

Réflexion sur la notion et le régime de la médiation au sein des modes amiables de résolution des différends

*à partir des expériences de médiation dans les ressorts des Cours
d'appel d'Aquitaine (Agen/Bordeaux/Pau), de Paris et de Lyon*

Note de synthèse

Auteurs :

Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, professeur à l'UPPA, codirectrice de l'ODJ-CRAJ

Arnaud LECOURT, maître de conférences à l'UPPA, Directeur de l'UDA-CRAJ

**Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche
Droit et Justice**

Rapport remis en juillet 2017

Cette recherche, portée par le Centre de Recherche et d'Analyse Juridiques (C.R.A.J.) de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, a été menée par les auteurs suivants : Virginie Larribau-Terneyre professeur à l'UPPA et Arnaud Lecourt, maître de conférences à l'UPPA, porteurs du projet ; Florence Brus docteur avocate, Alexis Alvarez Elorza doctorant, Camille Drouiller doctorante, Claude Sane, doctorant.

Objectif de la recherche

Le projet a pour objectif de proposer une réflexion globale sur la notion de médiation, son cadre juridique et sa place au sein des autres modes amiables de règlement des différends (conciliation et procédure participative essentiellement).

Problématique retenue

Les questions qui ont constitué le point de départ puis le cadre de la recherche empirique entreprise dans le présent projet de recherche sont liées non pas tant au développement de la médiation (qui reste à mesurer) qu'à la politique actuelle de développement de la médiation et plus largement des MARD.

La France, comme désormais un grand nombre de pays membres de l'Union européenne et d'Amérique du Nord, est engagée dans des processus qui favorisent une nouvelle approche du traitement des litiges. A côté de la justice étatique traditionnelle, les pouvoirs publics encouragent l'émergence des modes amiables de règlement des différends, ce dont rendent compte à la fois les nombreux rapports qui se sont succédés depuis une dizaine d'années mais aussi les différentes initiatives législatives ou réglementaires en la matière, que nous identifierons précisément plus loin.

La médiation fait partie de ces modes amiables de règlement des différends. Elle peut être mise en place indépendamment de toute intervention judiciaire (médiation conventionnelle) et à ce titre, pourrait n'intéresser le droit et le système judiciaire qu'à la marge ; mais elle peut aussi être le fait de l'intervention du juge (médiation judiciaire) et la question de sa prise en charge par le droit et de son articulation avec le système judiciaire se pose alors de façon plus évidente.

C'est sur la pratique de la médiation judiciaire que le projet s'est concentré, mais dans la perspective, au-delà de son évaluation en tant que telle, de sa comparaison avec les autres MARD, ce qui englobe au-delà de la médiation conventionnelle, la conciliation et la convention de procédure participative. L'ordre de mission figurant dans l'appel à projets de la Mission de recherche Droit et Justice invitait en effet à s'interroger sur la médiation judiciaire, sur sa nature et sur ses relations avec les autres MARD.

En effet, malgré l'existence aujourd'hui d'un cadre juridique mieux dessiné, avec les apports de l'ordonnance du 16 novembre 2011 de transposition de la directive européenne du 21 mai 2008 (2008/52) sur la médiation en matière civile et commerciale et du décret d'application du 20 janvier 2012 (qui institue dans le code de procédure civile un livre 5 consacré à la résolution amiable des différends), l'efficacité et l'opportunité de la médiation judiciaire restent encore en question. Ainsi, à propos de la médiation familiale pourtant développée depuis les années 1980 avant même que la loi n'officialise la médiation judiciaire et ne la fasse entrer dans le code de procédure civile, La ministre de la famille, Dominique Bertinotti déclarait il y a quelques années : « notre système en France manque d'un véritable système de médiation familiale (...) seuls 4 à 8 % des divorces ont fait l'objet d'une médiation ». Dans le

même temps, et à l'inverse, l'association « SOS papas » appelait les responsables politiques à quitter le monde des « Bisounours », en soulignant que la médiation familiale est expérimentée depuis des années et qu'elle n'a jamais marché. C'est donc d'un côté l'inexistence d'un véritable « système » qui est stigmatisée comme une regrettable carence et de l'autre, à l'inverse, l'opportunité et l'intérêt de le perfectionner ou de le construire qui sont en cause.

