ceux-ci ne sont pas envisageables pour tous les conflits. De l'autre côté, les inconvénients du procès sont souvent dénoncés : la lenteur de la justice (qui conduit à des condamnations régulières de l'État français pour manquement à l'exigence de délai raisonnable)¹³, le coût (celui de la procédure ou celui des honoraires des professionnels qui conduisent parfois à remettre en cause le principe même de l'accès à la justice), le risque d'usure psychologique, l'incertitude de la solution (même si chaque partie pense avoir raison) ou du principe même de la solution (développement de la procédure de non-admission devant la Cour de cassation)... Quels sont aujourd'hui les avantages du procès, si ce n'est l'existence de sa possibilité ? L'assurance que le conflit sera tranché par des professionnels compétents ? Cet argument garde sa valeur, mais il est de plus en plus contrarié par l'insuffisance de formation de certains juges professionnels¹⁴, et par les conditions dans lesquelles s'opèrent les nominations des magistrats de carrière qui posent la question de leur spécialisation.

Les deux modes de règlement des litiges, amiable et contentieux, sont complémentaires plus qu'opposés. Et en l'état actuel des choses, il n'y a pas lieu de considérer qu'il existerait d'un côté une justice « noble » symbolisée par le procès, et de l'autre une justice de seconde zone qui serait mise en œuvre par les modes amiables de règlement des conflits. En revanche, leur complémentarité peut certainement être améliorée. Pourquoi ne pas réserver la voie judiciaire aux affaires les plus complexes ? Pourquoi ne pas orienter certains dossiers vers les modes de règlement amiable lorsque la voie judiciaire paraît d'emblée très compliquée (par exemple en matière internationale) ?

La question est alors celle de la volonté des parties en conflit et de la place à lui réserver dans l'orientation vers tel ou tel processus de règlement. Les parties peuvent-elles décider librement de choisir la voie amiable ou contentieuse pour régler leur litige ? Peut-on les contraindre, le cas échéant, à adopter un mode de règlement négocié ?

¹³ Le TGI de Paris a prononcé le 18 janvier 2012, à l'initiative du Syndicat des avocats de France, 71 condamnations concernant des affaires en attente devant les CPH de Bobigny, Nanterre, Longjumeau...

¹⁴ V. les observations et propositions d'Alain Lacabarats relatives à la formation des conseillers prud'homaux dans le rapport remis en juillet 2014 à la garde des Sceaux sur l'avenir des juridictions du travail.

Cette question, déjà connue des juges, est celle de la force obligatoire des clauses de conciliation ou de médiation insérées dans les contrats¹⁵. Seulement, la jurisprudence n'est pas homogène. La Cour de cassation, depuis un arrêt rendu en chambre mixte le 14 février 2003, juge de façon générale que de telles clauses sont licites¹⁶. Mais la chambre commerciale exige un certain degré de précision pour que leur non-respect puisse caractériser une fin de non-recevoir¹⁷. La Chambre sociale de la Cour de cassation se montre, quant à elle, plus réservée : « *Attendu qu'en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend* »¹⁸. Cette dernière décision, qui laisse en suspens la question de savoir si les clauses de conciliation/médiation insérées dans des contrats de travail sont licites ou non, révèle l'embarras des juges en ce domaine : déclarer ces clauses licites reviendrait à mettre en cause la fonction conciliatrice du conseil de prud'hommes, quel que soit son insuccès dans les faits... Affirmer leur nullité, sauf l'hypothèse d'une clause qui interdirait le recours au CPH dont la compétence est d'ordre public, serait peu conforme à la politique européenne en faveur des MARC.

Quoi qu'il en soit, ces clauses méritent d'être encouragées. À tout le moins, peuvent-elles jouer à titre informatif et permettre d'attirer l'attention des parties, dès le début des relations contractuelles, sur le fait qu'en cas de désaccord et avant d'aller devant le juge, existent d'autres moyens de régler les différends.

