

DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES
DÉPARTEMENT THÉMATIQUE **C**
DROITS DES CITOYENS ET AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES



Affaires constitutionnelles

Liberté, sécurité et justice

Égalité des genres

Affaires juridiques et parlementaires

Pétitions

**LES ENSEIGNEMENTS TIRES DE
L'EXECUTION DE LA DIRECTIVE SUR LA
MEDIATION: LE POINT DE VUE DES
JUGES**

NOTE



DIRECTION GENERALE DES POLITIQUES INTERNES
DEPARTEMENT THEMATIQUE C: DROITS DES CITOYENS ET
AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES

AFFAIRES JURIDIQUES

LES ENSEIGNEMENTS TIRES DE L'EXECUTION DE LA
DIRECTIVE SUR LA MEDIATION:
LE POINT DE VUE DES JUGES

NOTE

Résumé

L'exécution différenciée de la directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale a mis en lumière certaines lacunes différenciées selon les pays. Les obstacles du développement de la médiation judiciaire se retrouvent surtout au niveau de l'organisation pratique et dans une moindre mesure dans l'usage excessif de la notion d'ordre public. Le développement est aussi freiné, notamment sur le plan transnational, par les inégalités entre agrégations des formations de médiateurs. L'opportunité de rendre la médiation obligatoire ou pourvue d'incitants (telle la condamnation aux coûts de la procédure des parties qui refusent de s'y soumettre) est l'objet de débats.

Cette étude a été demandée par la Commission des affaires juridiques du Parlement européen.

AUTEUR

Ivan VEROUGSTRAETE

Ancien président de la Cour de justice Benelux et de la Cour de cassation de Belgique

ADMINISTRATEUR RESPONSABLE

Roberta PANIZZA

Département thématique : Droits des citoyens et affaires constitutionnelles

Parlement européen

B-1047 Bruxelles

E-mail: roberta.panizza@europarl.europa.eu

VERSION LINGUISTIQUE

Originale: FR

A PROPOS DE L'EDITEUR

Pour contacter le Département thématique ou souscrire à sa lettre d'information mensuelle voir à l'adresse suivante : poldep-citizens@europarl.europa.eu.

Manuscrit achevé en avril 2011

© Parlement européen, Bruxelles, 2011

Ce document est disponible sur le site internet:

<http://www.europarl.europa.eu/studies>

AVERTISSEMENT

Les opinions exprimées sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la position officielle du Parlement européen.

La reproduction ou la traduction dans un but non-commercial sont autorisées, sous réserve de l'indication de la source, d'une notification préalable et de l'envoi d'une copie à l'éditeur.

TABLE DES MATIERES

LISTE DES ABREVIATIONS	5
RESUME	6
1. UNE VOLONTÉ DE CHANGEMENT	8
1.1. Introduction	8
1.1. Attente générale de systèmes alternatifs	8
1.1.1. L'alternative comme principe: sa raison d'être	8
1.1.2. Le juge astreint à travailler dans de mauvaises conditions	9
2. LA MEDIATION CONVENTIONNELLE	10
3. LA MEDIATION JUDICIAIRE: L'OBLIGATION DE LA RECHERCHE DE LA SOLUTION AMIABLE	10
3.1. L'obligation de rechercher la solution amiable en général	10
3.2. Le désengorgement n'est pas le motif de la faveur de la médiation	11
4. LE TYPE PREFERE DE SCHEMA ALTERNATIF	11
4.1. Pas de schéma alternatif évident	12
4.2. Les préférences après la transposition de la directive	13
5. UN OBSTACLE A LA CREATIVITE DU JUGE : L'ORDRE PUBLIC	15
5.1. L'ordre public national et les formes nouvelles de rendre la justice en général	15
5.2. L'ordre public et le champ de la médiation	15
5.3. L'ordre public et l'homologation	16
6. LE RÉGIME UNIQUE APPLICABLE TANT AUX LITIGES NATIONAUX QU'ÀUX LITIGES TRANSFRONTALIERS ET QUEL QUE SOIT LE SECTEUR	16
6.1. L'élément d'extranéité dépourvu d'importance ?	17
6.2. La médiation ou les régimes alternatifs applicables à tous litiges ou une importance accrue ou moindre pour certains litiges	17
6.3. Les litiges relatifs aux consommateurs	18
6.4. La médiation familiale	19
6.5. Les petits litiges	19
6.6. Autres matières	20
7. LE CARACTERE FACULTATIF DE LA MEDIATION ; LA MEDIATION PRELIMINAIRE OBLIGATOIRE	21
7.1. L'impact des clauses de médiation	21
7.2. Une obligation imposée par la loi	22
8. L'ORGANISATION DE LA MÉDIATION	23
8.1. Le juge et l'avocat	23

8.2. L'organisation pratique de la médiation judiciaire	23
8.3. L'assistance judiciaire	24
8.4. Les codes de bonne conduite	24
8.5. Les médiateurs agréés	25
8.6. Le juge médiateur	25
9. CERTAINS EFFETS DU RECOURS A LA MEDIATION	26
9.1. Prescription	26
9.2. Confidentialité	27
10. L'EXÉCUTION	28

LISTE DES ABREVIATIONS

ADR Alternative dispute resolution

CJUE Cour de justice de l'Union européenne

REL Règlement extrajudiciaire des litiges

RESUME

La **transposition** de la directive 2008/52/CE du Parlement et du Conseil du 21 mai 2008 a été très **différente d'un Etat de l'Union à l'autre**. Certains Etats se sont contenté d'une transposition plutôt littérale, d'autres ont estimé que leur droit était déjà conforme à ce qu'exige la directive et se sont abstenu d'agir, d'autres encore ont profité de la directive pour revoir en profondeur les modes alternatifs de rendre la justice. Les attentes des juges sont de ce fait très différenciées d'un Etat à l'autre. Un point commun est frappant : les juges attachent dans tous les pays une grande importance aux systèmes alternatifs, notamment à la médiation.

La **médiation conventionnelle** – c.à.d. non induite par le juge- est en règle générale celle qui fonctionne le mieux : les juges ne manifestent aucune hostilité à ce type de « justice privée » et homologuent sans problèmes significatifs les accords pris sous la houlette d'un médiateur agréé.

La médiation judiciaire – c.à.d. la médiation induite par le juge mais pas forcément gérée par lui- connaît des débuts plus complexes dans certains Etats. Ceci est étrange, parce que dans la plupart des Etats de l'Union, des dispositions légales ou des principes généraux du droit incitent le juge à **rechercher des solutions amiables** aux litiges. Le fait que la médiation ne désengorge en fait pas les cours et tribunaux peut expliquer cette tiédeur.

S'agissant de solutions alternatives qu'il doit proposer, le juge européen n'a pas de schéma évident qui s'offre à lui. Le juge peut tenter une **conciliation interne** sous sa présidence et utiliser certaines techniques de la médiation tout en suggérant des solutions. Cette forme de solution du litige (le « settlement in court ») est fréquente dans beaucoup de pays et est souvent efficace : cette efficacité même est une raison pour laquelle la médiation dans ces pays ne décolle pas. Si le juge opte pour « externaliser » le litige et pour une médiation entreprise par un médiateur externe, il sera quelque peu en mal de trouver des indications dans la directive qui laisse une grande flexibilité quant aux modes de médiation, sauf bien sûr si son droit national a transposé de façon précise le contenu de la directive. Les juges regrettent souvent la trop grande **flexibilité** laissée par la directive qui ne permet pas une médiation de type unique en Europe.

Les différences d'approche de la médiation selon les Etats pourront rapidement se manifester dans plusieurs domaines. Un de ces domaines est l'**ordre public**. Les notions d'ordre public national limiteront le champ d'application possible de la directive. Il faudra ainsi examiner système juridique par système juridique, quelles matières pourront faire l'objet d'une médiation. Par ailleurs, le juge n'accordera de force exécutoire aux accords établis sous la houlette du médiateur que si son ordre public ne s'y oppose pas et ici encore, des discordances importantes pourront se vérifier si les juges donnent à l'ordre public national un contenu qui diverge d'un pays à l'autre.