Ce qui est certain, c'est que les dispositions législatives et réglementaires les plus récentes ont pour objectif de renforcer le cadre juridique de la médiation et vont dans le sens d'une promotion réaffirmée de cet instrument et d'incitations de plus en plus fortes à y recourir, spécialement en matière familiale mais également au-delà. L'objectif des pouvoirs publics est aujourd'hui, clairement, de favoriser le développement de la médiation en général (pas seulement la médiation familiale), de la médiation judiciaire mais également de la médiation conventionnelle. Cette démarche s'inscrit elle-même dans le contexte d'un développement général, considéré comme souhaitable, voire nécessaire, des modes amiables et non judiciaires de résolution des différends, les MARD, un temps appelés les MARC, modes alternatifs de règlement des conflits.

La question se pose donc de savoir si nous disposons aujourd'hui d'un système suffisamment performant de médiation judiciaire ? Est-il nécessaire et possible de l'améliorer ? Y répondre suppose une évaluation de la médiation judiciaire.

- ***La médiation judiciaire s'est-elle effectivement développée ?*** En effet, à côté de la médiation conventionnelle qui se déroule en amont d'un procès, la médiation a été introduite dans l'instance avec la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. La loi a fourni dès ce moment à la « médiation judiciaire » un cadre de dispositions minimales, destiné à articuler la médiation avec le procès et fixant certaines caractéristiques de la médiation, mais sans définir précisément le processus, ni le distinguer clairement de la conciliation. L'ordonnance du 16 novembre 2011 transposant la directive communautaire est ensuite venue fournir un cadre général commun à la médiation et à la conciliation, toutes deux englobées dans le même qualificatif de « médiation ».

Vingt ans après, il semble que la médiation judiciaire même en matière familiale, où elle est davantage structurée, ait eu du mal à s'implanter, ce que le présent projet entendait mesurer.

Le développement de la médiation judiciaire se fait-il par ailleurs de façon cohérente dans le cadre d'une politique bien conduite de développement des MARD ?

Les pratiques ne se développent-elles pas de façon anarchique, les règles sont-elles suffisantes, concernant notamment la définition de la médiation, le métier ou les compétences du médiateur ? Toutes les questions posées par l'articulation de l'instance avec un processus de médiation judiciaire sont-elles réglées par les textes, ou à défaut de textes, par les acteurs de façon satisfaisante ? *Le présent projet entendait ainsi interroger les pratiques pour déterminer si ces questions se posaient réellement et si elles étaient sources de difficultés réelles, auxquelles il faudrait remédier.*

Enfin, la médiation est-elle suffisamment distinguée des autres MARD. A-t-elle une spécificité qu'il conviendrait de préserver dans la politique actuelle de développement des MARD ? Les objectifs de déjudiciarisation et de développement des MARD ont en effet conduit le législateur à tenter de les favoriser de différentes manières, en introduisant en matière familiale des expériences de médiation obligatoire, en développant des médiations spéciales comme la médiation de la consommation, en introduisant l'obligation de recourir à un MARD avant toute action en justice, allant même jusqu'à imposer, avec la loi du 18 novembre 2016 sur la justice du XXI^{ème} siècle, une conciliation avant toute saisine par déclaration du tribunal d'instance, à peine d'irrecevabilité de la demande. On assiste donc à

un phénomène d'inflation, dans les rapports officiels, dans les textes et à un foisonnement qui risque d'entraîner une perte de valeur intrinsèque de l'objet médiation, qu'il convenait donc d'interroger en tant que tel. La médiation est-elle clairement distinguée de la conciliation, notamment ? Quel rapport existe-t-il entre la médiation et la procédure de convention participative ? La médiation judiciaire est-elle en tant que telle un mode alternatif de règlement des différends et donc une alternative au procès, ou bien simplement un outil offert au juge, un temps du procès ? Plus techniquement, lorsque la médiation s'inscrit dans l'instance, d'autres questions se posent : A quel moment la médiation doit-elle être proposée, pour quels litiges, quelles sont les difficultés auxquelles les juridictions sont éventuellement confrontées dans leur pratique de la médiation judiciaire.'

Sur ces questions, l'analyse des dossiers de médiation judiciaire et les retours des acteurs pouvaient s'avérer pertinente, dans la perspective de se demander s'il faut légiférer à nouveau sur la médiation pour apporter des précisions là où elles manquent, la définir, l'institutionnaliser au sein des juridictions, pour pouvoir y inciter de façon organisée et cohérente.