La question du respect de la volonté des parties en conflit est également posée au législateur : est-il possible, à défaut de recours spontané aux modes de règlement négocié des litiges, de les contraindre à y recourir ? Des expérimentations sont en cours en matière de médiation familiale, qui obligent les conjoints avant toute saisine du juge à rencontrer un médiateur (décret du 12 nov. 2010, loi du 13 déc. 2011). Et pour la première fois, une médiation obligatoire vient de voir le jour dans la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt (C. rur., art. L. 631-28).

Il n'est pas sûr cependant qu'imposer le recours aux modes négociés de règlement des conflits soit la meilleure solution pour favoriser leur développement, ces modes reposant par essence sur la libre volonté des parties, sur leur libre adhésion à ces modes de règlement particuliers. On peut bien amener un cheval de force à l'abreuvoir, on ne peut pas le forcer à boire... En revanche, on pourrait rendre obligatoire, non pas les processus de médiation eux-mêmes, mais l'information sur ces processus.

¹⁵ M. Foulon et Y. Strickler, « Clauses conventionnelles de médiation hors instance », *JCP* 2014 n° 44, doct. 128.

¹⁶ « *Attendu qu'il résulte des articles 122 et 124 du nouveau Code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; que, licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent* ».

¹⁷ Com. 29 avril 2014, n° 12-27.004 : « *La clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci* ».

¹⁸ Soc. 5 déc. 2012, n° 11-20.004 ; v. Rapport annuel de la Cour de cassation 2012.

Ce serait déjà un grand pas, étant observé que les justiciables sont encore trop peu informés des possibilités qui leur sont offertes, dans le système juridique français, de résoudre leurs conflits à l'amiable.

B. – POUR DÉVELOPPER LE SENTIMENT DE JUSTICE

L'on pourrait prendre ici pour point de départ qu'il existe plusieurs façons de faire « œuvre de justice ». Le procès en est une, dans laquelle le juge qui tranche le litige a le rôle principal, mais elle n'est pas exclusive. Les modes amiables de règlement des conflits ouvrent d'autres voies vers une justice de qualité égale si ce n'est supérieure, en tout cas plus apaisée qu'à l'issue d'un procès.

Les MARC interrogent le concept de justice : « *ce qui est idéalement juste, conforme aux exigences de l'équité et de la raison ; en ce sens, la justice est tout à la fois un sentiment, une vertu, un idéal, un bienfait (comme la paix), une valeur* »¹⁹. Quel sentiment de justice éprouver, des mois si ce n'est des années après le début d'un conflit, lorsque le juge rend une décision qui laisse, dos à dos, un soi-disant gagnant et un perdant ? La plupart des procès ne terminent-ils pas avec deux mécontents : celui qui a perdu et celui qui a gagné sur le terrain juridique mais qui, pour autant, n'est que partiellement satisfait de la décision rendue qui ne l'a pas indemnisé autant qu'il le souhaitait, n'a pas pris en considération tel élément, est intervenue mais trop tard... toutes critiques habituellement adressées, telles des rengaines, à la décision dite « de justice ». La meilleure façon d'éprouver le sentiment de justice n'est-elle donc pas, pour les justiciables, de contribuer eux-mêmes à la solution, plutôt que de s'en remettre à un tiers auquel, au demeurant, n'auront peut-être pas été données toutes les clés de compréhension du conflit ?

Là où le procès laisse généralement deux perdants qui ne se parlent plus, les modes alternatifs de règlement des conflits proposent de mettre fin à la dispute en laissant deux personnes « accordées ». Là où le procès termine par une décision prise par un juge qui travaille sur un dossier, les modes alternatifs de règlement des conflits proposent de rétablir un lien suffisant entre les protagonistes et de les aider à parvenir entre eux aux solutions les meilleures. Là où le juge ne peut apporter que la solution du Droit, car c'est en ces termes que le litige aura été résumé, les modes alternatifs proposent des solutions de nature différente, d'autant plus efficaces que l'échange aura permis de faire ressortir les vraies raisons du litige qui ne sont pas toujours juridiques.

