

## Béatrice BLOHORN-BRENNEUR

*Médiatrice du Conseil de l'Europe,*

*Président de chambre honoraire, Fondatrice et vice-présidente du Groupement Européen des Magistrats  
pour la Médiation (GEMME)*

La médiation judiciaire est née d'une pratique prétorienne. Dès 1970, principalement en matière de conflits du travail, puis en matière familiale, des magistrats ont réalisé que la stricte application de la règle de droit ne leur permettait pas toujours de rendre une décision humainement satisfaisante.

Parfois, les décisions rendues présentaient des difficultés d'exécution car elles étaient mal acceptées, ou interdisaient toute reprise de relations futures. Ce qui pouvait avoir des conséquences particulièrement graves : par exemple, lorsque les parties étaient toujours liées par un contrat de travail, ou qu'une condamnation entraînait inévitablement la fermeture de l'entreprise.

Ces magistrats ont alors ordonné des médiations dans le cadre de leur mission générale de concilier les parties. Cette pratique a été consacrée par le législateur en 1995.

La France est l'un des premiers pays européens à s'être doté d'une législation sur la médiation avec la loi du 8 février 1995 et son décret d'application du 22 juillet 1996, devenu les articles 131-1 et suivants du Code de procédure civile. Dès sa parution, elle suscita enthousiasme chez les uns et résistance chez les autres.

Si la médiation a été créée pour désengorger les tribunaux, si elle a pour but ou pour résultat de faire pencher la balance du côté du fort, de détourner le juge de sa mission de dire le droit, de faire échec à la phase obligatoire de conciliation quand elle est instituée, d'augmenter les frais, de faire perdre du temps, de mettre en place une justice dépourvue des garanties essentielles de la défense, alors il paraîtrait raisonnable de condamner cette mesure.

Mais si la médiation était cela, comment expliquer son implantation en France, et au même moment dans presque tous les pays Européens, dans les Etats d'Amérique du Nord et du Sud et surtout au Brésil et en Argentine, en Australie, en Afrique et particulièrement au Maroc, au Moyen Orient, notamment en Jordanie et au Liban et sur le continent asiatique<sup>1</sup> ?

Comment expliquer que tous les juges qui l'ont pratiquée vantent ce nouvel outil mis à leur disposition, qui permet de dépasser les limites de la décision judiciaire ?

**Les limites de la décision judiciaire.** – Comment ne pas être impressionné par le taux d'appel des décisions des conseils de prud'hommes ? 62% d'appel. Ceci revient à dire que, pour ce qui concerne l'institution prud'homale, dans près de deux tiers des cas, l'institution judiciaire ne donne pas rapidement une solution définitive et satisfaisante aux problèmes dont elle est saisie.

Par ailleurs, dans les dossiers qui présentent un caractère humain, l'application d'une règle de droit rigide ne permet pas toujours de faire disparaître les rancœurs, de supprimer les malentendus, ni de rétablir le dialogue.

Appliquer la loi, par définition générale et abstraite, à des cas particuliers, revient à faire entrer un homme de 120 kilos dans un costume de taille 38 sans faire craquer les coutures ! La justice fait du prêt-à-porter, alors qu'on lui demande de faire du sur-mesure.

L'avocat traduit en termes juridiques le mal-être de son client. Mais la souffrance de l'être humain peut-elle être réduite à une équation juridique ? Ignorer sa souffrance, c'est faire injure à sa personne, y répondre par de l'agressivité est source d'escalade dans le conflit.

---

<sup>1</sup> Panorama des médiations du monde.

Un procès peut être comparé à un iceberg : le juge est saisi d'un dossier qui comprend des preuves et décrit le litige juridique : il correspond à la partie visible de l'iceberg. Le juge ne connaît pas la partie invisible, qui est celle du conflit personnel nourri de rancœur, de malentendus et de non-dits.

Parfois, le litige juridique est réglé, mais le conflit personnel que vivent les parties demeure entier. Il peut ressurgir postérieurement et donner lieu, entre les mêmes parties, à un nouveau litige juridique.

**Le faible taux des conciliations judiciaires.** – On pensait que le juge était le mieux placé pour amener les parties à rechercher elles-mêmes une solution amiable à leur litige. C'est pourquoi le législateur a, en matière prud'homale, créé une phase obligatoire de conciliation.