Les questions posées apparaissent donc nombreuses mais elles ramenaient toutes, plus ou moins directement à une interrogation récurrente : celle de savoir ce qu'est la médiation en général et la médiation judiciaire en particulier.

L'histoire du développement de la médiation judiciaire et les développements actuels de la législation comme les expériences de droit comparé, qui ont servi de point de départ à la recherche pour tenter d'identifier les questions à poser aux acteurs de la médiation dans les juridictions du périmètre de l'étude, permettent en effet de constater que cette notion, lorsqu'elle a été introduite dans le système de justice est restée floue et ambiguë et que les évolutions ultérieures n'ont pas conduit à l'éclaircir, et même bien au contraire. Or la volonté actuelle de l'inscrire durablement dans un système de règlement amiable ou alternatif des différends et de la développer dans des directions nombreuses, qui pose la question de son encadrement institutionnel, impose une réflexion sur la notion de médiation et son éventuelle spécificité par rapport aux autres MARD.

Méthodologie

Cette réflexion a été menée à partir de l'observation la plus complète et la plus précise possible du réel sur un ressort géographique déterminé, mais assez étendu, celui des trois cours d'appel d'Aquitaine (Agen, Bordeaux et Pau), celui de la Cour d'appel de Lyon et celui de la Cour d'appel de Paris. Il s'est agi d'étudier les pratiques de médiation judiciaire dans le ressort des Cours d'appel concernées (dossiers de médiation judiciaire d'une part, entretiens avec les principaux acteurs c'est-à-dire les magistrats, médiateurs, avocats et questionnaires adressés à ces mêmes acteurs, d'autre part). Cette observation du réel constituait le premier temps de la recherche puisqu'il s'agissait ensuite dans un second temps, de tenter la synthèse des éléments recueillis pour dresser un bilan des pratiques de médiation et des opinions des acteurs sur la place de la médiation au sein des modes alternatifs de règlement des différends afin d'en tirer des éléments de réflexion et de prospective. La réflexion porte ainsi sur la définition de la médiation par rapport aux autres modes de résolution amiable des différends et notamment la conciliation et sur l'efficacité du cadre juridique actuel de la médiation.

Terrains et données ayant servi de support à la recherche

1°- La première phase du projet (IIème partie du présent rapport) qui a occupé l'équipe pendant 18 mois s'appuie sur une *analyse quantitative et qualitative des procédures de médiation judiciaire engagées dans différents champs de la matière civile, commerciale et*

prud'homale, dans un ressort géographique suffisamment large pour que les résultats puissent avoir une portée nationale (v. le périmètre d'observation).

2°- Par ailleurs le projet repose sur une *collaboration avec le Centre Max Weber de sociologie du droit (CNRS- UMR 5283- Université de Lyon II)*, lui-même porteur d'un projet retenu par la Mission droit et Justice (dirigé par Jean Louis Bonaffé-Schmidt et Philippe Charrier). Les deux projets sont complémentaires et non concurrents quant aux objectifs de recherche, puisque le Centre Max Weber s'intéressait essentiellement aux acteurs de la médiation dans une perspective sociologique destinée à évaluer les facteurs de réussite et l'impact de la médiation ; le CRAJ de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, dans une perspective essentiellement juridique, devait s'interroger sur la notion de médiation et l'adéquation avec son cadre juridique actuel.

La collaboration avec le centre Max Weber s'est exprimée très concrètement d'une double façon : d'une part, les deux équipes porteuses des deux projets ont travaillé sur les mêmes données collectées et traitées selon des modalités définies ensemble.

Le Centre Max Weber a collecté les données dans les ressorts des Cours d'appel de Lyon et Paris et le CRAJ a collecté les données dans le ressort des cours d'appel d'Aquitaine.

Les deux équipes ont donc préalablement travaillé à la mise en place d'outils communs afin de pouvoir procéder aux échanges de données. Plusieurs réunions de travail ont ainsi été organisées par visioconférence, au cours de l'année 2015 et du premier et second semestre 2016, afin de déterminer les objectifs, d'échanger sur les difficultés rencontrées et de mettre en place les outils communs, notamment les grilles d'entretiens destinées aux acteurs de la médiation. Une journée d'étude a été organisée par le CRAJ au mois de janvier 2017 pour échanger sur les premiers résultats et Philippe Charrier est venu à Pau deux jours à cette occasion.

