

RAPPORT

UN MODE DE REGLEMENT ALTERNATIF

DES CONFLITS : LA MEDIATION

Laurent SAMAMA
Membre du Conseil de l'Ordre
Séance du Conseil de l'Ordre
du 18 novembre 2008

SOMMAIRE

| | |
|--|----|
| Préambule | 3 |
| Des dates et des textes essentiels | 3 |
| Le rôle de la médiation et ses enjeux..... | 5 |
| Définition de la médiation :..... | 6 |
| L'état des lieux de la médiation..... | 6 |
| La Formation des Médiateurs | 7 |
| Une problématique actuelle | 8 |
| Les domaines de la médiation : | 8 |
| La médiation judiciaire : perspectives législatives ou réglementaires | 9 |
| L'harmonisation de la déontologie des Médiateurs : la directive européenne du 21 mai 2008 relative à la médiation en matière civile et commerciale | 9 |
| Le conflit d'intérêts..... | 10 |
| Un principe absolu : la confidentialité..... | 11 |
| Les conclusions du groupe de travail sur la médiation..... | 12 |
| La charte des médiateurs | 13 |
| Création d'un service de médiation pour le justiciable (litiges concernant le droit de la consommation...) | 14 |

Préambule

« C'est une vraie interrogation que celle du succès mitigé de ce mode alternatif de règlement des conflits qui apporte un peu d'humanité dans un déroulement parfois kafkaïen des procédures alors même que l'ensemble des professionnels de la justice s'accordent à en saluer les mérites.

Le temps n'est donc plus à discourir sur les mérites de la médiation, ni à en expliquer la technique. C'est désormais vers l'action concrète que nous devons tendre nos efforts afin que la médiation judiciaire devienne un mode habituel de règlement des conflits. »

C'est par ces mots que, le 11 février 2008, Monsieur Jean-Claude MAGENDIE, Premier Président de la Cour d'appel de Paris, s'est adressé au groupe de travail sur la médiation qu'il a installé pour participer à l'élaboration du rapport intitulé :

**« Célérité et qualités de la justice »,
La Médiation : une autre voie ».**

La détermination du Président MAGENDIE est ainsi clairement affichée : la médiation judiciaire ne doit pas se limiter à un concept mais doit se manifester concrètement dans la pratique judiciaire au service de nos concitoyens.

Des dates et des textes essentiels

Loi du 8 février 1995 instituant la médiation judiciaire et décret du 22 juillet 1996 ;

1995 : la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris crée le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) en partenariat notamment avec le Tribunal de Commerce de Paris et l'Ordre des Avocats au Barreau de Paris ;

1998 : sous l'impulsion de Madame le Bâtonnier Dominique de La GARANDERIE, le Barreau de Paris en concertation avec les magistrats décide de mettre en place une formation à la médiation : création de l'IFOMENE (Institut de Formation à la Médiation et à la Négociation) et de l'Association des Médiateurs européens (AME) dont Madame Martine BOURRY d'ANTIN fût la 1^{ère} Présidente.

Ainsi, dès 1998, l'Ordre des Avocats à la Cour d'appel de Paris a voulu être le maître d'œuvre de la formation des avocats en médiation et veiller à un strict respect des règles déontologiques applicables en la matière.

De leur côté, les magistrats ont également pris l'initiative de créer : le Groupement européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME).

Sous le Bâtonnat du Bâtonnier REPIQUET, Madame Sonia Cohen Lang organisera la **Rentrée du Barreau 2006** sur le thème de la Médiation et de l'Arbitrage.

Le 21 mai 2008, la Directive du Parlement européen et du Conseil, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, est adoptée. Son objectif est de faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser leur règlement amiable, en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaires.

La loi du 17 juin 2008 modifie l'article 2238 du Code Civil en disposant que la prescription après la survenance d'un litige est suspendue lorsque les parties conviennent de recourir à la médiation et ce, à compter du jour de la première réunion de médiation.

Le 30 juin 2008, Monsieur le Recteur Serge GUINCHARD remet au garde des Sceaux son rapport sur « l'ambition raisonnée d'une justice apaisée » qui se réfère également à la médiation.