Cependant, il faut bien reconnaître que la conciliation a cédé la place à quelque chose de bien plus excitant : le procès. Devant les conseils de prud'hommes, dont la nature paritaire est adaptée à la conciliation, la moyenne nationale est de 10%. Je n'ose pas parler du nombre de conciliations faites par les magistrats dans le cadre de l'article 21 du Code de procédure civile, qui s'applique également en matière prud'homale, tant devant les conseils de prud'hommes que devant les cours d'appel : il est insignifiant.

Pourtant, les juges qui tentent de concilier, après avoir suivi une formation aux techniques de communication, remplissent la mission de conciliation donnée par l'article 21. Les résultats auxquels parviennent alors ces juges sont très intéressants.

L'insuffisance de formation des juges à la technique de communication et à la conduite des entretiens est l'une des causes du faible taux des conciliations.

D'autres raisons tiennent au fait que les magistrats n'ont pas le temps de concilier. Ils sont submergés de dossiers et n'ont pas le temps de prendre une heure ou deux pour régler une affaire.

Enfin, la conciliation est menée par celui qui jugera l'affaire en cas d'échec et il n'y a pas de confidentialité des débats. Le juge sait tout ce qui se dit devant lui et il lui sera difficile, s'il doit juger l'affaire, de ne pas en tenir compte.

Ces points faibles de la conciliation ne se retrouvent pas en médiation.

**La médiation, un outil de modernisation de la Justice.** - Selon l'article 131-1 du code de procédure civile : « le juge saisi d'un litige, peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. Ce pouvoir appartient également au juge des référés, en cours d'instance ». Depuis la loi de 1995, la médiation peut être appliquée dans n'importe quel litige en matière civile, prud'homale ou commerciale. L'originalité de la mesure est que ce sont les parties elles-mêmes qui vont chercher leur accord, avec l'aide d'une tierce personne. Elles se réapproprient leur procès. La médiation correspond donc, selon Guy CANIVET, Premier président de la Cour de cassation à « *une conception moderne de la Justice, une Justice qui observe, qui facilite la négociation, qui prend en compte l'exécution, qui ménage les relations futures entre les parties, qui préserve le tissu social* ».

La médiation offre la possibilité de pacifier le conflit en permettant à chacun d'exprimer ses ressentis et de s'expliquer.

Un autre objectif de la médiation est de responsabiliser les parties qui reprennent en mains les rênes de leur procès et vont trouver elles-mêmes la solution à leur conflit.

Cette mesure permet aux parties de trouver un accord rapide, durable et exécuté volontairement : les accords de médiation ne sont quasiment jamais remis en cause.

Aussi le juge au premier chef (§1) mais également les autres acteurs (§2) doivent-ils s'efforcer d'assurer l'essor de la médiation judiciaire.

## §1. Le rôle du juge

Peu d'expériences de médiation ont été menées par les juges en matière prud'homale. Et pourtant, c'est peut être l'un des domaines qui se prête le mieux à cette mesure. On peut citer la pratique de la chambre sociale de la cour d'appel de Grenoble entre 1996 et 2005. La chambre sociale de la cour d'appel d'Orléans avait aussi lancé une telle expérience avec le président Cholet, dans les années 1998.

Le succès de l'expérience de Grenoble n'a été possible que parce que la chambre sociale a institutionnalisé la médiation. Pendant cette période, cette mesure a été pratiquée par des magistrats qui voyaient en la médiation un outil pour une meilleure qualité de la justice, et non pas pour gagner du temps dans le traitement judiciaire des affaires ou pour désengorger les tribunaux, comme l'ont présenté les pouvoirs publics.

**Le juge trie le contentieux relevant de la médiation.** – Entre 1996 et 2005, la chambre sociale de la cour d'appel de Grenoble a ordonné plus de 1 000 médiations, avec un taux d'accords de plus de 70%. Pour cela, les dossiers ont été triés et la médiation a été proposée dans environ 20% du contentieux. C'est dire que dans 80% des cas, les juges ont estimé qu'il n'y avait pas lieu de recourir à la médiation.

Une cellule de tri des dossiers a été mise en place et les dossiers étaient examinés dès leur arrivée dans le service, pour ne pas perdre de temps. Ce n'est pas le jour de l'audience, quand les parties ont attendu plusieurs mois que leur affaire soit plaidée, que l'on s'aperçoit qu'elle a été orientée vers la voie contentieuse alors qu'elle relevait d'un mode plus pacifié de résolution du litige.