La solution du Droit paraît subitement bien « pauvre » car au fond, à travers le droit à un procès équitable, la liberté reconnue aux parties est surtout celle... de se fâcher. À l'opposé des modes alternatifs, le procès correspond plutôt à une logique d'évitement du conflit, une logique de rupture des relations entre parties opposées qui, en saisissant le juge, évitent d'échanger directement l'une avec l'autre, si ce n'est pas le biais de leurs conseils respectifs. Le juge est en quelque sorte « pris à partie », à défaut pour les protagonistes d'avoir trouvé un terrain d'entente, ou d'avoir

¹⁹ *Vocabulaire juridique*, PUF.

suffisamment et correctement échangé sur leur différend. C'est cette dialectique, qui n'en est pas véritablement une, qu'encourage le système judiciaire dans sa formule la plus classique.

Les MARC interrogent aussi la notion d'équité, cette « *sorte d'instinct qui, sans faire appel à la raison raisonnante, conduit de lui-même et tout droit, à la solution la meilleure* » pour reprendre la célèbre formule de François Gény²⁰. Justice et équité semblent liées, sauf que le juge ne peut pas statuer en équité, ayant d'abord pour fonction de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables (C. pr. civ., art. 12, al. 1). Justice et jugement paraissent aussi aller de pair, le jugement n'étant rien d'autre qu'une décision de justice, mais chacun sait qu'il n'en est pas toujours ainsi, la justice ne résultant pas toujours de l'application stricte de la règle de droit (ce que traduit en partie l'adage *Dura lex, sed lex*). Quant au droit à un procès équitable, si souvent revendiqué, il n'exige l'équité qu'au stade de l'instruction du dossier (« *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement* ») et non de sa solution. Le droit à un procès équitable n'implique pas nécessairement le droit à une décision équitable... donc juste.

Pour parvenir à un tel résultat, il faudrait que les parties s'emparent de cette possibilité que le Code de procédure civile leur offre depuis longtemps, mais qui reste encore trop souvent lettre morte : celle consistant à confier au juge la mission de statuer comme « amiable compositeur », c'est-à-dire en équité (C. pr. civ., art. 1, al. 4) au regard des règles de droit, mais sans leur caractère impératif. Le fait que le droit propose une procédure permettant de parvenir à un jugement équitable prouve en tout cas s'il en était besoin, que le procès en la forme ordinaire n'y parvient pas toujours, que justice et jugement ne vont pas toujours de pair. Or n'est-ce pas ce que les justiciables recherchent en premier ?

II. – UNE LIBERTÉ À RECONQUÉRIR

Alors que la France dispose d'une réelle culture de la négociation, la tendance actuelle pour le règlement des conflits reste celle de la « judiciarisation ». Le constat est d'autant plus étonnant qu'accordeurs, apaiseurs de conflits et autres juges de paix font partie intégrante de notre histoire²¹. Les professionnels du droit qui conseillent les justiciables jouent un rôle déterminant dans ce mouvement, les avocats notamment, encore enclins et formés pour la majorité d'entre eux à faire la guerre (le procès) bien plus que la paix (la recherche d'une solution amiable et négociée). La France se trouve ainsi dans une situation inconfortable vis-à-vis de cette justice alternative : entre impulsion européenne et hésitations toutes françaises qui ont pour effet une complexité évidente du droit applicable en ce domaine (A)²². Par ailleurs, si les MARC font l'objet d'un véritable

²⁰ *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, LGDJ, 1919.

²¹ B. Garnot (dir.), *L'infra judiciaire du Moyen Âge à l'époque contemporaine (Actes du colloque de Dijon, 5-6 octobre 1995)*, Éditions universitaires de Dijon, 1996, 480 pages.