Enfin, la lettre de mission remise par le Président de la République à la Commission DARROIS expose que : « *le recours au mode alternatif de règlement des différends en matière commerciale ou familiale s'impose peu à peu comme un mode pacifié des règlements des litiges dans lequel l'assistance d'un conseil conduit à redéfinir ses missions.* »

Le rôle de la médiation et ses enjeux

Dans une société démocratique, le juge doit conserver son rôle essentiel de garant des libertés individuelles et des règles d'ordre public.

Selon le Président ZAKINE, Conseiller honoraire à la Cour de Cassation, il serait effectivement dangereux de présenter la médiation comme un moyen de lutter contre les lenteurs et l'encombrement de la justice ou de la considérer comme une déjudiciarisation ou une volonté masquée de se débarrasser d'une partie du contentieux.

Cela entraînerait des effets malheureux :

une réticence, voire une hostilité des juges à prescrire ou à promouvoir la médiation ; considérer qu'il n'y a pas d'autre « justice » en dehors du champ de la médiation ce qui serait parfaitement illusoire.

La médiation doit être un mode alternatif et non un substitutif.

Comme l'a souligné la Commission présidée par Monsieur MAGENDIE, « *la médiation ne saurait répondre à tous les défis actuels posés par la justice et notamment être considérée comme la solution unique et idéale à la défaillance de la justice dans son adaptation à la complexité des échanges sociaux.* »

Définition de la médiation :

Nous retiendrons la définition du GEMME :

« *La médiation consiste à confier à un tiers impartial, qualifié, sans pouvoir de décision sur le fond, le « médiateur », la mission d'entendre les parties en conflit et de confronter leur point de vue au cours d'entretiens, contradictaires ou non, afin de les aider à rétablir une communication et à trouver elles-mêmes des accords mutuellement acceptables.* »

C'est parce que la médiation est un processus particulier qu'il a d'ailleurs été nécessaire d'articuler autour de la médiation des principes déontologiques aboutissant en juillet 2004 à un Code de Conduite Européen pour les Médiateurs.

L'état des lieux de la médiation

Le groupe de travail sur la médiation a recueilli des réponses au questionnaire relatif aux pratiques en matière de médiation adressées aux juridictions du ressort de la Cour d'appel de Paris.

Un tiers des juridictions ont répondu.

Il existe une nette différence entre la pratique de la médiation en matière civile de droit commun et celle de la médiation en matière familiale.

En matière de droit familial, les chiffres sont en constante augmentation : au Tribunal de Grande Instance de Paris, entre 2005 et 2007, le nombre de médiations est passé de 47 à 282.

En ce qui concerne la médiation en matière civile de droit commun, il est constaté un léger recul dans la pratique de la médiation pour l'ensemble des juridictions au cours de ces trois dernières années.

Le taux de réussite serait d'environ 50 %.

Le premier critère unanimement retenu par les magistrats pour proposer ou accueillir une demande de médiation que ce soit en matière civile de droit commun ou en matière familiale est celui de la nécessité de préserver les relations ultérieures des parties.

Dans son rapport sur la médiation présenté devant l'Assemblée Nationale au mois de février 2007, Monsieur Jacques FLOCH avait déjà rappelé le rôle déterminant que l'avocat pouvait avoir sur son client pour lui conseiller la voie de la médiation.

Au-delà des réticences sur le choix de ce mode de règlement alternatif des conflits, il importe de rendre la médiation plus fiable afin que n'importe qui ne puisse se déclarer médiateur : veiller à la formation des Médiateurs.

La Formation des Médiateurs

Sous l'égide de l'Ordre, en partenariat avec la Faculté des Sciences Sociales et Economiques, FASSE-IFOMEME, l'AME a participé à la création il y a 10 ans d'une formation.

Cette formation n'a cessé de s'améliorer.

Actuellement, le diplôme universitaire de médiateur se déroule en deux parties :

- une formation de base à la connaissance théorique et pratique de la médiation (40 heures)
- une formation approfondie de médiateur avec modules fondamentaux et optionnels obligatoires et rédaction d'un mémoire (150 heures).

Le diplôme permet pour ceux qui le souhaitent de rejoindre l'AME en qualité de médiateur.

Conformément aux textes en vigueur, un diplôme d'Etat de médiateur familial est également proposé (cursus intégral : 560 heures). Ces formations entrent dans le champ de la formation professionnelle et en particulier celle des avocats avec validation par l'EFB et les CRFPA.