Les affaires choisies pour aller en médiation doivent répondre à certains critères. Relèvent de médiation toutes les affaires factuelles et affectives. Dans les litiges soumis au juge, à côté des éléments objectifs (les faits et le droit), il y a des éléments subjectifs : les perceptions différentes que les personnes ont de ces faits. Un individu vit sa relation avec autrui à travers son histoire, ses émotions et son passé. Le juge ne pouvant pas prendre suffisamment en compte l'aspect humain du litige, rendra en droit une décision parfois insatisfaisante pour celui qui est en souffrance.

Quand nos concitoyens expriment leur mécontentement et disent : « le juge n'a rien compris à mon affaire », ils ne pensent pas qu'il n'a rien compris en droit. Le juge connaît le droit. Il n'a rien compris aux faits ; il n'a rien compris au côté humain de l'affaire.

Dans les conflits du travail, le critère affectif pourra être déduit de l'ancienneté du salarié. Le licenciement n'a pas le même impact pour celui qui a passé trente ans dans l'entreprise ou pour celui qui n'a que six mois d'ancienneté.

Les conflits familiaux sont généralement, par essence même, affectifs. Le licenciement d'un frère ou d'une sœur, ou d'un fils ou d'une fille, a un impact affectif très fort, et le litige n'est quasiment jamais circonscrit au conflit du travail. Il doit donc être examiné de manière plus globale.

Recourir à la médiation est également important lorsque les parties doivent garder des liens dans l'avenir. C'est le cas lorsque les parties sont encore liées par un contrat de travail ou qu'elles ont des liens d'associés.

Lorsque le conflit concerne les membres d'une même famille ou des associés, il est évident que la Justice devrait avant tout essayer de contribuer à pacifier les relations entre les opposants.

**Le juge informe sur la médiation.** – Le juge a un rôle actif en médiation : il informe sur la médiation, il propose la mesure, il ordonne la médiation, il donne force exécutoire à l'accord.

L'information peut être faite systématiquement ou individuellement à tout moment. Elle peut être faite plus particulièrement pendant la phase d'instruction du dossier.

Pour informer sur la médiation, deux outils peuvent être proposés de manière associée :

1 - Une lettre ou note d'information destinée aux justiciables. La pratique démontre que la seule lettre d'information ne suffit pas, les parties n'y répondant pas.

2 - Un questionnaire, destiné à permettre aux justiciables de réfléchir à l'intérêt d'une médiation. Les parties sont invitées à retourner le questionnaire à la juridiction après l'avoir rempli, ce qui les amène à réfléchir sur l'intérêt qu'elles auraient de recourir à cette mesure.

3 - Les audiences spécifiques, au cours desquelles le juge informe les parties sur la médiation, son processus, son utilité, donnent d'excellents résultats pour informer les parties et les convaincre d'aller en médiation.

En matière familiale, le juge peut enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur pour s'informer sur la médiation. Il conviendrait d'envisager la généralisation la procédure d'injonction à toutes les matières. Pour remédier à cette carence législative, la chambre sociale de Grenoble a eu recours à des audiences de propositions de médiation.

**Le juge propose la médiation.** - Les statistiques indiquent que la mesure est acceptée dans environ 50% des cas, lorsque le juge la propose en personne lors des audiences. Si la mise en œuvre d'une médiation est particulièrement souhaitable au début de la procédure, elle peut être faite à l'un quelconque des stades du litige, même ultime, au cours du délibéré.

Pour convaincre les parties, le juge utilisait l'argumentaire suivant :

« Vous pensez tous les deux que vous allez gagner votre procès. Pourtant une chose est certaine : l'un de vous va perdre. En médiation, il n'y a plus l'aléa du procès. Devant le médiateur, vous allez pouvoir exprimer vos souffrances et vos rancœurs, « vider votre sac », et l'autre va entendre ce que vous avez à lui dire. Vous allez, chacun à votre tour, vous écouter et essayer de comprendre ce qui est important pour l'autre. Vous allez rechercher votre intérêt et non pas forcément qui a tort et qui a raison.

C'est vous-même qui trouverez votre accord. Ce ne sera ni le juge, ni le médiateur. Personne ne vous forcera à le signer s'il ne vous convient pas parfaitement. Vous n'avez donc rien à perdre.

Ne dites pas : « *Avec mon adversaire, c'est impossible de discuter* ». Actuellement, votre conflit est tel qu'effectivement, vous ne pouvez plus dialoguer. C'est pourquoi vous relevez du spécialiste, du professionnel de la communication qu'est le médiateur. Tous seuls, vous n'y arriverez pas. Près de 80% des personnes qui vont en médiation trouvent un accord. Alors, pourquoi pas vous ?

