

La MEDIATION : OBLIGATION ? DROIT ? RESPONSABILITE INDIVIDUELLE & COLLECTIVE ?

La mise en place le 16 mai 2013 de l'expérimentation à Bordeaux et Arras, en matière familiale, d'une «*injonction de rencontrer un médiateur*» dans le cadre de la « double convocation » (décret du 12 novembre 2010) et de «*la tentative de médiation préalable à peine d'irrecevabilité*» dans les procédures récurrentes, (article 15 de la loi du 13 décembre 2011), a fait craindre à certains l'instauration progressive d'une « médiation obligatoire », tandis que d'autres y voyaient un vecteur de développement des médiations judiciaires.

La Conférence des premiers présidents de Cours d'appel, délibérant le 31 mai 2013 sur l'accès au droit – l'office du juge – l'organisation judiciaire et processuelle, ont préconisé notamment «*la médiation obligatoire ...en toutes matières. Dès lors, les procédures alternatives constitueraient un préalable à l'action judiciaire, imposé à peine d'irrecevabilité de la demande en justice*».

Prise discrètement à La Baule, cette délibération a fait grand bruit dans le landerneau du monde de la médiation qui s'interroge, au regard des valeurs de liberté et de consensualisme qui en sont l'essence, et du droit d'accès au juge (article 6 de la C.E.D.H.), sur le bienfondé d'imposer une « médiation obligatoire », dont le non respect serait sanctionné par une fin de non recevoir.

En fait, la formule «*médiation obligatoire*», dont les termes sont manifestement antinomiques, est révélatrice de la confusion fréquente avec la conciliation, obligatoire devant le tribunal d'instance et les prud'hommes mais aussi, ne l'oublions pas, devant le juge aux affaires familiales.

Ces jours-ci encore, on retrouve cette méprise dans les propos du ministère de la famille, tels que rapportés par les médias, proposant « la mise en place d'une *médiation obligatoire* » pour convaincre le Sénat d'accepter la généralisation de la résidence alternée.

Même si l'intention manifeste de voir se développer la médiation est louable, il s'agit d'un raccourci maladroit contre-productif et qui va à l'encontre des efforts que déploient les organismes de médiation pour promouvoir une information claire sur la médiation.

Cette confusion met en jeu l'éthique même de la médiation et rend indispensable un rappel des principes fondamentaux qui en garantissent l'efficacité.

Ce sera l'objet du Préambule de notre étude,

Nous analyserons ensuite les textes en vigueur assurant le libre exercice du droit à la médiation.

Et dans la seconde partie, les mesures d'incitation à l'exercice de ce droit.

PREAMBULE Rappel des **PRINCIPES FONDATEURS** de la **MEDIATION**

Dans son ouvrage « *La Médiation Que sais-je ?* », Michèle GUILLAUME HOFNUNG a procédé à une analyse remarquable, référence incontournable, des principes philosophiques qui sous-tendent la médiation. (*par commodité, les extraits sont reproduits en couleur bleue*)

« *La médiation est l'un des concepts majeurs de la philosophie* » caractérisé par l'importance de l'autonomie des participants et la relation ternaire qui humanise l'homme.

Elle définit ainsi la médiation « *comme un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers – impartial, indépendant, neutre, sans pouvoir décisionnel ou consultatif, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs-favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause* ».

L'éthique de la communication :

« *Fondamentalement, la communication suppose la reconnaissance de l'autre* »

Pour Carl ROGERS, dans son approche centrée sur la personne, l'acceptation de la différence et de l'indépendance de l'autre nécessite une compréhension empathique.

Marshall B. ROSENBERG, inventeur de la Communication Non Violente, appelle la communication empathique « la langue girafe ou la langue du cœur », expliquant que les girafes ont un immense cœur qui pompe le sang jusqu'à leur tête, perchée au bout d'un long cou ».

Il l'oppose à la langue « chacal », coupée des émotions

L'autonomie des participants :

« *Le processus repose sur l'autonomie de la volonté des personnes concernées, y compris le médiateur, et sur leur responsabilité* »

La liberté psychologique des parties se manifeste par l'autonomie de la volonté, philosophie individualiste selon laquelle les individus sont les meilleurs défenseurs de leurs propres intérêts.

