

L'AVOCAT ET LA MEDIATION

Sonia COHEN-LANG et Paul RIQUIER

Rapport présenté à l'assemblée générale des 21 et 22 novembre 2008

La MEDIATION vient du latin « **mediare** », ce qui signifie « *s'interposer* ».

La médiation a pour radical « **MED** » que l'on retrouve dans le mot « re**MED**e », « **MED**ecin » ou encore « inter**MED**iaire ».

La médiation est donc le juste milieu et non pas le milieu authentique.

Pour qu'il y ait médiation, deux conditions sont nécessaires :

- un litige,
- une mission.

Le mot AVOCAT vient du latin « **ad vocatus** », ce qui signifie « *celui qui est appelé à côté de...* ».

L'avocat a le même radical que le mot « **vocation** »

Donc, l'avocat est la personne qui par vocation a pour mission « *d'être au côté...* ».

Pour que l'avocat intervienne, deux conditions sont également nécessaires :

- un litige,
- une mission.

Peut-on pour autant confondre le rôle de l'avocat et du médiateur ?
Ou le médiateur peut-il prétendre être avocat ?

Pour répondre à ces questions, je vous propose dans une première partie de faire l'état des lieux de la médiation en Europe, pour comparer dans un second temps, les fonctions du médiateur et celles de l'avocat.

I – ETAT DES LIEUX

A] DOMAINE

➤ QU'EST-CE QUE LA MEDIATION ?

Les frontières ne sont pas nettement définies entre les notions de médiation, de conciliation et d'arbitrage et de transaction.

La médiation est entrée dans notre Code Civil par la Loi de 1995.

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

Elle permet aux parties de renouer le dialogue et de trouver une vraie solution à leur conflit par le biais de la négociation.

Au lieu d'enfermer les belligérants dans une logique de rivalité, la médiation permet de trouver une solution.

C'est un processus de « *gagnant – gagnant* ».

Le recours à cette méthode de résolution des litiges est évident, notamment dans les conflits de travail ou familiaux (où il est indispensable de maintenir le lien) mais elle est aussi essentielle dans les conflits commerciaux, les accidents médicaux.

En fait, il apparaît que le médiateur et l'avocat ont tous les deux un rôle dans tous les champs du Droit.

➤ QUI PRATIQUE LA MEDIATION ?

La médiation est ancienne.

On retrouve des médiations effectuées par le roi Salomon quand il était saisi de conflits entre voisins par exemple.

Cette méthode de résolution se retrouve aussi de façon culturelle dans le bouddhisme ou au Japon.

En Afrique du Sud, la médiation est constitutionnelle.

Le Canada et les Etats-Unis sont le berceau de la médiation « *moderne* » telle qu'elle est pratiquée actuellement..

En Europe, le Conseil des Ministres de la Justice et des Affaires Intérieures avait invité la Commission Européennes à présenter un livre vert en prolongement du plan d'action de Vienne en 1998 et du Conseil Européen de TAMPERE en 1999.

Ce livre vert a pour objectif essentiel de trouver un équilibre entre le besoin de flexibilité et la nécessité de garantir la qualité des résultats et la relation harmonieuse avec les procédures judiciaires.

En publiant ce livre vert, la Commission participait aux débats en cours dans les Etats membres sur la meilleure manière de garantir aux modes alternatifs de résolution des conflits un environnement optimal pour leur développement.

21 questions étaient posées dans ce livre vert.

Certaines de ces questions portaient sur :

- ♦ clauses de recours aux ADR dans les contrats (validité, modalité, etc.),
- ♦ délais de prescription,
- ♦ confidentialité,
- ♦ validité du consentement,
- ♦ l'Accord (incidence, exécution, formation, etc.),
- ♦ médiateur (formation, accréditation, responsabilité, etc.),
- ♦ aspects financiers de la médiation.

En juillet 2004, la Commission Européenne a créé le Code de Conduite du médiateur.

En octobre 2004, la Commission s'est orientée vers une directive européenne en matière de médiation transfrontière pour régler les conflits professionnels du marché de l'électricité et le gaz naturel c'est-à-dire entre fournisseurs et clients.

Dans le domaine de la consommation, en 2005, la Commission Européenne ne se contente plus d'une simple recommandation mais a mis en place une procédure qui permet aux consommateurs d'avoir directement accès aux professionnels du secteur financier même ne résidant pas dans le même pays.

Certains aspects de la médiation civile et commerciale reposent sur l'article 65 du Traité instituant la Communauté Européenne.