L'ordre public ne constitue pas le seul frein au développement de la médiation. Certaines **formes alternatives de solution autres que la médiation** existent de façon sectorielle ou générale, ce qui rend la médiation moins attrayante. C'est particulièrement le cas en matière de droits des consommateurs qui sont protégés par des textes aussi nombreux que parfois méconnus. Les formes alternatives à la médiation ne respectent pas toujours les droits de la défense et sont en quelque sorte optionnelles, mais elles rendent la médiation souvent moins nécessaire. Il est difficile d'évaluer de façon précise le succès de ces formules qui en général, ne trouvent pas un écho extraordinaire.

Un point par contre qui n'a pas constitué de problème est le fait que la directive ne s'applique formellement qu'aux litiges transnationaux : de façon tout à fait générale, les systèmes juridiques ont considéré qu'il ne pouvait coexister dans un même Etat une **médiation transnationale et nationale** et ont dès lors transposé la directive en créant un régime unique. C'était prévisible.

Pour définitivement asseoir la médiation judiciaire, les juges pensent parfois qu'il serait sage de la rendre **obligatoire ou encore, de donner des incitants financiers** au recours à la médiation. La rendre obligatoire heurte la conviction de certains juges qui estiment qu'il s'agit d'une contradiction dès lors que la médiation suppose précisément un acte volontaire. Quant aux incitants financiers, les exigences de la Convention des droits de l'homme et de la Charte européenne des droits fondamentaux imposent de ne pas recourir à des contraintes telles que le justiciable se verrait privé de son juge.

Une autre façon de promouvoir la médiation est d'encourager les entreprises à insérer dans leurs **conditions générales de vente** des clauses de médiation... et de reconnaître leur efficacité si une des parties ne s'y conforme pas.

La directive ne contient que peu d'obligations concernant **l'organisation de la médiation**. En Europe s'est toutefois développé progressivement un ensemble de modalités qui gagne du terrain. Dans une majorité d'Etats, le juge ne peut lui-même assumer le rôle de médiateur. L'importance du rôle de l'avocat est en général reconnu. Les codes de bonne conduite sont en général suivis par les médiateurs professionnels, ce qui donne des droits à ceux qui ont recours à de tels médiateurs. Mais beaucoup reste à faire, notamment pour la création de structures d'accueil ou pour le développement de la médiation électronique. Beaucoup reste également à faire concernant l'accréditation des médiateurs : les régimes nationaux sont très divergents.

La directive n'a donc pas créé un régime paneuropéen strictement parlant mais elle contient malgré tout des dispositions relativement précises dans deux domaines : la **prescription** doit être suspendue lorsqu'une médiation est tentée, la **confidentialité** de la médiation est de l'essence même de la médiation. Il est frappant de constater que même en ce qui concerne ces deux dispositions impératives de la directive, les droits nationaux ont continué à diverger. Les règles de confidentialité ne sont d'ailleurs pas assez strictes dans la directive, ce qui amènera des parlements nationaux ou des juges à donner une portée parfois différenciée à ces règles.

Enfin, et de façon positive, la directive permet une **exécution aisée** des accords conclus, tout en mettant des obstacles à des contournements des règles d'ordre public.

1. UNE VOLONTÉ DE CHANGEMENT

Constats principaux

- Le système actuel n'est pas satisfaisant aux yeux des juges.
- La directive sur la médiation s'inscrit dans le fil d'une volonté de changement perceptible tant dans le public que parmi les juges.

1.1. Introduction

Les Etats membres de l'Union européenne ont, à des degrés divers, estimé devoir exécuter formellement 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 commerciale¹: certains gouvernements ont estimé qu'il n'était pas nécessaire d'y procéder, leur droit étant déjà établi dans le droit fil de la directive, d'autres hésitent encore et d'autres encore ont utilisé l'opportunité offerte par la directive pour réguler de façon assez complète le droit de la médiation.² L'enseignement que les juges nationaux tirent de la transposition de la directive sera en large partie inspiré par la façon dont leur Etat a exécuté la directive. Ceci est d'autant plus vrai que les juges nationaux ont souvent été impliqués dans cette transposition.

1.1. Attente générale de systèmes alternatifs

1.1.1. L'alternative comme principe: sa raison d'être

La façon dont la justice est rendue par l'appareil judiciaire est critiquée par un nombre significatif de juges, d'associations de juges et d'organes tels que les « conseils de la magistrature » qui existent dans tous les Etats membres de l'Union. Ceci n'est pas un phénomène nouveau mais la critique a quelques accents nouveaux. La critique venant des magistrats ne vise pas tant les manquements commis par des magistrats individuels, même si des manquements sont avérés. Elle porte plus fréquemment sur l'abondance et l'incohérence du droit matériel aux sources plurielles, que le juge ne parvient plus à maîtriser, sur le caractère inadéquat du droit de la procédure complexe et brouillon et sur le caractère étouffant de l'organisation judiciaire. Les critiques ne sont d'ailleurs pas convergentes³.

Cette appréciation critique est corroborée par les milieux d'affaires qui estiment que la jurisprudence est souvent erratique, particulièrement dans les juridictions de droit civil qui ne s'attachent que peu aux précédents. La multiplicité des sources normatives et le caractère très technique de certaines lois ne facilitent pas la tâche du juge qui, malgré les moyens informatiques contemporains, n'a plus ou ne peut plus avoir une appréhension intuitive de la solution correcte.⁴ Pour le citoyen lui-même l'absence d'effectivité de la norme a été soulignée par de nombreux auteurs⁵.

¹ JO L 136 du 24.5.2008, p. 3.

² Un aperçu – incomplet – est donné par le site www.gemme.eu

³ Voir à titre d'exemple F.Erdman et G. de Leval, *Dialogues de justice*, juillet 2004 (SPF-justice, Belgique).

⁴ Sans oublier que selon certains la surinformation informatique tend à mettre en péril la réflexion.

⁵ F. Fleerackers, "The role of lawyers in interaction: mediation, adr and legal thinking", in *The new EU-directive on Mediation*, Maklu 2008, p.25-34.

Le juge, à le supposer bien informé et raisonnablement doué, est par ailleurs souvent confronté à des législations dont le but est éloigné à la fois de son propre sens de la justice et du bien commun. Les législations édictées en vue de protéger l'un ou l'autre intérêt particulier se multiplient. Paradoxalement, le législateur lorsqu'il ne parvient pas à formuler une disposition claire et consensuelle, succombe parfois à la tentation de déléguer au juge le soin d'arbitrer entre des intérêts divergents, en formulant des lois comportant des notions vagues telles le caractère raisonnable, l'équité, la proportionnalité, la bonne foi. Ce renvoi à des notions vagues a renforcé le pouvoir discrétionnaire du juge mais simultanément crée le doute et augmente de façon considérable l'insécurité juridique, les coûts de transaction et la tendance à la multiplication des litiges. Les règles de procédure sont dans la plupart des pays de droit civil, d'une étrange complexité. Sous prétexte de protéger les droits de la défense sont nés des codes de procédure civile qui exigent une importante maîtrise et qui distraient de l'enjeu du litige.

1.1.2. Le juge astreint à travailler dans de mauvaises conditions

Les règles d'organisation judiciaire ne facilitent pas le déroulement des procédures. L'accent mis sur les pouvoirs des chefs de corps (au détriment de la décision collégiale des juridictions quant à leur organisation) prévaut encore dans la magistrature alors qu'une autre voie est souvent suivie dans l'entreprise ou même par l'administration publique. Le pouvoir exécutif ne confie pas suffisamment aux cours et tribunaux le soin de gérer le détail de leur fonctionnement et ne les responsabilise pas suffisamment. La dimension des tribunaux est rarement adéquate : les tribunaux sont dans beaucoup de pays aussi nombreux qu'au XIX^{ème} siècle alors que la mobilité des citoyens n'est plus la même qu'à l'époque.

Tous ces facteurs ont renforcé la prise de conscience par le juge que sa réponse aux attentes du citoyen pourrait ne pas être adéquate. L'appui accordé à la recherche de solution alternative du litige et partant les attentes d'une exécution efficace de la directive sont l'expression de cette conscience. Le conflit dans la société est un phénomène inévitable, même entre personnes de bonne composition : la perception erronée de ce que pense ou ressent une autre personne engendre déjà le conflit. La réponse au conflit passe par une appréhension des problèmes d'un citoyen qui se croit unique et que les techniques de communication permettent de mieux cerner dans ses habitudes, ses goûts. La directive européenne répond à un sentiment largement répandu parmi les magistrats qu'une autre voie que la voie judiciaire classique doit être ouverte dans nos Etats.