Elles sont partiellement prises en charge par les fonds de formation dans le FIF-PL.

La FASSE-IFOMENE a formé à Paris depuis 1998 environ 1 200 avocats pour devenir médiateur.

Depuis trois ans, il existe un diplôme universitaire :

- une centaine d'avocats ont été au bout de ce cursus et formés pour devenir médiateurs.

Sur l'ensemble de la France, environ 2 000 avocats ont été formés par des centres ou associations issus de barreaux.

Sur le plan national, on peut estimer à environ 120 barreaux qui ont effectué une démarche de formation à la médiation.

Concernant la rémunération,

les juridictions posent le principe d'un tarif unique :

- en moyenne, 500 euros à partager entre les parties ; le souhait étant que la question financière pèse le moins possible sur le dossier afin de favoriser le recours à la médiation.

Le principe d'un forfait est souvent proposé par les centres et associations et notamment par l'AME.

Il s'agit d'un forfait entre 500 € et 1 000 € pour une réunion de médiation, c'est-à-dire environ une dizaine d'heures.

Au-delà, on peut apprécier un tarif horaire fixé entre 100 à 150 € de l'heure en fonction de la complexité de l'affaire.

La priorité pour l'AME est de permettre le développement de la médiation et de la considérer comme un service public de la justice : en clair, il ne s'agit pas de faire d'opérations commerciales sur les justiciables et surtout de proscrire toute initiative d'honoraires de résultat dans le cadre de médiations.

Une problématique actuelle

La non protection du titre de médiateur est une problématique importante car il est difficile pour un justiciable de vérifier la qualité et le professionnalisme d'un médiateur d'où la sécurité proposée par les avocats (profession réglementée) et formation obtenue de médiateur (minimum de 150 heures + un mémoire).

Les domaines de la médiation :

Entre 2005 et 2007, les médiations ordonnées concernaient essentiellement les conflits entre professionnels, les conflits de voisinage ou encore les liquidations et partages de succession et d'indivision.

En revanche, en matière de droit bancaire, droit des assurances et du droit boursier, il convient de rappeler qu'il existe déjà des structures de médiation spécifiques de sorte que les propositions faites par le juge de la mise en état sont rarement acceptées en cette matière.

La médiation judiciaire : perspectives législatives ou réglementaires

Le groupe de travail sur la médiation a émis le souhait que certaines dispositions soient prises dans le cadre des dispositions réglementaires, comme par exemple :

- L'interruption du délai de péremption :

Une disposition indiquant que les pourparlers relatifs à une médiation interromprait le délai de péremption de l'instance : l'idée étant que les pourparlers ne doivent pas risquer de priver les parties de leurs droits ;

- L'information obligatoire :

La généralisation au profit du juge du pouvoir d'enjoindre les parties non pas de recourir à la médiation mais de s'informer sur la médiation.

- L'incidence sur l'octroi de l'article 700 du CPC

Corrélativement, lorsque le juge a proposé une médiation et a enjoint les parties de s'informer sur la médiation, toute demande formulée par une partie sur le fondement de l'article 700 du CPC serait automatiquement rejetée si celle-ci ne s'est effectivement pas informée sur la médiation.

- L'incidence sur l'AJ :

Faire du recours obligatoire à la médiation une des conditions d'attribution du bénéfice de l'Aide juridictionnelle.

L'harmonisation de la déontologie des Médiateurs : la directive européenne du 21 mai 2008 relative à la médiation en matière civile et commerciale

Ce texte a vocation à s'appliquer aux litiges transfrontaliers relevant du droit civil et commercial dans lesquels les parties tentent volontairement de parvenir à un accord amiable avec l'aide d'un médiateur.

L'article 4.1 de la directive dispose : « *les Etats membres encouragent, par tout moyen qu'ils jugent approprié, l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et l'adhésion à ces codes, par les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation, ainsi que d'autres mécanismes efficaces de contrôle de la qualité relatifs à la fourniture de services de médiation* ».