²² L. Casaux-Labrunée, « Les modes amiables de règlement des conflits du travail en France », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, n° 2014/2.

engouement dû aux associations et groupements nombreux qui rassemblent magistrats, psychologues, sociologues²³... et à des personnalités convaincues de l'intérêt de cette nouvelle offre de justice qui mènent depuis une vingtaine d'années des actions en tous genres destinées à mieux les faire connaître²⁴, ils font face à diverses résistances culturelles, socioprofessionnelles... qui freinent leur plein épanouissement et rendent désormais impératif de rendre plus visible, si ce n'est plus crédible, l'activité de médiation elle-même (B).

A. – RENDRE LE DROIT APPLICABLE PLUS LISIBLE

La transposition en droit français de la directive européenne de 2008 s'est faite par le biais de deux textes principaux : l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 et son décret d'application n° 2012-66 du 20 janvier 2012, auxquels on peut ajouter la loi du 17 juin 2008 (modifiée par la loi du 22 décembre 2010 sur la convention de procédure participative) qui encourage la médiation et la conciliation en prévoyant la suspension des délais de prescription des actions en justice (C. civ., art. 2238). Cette transposition n'est pas à l'abri de toute critique.

La première concerne la définition commune de la médiation et de la conciliation donnée par l'ordonnance de 2011 : « *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 elle ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* ». Cette définition inspirée de la directive de 2008 est une première intéressante en droit français, mais elle prête à critique par la confusion qu'elle engendre entre des modes de règlement amiable, soumis à des régimes différents, que le législateur français s'était efforcé jusque-là de distinguer²⁵. En réalité, la définition proposée désigne surtout le processus par lequel des personnes en conflit peuvent à l'aide d'un tiers (qui en France ne peut pas être le juge, contrairement au Canada par exemple) échanger et trouver ensemble des solutions adaptées à leur différend. C'est sur cela que le législateur a sans doute voulu insister en proposant une définition englobante des différentes formes de médiation existantes (au sens commun du terme).

L'on reste cependant en question sur l'articulation entre cette définition et les pouvoirs du juge qu'il serait dommage de limiter à la prescription de médiations, l'article 21 du Code de procédure civile, sous-exploité semble-t-il, prévoyant explicitement qu'il entre dans sa mission de concilier les parties.

La critique porte surtout sur le manque de lisibilité du dispositif d'ensemble. Pour n'en prendre qu'un seul exemple, la définition unitaire énoncée ci-dessus aurait dû trouver bonne place dans le Code de procédure civile, or elle n'y figure pas. Cette dernière a été intégrée à l'article 21 de la

²³ Au premier rang desquels le GEMME, groupement européen de magistrats pour la médiation, créé en 2003 et auquel adhèrent près de 450 magistrats en fonction dans 21 pays européens. www.gemme.eu/fr

²⁴ L'on songe notamment aux nombreuses manifestations organisées dans le sillage de l'action du Barreau de Paris qui a déclaré 2013 « Année de la médiation ».

²⁵ F. Oudin, « Critique de la législation française relative à la médiation », in B. Castelain (dir.), *De l'autre côté du conflit : la médiation*, Anthémis, 2013, p. 143.

loi du 8 février 1995 qui ne traite que de conciliation et médiation *judiciaires*, et elle est reprise en des termes voisins à l'article 1530 du C. pr. civ. qui ne traite que de médiation et conciliation *conventionnelles*, lequel fait renvoi à la loi de 1995 sur la médiation judiciaire... Gérard Cornu aurait sûrement fait mieux.

On regrette que le législateur n'ait pas pris la mesure des enjeux attachés à une bonne intégration dans le Code de procédure civile des dispositions relatives aux modes alternatifs de règlement des litiges. Ce manque de lisibilité ne peut que freiner le développement de cette justice alternative, les professionnels du droit autant que les justiciables ayant besoin de règles claires pour investir efficacement cette nouvelle façon d'aborder les litiges²⁶.

B. – RENDRE L'ACTIVITÉ DE MÉDIATION PLUS VISIBLE

À l'évidence, les justiciables français sont encore trop peu informés des possibilités qui leur sont offertes de résoudre leurs conflits à l'amiable. Nombre de formations et d'informations sont régulièrement données, mais la plupart s'adressent aux professionnels susceptibles de pratiquer la médiation et non aux justiciables eux-mêmes. Les premiers concernés sont finalement les plus mal informés.