2. LA MEDIATION CONVENTIONNELLE

Constats principaux

Il n'y a, de la part du juge, pas d'objection de principe à ce que les parties s'arrangent entre elles pour résoudre leurs différends, sans intervention étatique.

L'attitude des juges quant à la *médiation purement conventionnelle* est malaisée à définir avec certitude, parce que par définition les juges n'entrent pas en contact avec ce type de médiations, si ce n'est lorsqu'une forme de contrainte doit pouvoir être exercée quand une des parties ne se conforme pas à l'accord conclu à l'issue d'une médiation réussie.

L'évolution des mentalités est telle que des formes de justice privée sont fréquentes et acceptées comme allant de soi. La faveur de l'arbitrage et l'exemple anglo-américain ont été décisifs à cet égard. Aucune opposition de principe à la justice privée ne se retrouve dans les écrits des magistrats : les magistrats ne sont pas hostiles à des formes de justice privée, lorsque leur utilité est établie, que le coût n'en est pas prohibitif et que les droits fondamentaux sont respectés⁶. La directive laisse à cet égard toute liberté aux Etats sauf en ce qui concerne les effets de la médiation sur la prescription et sur l'exécution des accords (voir ci-dessous, point 9).

3. LA MEDIATION JUDICIAIRE: L'OBLIGATION DE LA RECHERCHE DE LA SOLUTION AMIABLE

Constats principaux

Soit des textes exprès, soit des principes généraux acceptés par tous, imposent au juge la recherche de la solution amiable. La directive n'innove pas à cet égard. La médiation n'a pas pour vocation directe de désengorger les tribunaux et l'accent mis sur cet aspect fausse le débat.

3.1. L'obligation de rechercher la solution amiable en général

L'étude concerne principalement la médiation judiciaire, c'est-à-dire, la médiation qui est suggérée ou imposée dans le cadre d'un litige devant les juridictions d'Etats.

Les juges européens saisis dans le *cadre d'une procédure judiciaire*, d'un litige, sont astreints à rechercher par priorité une forme de conciliation, que ce soit par la voie d'une conciliation gérée par eux-mêmes ou par la voie d'une médiation. C'est un principe général de droit dans certains pays ou une obligation légale.

Plusieurs législations internes imposent explicitement de rechercher une forme de conciliation entre les parties. Ainsi en droit allemand une disposition (fédérale) incite le juge à rechercher le consensus entre parties: « § 278 ZPO *Gütliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich: Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche*

⁶ Certaines formes de réaction à l'arbitrage par contre se manifestent à cause de son coût souvent déraisonnable.

Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein". En droit anglais, des principes similaires résultent des *Civil procedure rules* qui obligent le juge à agir avec justice et sans lui imposer des frais excessifs (CPR 1.1, 1.2, 1.3, 1.4).

Ce principe, s'il n'est pas explicite dans tous les systèmes juridiques, est néanmoins un principe auquel la plupart des juges sont attachés. La rapidité de la justice et des procédures, surtout pour les juridictions de première ligne, ne permet pas toujours au juge de s'y attarder, mais cet objectif reste très présent dans l'esprit de la plupart des juges.

La directive est rédigée dans le même état d'esprit. L'affirmation explicite du principe n'a néanmoins pas été reprise dans une formule générale du style du droit allemand, alors que cela aurait sans doute mieux valu.

3.2. Le désengorgement n'est pas le motif de la faveur de la médiation

Quelle que ce soit l'hypothèse retenue – la médiation conventionnelle ou la médiation judiciaire- les magistrats n'attendent en général pas des textes exécutant la directive un désengorgement des tribunaux, même si parfois cette perspective est exprimée dans certains travaux préparatoires. Il en va autrement au Royaume Uni où pour des motifs particuliers les ADR sont une nécessité absolue. Dans la plupart des Etats européens la question ne se pose pas dans ces termes : les juges sont persuadés que les mérites des ADR ne se situent pas dans un gain de temps assez illusoire. C'est vrai de façon spectaculaire pour la médiation pénale, mais c'est vrai également pour la médiation civile. Le nombre relativement faible de médiations judiciaires atteste que ces médiations induites par le juge restent des phénomènes marginaux, en partie parce qu'elles ne permettent pas de réaliser à court terme un désengorgement des tribunaux. La médiation n'est pas aidée par l'usage d'un argument dont l'inexactitude est facile à établir.

Il est possible toutefois que si la recherche systématique de solutions amiables progresse, les citoyens cesseront de définir leurs relations sociales en termes de droits opposés l'un à l'autre, ce qui devrait à long terme diminuer la pression sur les tribunaux.

4. LE TYPE PREFERE DE SCHEMA ALTERNATIF

Constats principaux

- Aucun mode alternatif précis ne recueille l'unanimité au sein de l'UE.
- La directive n'impose aucun modèle précis. L'absence d'intégration véritable des ADR dans les procédures nationales défavorise le déploiement de la médiation.
- Les juges se retrouvent plus facilement dans des schémas de conciliation qu'ils voudraient voir développer sur le plan national (settlement in court).

4.1. Pas de schéma alternatif évident

Autant l'accord se fait aisément sur le principe que d'autres solutions que le contentieux ordinaire doivent être fournies aux justiciables, autant l'unité de vue entre magistrats quant à l'alternative optimale est absente.

Les juges privilégient les modes alternatifs qui leur sont familiers et s'attachent naturellement à ce qui est proche de leur système de fonctionnement, ce qui explique qu'il est plus aisé de les convaincre de tenter les modes de conciliation plutôt que de médiation. Le fait même que les systèmes de conciliation judiciaire (*settlement in court*) sont efficaces, comme en droit allemand, a pour effet que l'intérêt pour la médiation faiblit.

Pour pleinement faire progresser la médiation judiciaire, il faudrait mieux associer les juges au processus de justice alternative. Il ne suffit pas, même si c'est utile, de mieux informer le juge ou de mieux le former quant aux processus de médiation et de conciliation. Il faut intégrer la médiation ou toute autre forme de solution alternative du litige dans le processus naturel d'action et de réflexion du juge et pour cela adapter les règles nationales de procédure.

Une participation active du juge à la solution alternative du conflit peut se faire de plusieurs manières. La première consiste en un effort du juge (ou une acceptation de sa part) de renvoyer la cause devant une entité externe de médiation ou d'arbitrage. C'est une forme de dessaisissement quasi complète car un juge de l'ordre judiciaire (pas nécessairement celui qui a renvoyé la cause à la médiation) n'interviendra une nouvelle fois que plus tard, éventuellement dans le cadre de l'homologation ou d'octroi de la force exécutoire. Des études ont été faites concernant la tâche du juge dans un tel contexte et les outils pratiques et intellectuels qu'il convient de lui offrir pour qu'il renvoie de façon intelligente et efficace.⁷ Les résultats sont encore modestes sauf en matière familiale. Depuis la publication de la directive, cette forme de participation a connu un modeste accroissement.

La seconde forme de participation est plus directe : le juge se saisit lui-même ou est saisi par un collègue de sa juridiction et entame une forme de conciliation ou de médiation ; il est acquis qu'il ne siègera pas dans l'affaire au fond si aucun accord n'est trouvé. En Allemagne, notamment, le juge peut jouer un rôle de médiateur dans certaines conditions et un schéma semblable est proposé en Lettonie. Par contre dans d'autres pays où le juge ne peut pratiquer lui-même la médiation (notamment en Pologne ou en Belgique) seule la voie de la conciliation sera ouverte si le juge veut maintenir l'affaire dans sa juridiction (étant entendu qu'en cas d'échec de la conciliation ce n'est pas le juge qui a présidé à la tentative de conciliation qui siègera au fond)⁸.

Dans le silence du législateur communautaire ou national, sont parfois nées des initiatives de structure très variable, selon la disponibilité et l'imagination des juges initiateurs de ces projets. De tout temps, certaines formes telles la « comparitie » à la Hollandaise ou la médiation à la Québécoise ont recueilli les faveurs de magistrats⁹. Les juges de proximité ou de base ont eu tendance à prôner la conciliation, proche d'eux, et qui n'emporte pas l'externalisation de l'opération. Cette conciliation n'est pas visée par la directive qui porte sur la médiation (article 3, a, alinéa 2) proprement dite (judiciaire ou conventionnelle).