Le principe de l'autonomie de la volonté induit le principe de liberté contractuelle consacré par l'article 1134 du code civil

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

L'adhésion au processus de médiation, et son renouvellement tout au long du processus, ne sont valables que si elles résultent d'un consentement libre et éclairé.

Le principe du consensualisme, qu'aucun texte n'exprime en droit français, se déduit traditionnellement de l'article 1108 du code civil (consentement, capacité, objet certain, cause licite).

Selon Jacqueline MORINEAU (L'esprit de la médiation), « La médiation est manifestation de notre désir de rencontrer notre destin, de l'assumer et de le construire à chaque moment du quotidien. Elle est la preuve que nous sommes capables de recréer un lien social à travers le conflit qui nous sépare des autres et que le désordre est un agent indissociable de l'ordre »

La supériorité de la relation ternaire :

« *Elle sort les participants d'un face-à-face réducteur* »

« *Le tiers doit cumuler les qualités de neutralité, d'indépendance et d'absence de pouvoir institutionnel* »

« *Tout troisième n'est pas Tiers* » au sens de médiateur, tel le conciliateur, le juge ou l'arbitre.

« *La médiation est ternaire dans sa structure et dans son résultat...l'établissement ou le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause* »

« *L'horizontalité caractérise l'intervention du médiateur* » Le médiateur n'a pas de pouvoir.

Concept autonome :

« *Il peut y avoir médiation sans conflit, par nécessité de dialogue, par humanité* »

C'est un processus, ce n'est pas une procédure.

Le contrat de médiation qui lie les parties et le médiateur constitue un contrat « sui generis », innommé.

« La médiation n'est pas la justice. Elle n'est pas une autre forme de justice, elle n'est pas une justice au rabais. **Elle peut agir en complémentarité avec la justice** (l'éducation, les structures sociales.. »
Jacqueline MORINEAU « L'esprit de la médiation » 1998.

La médiation judiciaire constitue la mise en œuvre de cette **complémentarité**.

Les caractéristiques de la médiation judiciaire font de son ACCES :

* un DROIT naturel, inhérent à la personne humaine, droit universel dont elle ne peut être privée, inaliénable, insaisissable et imprescriptible, qui repose sur l'autonomie de la volonté.

« C'est une nouvelle liberté publique à l'appui des autres libertés, c'est un **droit** de l'Homme »
(interview de M. Guillaume Hofnung pour *Irénée.net* à Montargis. Août 2007)

*Mais aussi une OBLIGATION. L'implication sociale de l'individu engage sa responsabilité dans ses rapports aux autres, et plus particulièrement dans les relations de proximité. L'obligation de recourir à la médiation constitue l'expression d'un solidarisme contractuel.

Dans la mesure où le nouvel ordre public, dit de protection ou de direction, garantit également l'équité, le recours à la médiation judiciaire peut légitimement être enjoint aux justiciables et être garanti par la loi.

I.- Le LIBRE EXERCICE du DROIT à la MEDIATION en DROIT Français

1-1 Le respect du CONSENSUALISME dans les TEXTES en vigueur

▲ Lors de l'engagement du processus

Comme le relevait très justement Gilbert Cousteaux, président de chambre à la cour d'appel de Toulouse (Une justice de l'avenir), le principe du consensualisme et de l'autonomie de la volonté a été affirmé dès le décret du 23 juillet 1996 aux articles 131-1, 131-6, 131-8 et 131-14 du code de procédure civile qui posent répétitivement l'obligation péremptoire pour le juge de recueillir « ***l'accord des parties*** ».

La définition de la médiation retenue par la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 (article 3) est la suivante « *Un processus structuré... dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction.* »

Lors de la transposition de cette directive le 16 novembre 2011, le législateur français a défini la médiation dans ces termes « *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* ».

La définition de la médiation spontanée/conventionnelle est identique dans les deux textes

⇒ Par contre, en matière de médiation judiciaire, le législateur français a maintenu l'obligation impérative pour le juge de **recueillir l'accord** des parties avant de désigner un médiateur.