La médiation vous fera gagner du temps car vous trouverez en trois mois un accord définitif et durable. De plus, la médiation vous fera faire des économies en supprimant le procès qui coûte cher. Si vous continuez dans la voie du procès, vous risquez de voir les procédures s'ajouter les unes aux autres et dans des années il se peut que vous soyez encore devant les tribunaux, ce qui va non seulement vous ruiner le portefeuille, mais encore la santé.

La médiation est donc une chance supplémentaire qui vous est donnée. Mais pour y aller, il faut que vous soyez d'accord tous les deux. Je ne peux pas vous l'imposer si vous ne voulez pas ».

À Grenoble, les juges de la chambre sociale recouraient à des audiences spécifiques appelées « audiences de proposition de médiation ». Lors de chaque audience, quarante dossiers étaient enrôlés. Les parties y étaient convoquées en personne, avec leurs avocats. La lettre de convocation indiquait expressément que leur présence était indispensable. Des médiateurs assistaient à l'audience, à côté du juge.

Le juge reprenait l'argumentaire ci-dessus pour expliquer aux parties ce qu'est la médiation et pourquoi cette mesure leur était proposée. Il prenait la parole en disant : « *Votre affaire est importante et mérite que l'on s'y attarde. C'est pourquoi vous avez été choisis pour que l'on vous propose une médiation* ». Ces mots avaient souvent un effet miracle : leur affaire était importante et ils étaient choisis !

Après la présentation générale de la médiation, les affaires étaient appelées les unes après les autres pour que les personnes donnent leur accord pour aller en médiation, car le caractère consensuel est l'essence même de la mesure.

Les médiations n'étaient acceptées qu'une fois sur deux. Lorsque les parties hésitaient ou souhaitaient plus d'explications, les médiateurs présents se retiraient avec ceux qui en faisaient la demande, dans des pièces prévues à cet effet, pour leur donner toutes les informations.

**Le juge homologue l'accord.** – À l'issue de la médiation, si celle-ci n'a pas débouché sur un accord, le juge est tenu de juger l'affaire.

Si la médiation a débouché sur un accord, l'affaire revient en tout état de cause devant le juge pour qu'il constate le désistement d'instance.

Les parties peuvent également, si elles le souhaitent, faire homologuer leur accord (article 131-12 du Code proc. civ.), ce qui lui confèrera une force exécutoire : l'accord issu de médiation, une fois homologué, a la même force qu'un jugement. Il s'agit d'un choix pour les parties et d'une possibilité pour le juge, qui n'est pas tenu d'homologuer l'accord.

Lors de l'homologation de l'accord, le juge exerce un contrôle succinct. Il doit s'assurer que l'accord ne heurte pas des dispositions d'ordre public, qu'il ne contient pas de fraude à la loi ou de fraude aux droits des tiers.

Il doit s'assurer de la bonne exécutabilité de l'accord, et que celui-ci ne contient pas de conditions potestatives ou hypothétiques. Il doit vérifier que les parties adhèrent à leur accord et qu'il n'a pas été conclu en méconnaissance de leurs droits. L'accord doit être exempt de vices du consentement et librement signé, en dehors de toute contrainte.

À notre avis, le juge n'a pas à vérifier le contenu de l'accord et l'existence de concessions réciproques, à moins que les parties n'aient décidé de donner à l'accord la forme spécifique d'une transaction.

**L'accord de médiation.** – La médiation permet aux parties de s'affranchir des termes du litige et de trouver un accord ailleurs que dans les pièces du dossier soumis au juge. Alors que la solution apportée au litige par l'application des règles de droit est rigide, celle trouvée en médiation pourra être plus souple, plus innovante et plus pragmatique, et ainsi mieux adaptée à l'intérêt de chacune des parties.

Il est arrivé en médiation que l'employeur réintègre le salarié, ou l'aide à retrouver du travail en faisant jouer ses relations, ou même finance les prestations d'une société de recrutement.

Dans une affaire, un salarié licencié pour avoir détourné la clientèle de l'employeur, a, en médiation, abandonné ses demandes indemnitaires pour racheter l'entreprise de l'employeur. L'accord permettait au salarié d'acquiescer régulièrement la clientèle, et à l'employeur qui voulait partir à la retraite de trouver un acquéreur. Les intérêts des deux parties étaient sauvegardés.