Principales conclusions de la recherche

La recherche met au jour plusieurs constats. Le nombre de médiations est relativement faible, faute d'institutionnalisation du processus dans les juridictions. Cette absence d'institutionnalisation favorise des développements anarchiques de la médiation, renforcés par le flou sémantique entourant la notion. Il n'existe en effet aucune définition légale de la médiation et il est aisé de profiter de ce flou notionnel pour dévier des caractères essentiels de la médiation et pour mettre en place des processus qui n'en sont pas ou plus. Il est ainsi important, sans doute, de prendre des positions plus claires. Ainsi, faut-il réellement vouloir développer la médiation judiciaire et conventionnelle au risque de sa dénaturer ? Nous ne le pensons pas. Il vaut mieux sans doute développer la conciliation, ce que préconisent déjà certains organismes professionnels (en matière commerciale notamment) et ne pas diluer le concept de médiation en utilisant l'appellation pour recouvrir des procédés qui n'en sont pas, comme la médiation de la consommation, et laisser penser à de la justice citoyenne, alors qu'il s'agit surtout de résorber des contentieux de masse récurrents en les déjudiciariser. Cela n'exclut évidemment pas de promouvoir la médiation judiciaire et conventionnelle, bien au contraire, car elle représente un atout dans l'œuvre de justice, et s'inscrit dans une perspective moderne de justice restaurative.

- 1) Le caractère résiduel de la médiation judiciaire en dépit de ses atouts reconnus par les acteurs

La médiation judiciaire est *quasiment inexistante ou en tout cas non visible et non repérable* dans la plupart des juridictions. La taille et le degré de juridiction est à cet égard sans

incidence. Les seuls ilots de médiation judiciaire s'expliquent soit par la présence d'un magistrat pilote, favorable à la médiation voire, plus encore « conquis » à la médiation (mais la pratique tend à se tarir si ce magistrat quitte la juridiction) ; soit parce qu'elle est expérimentée et systématisée au sein d'une juridiction, comme à la Cour d'appel de Pau. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut non seulement une initiative d'origine qui peut être celle d'un magistrat, mais aussi une dynamique institutionnelle qui suppose l'appui des chefs de juridictions et la mise en place de structures qui permettent de pérenniser la démarche et de l'inscrire dans les mœurs judiciaires. La médiation judiciaire ne peut s'implanter dans une juridiction ou un ressort que si tous les acteurs y collaborent, mais en premier lieu les magistrats prescripteurs.

Pourtant, en même temps, un *net changement de mentalité est perceptible*.

2) Nécessité d'une meilleure appréhension de la médiation judiciaire

On rappellera qu'il n'existe actuellement *aucune définition satisfaisante par les textes de la médiation judiciaire, ni de la médiation extrajudiciaire, ni, d'ailleurs, de la conciliation, sauf à considérer que l'ensemble des processus d'intermédiation en vue de parvenir à la résolution amiable des litiges relève de la médiation*. C'est d'ailleurs le sens de la définition de la médiation donnée par l'ordonnance de 2011 transposant la directive de 2008, qui est une définition générique et extensive, qui concerne aussi bien la médiation judiciaire au sens strict que la conciliation judiciaire et les processus extrajudiciaires de résolution amiable. On a pu souligner, de ce point de vue, les confusions induites par la directive communautaire, qui ont été consolidées par le décret de 2012 (v. Ière partie).

La seule définition « opérationnelle » concernant la médiation judiciaire résulte actuellement de la lecture combinée de l'article 21 de la loi de 1985, modifiée par l'ordonnance de 2011 et de l'article 131-1 du Code de procédure civile. La définition donnée par l'article 21 est la suivante : « *la médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* ». Mais cette définition couvre aussi la conciliation.

Quant à l'article 131-1 du Code de procédure civile, il indique que « *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 leur point de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* ».