⇒ Il a même entendu renforcer la protection du caractère *consensuel* de l'adhésion des parties au processus de médiation par un *formalisme* édicté par la plus haute juridiction administrative, à l'origine d'une très complète consultation en date du 29 juillet 2010 « Europe et médiation »

« **Cet accord est recueilli dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat** ».

(Nouvel article 22 de la loi du 8 février 1995)

▼ Lors de l'homologation de l'accord

Par le décret du 20 janvier 2012 le législateur a introduit les nouvelles dispositions suivantes, réaffirmant avec force le principe de la liberté des participants à la médiation conventionnelle ou judiciaire quant au contenu de leurs accords.

Article 1565 du CPC

« L'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation ...peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée.

« **Le juge à qui est soumis l'accord ne peut en modifier les termes** ».

Article 1566 du CPC

Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties.

S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu la décision.

« La décision qui refuse d'homologuer l'accord peut faire l'objet d'un appel...jugé selon la procédure gracieuse »

***Le principe fondamental du consensualisme est reconnu par le législateur
comme étant consubstantiel à la médiation judiciaire.***

1-2 Le respect du CONSENSUALISME dans la MISE en ŒUVRE des TEXTES

Lors de l'introduction en 1995 de la médiation judiciaire dans le code de procédure civile, le législateur a estimé que ce processus amiable de résolution des litiges constituait une « **alternative** » à la procédure judiciaire.

Le succès grandissant de la médiation spontanée/conventionnelle a fait prendre conscience aux pouvoirs publics des attentes réelles de nos concitoyens : besoin de solutions mieux adaptées à chaque situation particulière, acceptation de sa propre responsabilité dans la survenance du litige et recherche d'un facilitateur qualifié dépourvu de tout pouvoir, besoins conciliables avec les contraintes économiques de la justice

C'est ainsi que les dispositions législatives de 2010 à 2012 tendent à intégrer le processus de la médiation spontanée/conventionnelle dans la procédure judiciaire comme la « **complétant** ».

La difficulté principale tient au fait que la médiation judiciaire intervient généralement très en aval du conflit, au stade du litige, impliquant ainsi déjà la saisine d'un tiers, le juge, chargé d'arbitrer et d'imposer une solution légale.

Alors que la médiation spontanée/conventionnelle aboutit dans 75% des cas à un accord écrit, ce taux n'est que de 30% pour les médiations judiciaires.

Pour contourner cette difficulté, il est nécessaire que l'aimable incitation et accompagnement du juge assure aux participants des garanties d'autonomie aussi proches que possible de celles d'une médiation spontanée.

Ce qui implique une formation du juge à cette mission particulière,

Et la désignation d'un médiateur ayant une grande expérience des médiations spontanées, ce qui lui permet d'identifier automatiquement l'impact de l'autorité judiciaire, même symbolique, sur le libre arbitre des participants, et de veiller à la validation permanente de leur adhésion au processus.

Plus que les diplômes de médiateur ne pourront jamais en certifier, la pratique de la médiation implique l'empathie naturelle et le respect déontologique des impératifs d'impartialité, d'indépendance, de compétence et de confidentialité, excluant tout rapport au juge autre que l'information sur l'issue de la médiation.

Il y va de l'avenir de la médiation judiciaire.

II.- L'INCITATION à l'EXERCICE du DROIT à la MEDIATION

Faute de pouvoir contraindre un individu à exercer son droit - droit de visite, d'hébergement, de vote...- le recours à l'ORDRE PUBLIC de PROTECTION/DIRECTION autorise les mesures incitant à exercer ce droit.

APPLICATION au STATUT PARTICULIER de la Médiation FAMILIALE

1 INCITATIONS du LEGISLATEUR – CREATION d'UNE OBLIGATION de MOYENS

L'instauration en 1975 du divorce par consentement mutuel a eu pour conséquences d'augmenter le nombre des séparations, la cause du conflit conjugal étant occultée sans pour autant faire émerger le couple parental.

Parallèlement, le développement des unions libres avec enfants a conduit à légiférer le 4 mars 2002 sur l'exercice de l'autorité parentale hors mariage.

Il en est résulté une augmentation considérable des saisines du Juge aux affaires familiales pour régler des conflits psychologiques ou des situations de fait, dépassant les outils juridiques dont il disposait.