En avril 2008, le Parlement Européen a adopté une directive en matière de conflit transfrontalier.

Cette directive sera appliquée en France 36 mois à compter de la date de son Décret d'application, soit le 21 mai 2008.

B] PRATIQUES DE LA MEDIATION EN EUROPE

Il est présenté un survol rapide des pratiques de la médiation dans certains pays d'Europe.

➤ **EN BELGIQUE :**

Devant le Tribunal de Commerce → pratique prétorienne → s'il est déposé une requête unilatérale → le Président peut proposer une médiation.

Au civil → si volontaire, recours à l'entérinement de l'accord, article 2044.

→ si judiciaire → loi du 11 février 2005 → création d'une commission fédérale qui a notamment pour mission d'agréeer les médiateurs.

Ces derniers sont souvent des avocats ou des notaires.

➤ **EN BULGARIE :**

Loi du 2 décembre 2004 complétée par la loi du 12 octobre 2006.

→ reprend une veille pratique héritée du communisme

→ création d'un registre de médiateurs qui sont tous avocats.

➤ **AU DANEMARK :**

Tradition de médiation depuis 1795 – système renforcé depuis le 1^{er} mars 2003.

La fonction des médiateurs est ouverte à tous.

➤ **EN ESPAGNE :**

Pas de législation spécifique – la médiation s'applique en matière civile depuis la loi du 15 février 2005 pour la séparation et le divorce mais la médiation n'est pas utilisée dans les autres domaines.

➤ **EN FINLANDE :**

Textes du 1^{er} janvier 2006 ;

Les médiateurs sont tous des avocats.

➤ **EN GRECE :**

Prévue par l'article 214 du Code de Procédure Civile applicable depuis le 16 septembre 2000, les litiges de Première Instance ne peuvent être appelés à l'instance que s'il y a eu préalablement une mesure de médiation.

Cette médiation est mise en place par les Avocats.

➤ **EN HONGRIE :**

Recours à la médiation depuis 2003 en matière civile et en 2007 en matière pénale.

➤ **EN ITALIE :**

Le droit italien a développé de très nombreux mécanismes de conciliations extrajudiciaires obligatoires avant tout contentieux.

Les médiateurs sont en général des avocats.

➤ **AU LUXEMBOURG :**

Ce pays a une discipline légale de la médiation seulement en matière pénale et administrative.

Les autres matières relèvent d'initiatives privées.

Le centre le plus important résulte d'une association entre le Barreau du Luxembourg et la Chambre de Commerce. Toutefois, la procédure de médiation et son recours sont prévus par exemple dans le secteur financier, rôle très important de l'I.M.L. (Institut Monétaire Luxembourgeoise) qui a pour but de régler les réclamations des clients par le MARC.

➤ **EN NORVEGE :**

Depuis 1992, la médiation est appliquée pour certaines infractions pénales. Cette méthode connaît un tel succès que depuis le 1^{er} janvier 2007, tous les tribunaux de 1^{ère} et 2^{ème} instances auront recours à la médiation en matière civile à différents niveaux de la procédure :

- a) avant le procès ou pour simple information (médiation extrajudiciaire),
- b) le recours à la médiation,
- c) le recours à la médiation judiciaire,
- d) le recours au Conseil de Conciliation.

Les médiateurs sont essentiellement des juges et quelques avocats, exception en matière familiale où il existe une co-médiation avec un psychologue.

Cette forme de médiation se pratique en 3 séances tout au plus.

➤ **AUX PAYS-BAS :**

Depuis avril 2007, tous les tribunaux des Pays-Bas ont un service officiel pour l'orientation vers la médiation.

Les médiateurs sont inscrits auprès de Tribunaux (environ 500) – ils doivent être formés suivant un cursus très précis et fixé par le législateur.

C'est en matière familiale que la médiation est la plus développée.

Les origines des médiateurs sont très variées (avocats, juristes, notaires, psychologues, travailleurs sociaux, comptables, etc.),

➤ **AU PORTUGAL :**

Pas de loi spécifique en matière de médiation.

Désignation de médiation par le Juge de Paix.

La formation des médiateurs est privée mais le diplôme est national.

Beaucoup de médiations sont extrajudiciaires.

En matière judiciaire, la médiation est répandue surtout en droit de la consommation.

➤ **AU ROYAUME-UNI :**

Il n'y a pas de textes spécifiques mais les parties ne peuvent avoir recours au Tribunal qu'en dernier ressort. Les parties sont fortement encouragées avant tout procès d'avoir recours à la médiation.