Cette définition « opérationnelle », met seulement l'accent sur la façon dont la médiation est introduite dans l'instance par la désignation d'un tiers (supposé être le médiateur, mais le texte ne le qualifie pas ainsi), qui aide les parties à parvenir à un accord, mais sans que cette aide soit non plus qualifiée. Si le médiateur joue un rôle d'intermédiaire, il n'est pas le seul à jouer ce rôle qui appartient aussi au conciliateur, et aux avocats dans la procédure participative. Certes, les parties tentent de parvenir à un accord, avec l'aide du médiateur, ce qui semble indiquer que le médiateur n'a pas à proposer les termes de l'accord, mais l'indication reste imprécise.

Pour autant, dès lors que la médiation est reçue par le droit et inscrite dans les MARD, y compris désormais la médiation conventionnelle, il paraît difficile de faire l'impasse sur une définition de la médiation ne serait ce que par référence à la nature du travail effectué par le médiateur.

Cette absence de définition révèle peut-être que la médiation, est avant tout un *process* (processus défini par sa substance et non par sa forme) qui serait par nature non juridique et toujours identique et donc une notion unitaire, quelle que soit ensuite la matière du conflit ou la forme judiciaire ou extra judiciaire que prend la médiation. Dès lors, la médiation judiciaire ne constitue qu'une application particulière de cette notion unitaire de médiation, introduite dans l'instance - ce qui conduit évidemment à certains éléments d'encadrement particuliers, dans le respect du *process* de médiation et en préservant ses caractéristiques essentielles. L'analyse du *process* a permis de mettre en évidence ces caractères essentiels à préserver et de proposer une tentative de définition de la médiation judiciaire plus précise que celle qui figure dans l'article 131-1 du Code de procédure civile, tout en repartant de ce texte.

3) Nécessité d'une formation des acteurs

Par ailleurs, une *réflexion sur la notion de médiation invite en effet nécessairement à se questionner sur les acteurs de celle-ci*. Plus spécifiquement, il est à la fois nécessaire d'envisager le rôle qu'ils doivent jouer dans la médiation, le médiateur d'abord, car cela contribue directement à la définition même de la médiation puis les autres acteurs (juge, avocat, conciliateur), avant d'envisager la question de la formation dont ils doivent bénéficier.

Le médiateur n'est pas, contrairement au conciliateur ou à l'avocat, un auxiliaire de justice. Trait spécifique qui conforte son statut de tiers neutre, hors du monde juridique, même dans le contexte d'une médiation judiciaire. C'est un intermédiaire, mais plus encore c'est un facilitateur. En cela il exerce une fonction spécifique qui recouvre une double démarche : il facilite la communication des parties, d'abord, et ensuite il facilite la négociation des parties, dans ce dernier cas avec l'appui de juristes si nécessaire.

S'agissant de l'avocat, un consensus émerge sur le rôle d'accompagnant que l'avocat doit jouer. En effet, il semble important que les avocats puissent informer leurs clients sur la possibilité de la médiation, et répondre à leurs questions relativement à ce MARD. Par conséquent, il est nécessaire qu'ils reçoivent une formation à la médiation. Les avocats doivent ainsi pouvoir guider leurs clients quant au fait d'envisager une médiation, de l'accepter mais également leur expliquer le processus.

Quant aux magistrats, leur rôle serait finalement résiduel pendant le processus de médiation. L'acceptation par les parties de la médiation suspend l'instance, et la place finalement hors du cadre du procès *stricto sensu*.

Toutefois, le magistrat a un rôle prépondérant à jouer en amont, en tant que prescripteur de la médiation. Il est alors nécessaire qu'il soit lui aussi sensibilisé aux MARD et en particulier à la médiation. Il pourra intervenir dans la sélection des dossiers éligibles à la mesure, et dans l'information qui en sera faite aux parties.

Mais quel que soit l'acteur envisagé, il n'existe pour l'instant aucune obligation de formation à la médiation, à part en matière de médiation familiale ; laquelle bénéficie d'une véritable institutionnalisation. Compte tenu des incertitudes sur ce qu'est exactement la médiation, révélées par les acteurs, on peut avoir certaines craintes sur la confiance qui peut être accordée à la médiation judiciaire, si, par ailleurs, la médiation est pratiquée sans garanties de formation. La question de la formation des acteurs à la médiation paraît essentielle si l'on veut donner de la crédibilité à la médiation d'une part, et assurer sa spécificité, d'autre part. Or cette question se décompose elle-même en de multiples questions : Faut-il une formation spécifique ? Le contenu de la formation doit-il être le même pour un non juriste et pour un juriste et spécialement, la formation à la médiation doit-elle être adaptée à la profession principale/ou initiale de chaque médiateur, lorsqu'il s'agit d'un avocat, d'un notaire ou d'un