Depuis 2002, le juge aux affaires familiales a la faculté de « **proposer** » une médiation et de **faire injonction aux parties de rencontrer** un médiateur familial en application de l'article 373-2-10 du code civil issu de la loi sur l'autorité parentale du 4 mars 2002 et de l'article 255 du code civil introduit par la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce.

Le bilan de ces pratiques, dressé en 2009 par le Ministère de la justice, s'est avéré très décevant :

Sur 360.000 affaires soumises aux juges aux affaires familiales, 6.271 mesures judiciaires de médiation familiale ont été « ordonnées » soit **1,75%**, alors que l'on s'accorde pour estimer qu'au moins 20% des cas relèvent de la médiation familiale.

C'est dans ce contexte que deux dispositions législatives sont venues renforcer la médiation en matière d'autorité parentale.

Le décret du 12 novembre 2010, pris en application de l'article 373-2-10, qui inscrit l'injonction de rencontrer un médiateur, sous forme d'une « double convocation » en médiation puis à l'audience, déjà pratiquée dans de nombreuses juridictions familiales et dont le bilan n'a pas encore été tiré.

Loi du 13 décembre 2011, dont l'article 15 instaure, à titre expérimental et uniquement lorsqu'une décision judiciaire est déjà intervenue entre les parties, une **tentative obligatoire de médiation préalable à peine d'irrecevabilité de la demande**, en application dans les tribunaux de grande instance de Bordeaux et Arras depuis l'arrêté du 16 mai 2013.

« A titre expérimental et jusqu'au 31 décembre de la troisième année suivant celle de la promulgation de la présente loi, dans les tribunaux de grande instance désignés par un arrêté du garde des sceaux, les dispositions suivantes sont applicables, par dérogation à l'article 373-2-13 du code civil. Les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi que les dispositions contenues dans la convention homologuée peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande du ou des parents ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non.

« Toutefois, à peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation familiale »

Le projet de ce dernier texte, intitulé « renforcement de la médiation familiale judiciaire » a été soumis au Défenseur des droits qui l'a naturellement adopté comme répondant aux préconisations du rapport thématique de la Défenseure des enfants déposé le 20 novembre 2009.

L'étude d'impact préalable a estimé que la généralisation de cette mesure porterait à **6%** le nombre d'affaires en relevant, ce qui nécessiterait de multiplier par six les effectifs de médiateurs conventionnés et de faire davantage appel au secteur libéral, aussi les dérogations suivantes ont été introduites :

« Sauf :

« 1° Si la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil ;

2° Si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime ;

3° Si cette tentative de médiation préalable risque, compte tenu des délais dans lesquels elle est susceptible d'intervenir, de porter atteinte au droit des intéressés d'avoir accès au juge dans un délai raisonnable.

Six mois au moins avant le terme de l'expérimentation, le Gouvernement adresse au Parlement un rapport procédant à son évaluation en vue de décider de sa généralisation, de son adaptation ou de son abandon. »

Cette loi institue ainsi **une simple obligation de moyens**, portant sur une méthode de communication, à laquelle chaque participant est libre de mettre fin à tout moment.

Aucune obligation de résultat ne pèse sur les parties.

☞① Cette obligation de moyens est limitée quant aux procédures visées et dans le temps :

☛ Elle ne concerne que les situations qui ont déjà fait l'objet d'une décision judiciaire, et répond à l'urgente nécessité de réduire les procédures « récurrentes » qui remettent en cause, souvent très douloureusement, la situation des enfants et sont parfois engagées en rétorsion après une séparation mal gérée.

☛ Elle s'impose principalement à la partie qui demande la modification des dispositions précédemment jugées, puisque l'irrecevabilité de sa requête peut être soulevée par la partie adverse, favorable à la médiation, ou prononcée d'office par le juge, ce qui confère à cette nouvelle fin de non recevoir un caractère d'ordre public de protection (article 125 du CPC).

En application de l'article 126 du CPC, on peut estimer que cette fin de non recevoir est susceptible d'être régularisée, et qu'en conséquence le juge peut, en fixant un délai pour procéder à la tentative de médiation, attirer l'attention des parties sur les enjeux familiaux.