⁷ M.PEL, *Referral to mediation*, SDU 2008.

⁸ En Belgique, les juges de paix font en général appel à un juge de paix suppléant pour siéger à leur place en cas d'échec de la conciliation.

⁹ Voir I.Verougstraete, « Judges and mediation », in *The new EU directive on mediation*, Maklu 2008, p.37-45.

L'attente des juges est assurément de voir s'organiser un système offrant une large palette de possibilités, dont la recherche d'une solution trouvée au cours d'une procédure dont ils sont saisis (étant entendu qu'ils ne siégeront pas au fond si la conciliation échoue), sans exclure pour autant la médiation. La directive médiation, qui ne vise pas la conciliation proprement judiciaire doit, à leurs yeux, être complétée par des dispositions (de droit national) encourageant et organisant des types de conciliation plus proches d'eux et sans doute aussi efficaces. Rien bien sûr n'empêche les juges conciliateurs d'utiliser les techniques propres à la médiation pour favoriser la conciliation.

4.2. Les préférences après la transposition de la directive

Les Etats membres de l'UE pouvaient opter pour une **transposition relativement minimale** et rester dans le cadre de la médiation classique (tout en ne la limitant pas aux situations transnationales). La loi portugaise du 29 juin 2009 qui contient une fort complète transposition de la directive est représentative de cette tendance. La loi grecque de décembre 2010 est également une transposition fidèle de la directive qui reste dans le cadre de la médiation classique et laisse le cadre des autres procédures alternatives intact. Le fait de transposer de façon relativement timide la directive sans saisir l'occasion d'une refonte plus profonde de l'ensemble des mécanismes de solution des litiges offre l'inconvénient d'un manque de cohérence mais permet d'autre part d'envisager de multiples autres formes de solution des litiges. Le chantier est inachevé.

Si **aucune transposition** n'est effectuée, au motif que le droit national existant a déjà créé le système de la médiation, le problème d'une construction convaincante de l'ensemble des ADR au sein d'un Etat reste évidemment entier.

A titre d'exemple, la loi Belge n'a, jusqu'ores, pas fait de transposition spécifique de la directive : il est controversé si une transposition est nécessaire en droit belge ; si une transposition était effectuée, elle devrait, pour avoir une valeur ajoutée, être accompagnée de mesures d'organisation judiciaire facilitant la médiation. Or, ces mesures d'accompagnement font l'objet de controverses, ce qui retarde toute évolution. Le droit polonais se trouve dans une situation semblable : après avoir introduit en juillet 2005 la médiation dans le code de procédure civile, il ne manque que peu de choses pour être en conformité totale avec la directive (éléments de coût de la procédure et diffusion de la formule).

Lors de l'adoption de la directive certains se sont félicités du fait que la directive ne s'engageait pas vers un type de médiation déterminée, mais laissait une grande flexibilité aux Etats membres: la meilleure formule finirait ainsi par prévaloir par une sorte de loi du marché. Le considérant 17 de la directive fait d'ailleurs état de cette approche : les solutions basées sur le marché seraient les meilleures par un processus de sélection darwinien. Cette approche n'est à coup sûr pas celle de la plupart des juges européens. Ceux-ci attendent en général une indication législative claire, européenne ou nationale quant à leur mode de fonctionnement, et, à défaut d'obtenir une voie européenne, seront inévitablement tentés de se confiner à leur propre expérience et tradition sans fort s'intéresser à ce qui se fait dans d'autres cultures. La médiation imposée par la directive restera ainsi une excroissance étrange et pas suffisamment répandue et rien ne permet de croire que le modèle le plus performant sera adopté en large mesure.

Les juges dans leur grande majorité auraient préféré, pour la médiation, qu'un système généralisé pour l'Europe comportant les règles essentielles de la procédure de médiation soit instauré à travers toute l'Union. La directive qui laisse une flexibilité maximale et qui

ne contient que peu de règles fondamentales (sur la confidentialité, sur la prescription) apparaît à beaucoup de juges comme insatisfaisante parce qu'elle n'est pas assez contraignante pour les Etats et partant, n'harmonise pas suffisamment la matière. Elle devrait mieux s'articuler sur les procédures ordinaires.

Les juges des différents Etats membres que le rédacteur de cette note a consultés réalisent la complexité du problème. Le droit de la procédure civile (et pénale) exprime toute une tradition nationale et est difficile à harmoniser, mais cette difficulté ne devrait pas arrêter la tentative d'imposer un minimum commun des adr. A défaut, il appartiendra aux juges par le biais des réseaux existants, de tenter de faire évoluer cette matière.

5. UN OBSTACLE A LA CREATIVITE DU JUGE : L'ORDRE PUBLIC

Constats principaux

La directive a permis de lever des obstacles liés à l'ordre public national, mais en a réintroduit de nouveaux notamment lors de l'homologation. Les juges ne peuvent apporter de solution à cette situation.

5.1. L'ordre public national et les formes nouvelles de rendre la justice en général

La directive a pris des précautions importantes pour donner droit de cité à l'ordre public national qui permet de restreindre l'application de la médiation. L'ordre public des Etats membres de l'Union avant même qu'il ne soit question de la directive avait déjà un effet restrictif sur le développement de la médiation.

L'ordre public national a joué dans le passé un rôle souvent négatif en ce qu'il étouffait les initiatives d'ADR prises par certains magistrats en dehors de tout cadre légal formel. L'organisation judiciaire étant d'ordre public(national), le juge se voyait privé de la possibilité d'innover en appliquant des formes de justice nouvelles. La directive européenne a eu comme mérite de donner droit de cité à la médiation au sens de la directive et d'encourager les juges à poursuivre les expériences entamées, et ce même sans attendre l'implémentation formelle de la directive. Il est à prévoir que cette évolution se poursuivra, vu le caractère général de la directive.

5.2. L'ordre public et le champ de la médiation

La notion d'ordre public constitue un obstacle également à un autre point de vue. L'ordre public peut empêcher que certaines matières puissent faire l'objet d'un accord au cours de la médiation. L'article 1^{er} de la directive se réfère explicitement à cette notion. Ce sera le droit applicable qui déterminera en quelle mesure les parties peuvent disposer de leurs droits. Or, certains systèmes juridiques limitent de façon importante les droits dont les parties peuvent disposer, notamment en matière familiale (exclue pour cette raison de la médiation en droit algérien). La directive y rajoute le droit fiscal, le droit douanier, les matières administratives et la responsabilité de l'Etat pour des actes et omissions dans l'exercice de la puissance publique. Ces restrictions impliquent que les juges souhaiteront que les Etats organisent des systèmes équivalents notamment dans la relation avec les pouvoirs publics : de plus en plus, les différents pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire) peuvent être attirés devant le juge pour leur responsabilité du fait de faute ; permettre des procédures alternatives aussi en cette matière serait d'une grande utilité. La loi belge anticipe sur cette évolution et permet, moyennant une disposition légale expresse ou l'autorisation du conseil de ministres d'impliquer des personnes morales de droit public dans une médiation (article 1724 CJ). La directive ne l'interdit pas.

Les Etats ont d'ailleurs bien saisi qu'il fallait agir dans les domaines exclus par la directive et ont créé diverses formes de solution préventive ou curative des litiges, notamment en

matière fiscale. Il ne s'agit pas de médiation proprement dite, mais bien de solutions para-judiciaires qui prennent une place de plus en plus importante.

5.3. L'ordre public et l'homologation

L'ordre public national peut constituer un troisième obstacle à l'extension de la médiation. Les accords conclus entre parties au cours d'une médiation ne peuvent heurter, en vertu du droit des obligations national de tous les Etats membres de l'Union, l'ordre public. La directive y fait allusion en limitant la possibilité que des accords nés de la médiation puissent être rendus exécutoires lorsque la loi¹⁰ de l'Etat au sein duquel la demande d'exécution est faite s'y oppose.