huissier qui investit le champ de la médiation pour exercer une activité secondaire de médiateur dans des domaines où il dispose d'une compétence spécifique ? La formation à la médiation pour les médiateurs doit- elle être harmonisée ? Doit- elle conduire à l'obtention d'un diplôme national ou simplement à l'implémentation d'un programme national ? Faut-il aller plus loin et professionnaliser les médiateurs ? Enfin, la question peut aussi se poser de savoir si tous les acteurs de la médiation judiciaire, donc les magistrats et avocats, ne devraient pas opportunément suivre, au cours de leur formation initiale, une formation spécifique à la médiation.

4) Nécessité d'une structuration du processus de médiation au sein des juridictions

Si l'on veut développer une culture de la médiation judiciaire et permettre son développement, il apparaît essentiel que sa pratique soit organisée et institutionnalisée au sein des juridictions.

De fait, la plupart des juridictions étudiées qui pratiquent la médiation tente de mettre en œuvre des structures « officielles » destinées à permettre l'implantation de la médiation judiciaire d'une part, et des processus rationalisés concernant le déroulement de la médiation judiciaire, dans le respect des textes, pour tenter de l'optimiser, d'autre part.

5) Nécessité d'une révision des coûts de la médiation

Il faut ici noter la très grande discrétion du législateur en la matière. La plupart des textes régissant la médiation n'abordent pas clairement cette question. Ainsi, le Code de conduite européen pour les médiateurs de 2004 ou le Code de Déontologie du Médiateur de 2008, faisant suite à la Directive 2008/52 du 21 mai 2008 relative à la médiation en matière civile et commerciale, le Code d'Éthique et de Déontologie des Médiateurs du 24 juin 2006 de la Chambre professionnelle de la médiation et de la négociation, ne traitent pas de la question.

Seul le décret n°2016-1876 du 27 décembre 2016 portant diverses dispositions relatives à l'aide juridique aborde la question du coût de la médiation, mais là encore de manière fort indirecte puisque ce texte ne concerne en réalité que la fixation de la rétribution de l'avocat et du médiateur assistant une partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle dans le cadre d'une médiation judiciaire ou d'une médiation conventionnelle donnant lieu à la saisine du juge aux fins d'homologation d'un accord.

Un premier constat doit être fait. La médiation apparaît, au travers de ce texte, relativement démunie. Le tarif des médiations pour lesquelles les justiciables bénéficient de l'aide juridictionnelle n'est pas attractif. Pour conduire une médiation avec seulement deux personnes qui s'opposent, il faut compter au plus approximativement dix heures, sans comparaison avec la procédure judiciaire. Calcul fait, le gouvernement propose une tarification à 51,20 euro HT maximum /heure. Est-ce à dire que la médiation est le parent pauvre du système judiciaire ?

Un second constat s'impose : ces tarifs incitent à des stratégies qui dévoient en partie la médiation conventionnelle. On favorise en effet l'homologation et donc on oblige les parties à revenir devant le juge en médiation conventionnelle. Car en effet, les rémunérations ne peuvent pas concerner des professionnels qui consacraient leur temps à des interventions de ce type. A moins que l'une des parties ait une assurance recours juridique qui permettrait d'avoir une rémunération adaptée... Et dans ce cas, la médiation serait déjudiciarisée et le médiateur pourrait revenir devant le juge pour ajouter la prise en charge de la demande d'homologation... Une bureaucratie qui apparaît bien lourde.

Enfin, un dernier constat peut être dressé. Cette réglementation peut également être de nature à porter atteinte à la confidentialité. Pour être rémunéré, le médiateur va devoir demander l'homologation de l'accord. Or, à ce titre, le formulaire du rapport standardisé proposé par le ministère de la justice incite le médiateur à enfreindre le principe de confidentialité. A priori, on peut se dire qu'il respecte les textes du législateur lui-même. Mais ce n'est pas tout à fait exact. Il est indiqué que le médiateur est tenu à la confidentialité, c'est-à-dire qu'il ne doit pas faire savoir ce qui s'est passé entre les parties. Cependant, le formulaire lui fait obligation de communiquer aux juges le contenu de l'accord. Or, le principe est que cet accord ne regarde que les parties, lesquelles peuvent décider de le tenir secret. Si le médiateur le fait connaître au juge, il viole le principe de confidentialité.