Cette mesure « coercitive » est appliquée avec succès en matière contractuelle.

Cf Clause contractuelle de médiation Cass.civ 1 30 octobre 2007 Bull.I n° 329

(L'article d'un contrat d'exercice en commun stipulant une médiation préalable constitue une fin de non recevoir).

☛ elle est limitée au temps de l'expérimentation.

☛② Elle est assortie des garanties particulières suivantes (dérogations)

* Incitation des parents à recourir – en amont – à une médiation conventionnelle pour construire une convention soumise à l'homologation du juge,

* Possibilité d'invoquer un « motif légitime » (menaces, comportement violent ou pathologique...) pour refuser la tentative de médiation, laissé néanmoins à la libre appréciation du juge qui peut, s'il décèle un usage dilatoire ou un refus injustifié, en faire mention dans sa décision.

* L'accès au procès dans un délai raisonnable est préservé.

Etant rappelé que l'acte introductif d'instance suspend la prescription.

Article 371-1 C.C. « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant » L'obligation d'information et de tentative de médiation préalable constituent en réalité une opportunité pour les parents de prendre conscience de l'incidence du conflit conjugal sur la construction psychique de leurs enfants.

2 **INCITATIONS des PROFESSIONNELS du DROIT**

• Les AVOCATS

L'article 6.2 du Règlement Intérieur National rappelle l'obligation de moyens à laquelle l'avocat est tenu :

« L'avocat fournit à ses clients toute prestation de conseil et d'assistance ayant pour objet, à titre principal ou accessoire, la mise en œuvre des règles ou principes juridiques, la rédaction d'actes, la négociation et le suivi des relations contractuelles » « Il peut recevoir des missions de médiateur »

La médiation conventionnelle, instituée par l'ordonnance du 16 novembre 2011, comme la médiation judiciaire, introduite au code de procédure civile en 1996, sont des règles juridiques dont l'avocat doit faire application à bon escient.

Ce qui nécessite une formation, qui vient d'être récemment introduite dans le programme des Ecoles de formation des Barreaux.

Tout avocat n'ayant pas forcément vocation à devenir médiateur, cette formation doit porter principalement sur l'information à apporter au client et sur la coordination du processus de médiation avec la procédure.

Afin que l'avocat ne soit pas dessaisi par le recours à la médiation, il convient qu'il décline son obligation de moyens en trois missions principales :

SAVOIR ETRE PRESCRIPTEUR de MEDIATION – DEVOIR d'INFORMATION

*Après analyse de la situation qui lui est exposée par son client l'avocat doit établir une sorte de « diagnostic » sur les résultats escomptables à l'issue d'une procédure ou bien d'une médiation conventionnelle ou judiciaire, en y intégrant, le cas échéant, les chances de restauration du lien.

A cet égard, dans son rapport au Garde des sceaux en mai 2013, « La Prudence et l'autorité. L'office du juge au XXIème siècle », l'Institut des hautes études sur la justice, sous la plume du Professeur A. Garapon, préconise d'élaborer « une jurisprudence stable et prévisible ».

*Faire mention dans les actes introductifs d'instance des textes sur la médiation et d'information donnée sur le droit pour le justiciable d'avoir recours à une médiation, à n'importe quel moment de la procédure.

*Inclure des clauses de médiation dans les contrats qu'il rédige.

SAVOIR ACCOMPAGNER en MEDIATION

L'avocat a toute sa place en médiation, mais ce processus se distingue d'une expertise en ce sens que les échanges y sont confidentiels donc plus libres, et que son client peut y révéler des informations omises, éventuellement confirmées par l'autre partie, elle-même apportant une vision de la situation complémentaire, ce qui peut être déstabilisant par rapport au diagnostic juridique qu'il aura posé antérieurement à l'engagement de médiation.

Une posture d'écoute attentive est donc indispensable pour ne pas perturber le processus.

Le cas échéant, si le processus n'est pas mené avec compétence et déontologie, il est évident que l'avocat peut le faire remarquer.