Tels sont les principes essentiels de bonne conduite :

- **l'impartialité** : le médiateur n'a pas à prendre parti, ni à privilégier un point de vue sur un autre ;
- **l'indépendance et le conflit d'intérêts**
le médiateur ne peut intervenir dans une médiation impliquant des personnes avec lesquelles il entretient des liens personnels ou économiques. C'est ce que dispose précisément l'article 131-5 du Code de Procédure Civile : « la personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes : (5^{ème}), **présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation.** »
le médiateur doit agir en toute indépendance vis-à-vis de toute autorité, institution ou personne, qu'elle soit ou non concernée, directement ou indirectement, pour le cas qui lui est soumis.

Il appartient au médiateur de préserver l'autonomie de sa mission.

Le médiateur se doit de respecter la liberté de jugement et de décision des parties (les médiateurs) et ne doit pas utiliser son influence pour faire adopter une solution par l'une des parties.

Le conflit d'intérêts

Trois hypothèses sont envisagées :

- le médiateur a une relation personnelle ou professionnelle avec une des parties ;
- en cas d'intérêt financier ou autre, direct ou indirect, dans l'issue de la médiation ;
- le médiateur ou l'un des membres de son cabinet ont agi avec une qualité autre que celle de médiateur pour l'une des parties.

En revanche, le médiateur peut conserver sa fonction s'il obtient l'accord des parties.

Un principe absolu : la confidentialité

L'article 131-14 du Code de Procédure Civile dispose :

Les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites, ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance.

L'article 2 du Code de Déontologie de l'Association Nationale des Médiateurs précise que le médiateur est tenu au secret professionnel et à une totale confidentialité sur tout élément communiqué à l'occasion de la médiation.

Ce secret professionnel est opposable notamment à l'employeur du médiateur salarié.

Le médiateur s'interdit de faire état du processus et des conclusions élaborées par les médiateurs.

Ainsi, même dans le cadre de médiations recommandées ou ordonnées par le juge, le médiateur ne peut que :

- informer par écrit le juge que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose conformément aux termes mêmes de l'article 131-11 du Code de Procédure Civile. **Il ne peut en aucun cas informer le juge du déroulement et du contenu de la médiation.**

Les autres points de la directive concernent :

- l'information des parties et la formation des médiateurs.

Concernant les aspects financiers, en France, on considère que le coût de la médiation doit être fixé de gré à gré, sur une base horaire et forfaitaire. Il peut être révisé d'un commun accord en cas de modification de la mission d'origine.

Il est à craindre, selon notre confrère Sylvestre TANDEAU DE MARSAC, actuel président de l'AME, que la multiplication des codes de bonne conduite dont l'élaboration doit être encouragée par les Etats risque d'aller à l'encontre de l'objectif d'harmonisation souhaité par la directive.

Les conclusions du groupe de travail sur la médiation

- Développer les sessions de sensibilisation et de formation à la médiation des magistrats, avocats et greffes ; EFB et ENM en première ligne.
- Assurer une formation commune à tous les futurs médiateurs;
- Favoriser l'extension de l'injonction de rencontrer un médiateur ;
- Prévoir l'effet suspensif du recours à la médiation ;
- Prévoir un suivi statistique des médiations y compris au niveau national ;
- Etablir une liste des médiateurs par ressort de cour d'appel à diffusion nationale.

La charte des médiateurs

Une Charte a été rédigée au cours du premier semestre 2008 par le groupe de travail afin d'offrir aux juridictions comme aux justiciables, aux auxiliaires de justice et aux médiateurs un document écrit fixant le cadre juridique déontologique et méthodologique de la médiation.

Cette charte définit les principes garants de la médiation judiciaire en mettant particulièrement l'accent sur la confidentialité (article 1).

Création d'un service de médiation pour le justiciable (litiges concernant le droit de la consommation...)

L'Ordre a fait le choix depuis plus de dix ans de concourir au développement de la Médiation ce qui peut représenter à Paris de nombreux dossiers petits, moyens et importants.

Par le biais de l'Association des Médiateurs Européens, l'Ordre a la possibilité de créer un service pour les justiciables capable de solutionner de nombreux litiges qui touchent au droit de la consommation, aux troubles de voisinage, aux règlements de pensions alimentaires, conflits entre associés de petites structures...

Il paraît important de créer un tel service qui fera, comme l'a souhaité le Président MAGENDIE, que la médiation sorte du « virtuel » pour devenir un réflexe concret.

C'est aussi cela réconcilier la justice d'aujourd'hui avec nos concitoyens.