Les Etats qui encouragent l'autonomie de la volonté dans le droit des contrats auront fatalement une tendance à interpréter de façon restrictive, dans ce contexte, la notion d'ordre public. Dès lors qu'il fait confiance à l'autonomie de la volonté, dans l'interprétation et l'application du droit des obligations, le juge ne trouvera rien à redire à ce que les parties s'accordent entre elles pour la résolution du conflit qui les oppose. Par contre dans les Etats qui ont tendance à objectiver les relations contractuelles, et à mettre l'accent sur les attentes raisonnables des parties et à admettre le facteur d'imprévision dans l'exécution des contrats, ont tendance à faire jouer plus rapidement le facteur d'ordre public dans le contrôle des relations contractuelles. Ceci implique qu'il est possible que les demandes d'exécution des accords nés de la médiation ne seront pas forcément bien accueillies dans tous les Etats membres de l'Union européenne.

Rappelons que la directive a par ailleurs de façon efficace empêché que les parties ne recherchent un forum approprié et favorable pour obtenir une homologation qui serait en contradiction avec les exigences de la loi du pays où l'accord a été conclu.

6. LE RÉGIME UNIQUE APPLICABLE TANT AUX LITIGES NATIONAUX QU'AUX LITIGES TRANSFRONTALIERS ET QUEL QUE SOIT LE SECTEUR

Constats principaux

- La directive est limitée aux litiges transnationaux mais est de fait appliquée aux litiges internes.
- Elle n'a eu que peu d'impact sur les multiples formes de médiation qui ont vu le jour en Europe et qui sont peu transparentes et, pour ce motif, pas satisfaisantes.
- La médiation générique de la directive est concurrencée par de multiples systèmes alternatifs.

¹⁰ Y compris le droit international privé de cet Etat, pour éviter les contournements de l'interdiction.

6.1. L'élément d'extranéité dépourvu d'importance ?

S'il est un point sur lequel les magistrats européens se sont aisément retrouvés, c'est sur l'idée qu'un régime unique devait être applicable tant aux ADR nationaux que transnationaux. La directive qui a pris une tournure limitée aux échanges transnationaux – pour des motifs dont la pertinence ne sera pas analysée dans cette étude- devrait inciter, dans l'esprit des juges, les Etats à s'accorder sur un système uniforme minimum, qu'il y ait ou non un élément d'extranéité.

Dans les termes du Conseil d'Etat de France, dans une étude faite à la demande du Gouvernement français, il est dit ceci :¹¹

Autrement dit, ce que souhaite éviter le Gouvernement, c'est la juxtaposition d'un régime « perfectionné » de médiation civile et commerciale, assorti d'un encadrement approprié résultant de la transposition de la directive 2008/52, et d'une multitude de régimes de médiations purement internes dépourvus de tout encadrement. Il s'en suivrait nécessairement une dépréciation de ces derniers. L'on entendra par « litiges ou différends transfrontaliers », ceux qui mettent en cause des personnes, physiques ou morales, établies dans différents Etats membres de l'Union européenne, autrement dits ceux qui revêtent un caractère intra-européen¹³, à l'exclusion des pays tiers.

La France s'est engagée explicitement dans cette voie et l'assemblée nationale devrait donner pouvoir au gouvernement pour créer ce système uniforme. En Belgique, pays qui n'a pour l'instant pas fait de démarche pour parfaire son droit, les textes sur la médiation ne font pas de distinction selon qu'il y ait ou non un élément d'extranéité. La Belgique bénéficie d'un régime général de la médiation civile, applicable à tous les secteurs, et qui correspond pour une large part à celui prôné par la directive. Au Portugal, la loi 29/2009 du 29 juin 2009 crée un système unique et général qu'il y ait ou non un élément d'extranéité : cette loi très brève correspond, à cet égard, aux aspirations des magistrats portugais. Le projet allemand déposé le 4 août 2010 par le Ministère fédéral de la justice ne crée non plus aucune distinction. Comme l'expriment les considérants :

Der Entwurf unterscheidet nicht zwischen grenzüberschreitenden und nationalen Streitigkeiten, sondern stellt die Mediation insgesamt auf eine einheitliche Grundlage und vermeidet so eine ansonsten drohende Rechtszersplitterung. Denn es erscheint wenig sachgerecht, nahezu identische Sachverhalte allein wegen formaler Kriterien wie dem Wohnsitz oder dem gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien unterschiedlich zu behandeln.

6.2. La médiation ou les régimes alternatifs applicables à tous litiges ou une importance accrue ou moindre pour certains litiges

La tendance naturelle à la rationalité fait qu'un régime de justice alternative instauré en fonction du type de litige suscite des résistances. Or les régimes particuliers se sont multipliés.

Parfois le législateur national a été amené lui-même à écarter des régimes multiples : en Allemagne le danger n'était pas imaginaire que les Länder prônent chacun un système de

¹¹ <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/104000625/0000.pdf>

médiation qui aurait pu créer des obstacles internes. Le projet allemand décrit tous les risques d'un tel émiettement et impose en large mesure un régime uniforme. Ceci aura pour effet d'harmoniser quelque peu les pratiques judiciaires très variées existant dans les différents Länder.

L'adaptation sectorielle de la médiation pose moins de problèmes. La directive n'a en réalité pas affecté ce qui existait comme procédures amiables dans les différents secteurs.

6.3. Les litiges relatifs aux consommateurs

Un nombre élevé de régimes a été mis au point pour la protection des consommateurs au sein de l'UE, tant sur le plan national qu'europpéen. Ces régimes ont souvent un caractère de police économique et sont autant destinés à mettre fin à des pratiques illicites qu'à indemniser la victime de ces pratiques.

Le droit matériel déroge souvent au droit commun en ce qu'il fait peser la charge de la preuve sur le professionnel ou même instaure des régimes de responsabilité sans faute. Le droit matériel favorable au consommateur n'est pas un incitant à rechercher des solutions à l'amiable.

Dans tous les Etats membres les associations de consommateurs ou les autorités publiques peuvent intenter des actions en cessation pour mettre fin à une pratique nuisant à la protection des consommateurs. La directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs¹² y veille. Dans quatorze Etats membres existent des mécanismes judiciaires permettant à un groupe de consommateurs ou à une association représentative de demander un dédommagement¹³. Par ailleurs un mécanisme de coopération existe via un réseau d'autorités chargées de faire respecter les droits des consommateurs (pour les affaires transfrontalières). Ces mécanismes rendent aussi le recours à la médiation ou l'incitation à la médiation peu évident, dès lors que le consommateur peut fort bien espérer être indemnisé même au-delà de son préjudice réel s'il va devant un tribunal.

De façon sectorielle aussi les régulateurs de marché en matière financière, énergétique, et de télécommunications, jouent un rôle surtout dissuasif ou préventif à l'égard de pratiques illicites, avec une efficacité qui n'a pas toujours été au rendez-vous. Les marchés oligopolistiques existants sont manifestement difficiles à réguler.

A ces procédures sont jointes des procédures amiables ad hoc souvent gérées par le secteur concerné (banques, assurances, transports, voyages) d'autant plus que des directives de l'Union européenne encouragent ou imposent que des systèmes de règlement amiables soient introduits dans certains secteurs. Ceci a abouti à la création de centaines de types d'ADR, chaque type ayant selon le pays son organisation, son autorité etc. Ces procédures rencontrent un modeste succès, mais ne supplantent pas les procédures judiciaires malgré leur caractère souvent gracieux.

Les juges ont quelque peine à se situer par rapport à ces procédures, d'autant plus qu'ils n'en ont connaissance en fait que lorsque ces tentatives ont échoué et qu'une sélection négative des cas s'est opérée. La faible transparence de ces procédures fait aussi que le

¹² JO L 166 du 11.6.1998, p. 51.

¹³ Voir ParLEur., *Document de consultation sur le recours au règlement extrajudiciaire des litiges pour régler des litiges relatifs aux transactions et aux pratiques commerciales dans l'Union européenne.*

Le juge saisi d'un litige ne se posera pas la question de savoir si le consommateur a bien tenté un arrangement d'un litige survenu dans un secteur où des mécanismes protecteurs existent.

La directive n'apporte rien de neuf à cette situation, si ce n'est qu'elle fixe partiellement un modèle qui pourrait être suivi par les secteurs.

6.4. La médiation familiale

Les premières formes de médiation en Europe ont été des médiations familiales. Dans la plupart des Etats européens la dissatisfaction concernant l'intervention étatique dans les litiges à caractère personnel était vive : les personnes avaient de la peine à comprendre comment un juge civil pouvait trancher de façon adéquate des problèmes touchant leur vie intime. Dans les Etats à prédominance islamique (ou au sein des minorités musulmanes) la religion rend les procédures judiciaires laïques ou la médiation gérée par des laïcs peu compatibles avec le donné sociologique religieux.