Mais pour être réaliste, il faut reconnaître que, **sauf si l'avocat s'est formé à la médiation, et éventuellement à la négociation raisonnée (Harvard – Fischer et Ury)**, il rappelle par sa seule présence la norme juridique, ce qui peut brider la capacité créative des parties à laquelle le médiateur fait fondamentalement appel tout au long du processus.

ASSURER la SECURITE JURIDIQUE des ACCORDS de MEDIATION

Le contrat déontologique de médiation, conclu entre les participants et le médiateur, stipule expressément le recours aux conseils de l'avocat lors de la conclusion de l'accord.

L'avocat contrôle la disponibilité des droits objets de l'accord, ainsi que le respect des règles d'ordre public.

Outre, le gain de temps et en qualité d'exercice de la profession – voir l'étude « Avocat & Psychologie » sur la gestion du stress, présentée par la Commission Prospective du CNB à l'assemblée générale des 7 & 8 mai 2010 - ces prestations sont évaluables d'un commun accord avec le client, dans le cadre d'une convention d'honoraires, plus particulièrement au titre de **l'honoraire de résultat** – Proposition du Barreau de Paris, Michèle JAUDEL 8 février 2013 –

Après avoir obtenu la défiscalisation des indemnités versées dans le cadre d'un accord de médiation, les avocats pourraient solliciter une baisse de la TVA sur les honoraires correspondant aux diligences accomplies pour que leurs clients aient recours à la médiation.

Enfin, il revient aux avocats qui pratiquent la procédure participative de se sensibiliser au processus de médiation aux fins de savoir débloquent des situations conflictuelles à connotation psychologique en ayant recours opportunément à un médiateur comme « technicien » au sens des articles 1547 et suivants du CPC.

« La justice souffre d'une mauvaise image. Les modes alternatifs de règlement des conflits peuvent permettre d'améliorer cette image et d'offrir des solutions diverses aux justiciables. La présence des avocats est nécessaire. Ils ont la confiance de leur client et eux seuls peuvent les rassurer concernant l'intérêt de ces processus » exhortait ainsi ses confrères Michel BENICHOU le 11 mai 2008 « Europe & Médiation ».

• Les MAGISTRATS

Le président de chambre, Gilbert COUSTEAUX, rappelait dans son étude « Le rôle du juge en médiation » qu'en novembre 2010, le conseil consultatif des juges européens a préconisé dans la « *Magna carta des juges* » l'indépendance, la transparence, l'éthique et la responsabilité des juges, notamment « *Le juge..doit contribuer à promouvoir les méthodes alternatives de résolution des litiges* » .

Parallèlement, le 17 novembre 2010, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté une recommandation sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilité, « *le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges devrait être encouragé* »

OBLIGATION de FORMATION

A l'instar des avocats, les magistrats reçoivent à l'ENM une formation aux modes alternatifs de résolution des litiges, leurs formateurs étant parfois les mêmes.

Tout magistrat n'a pas vocation à devenir médiateur, même si la Directive 2008/52/CE estime cette mission compatible en dehors de sa saisine (Considérant 12)

DEVOIR d'INFORMATION

Bien que moins proche du justiciable, le magistrat peut délivrer une information convaincante **dans l'invitation en « double convocation », à l'audience afin de recueillir le consentement éclairé des parties – chambre de pré-médiation en cour d'appel - et dans les décisions** qu'il rend.

DEVOIR de PRESCRIPTION appropriée

Le juge doit identifier les dossiers dans lesquels la médiation apportera la réponse appropriée.

La forte connotation psychologique n'est pas le seul critère.

Il faut également que le niveau conflictuel soit encore compatible avec la médiation

Il faut également tenir compte de l'éloignement géographique des parties.

Le magistrat dispose de divers moyens d'incitation à recourir à la médiation

° Proposition articles 255-1° C.C. et 373-2-10

° Injonction article 255-2° C.C. et 373-2-10

° Injonction en cas de refus de la conciliation obligatoire article 22-1 de la loi du 8 février 1995

° Obligation de tentative de médiation préalable article 15 de la loi du 13 décembre 2011.

A noter à l'article 131-6 du CPC la mention « La décision qui **ordonne** une médiation », lapsus calami supposé au lieu de « enjoint ».