70 à 80% des médiations aboutissent à des accords « gagnants-gagnants » qui sont exécutés spontanément, parce qu'acceptés.

Les parties peuvent, à leur choix, rédiger une transaction selon l'article 2044 du Code civil ou un protocole d'accord informel.

## § 2. Le rôle des autres acteurs

Outre le juge lui-même, d'autres intervenants ont vocation à concourir au développement de la médiation judiciaire. Les médiateurs, d'abord, les avocats, ensuite, et enfin, les structures associatives, notamment de magistrats.

**Le médiateur.** – Les médiateurs sont des professionnels des relations humaines. Ils sont extérieurs et indépendants du système judiciaire. Ils sont spécialement formés à la technique de médiation.

Si le médiateur ne peut se passer de connaître la matière juridique dans laquelle il intervient, contrairement à ce que l'on peut penser, certaines professions, comme celles de juge ou d'avocat, n'apportent pas la formation nécessaire pour être médiateur.

Le médiateur, indépendant du juge, est tenu à la confidentialité de tout ce qui se dira devant lui (article 131-14 du Code proc. civ.), y compris à l'égard des juges qui l'ont désigné.

Lorsque le dialogue entre les parties est rétabli, le médiateur doit s'effacer pour laisser les parties occuper la première place.

Un médiateur avait été blessé par l'ingratitude des parties : à la fin de la médiation, elles étaient tellement prises par leur conversation qu'elles avaient oublié de le saluer et de le remercier du résultat obtenu. C'était pourtant là la marque du succès. Ne dit-on pas d'un bon médiateur qu'il est « biodégradable » ?

**L'avocat.** – La médiation permet aux avocats de retrouver leur rôle de conseil.

Selon Michel Benichou, ancien président du Conseil national des barreaux, les avocats considèrent aujourd'hui que régler un litige à l'amiable est un élargissement de leurs prestations, et que « *dans quelques années, on peut imaginer qu'il y aura des procès en responsabilité contre des avocats qui n'auront pas informé leurs clients qu'il existe une autre voie que celle des procès : la médiation* ». C'est déjà ce qui se passe aux États-Unis.

La médiation judiciaire ne peut se comprendre si les avocats ne sont pas intégrés dans le processus. Ils doivent conseiller leurs clients tout d'abord pour prendre la décision d'aller en médiation, puis lors de la signature de l'accord.

La question s'est posée de savoir si les avocats devaient assister aux réunions de médiation. Certains médiateurs les font venir, d'autres les excluent, prétendant qu'ils seraient un frein pour trouver des accords. Des statistiques ont été faites sur les médiations réalisées devant la chambre sociale de la cour d'appel de Grenoble. Elles parlent d'elles-mêmes : les médiateurs qui excluaient les avocats n'ont eu qu'environ 30% d'accords, alors que ceux qui les admettaient en réunion avaient 70% de réussite.

Certains avocats ont développé leurs cabinets grâce à la médiation. Un avocat grenoblois a témoigné que cette mesure lui permet de régler plus vite ses dossiers, et que ses clients satisfaits lui paient ses honoraires sans discuter. Il concluait : « *Financièrement, j'ai intérêt à avoir plus de médiations et moins de procès, et humainement cela me satisfait davantage.* »

### **§ 3 Un réseau européen de juges pour développer la médiation.**

Le législateur a défini les grandes lignes de la médiation. Les juges ont mis en place la plupart du temps un processus spécifique. Il en résulte une diversité des pratiques, non seulement en France mais aussi en Europe, où elle est aggravée par la différence des systèmes juridiques.

C'est l'une des raisons qui ont amené des juges de plusieurs pays de l'Union Européenne à se regrouper.

Le 19 décembre 2003, une trentaine de magistrats européens se sont retrouvés à Paris, à la Cour de cassation, pour créer le Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME). GEMME comprend aujourd'hui 450 magistrats dans 21 pays de l'union européenne (site : Gemme.eu).

Ce réseau européen de juges a pour objectif de contribuer à l'information sur la médiation et à l'harmonisation des procédures, de procéder à l'inventaire des bonnes pratiques, d'échanger les expériences, de participer à l'élaboration des règles et d'apporter une aide matérielle, intellectuelle et morale à ceux qui veulent pratiquer ce mode de règlement des conflits consacré par la loi.

Pour cela, GEMME offre aux magistrats des formations, soit pour leur mission de conciliateur, soit pour celle de prescripteurs de médiation. Il organise une information inter-européenne sur la médiation et suit activement les projets des institutions européennes.