D'autres freins résultent du fait que l'activité de médiation n'est pas encore réglementée. La directive européenne de mai 2008 propose une définition générale, sans risque, 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* ». De fait, excepté en matière de médiation familiale où un diplôme d'État a été créé par décret du 2 décembre 2003, n'importe qui aujourd'hui peut s'improviser médiateur. Le résultat est une médaille à deux faces : d'un côté la richesse des médiateurs avec des parcours très variés (le droit et la psychologie étant les deux façons principales d'« entrer en médiation ») de l'autre, un manque flagrant de lisibilité de l'activité et de ceux qui l'exercent, dont on ne voit pas bien comment il pourrait inspirer la confiance des justiciables.

Une autre question essentielle est celle de la formation des médiateurs. Là encore, le manque de visibilité domine : l'offre de formation est importante et variée, selon les cas teintée plutôt de droit ou de psychologie (avec l'observation que les juristes sont généralement peu formés à la gestion des conflits, et les psychologues peu formés au droit). Seraient ici bienvenues la mise au point d'un référentiel de compétences et la labellisation des formations les plus sérieuses par un Conseil national de la médiation. Se pose également la question de la formation à l'accompagnement à la médiation des professionnels (avocats notamment) qui, sans être eux-mêmes médiateurs, pourraient guider et conseiller leurs clients dans ces processus pacifiques de règlement des litiges. Cette formation est aujourd'hui inexistante.

²⁶ N. Fricero (dir.), *Le guide des modes amiables de résolution des différends*, Guides Dalloz 2014/2015.

La médiation doit-elle rester une activité en accès libre au plus grand nombre, ou bien faut-il la structurer comme une véritable « profession » (exercée à titre principal ou accessoire) au risque de la corseter ? Ne faudrait-il pas l'encadrer davantage d'un point de vue déontologique ? Ces questions de la qualité des médiations et de la qualification des médiateurs sont essentielles, déterminantes de l'avenir des MARC. Elles vont se poser de façon accrue dans les prochaines années, le Conseil des ministres de l'Union européenne ayant décidé le 6 juin 2014 qu'il devrait être créé avant 2018 une liste de médiateurs dans les divers pays membres de l'Union européenne, comme existent par ailleurs des listes d'avocats, notaires ou officiers judiciaires. Dans cette perspective, il paraît important dès maintenant de commencer à repérer les bonnes pratiques, et de s'interroger sur les codes éthiques et les assurances professionnelles destinées à protéger les parties qui y ont recours.

Il faut mettre un peu de soi pour régler un litige à l'amiable. Mais arrivés à destination, la satisfaction est certainement plus grande qu'à l'issue d'un procès où chacun sort souvent perdant. Tout est finalement question d'itinéraire. À côté de l'autoroute du procès qu'emprunte aujourd'hui le plus grand nombre, les modes alternatifs de règlement des conflits font le choix des routes secondaires, moins encombrées... et plus rapides ici ! Sans doute, ces routes sont-elles plus sinueuses, mais elles offrent plus de possibilités. On y découvre des paysages vivants et variés qui permettront souvent de révéler les vraies raisons du litige, seules à même de conduire à son règlement efficace.

Bien sûr, cette « liberté de se réconcilier » inventée pour la cause, n'est écrite nulle part. Elle n'est affirmée par aucun texte. Elle est pourtant fondamentale, non pas tant dans l'ordre juridique qu'inscrite en chacun de nous où elle rejoint d'autres libertés « intérieures » : celle d'aller vers l'autre, d'échanger avec lui pour tenter de dépasser les désaccords, celle d'être heureux finalement... grâce au sentiment de plénitude que procure certainement le fait de sortir « la tête haute » d'un conflit que l'on a soi-même contribué à résoudre.