DEVOIR d'ACCOMPAGNEMENT

La médiation ne dessaisit pas le juge qui accompagne le processus jusqu'à l'homologation des accords.- Articles 131-1 à 131-15 et 1565 à 1568 du C.P.C.

Il peut refuser l'application du bénéfice de l'article 700 du CPC, ou bien répartir inégalement la charge des dépens.

Il peut enfin, et la pratique le confirme, dans le cadre de sa libre appréciation du motif du refus, indiquer dans sa décision que ce refus révèle un « manque d'implication dans ses responsabilités parentales » dont il est tenu compte.

• **COLLABORATION des MAGISTRATS avec les AVOCATS, les MEDiateURS pour INTEGRER le PROCESSUS de MEDIATION dans les PROCEDURES.**

Depuis un certain temps, médiateurs et juridictions, régularisent des **PROTOCOLES**, sortes de « Chartes déontologiques » facilitant la mise en œuvre de la médiation judiciaire (organisation de permanences, propositions pour améliorer le cadre de la médiation judiciaire, tenue de statistiques etc..).

Les décrets du 1^{er} octobre et du 12 novembre 2010 ont créé les fonctions de magistrat COORDONNATEUR de l'activité des conciliateurs et des médiateurs, tant à la Cour qu'en matière familiale devant le tribunal de grande instance. Articles R312-13-1, R213-9-1 et R312-13-2 du code de l'organisation judiciaire.

Ces magistrats référents sont chargés « de conduire une politique de collaboration, avec les partenaires institutionnels que sont, notamment, les médiateurs » Circulaire du 24 janvier 2011.

Il appartient aux Barreaux d'être représentés dans ces « **POLES MEDIATION** » par un délégué aux MARL, dont la mission consiste à proposer des formations, des réunions thématiques, des mesures pratiques pour faciliter l'intégration du processus dans les procédures, et d'en faire rapport.

La création d'un véritable **OBSERVATOIRE NATIONAL de la MEDIATION** s'impose afin que l'ensemble des informations ainsi recueillies soient analysées par des spécialistes, médiateurs, statisticiens, gestionnaires de projets, et tendent vers une harmonisation des pratiques et de la déontologie.

• LES GREFFIERS

Bien entendu les greffiers sont associés à ces Pôles médiation comme souvent aux protocoles.

A cet égard, le Barreau de Paris a proposé que des consultations gratuites sur la médiation soient données le plus **en amont** possible au niveau du Bureau de l'aide juridictionnelle du Greffe (« Plateforme de propositions sur la médiation » avril 2013).

Dans le cadre de la Commission MAGENDIE, la F.N.C.M. (Etude du 30 juin 2009) avait suggéré de **compléter l'imprimé Cerfa n° 12467*01 de demande d'A.J.** « Vous choisissez ou demandez l'assistance d'un avocat, d'un avoué, d'un huissier » par ou « **ou d'un médiateur** », étant rappelé que la fonction d'avoué a été supprimée depuis, que le bénéfice de l'AJ a été repris à l'article 131-13 du CPC et que ce formulaire fait également mention des contrats de Protection juridique.

3 **Le COUT de la MEDIATION**

L'exercice du DROIT à l'ACCES à la MEDIATION dépend aussi du coût de la médiation.

Dans son rapport du 7 octobre 2009 « L'intérêt de l'enfant, l'autorité parentale, droits des tiers » Jean LEONETTI, a établi à partir des informations collectées par la Caisse Nationale des Allocations Familiales – principale partenaire des services de médiation conventionnés – que « le coût d'une mesure de médiation judiciaire en 2009 peut être estimé à 1.059 € ».

Le montant des indemnités des médiateurs du secteur libéral est généralement l'objet d'un contrat financier ou bien négocié de gré à gré avec les participants ou avec le juge lors de la fixation de la provision.

Il est bien au-dessous de ce coût – excepté en médiation relevant du droit des affaires -

Une étude comparative au niveau de l'aide juridictionnelle entre l'accompagnement du processus de médiation, plus rapide, réduisant les incidents de procédure, les recours et les « récidives » démontrerait aisément l'économie ainsi réalisée.

La Commission européenne a fait réaliser une étude statistique permettant précisément de quantifier les économies de temps et d'argent réalisées grâce au recours à la médiation, comparativement au coût des actions en justice dans 26 des Etats membres.

