

Le juge, la contrainte et la médiation.
Point de vue sur le préalable de l'amiable

HELENE ABELSON GEBHARDT
Médiateure DEMF, magistrate honoraire,
« MEDIA-LOGUE »²³
Strasbourg (Bas Rhin)

Est-il possible de concilier « libre consentement » et « obligation » ? C'est à cette question difficile que l'auteur de l'article - médiatrice familiale et ancienne magistrate - répond en montrant que ces deux réalités peuvent se soutenir mutuellement, sans forcément s'opposer. Et si, dans certains cas, l'obligation rendait possible la liberté de consentir...

La médiation est une démarche volontaire et les participants doivent être d'accord pour entamer ce processus. Le code national de déontologie de février 2009²⁴ précise que « *Le médiateur doit obligatoirement recueillir le consentement, libre et éclairé, des personnes, préalablement à leur entrée en médiation* ».

Cet impératif de liberté est cependant à mon sens conciliable avec l'idée d'une certaine obligation à la médiation.

²³ www.media-logue.com

²⁴ Elaboré le 5 février 2009 par le R.O.M. (Rassemblement des Organisations de la Médiation), cf. http://www.anm-mediation.com/wp-content/uploads/2014/05/Brochure_deontologique.pdf

L'expérience montre que des personnes, qui souvent ne se parlent plus, sont pour le moins réticentes à venir en médiation. Elles expriment d'ailleurs fréquemment leur scepticisme, même si elles sont partantes pour tenter cette expérience... qu'au final, elles ne regrettent en général pas d'avoir pratiquée. C'est pourquoi l'idée d'introduire un zeste de contrainte est de plus en plus admise.

La médiation obligatoire, préalable à une action judiciaire, fait son chemin. Elle existe en Italie depuis 2011²⁵ pour certains types de contentieux (baux, successions, droits réels...). Elle a été mise en place en France, à titre expérimental, par l'article 15 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, en matière familiale : à peine d'irrecevabilité, la saisine du juge par le ou les parents pour modifier les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi que les dispositions contenues dans la convention homologuée, doit être précédée d'une tentative de médiation familiale sauf demande conjointe, motif légitime ou atteinte au droit d'accès au juge dans un délai raisonnable²⁶.

La médiation obligatoire a été qualifiée de « *fausse bonne idée* »²⁷, par Fabrice Vert, conseiller à la cour d'appel de Paris, coordonnateur et « référent médiation », compte tenu du risque de dénaturer ce processus. La responsabilisation des acteurs ferait obstacle à imposer la médiation avant tout procès. Si les

²⁵ Médiation obligatoire dans certaines matières introduite par le décret législatif du 4 mars 2010 déclaré partiellement inconstitutionnel puis rétablie par le décret législatif du 21 juillet 2013.

²⁶ Arrêté du 16 mai 2013 désignant les TGI de Bordeaux et d'Arras pour l'application à titre expérimental de ces dispositions jusqu'au 31 décembre 2014.

²⁷ Fabrice Vert, *La tentation de la médiation obligatoire*, Gazette du Palais 17-18 janvier 2014, p.9.

parties sont contraintes et forcées de passer par la case « médiation », cela deviendrait alors une obligation dépourvue de sens, à l'instar de la tentative de conciliation préalable devant le conseil de prud'hommes ou devant le tribunal d'instance devenue quasi inexistante.

Au lieu d'enjoindre de recourir à une médiation, il serait souhaitable que tout juge puisse imposer aux justiciables de s'informer sur la médiation comme cela est actuellement possible en matière familiale²⁸. L'information peut être donnée sous des formes variées, lors de séances collectives ou d'entretiens particuliers (ensemble ou séparément), voire par téléphone. L'idéal est de « faire goûter » ce mode particulier de communication. Ce n'est qu'ainsi que les personnes peuvent, en connaissance de cause, donner un consentement libre et éclairé à la médiation qui est encore largement méconnue.

Depuis le 1^{er} avril 2015, conformément au décret n°2015-282 du 11 mars 2015²⁹ qui vise selon la circulaire du 20 mars 2015³⁰ à « *inciter les parties à recourir à un mode alternatif de règlement des litiges (MARL), quel qu'il soit (médiation, conciliation, procédure participative ou négociation directe)* », il faut désormais justifier d'une tentative de résolution amiable des différends - beaucoup plus large que la médiation - pour pouvoir saisir un juge, sauf motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée. Il s'agit d'établir les diligences entreprises en vue de parvenir à une solution amiable. Certains se contentent par exemple d'envoyer à leur « adversaire » une lettre recommandée contenant une

²⁸ Articles 255 et 373-2 du Code civil.

²⁹ Qui modifie les articles 56 et 58 du Code de procédure civile, étant précisé que la mention dans l'acte de saisine des diligences entreprises pour parvenir à une solution amiable n'est pas exigée à peine de nullité.

³⁰ http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1505620C.pdf

invitation à se prononcer sur des propositions ou même parfois des exigences, sans vouloir réellement commencer une négociation « amicale » (étymologie d'amiable).