6) Nécessité de pallier les incertitudes et lacunes procédurales

L'inscription de la médiation dans l'instance révèle quelques lacunes et incertitudes qui devraient sans doute être corrigées, concernant le moment du prononcé de la mesure et la question de l'articulation de la médiation avec l'instance. Certaines autres lacunes d'ordre procédural sont également regrettables et elles sont soulignées.

Pistes de réflexion ouvertes et propositions

1° Définir la médiation judiciaire pour assurer sa distinction avec la conciliation et préciser ses articulations avec les autres MARD

2° Organiser la formation des médiateurs

3° Institutionnaliser la médiation judiciaire au sein des juridictions en créant des structures pour assurer non seulement l'information mais aussi la pérennisation des pratiques de médiation.

3° Apporter certaines précisions procédurales concernant notamment les difficultés soulevées par l'introduction de la médiation dans l'instance.

Résumé

Cette recherche, portée par le Centre de Recherche et d'Analyse Juridiques (C.R.A.J.) de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, a été menée par les auteurs suivants : Virginie Larribau-Terneyre professeur à l'UPPA et Arnaud Lecourt, maître de conférences à l'UPPA, porteurs du projet ; Florence Brus docteur avocate, Alexis Alvarez Elorza doctorant, Camille Drouiller doctorante, Claude Sane, doctorant.

Le projet a pour objectif de proposer une réflexion globale sur la notion de médiation en général et de médiation judiciaire en particulier, son cadre juridique et sa place au sein des autres modes amiables de règlement des différends (conciliation et procédure participative essentiellement).

Cette réflexion a été menée à partir de l'observation la plus complète et la plus précise possible du réel sur un ressort géographique déterminé, mais assez étendu, celui des trois cours d'appel d'Aquitaine (Agen, Bordeaux et Pau), celui de la Cour d'appel de Lyon et celui de la Cour d'appel de Paris. Il s'est agi d'étudier les pratiques de médiation judiciaire dans le ressort des Cours d'appel concernées (dossiers de médiation judiciaire d'une part, entretiens avec les principaux acteurs c'est-à-dire les magistrats, médiateurs, avocats et questionnaires adressés à ces mêmes acteurs, d'autre part). Cette observation du réel constituait le premier temps de la recherche puisqu'il s'agissait ensuite dans un second temps, de tenter la synthèse des éléments recueillis pour dresser un bilan des pratiques de médiation et des opinions des acteurs sur la place de la médiation au sein des modes alternatifs de règlement des différends afin d'en tirer des éléments de réflexion et de prospective. La réflexion porte ainsi sur la définition de la médiation par rapport aux autres modes de résolution amiable des différends et notamment la conciliation et sur l'efficacité du cadre juridique actuel de la médiation.

La recherche met au jour plusieurs constats. Le nombre de médiations est relativement faible, faute d'institutionnalisation du processus dans les juridictions. Cette absence d'institutionnalisation favorise des développements anarchiques de la médiation, renforcés par le flou sémantique entourant la notion. Il n'existe pas en effet de définition légale précise de la médiation et il est aisé de profiter de ce flou notionnel pour dévier des caractères essentiels de la médiation et pour mettre en place des processus qui n'en sont pas ou plus. Il est ainsi important, sans doute, de prendre des positions plus claires. Ainsi, faut-il réellement vouloir développer la médiation judiciaire et conventionnelle au risque de sa dénaturation ? Nous ne le pensons pas.

Il est sans doute plus opportun de la promouvoir dans le respect d'une spécificité reconnue par la majorité des acteurs sur le terrain (médiateurs, mais aussi magistrats et avocats), tout en développant en parallèle des mécanismes de conciliation sans doute moins exigeants mais aussi plus directs au regard de la résolution amiable du litige, sans les qualifier de médiation lorsqu'ils n'en sont pas, en laissant ainsi croire qu'une justice citoyenne irrigue à l'identique tous les MARD.