Ainsi, la France arrive en 4^{ème} rang pour la durée du délai moyen d'une procédure (321 jours), en 12^{ème} position pour le coût moyen (17,9%).

En ayant recours à la médiation, dont le taux de réussite s'établit en Europe entre 50% et 75% des cas, l'économie de temps est atteinte avec un taux de réussite de 19% et l'économie de coût avec un taux de réussite de 25%, ce qui se passe de commentaires.

Par ailleurs, et cette donnée est essentielle, on constate dans la pratique de la médiation qu'un certain nombre de justiciables, relevant de l'aide juridictionnelle, préfèrent recourir à la médiation conventionnelle ou pré-judiciaire, ce qui démontre le prix attaché par nos concitoyens à la restauration du lien social.

En outre, contrairement aux craintes de la Commission des lois, exprimées le 30 mars 2011, « *Les praticiens exerçant dans un cadre libéral, estimés à une centaine de personnes* » dépassent actuellement les 2.000 médiateurs qui peuvent parfaitement répondre à une augmentation multipliée par six des médiations judiciaires.

CONCLUSION

Compte tenu de la disparité des systèmes judiciaires au sein des 27 Etats membres en 2008, il n'y a rien d'étonnant à ce que la Directive (Considérant 14 – Article 5.2) ait entendu respecter « les législations nationales qui rendent le recours à la médiation obligatoire », dans l'attente d'une harmonisation des normes européennes.

Précisément, parmi les Etats membres qui ont transposé la Directive 2008/52/CE :

L'Italie, en voulant imposer une médiation obligatoire, a retardé de trois années l'intégration de la médiation dans la procédure judiciaire.

Le 24 octobre 2012 la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnel le recours préalable obligatoire à la médiation comme condition de recevabilité de l'acte introductif introduit par le décret du 4 mars 2010 – sans préserver le pouvoir d'appréciation du juge comme en France –

Craignant une sanction de la Cour de Justice de l'Union Européenne, saisie d'une question préjudicielle par des juges de paix, le gouvernement, contraint également par la grève des avocats abrogeait le 15 juin 2013 cette disposition, prévoyant des modalités plus consensuelles et accordant même aux avocats la fonction de médiateur de droit...!

En Espagne, dans le décret-loi du 5 mars 2012 la médiation est configurée comme « un recours volontaire et de libre choix », de sorte qu'il n'existe aucune obligation légale d'y accéder. Toutefois le juge peut inviter les parties à y recourir dans certaines situations.

Au Portugal, la loi du 29 juin 2009 prévoit que le juge puisse décider l'envoi de l'affaire en médiation, sauf si l'une des parties s'y oppose.

En Allemagne, république fédérale avec un législateur bicaméral – Le Bundestag (chambre des députés) et le Conseil Fédéral (représentants des gouvernements des Länder) – a transposé le 21 juillet 2012 les grandes lignes de la Directive, sans médiation obligatoire, en recommandant aux Länder de s'en inspirer.

La transposition française constitue un juste compromis entre le respect du droit du justiciable à l'accès au juge et son droit à recourir à la médiation.

La médiation judiciaire valorise l'image de la justice en l'humanisant, tout en enrichissant les missions des magistrats, des avocats, des greffiers et de tous les professionnels du droit.

A juste titre, Jacqueline MORINEAU a écrit en 1998 « La médiation, acte de responsabilisation, est un acte fondateur, *émanation d'un nouveau projet de société* » (L'Esprit de la médiation), Jacques FAGET ajoutant « Les potentialités régulatrices de la médiation et les formes expressives de la médiation constituent un contre-pouvoir à la puissance des rationalités bureaucratiques. Elles représentent le *vecteur d'une démocratie expérimentale* ». (La médiation. Les ateliers silencieux de la démocratie. 2010)

Plus qu'un Droit et une Obligation, la Médiation, véritable liberté publique, met en jeu notre responsabilité individuelle et collective.

Le 15 octobre 2013.

Claude BOMPOINT LASKI

Avocat Honoraire – Présidente de BAYONNE MEDIATION

Vice Présidente de la F.N.C.M.