Pour la communauté musulmane, la médiation n'est pas appropriée et d'ailleurs interdite dans des Etats tels l'Algérie. Dans les Etats laïcs européens par contre, l'intervention d'une autorité publique tierce – le juge- dans les relations personnelles n'est pas perçue comme une nécessité pour le maintien de la cohésion sociale: au contraire, dans la mesure où les intérêts de l'enfant ne sont pas méconnus, les cours et tribunaux approuvent le fait que les parties prennent leur sort en mains.

Par ailleurs la médiation familiale a pris un essor transnational sans attendre des initiatives européennes.¹⁴ Les problèmes de responsabilité parentale font l'objet d'accords à une échelle plus grande que l'échelle européenne, cette échelle paraissant plus adéquate pour régler des problèmes impliquant souvent des Etats situés hors Union européenne.

La directive et son exécution n'ont guère provoqué de changements en cette matière qui évoluait déjà largement. Le bienfait le plus clair dans cette matière sera l'avènement de médiateurs agréés offrant certaines garanties.

6.5. Les petits litiges

Le règlement (CE) N° 861/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007¹⁵ prévoit une procédure simplifiée pour les petits litiges. Cette procédure simplifiée n'est pas une procédure alternative mais une procédure judiciaire classique qui a des vertus importantes de simplicité. L'article 12 du règlement dispose que le tribunal saisi peut tenter une conciliation si une telle tentative est raisonnable, mais la teneur générale du règlement est plutôt étrangère aux formes alternatives de justice et la simplicité de la procédure prive en fait la procédure alternative d'une partie de son intérêt.

¹⁴ Sur les spécificités de la médiation familiale internationale, voir D.Ganancia, *La médiation familiale internationale*, Eres 2007.

¹⁵ JO L 199 du 31.7.2007, p. 1.

6.6. Autres matières

La médiation peut parfois prendre des aspects spécifiques fort éloignés du modèle proposé par la directive. Ainsi la loi Belge du 31 janvier 2009 prévoit qu'un médiateur de l'entreprise pourra agir comme intermédiaire neutre entre un débiteur en difficulté financière et ses créanciers. Ce médiateur existait en projet avant que la directive ne soit publiée et la directive n'a rien changé.

Sous des dénominations différentes et avec des tâches parfois différentes, le médiateur d'entreprise existe notamment en France.

Cette forme est accueillie avec faveur par les milieux judiciaires, même si ce type de médiation s'écarte du modèle strict repris dans la directive.

Des médiateurs spécifiques agissent aussi dans des litiges relatifs aux droits intellectuels en Allemagne.

Dans ces différentes formes de médiation, il s'agit souvent de dégager des compétences qui ne sont pas faciles à trouver dans les cours et tribunaux ou de permettre à un « neutre » d'agir sans les contraintes qui peuvent peser sur un juge.

7. LE CARACTERE FACULTATIF DE LA MEDIATION ; LA MEDIATION PRELIMINAIRE OBLIGATOIRE

Constats principaux

- L'impact de clauses de médiation est accueilli de façon divergente dans les Etats membres de l'Union, même si une tendance à les prendre au sérieux est perceptible.
- L'obligation légale par contre de passer par une phase de médiation avant d'assigner en justice n'est pas reçue sans réserve par les magistrats.
- La directive qui laisse le choix entre le caractère obligatoire ou facultatif, reflète bien les hésitations des milieux de magistrats.

7.1. L'impact des clauses de médiation

Si les parties ont **convenu d'une clause de médiation**, une partie pourra s'opposer au fait que l'autre assigne sans même avoir tenté la médiation.

La validité d'une clause de médiation doit pouvoir être appréciée de façon autonome, distincte donc de la question de la validité du contrat dont l'exécution, la validité ou l'interprétation pose problème¹⁶ Cette solution est constante dans les droits de l'Union européenne et est en fait de simple bon sens.

L'efficacité d'une telle clause est l'objet de contestations – la directive est muette à cet égard. La question est de savoir si la partie qui malgré la clause de médiation, est atraite directement en justice, peut soulever une exception dilatoire ou soulever l'irrecevabilité de la demande. Les opinions sont partagées et certaines juridictions ont déduit du caractère volontaire de la médiation qu'il serait inutile de rejeter une demande de plano sur cette base¹⁷. Cette opinion est combattue par d'autres qui estiment qu'en droit des obligations il ne faut pas se focaliser sur le résultat de la procédure convenue¹⁸.

Il est vrai que la médiation est différente de l'arbitrage pour lequel la solution est constante. Ne pas attacher du tout de valeur au contrat en ce qu'il impose la médiation est léger. Il n'en reste pas moins que le juge qui a les parties devant lui sera peu enclin à faire droit à une exception dilatoire et tentera d'appréhender lui-même le litige sans plus tarder. La solution n'est donc pas constante en Europe. Pour asseoir le crédit de la médiation il serait souhaitable que le juge suspende le traitement de l'affaire tant qu'une tentative de médiation n'a pas été faite de bonne foi. La sanction de l'irrecevabilité semble dans la plupart des juridictions une sanction excessive. Une sanction par le biais du règlement des dépens est une possibilité.

L'incitation à la médiation dans un régime où elle n'est pas obligatoire, peut prendre deux aspects. Le juge peut suspendre la procédure ou inciter les parties à tenter une médiation.

¹⁶ Voir notamment K. Andries, « Cedo nulli..Over de autonome werking van het arbitrage- en bemiddelingsbeding », in Bemiddeling, 211-244, La Chartre 2008.

¹⁷ Cfr. HR 20 janvier 2006, NJ n°75 ;

¹⁸ Voir p.e. Liane Schmiedel, in *Mediation*, Mohr Siebeck 2008, p.339 (pour la Hollande).

Le juge peut si les parties refusent contre toute rationalité de s'engager dans le processus prévoir une sanction par le biais des dépens.

7.2. Une obligation imposée par la loi

La situation est différente lorsque le législateur **impose** le recours préalable à la médiation ou à une forme d'ADR. Les magistrats sont partagés concernant cette formule. Plusieurs systèmes juridiques connaissent les tentatives de conciliation obligatoire qui ont été, notamment en matière de baux ou de contrats de travail, des échecs.

Néanmoins un courant s'établit, au sein de la magistrature, pour approuver du bout des lèvres une certaine contrainte. Il est malaisé de prévoir l'effet de cette obligation qui a bien fonctionné dans certains Etats comme l'Argentine. Au plus le système judiciaire est couteux (ou au plus les magistrats font la preuve de leur incapacité à gérer les litiges ou comprendre les enjeux), au plus, même sans incitant, les formes alternatives seront attrayantes et imposer la médiation en toute cause ne sera pas efficace ou utile.

Les arguments juridiques contre la contrainte ne manquent pas et la directive elle-même le rappelle. Une controverse importante a partagé les juristes de la common law sujet de la contrainte. La formule employée dans *Halsey v. Milton Keynes General NHS trust*¹⁹ qu'il ne faut pas forcer virtuellement le citoyen de recourir à la médiation sous peine de le priver de son droit à un tribunal, domine la pensée, assez hostile à la contrainte. La directive contient d'ailleurs la même réserve (article 5.2). Le droit italien récent, qui n'a pas encore subi l'épreuve du feu, rend la médiation obligatoire pour certains litiges. L'obligation sera introduite progressivement pour vaincre les résistances, assurer la formation adéquate et préparer le public à ce changement. Une bonne notion de « *change management* » impose d'avoir un objectif clair et transparent mais de le réaliser progressivement.

L'objection majeure contre la contrainte est le risque de voir dévaluer le recours à la médiation en une simple formalité qui n'enrichit finalement que les avocats. Peu de pistes ont été explorées au cours de l'exécution de la directive, mais la tendance vers les incitants ou l'obligation de la médiation gagne du terrain : les considérants de la directive pointent aussi en ce sens. C'est surtout en matière familiale qu'une médiation préliminaire est perçue comme utile.

La directive exige que lorsque la médiation est obligatoire, ceci ne prive pas le justiciable de l'accès au système judiciaire de son pays. Il est satisfait à cette exigence si la partie qui a suivi de bonne foi une médiation n'y trouve pas son compte et peut l'arrêter pour ensuite s'adresser au juge. Toutes les législations de l'Union européenne contiennent cette possibilité.