A défaut de ces éléments prouvant un essai de rapprochement avant la voie contentieuse, le juge a la faculté de *proposer* aux parties une mesure de conciliation ou de médiation sans pouvoir l'imposer³¹, ce qui ne saurait être une sanction. Selon l'usage qu'en feront les tribunaux et la jurisprudence qui se dégagera, ce texte sera un simple vœu pieux ou bien une réelle incitation à faire émerger une nouvelle culture, celle de la rencontre par un vrai dialogue, au besoin avec l'assistance d'un tiers par exemple avec la médiation, pour remplacer la culture de l'affrontement par monologues juxtaposés que le procès contribue à créer.

Revenons à l'idée de contrainte. Elle implique une intervention de la force ou d'une nécessité à laquelle on ne peut se soustraire ; c'est une privation de liberté imposée par quelqu'un ou quelque chose d'extérieur. La contrainte consiste à forcer quelqu'un à agir contre sa volonté ou, de façon atténuée, à exercer une pression sur une personne pour l'obliger à faire quelque chose. L'obligation, elle de nature morale plus proche du devoir, laisse la personne en partie libre de sa décision puisqu'elle peut refuser de s'engager.

Si l'on est convaincu que la médiation peut être bénéfique et mérite d'être tentée, la contrainte « légère » ou l'obligation conçue dans l'intérêt des personnes, peut être légitime à condition que la liberté de décision soit préservée.

³¹ Article 127 du Code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret du 11 mars 2015

Le juge, par son autorité, a cette influence particulière: il peut certes proposer ou suggérer plus ou moins fortement ce processus auquel ni les avocats ni les personnes n'ont pensé ou même cru, soit qu'ils ne le connaissent pas réellement, soit qu'ils l'estiment inapproprié. L'impulsion donnée par le juge permet de dépasser une certaine réticence; au médiateur ensuite de vérifier l'adhésion des personnes. La liberté reprend alors tout son sens.

Chaque médiateur a pu constater, surtout lorsqu'un procès est en cours, combien la médiation est rarement souhaitée, et encore moins de façon conjointe ; au mieux l'un désire y recourir tandis que l'autre est réfractaire à l'idée de se retrouver à côté de celui avec lequel tout dialogue est rompu et en qui toute confiance a disparu. Des expériences ont montré que si le juge en personne, après avoir échangé avec non seulement les avocats mais aussi les parties, prend le temps d'expliquer pourquoi telle affaire lui semble relever de la médiation (le choix de la médiation n'étant nullement dans le but de désengorger la juridiction), la médiation est alors tentée dans une proportion importante.

De même, une clause de médiation préalable à une procédure judiciaire insérée dans un contrat, qui est acceptée à un moment où aucun nuage ne vient obscurcir la relation, oblige bien les personnes à passer par cette étape, alors qu'elles n'en ont plus forcément envie, une fois le malentendu ou le conflit déclaré. Le juge sanctionne, dans ce cas, par l'irrecevabilité³²

³² Dès 2003, la Cour de cassation a dit que la méconnaissance d'une clause contractuelle de conciliation ou de médiation préalable à l'introduction d'une procédure contentieuse était sanctionnée par une fin de non-recevoir, c'est-à-dire l'irrecevabilité de l'action judiciaire tant que la mesure n'a pas été mise en œuvre, les conditions particulières de cette mise en œuvre devant être précisées dans la clause.

l'action intentée en l'absence de médiation préalable en faisant valoir la primauté de la volonté commune des parties, le non-respect de cette phase clairement définie par les cocontractants interdisant la saisine directe du juge³³. De plus, cette fin de non-recevoir ne peut être régularisée en cours d'instance³⁴.

Certes, un simulacre de médiation pourra être mis en place ; la partie, qui a saisi le juge en n'exécutant pas la clause de médiation obligatoire pour gagner du temps, s'y prêtera peut-être de façon purement formelle. Le plus souvent, quitte à se soumettre à cette contrainte, c'est-à-dire à l'accepter de plus ou moins bonne grâce, les personnes auront intérêt alors à expérimenter pour de bon une médiation en jouant le jeu, même si c'est du bout des lèvres au début. Ce n'est qu'après cette tentative, à laquelle une chance d'aboutir - ne serait-ce que de façon partielle - doit être laissée, qu'une action judiciaire pourra être intentée à nouveau.

Il convient de rappeler qu'à chaque fois, quel que soit le mode d'entrée en médiation, chacun étant libre d'arrêter à tout moment, il n'y aura peut-être qu'une seule séance mais là, il y aura véritablement un préalable amiable sans pour autant priver les personnes de l'accès au juge en cas d'échec du processus. La liberté de consentir à la résolution du conflit par la voie de la médiation est préservée ; ce n'est que le curseur qui est légèrement déplacé de l'initiative de cette option à son choix éclairé vérifié par le médiateur.

³³ Hugues Kenfack, *La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire hors de toute instance*, Recueil Dalloz du 19 février 2015 n°7

³⁴ Cf. arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation du 12 décembre 2014, n° 13-19.684.

Ainsi, que ce soit chronologiquement par une clause dans un contrat ou par une règle procédurale ou par la proposition du juge, le contexte contraignant permet de faire l'expérience de la médiation en forçant les résistances. En fait, c'est juste un « coup de pouce », soit une aide ponctuelle et non une contrainte au sens de violence, qui ne met pas pour autant en échec le principe de liberté, pour se décider à une confrontation respectueuse des points de vue, éventuellement avant un affrontement guerrier. Aux personnes de se saisir ou pas de cette opportunité !

❧