¹⁹ [2004]EWCA Civ.576.

8. L'ORGANISATION DE LA MÉDIATION

Constats principaux

- Le juge peut selon la directive avoir un rôle direct comme médiateur ou un rôle d'appui. En général, dans l'UE, seul ce dernier rôle lui est dévolu.
- Quel que soit l'Etat, l'avocat y joue un grand rôle. Le magistrat aussi, mais en règle il ne sera pas lui-même médiateur.
- L'organisation pratique de la médiation judiciaire laisse souvent à désirer, tout comme l'accréditation des médiateurs: ces derniers facteurs sont des freins importants au développement de la médiation.

8.1. Le juge et l'avocat

S'agissant de médiation dans lequel un juge est impliqué, soit parce qu'il a suspendu le traitement d'une affaire le temps pour les parties de se livrer à une procédure, soit qu'il gère lui-même l'aspect médiation (et se déporte fatalement pour le jugement qui sera rendu en cas d'échec de l'ADR), le juge devra organiser la médiation. La directive impose seulement que le juge soit autorisé dans son système juridique à inviter les parties à tenter une médiation ou à assister à une séance d'information... si de telles séances existent.

La structure de la médiation elle-même est laissée en général à l'appréciation des Etats.

Un des points les plus discutés – et assez capitaux pour l'avenir de la médiation- est le rôle de l'avocat. Selon le système en cause le rôle de l'avocat sera perçu de façon très différente. La directive ne dit rien à ce sujet. Une tendance des juges qui pratiquaient eux-mêmes la médiation a été de passer au-dessus de la tête des avocats et de traiter directement avec les parties, plus malléables sans doute. Dans certains systèmes juridiques, une telle pratique serait considérée comme une violation fondamentale des droits au procès équitable.

La pratique indique que passer outre l'avocat est en général une mauvaise idée, même s'il peut être indispensable que les parties elles-mêmes soient présentes à la séance de médiation. La démarche contraire s'impose : le juge qui renvoie à la médiation à tout avantage à faire de l'avocat une partie prenante de son initiative. La recommandation usuelle qui est faite est d'ailleurs que les avocats soient à tous le moins présents à la première séance de médiation²⁰.

8.2. L'organisation pratique de la médiation judiciaire

L'organisation de la médiation judiciaire (*court connected mediation*) est un point crucial dans les Etats où la médiation judiciaire s'inscrit dans un processus de solution du litige.

La directive a créé à cet égard des attentes. Quelques projets particulièrement bien encadrés (Sofia, Ljubliana, les tribunaux Hollandais) ont démontré qu'un cadre matériel approprié permettait de faire progresser la médiation. Salles mises à disposition des

²⁰ Voir à cet égard, M. Pel, *Referral to mediation*, p.126.

médiateurs, permanences, bonnes listes de médiateurs avec leur profil et spécialisation, tous ces facteurs contribuent à l'essor de la médiation mais ont un coût significatif.

L'idéal est de créer un système de médiation judiciaire, fondé ne fût ce qu'en partie sur la communication électronique à l'instar de ce qui se fait au Royaume Uni. La directive ne prévoit rien à cet égard : dans la mesure où les Etats font évoluer leur système juridique vers un environnement plus digitalisé, les juges espèrent que l'aspect médiation ne sera pas oublié et sera articulé sur leur système d'organisation judiciaire. Le passage d'une médiation conventionnelle électronique qui aurait échoué doit pouvoir se faire sans problème vers le système judiciaire classique.

Le cadre matériel n'est qu'une partie du problème : les médiations (judiciaires) doivent faire partie des règles contenues dans le droit judiciaire et être régulées en ayant en tête tant le droit de l'organisation judiciaire, que les règles de procédure et de compétence. Le droit allemand est exemplaire à ce sujet. La volonté des Etats d'inclure l'exécution de la directive dans leur code de procédure civile (comme c'est le cas au Portugal) est à cet égard recommandable.

8.3. L'assistance judiciaire

L'assistance judiciaire est un élément crucial en matière de médiation. Celle-ci est par sa nature socratique assez chronophage, même si en pratique un médiateur expérimenté peut trouver un juste équilibre entre l'écoute et la suggestion.

Concernant des litiges transnationaux, la directive 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières²¹ impose d'accorder l'assistance juridique même au stade précontentieux. La directive médiation elle-même ne contient pas d'obligations spécifiques à cet égard.

Pour les droits nationaux, la solution est en général assez simple : s'agissant d'une médiation obligatoire en vertu de la loi ou imposée par le juge au cours d'une procédure, les règles relatives à l'assistance judiciaire s'appliqueront.

Ceci ne résoudra pas tous les problèmes, en particulier lors de médiations familiales impliquant des problèmes de responsabilité parentale de personnes situées dans et en dehors de l'Union européenne. Les médiateurs doivent pouvoir se déplacer et facturer leurs déplacements, ce qui échappera fréquemment à toute couverture possible par le système d'assistance judiciaire.

8.4. Les codes de bonne conduite

La directive contient une obligation pour les Etats d'inciter à l'adhésion à des codes de bonne conduite des médiateurs et de veiller par tous moyens appropriés à la qualité de la médiation et à la formation continue des médiateurs.

Les codes de bonne conduite n'ont pas manqué²². Les médiateurs agréés se rallient en général à ce genre de codes. Cela leur permet d'ailleurs de définir les limites de leur

²¹ JO L 26 du 31.1.2003, p. 41.

²² Une démarche typique est celle reproduite dans l'Annuaire national des médiateurs 2009 de la Fédération nationale des centres de médiation qui reproduit à la fois un « Code national de déontologie » et un aperçu des services offerts ; voir aussi le *European code of conduct for mediators* et le *Model standards of conduct for mediators* de septembre 2005.

responsabilité. Pour le juge qui doit statuer sur la responsabilité du médiateur pour faute, c'est également un paramètre important, particulièrement dans la sphère de droit anglo-américain où la responsabilité des prestataires de services est souvent recherchée. Pour la médiation ad hoc, dans un cas où le médiateur est choisi en dehors du cercle des médiateurs professionnels, ce genre de codes ou d'obligation de formation permanente n'a pas de portée. Les contrats de médiation contiennent dans de tels cas l'ensemble des règles utiles pour la médiation en cause.

8.5. Les médiateurs agréés

L'article 4 de la directive encourage les Etats membres à assurer la qualité des médiateurs et à veiller à leur formation permanente. Les formations dispensées dans l'Union européenne sont très variables et de qualité très inégale. Un nombre très important de personnes a la qualité de médiateur agréé mais la qualité intellectuelle et humaine n'est pas toujours au rendez-vous. Une reconnaissance officielle par un organisme public de la qualité des formations devrait être imposée dans tous les Etats membres, selon des modalités imposées sur le plan européen.

Des concurrences parfois féroces se font jour entre associations de formation ou entre associations voulant donner des « *rating* » de la formation aux autres. Plusieurs années seront nécessaires, en cas d'absence de cadre européen, pour apaiser ces rivalités entre des organismes voulant justifier leur raison d'être.

8.6. Le juge médiateur

La directive laisse la possibilité ouverte que les juges étatiques puissent être eux-mêmes médiateurs, étant entendu que la médiation au sens où la directive l'entend, ne peut être faite par un juge qui connaîtra de l'affaire en cas d'échec de la médiation.

Les traditions s'opposent mais également des attitudes doctrinales. Ceux qui conçoivent la médiation essentiellement comme une démarche des parties l'une vers l'autre avec un « neutre » détaché ne voient pas d'un bon œil qu'un magistrat actif s'y lance, alors que tant par l'apparence d'autorité du magistrat que par sa déformation professionnelle il pèsera de façon excessive sur le processus qui y perdra une partie de ses vertus thérapeutiques. La directive n'a pas permis de faire bouger les points de vue dans un sens ou dans l'autre. Les droits nationaux ne sont donc pas convergents.

La réponse est moins catégorique dans les Etats rejetant la médiation par le juge, concernant les juges admis à la pension ou encore aux juges laïcs (juges du travail ou juges consulaires). Ces dernières catégories de juges ont bien pour l'essentiel le statut de juge mais exercent cette activité à titre bénévole ou presque et n'ont pas l'aura ou la déformation du juge professionnel. En ce qui concerne ces juges « laïcs » il faudra seulement éviter qu'ils soient confrontés à des conflits d'intérêt. Dans les pays où ils existent, ils forment un groupe pouvant facilement être motivés et formés pour se lancer dans la médiation.

9. CERTAINS EFFETS DU RECOURS A LA MEDIATION

Constats principaux

- Que ce soit dans le droit des obligations général ou dans la loi qui introduit la médiation dans les codes, des systèmes différents selon les Etats permettent la suspension de la prescription pendant la médiation. Une large mesure d'incertitude subsiste.
- Par ailleurs, la confidentialité est de mise – elle s'impose au médiateur mais ici aussi d'étranges exceptions de la directive permettent au médiateur et à lui seul de ne pas être tenu par le secret : les Etats membres de l'Union devraient être plus rigoureux.

9.1. Prescription

Le droit commun suffit parfois à régler le problème de la prescription. Ainsi selon le droit allemand, aucune mesure de transposition de la directive n'a paru nécessaire. Selon le gouvernement allemand les dispositions du §203, alinéa 1, du BGB, permettent de considérer que la suspension de la prescription est acquise par le fait des négociations entre parties²³.

Certains Etats ont estimé nécessaire de légiférer explicitement pour couvrir le principe de suspension de la prescription mais aussi pour clarifier le point de départ et le point final de la période de suspension. C'est particulièrement nécessaire lorsqu'il s'agit de médiation purement conventionnelle.

Ainsi selon la loi portugaise la suspension de la prescription est acquise à partir de la date où l'intervention d'un médiateur est requise. La suspension prend fin dès le moment où une partie refuse de s'engager dans le processus de médiation ou de la poursuivre ou jusqu'au moment où le médiateur déclare que sa mission est terminée.

En France une disposition semblable a été prise. Loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile modifie l'article 2238 du code civil. La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée.

Le droit belge qui contient un régime général circonstancié et détaillé de la médiation, précise, s'agissant de médiation purement conventionnelle, qu'une proposition de médiation envoyée par lettre recommandée suspend d'office la prescription pour un mois à partir de l'envoi du pli recommandé et que la prescription est suspendue pour la durée de la médiation par l'effet de la signature du protocole de médiation (article 1730 et 1731 du Code) . Pour la médiation ordonnée par le juge, au cours d'une instance introduite, la loi ne

²³ Münchener Kommentar zum BGB, 5^{ème} éd., sous le §203.

devait pas prévoir de suspension de délai de prescription, le droit commun suffisant à cet égard.

Avec beaucoup de sagesse, le législateur de l'Union européenne a décidé que les traités internationaux des Etats membres continuaient à s'appliquer, ce qui était aux yeux des magistrats impérieux notamment en droit des transports.

9.2. Confidentialité

La confidentialité de la médiation est sa pierre d'angle. Alors que les décisions judiciaires peuvent s'accommoder d'un délibéré public (comme en Suisse) ou d'opinions dissidentes, l'exigence de confidentialité fait partie de l'essence même de la médiation. Sur le plan européen étant donné la reconnaissance des titres exécutoires il fallait s'assurer que des exigences égales soient imposées dans tous les Etats. La façon dont les Etats se sont acquittés de leur obligation de transposition de la directive peut poser certaines questions, mais le texte lui-même de la directive laisse subsister quelque incertitude quant à la portée exacte des exceptions faites au devoir de secret imposé au médiateur et à tous ceux qui ont été impliqués dans la médiation.

Le droit belge contient une obligation extrêmement large et stricte de la confidentialité, même en matière familiale (article 1724 du Code judiciaire). La doctrine observe toutefois qu'à l'occasion de l'homologation des accords, le juge pourra, au nom de l'ordre public, exiger d'être informé sur certains aspects élémentaires qui obligeront les parties à révéler certains aspects de la médiation.

Le droit grec élargit aussi quelque peu le devoir de confidentialité aussi à l'égard de procédures d'arbitrage subséquentes. Les autres systèmes juridiques qui ont exécuté la directive se situent dans la ligne de la directive.

Le droit anglais contient des règles très strictes qui même dans des négociations ordinaires imposent aux parties une grande discrétion. Des exceptions existent en droit commun, notamment lorsqu'il y a eu des menaces ou violences ayant mené à l'accord, quand il ya un désaccord concernant les termes de l'accord, quand un accord conclu entre des parties à la médiation peut avoir un impact sur les droits légitimes d'un tiers qui est trompé par l'accord survenu lors de la médiation. Cette dernière hypothèse se vérifie quand un accord de médiation intervient entre l'auteur d'un dommage et la victime sur une certaine somme et que l'auteur se retourne après contre son assureur qui exige de savoir sur quels éléments de fait l'accord a été conclu. Les exceptions du droit anglais sont peut être trop larges par rapport à ce qu'autorise la directive, mais exerceront une grande influence sur les juges.

Une crainte à avoir est ici à nouveau l'exception d'ordre public, contenue dans l'article 7. Si elle est interprétée au-delà de ce qu'exige strictement la préservation de l'intégrité physique ou psychologique des personnes ou l'intérêt impérieux des enfants, la confidentialité risque de n'être qu'un vain mot ce qui impliquera à son tour que les médiateurs ne seront pas candides. Les juges favorables à la médiation attendent certainement de leurs parlements que la règle de confidentialité soit définie de façon plus stricte que dans la directive.

10. L'EXÉCUTION

Constats principaux

- La directive donne des précisions utiles quant à l'exécution transnationale des accords pris à la suite de la médiation.
- Notons de façon plus générale que le profil du médiateur tel qu'il résulte de la directive implique qu'il ait une connaissance technique suffisante pour parcourir toutes les étapes de la médiation jusque et y compris la rédaction d'un accord susceptible d'être homologué.

Un des aspects les plus intéressants de la directive est celui de l'exécution des accords résultant de la médiation.

Le point nouveau est qu'un accord résultant de la médiation peut être rendu exécutoire à la requête des deux parties ou de l'une d'elles avec le consentement de l'autre. Ceci indique toute l'importance que revêt la rédaction de l'accord avec l'assistance du médiateur ou par le médiateur. Ce n'est qu'à ce stade que l'accord dépassera le stade des sentiments fugaces.

Cet aspect suppose que le médiateur ait une connaissance juridique suffisante pour éviter notamment que le contenu de l'accord viole l'ordre public de l'Etat dans lequel il sera demandé de donner force exécutoire à l'accord. Il relève aussi de son devoir de veiller à ce que la rédaction d'un accord ne contienne pas des zones d'ombre qui empêcheront l'exécution de l'accord.

Pour le reste la directive renvoie tout à fait opportunément aux règlements applicables aux exécutions transnationales.

DIRECTION GÉNÉRALE DES POLITIQUES INTERNES

DÉPARTEMENT THÉMATIQUE **C** DROITS DES CITOYENS ET AFFAIRES CONSTITUTIONNELLES

Rôle

Les départements thématiques sont des unités de recherche qui fournissent des conseils spécialisés aux commissions, délégations interparlementaires et autres organes parlementaires.

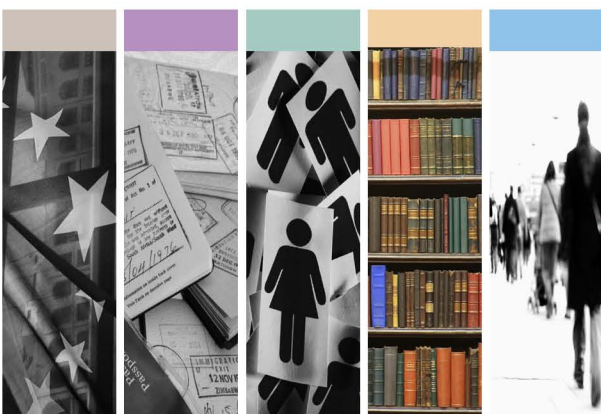
Domaines

- Affaires constitutionnelles
- Liberté, sécurité et justice
- Égalité des genres
- Affaires juridiques et parlementaires
- Pétitions

Documents

Visitez le site web du Parlement européen: <http://www.europarl.europa.eu/studies>

SOURCE PHOTO: iStock International Inc.



ISBN