Il existe de nombreux centres de médiation dont le plus célèbre est le Her Majesty Courts Service.

Il y a même un service d'assistance téléphonique en médiation (taux de réussite 85 % en 2005).

Nombreux médiateurs sont avocats.

➤ **EN SUEDE :**

Le Code suédois fait expressément référence à la médiation puisque l'article 17 du Code de Procédure donne injonction au Juge de « tout mettre en œuvre pour permettre au litige de se résoudre amiablement ». Des textes de lois le prévoient expressément dans certaines matières.

Les médiations sont généralement dans les domaines du droit du travail, des droits d'auteurs, de la télécommunication, des baux.

Les médiateurs sont des juristes (avocats, juges, etc.).

Il y a quelques médiateurs qui sont des hommes d'affaires ou experts mais seulement dans certains domaines.

➤ **EN SUISSE :**

La médiation est très présente dans le système judiciaire suisse. Elle se présente sous 2 formes :

- l'essai préalable (le juge conciliateur ne juge pas si la conciliation n'aboutit pas),
- la conciliation en cours de procédure (le juge du fond devant le juge conciliateur mais en cas d'échec, tranche).

La formation des médiateurs est privée.

Les médiateurs sont très souvent des juges ou des avocats.

➤ **EN ALLEMAGNE :**

Bien qu'alphabétiquement, il aurait fallu commencer par ce pays, les pratiques de la médiation en Allemagne laissent à penser que le gouvernement français actuel s'inspirera de méthode allemande pour légiférer en matière de médiations.

La procédure allemande est très spécifique.

Elle conduit le juge à intervenir très activement dans la recherche d'un accord entre les parties.

La médiation est même un préalable obligatoire dans certains contentieux mineurs depuis le 1^{er} janvier 2000.

Le recours à la médiation peut se faire de 3 façons :

- la médiation est tentée par le juge lui-même,
- la médiation est effectuée par un médiateur choisi sur une liste (taux de succès est très élevé de 95 % des dossiers traités) sans réticence du juge à « confier » leur dossier à un tiers,
- le recours à la Schlichtung (l'arrangement) qui est une « médiation - arbitrage ».

Si le médiateur n'a pas réussi à rapprocher les parties, il peut prononcer une décision obligatoire à leur encontre.

La médiation est obligatoire dans les domaines suivants :

- les litiges de consommation,
- la concurrence déloyale,
- le droit bancaire,
- le droit du travail,
- le droit sur les handicapés,
- le droit de la famille.

La particularité tient au fait que la partie qui refuse de se soumettre à la médiation préconisée par le juge, perd le bénéfice de l'article 700 si jamais il gagne le procès !

Il n'y a pas de liste officielle de médiateurs, mais la plupart des médiateurs sont des avocats.

Cependant, cette activité est ouverte aux autres professions.

La formation est facultative mais c'est une **condition** requise pour être désigné en qualité de médiateur.

➤ **EN FRANCE :**

La médiation est prévue par les textes de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, insérée par le Décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 dans le Nouveau Code de Procédure Civile, sous les articles 131-1 et suivants :

Article 131-1 du N.C.P.C. :

« Le juge, saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accorde des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.

Ce pouvoir appartient également au juge des référés en cours d'instance. »

En 2005, la France indiquait que si l'article 65 du traité CE peut être la base juridique d'un instrument permettant de promouvoir la médiation, il ne peut justifier que le champ de cette mesure englobe aussi les situations purement internes.

Néanmoins, le législateur français ne partageait pas l'analyse de la Commission Européenne selon laquelle il fallait *« encourager la médiation dans le cas des litiges comportant un élément transfrontalier »*.

Cette mesure serait, selon le législateur, *« arbitraire et engendrerait le risque d'effets discriminatoires puisque les tribunaux ne suggéreraient la médiation à certaines parties qu'en fonction de leur lieu de résidence »*.

L'introduction par les parties d'éléments transfrontaliers ne devrait pas leur permettre de porter atteinte aux dispositions impératives d'un Etat dans lequel tous les éléments du différend sont localisés, ni priver les parties de l'application des règles protectrices.

Néanmoins, le législateur français continuait à avoir des réserves vis-à-vis de cette technique de règlement amiable des conflits.

La France étant le berceau des Droits de l'Homme, donc du Droit, pouvait-elle justifier cette réserve par la protection de ses institutions judiciaires ?

II – L'AVOCAT ET LA MEDIATION : LA RECHERCHE DU JUSTE MILIEU

A] LA MEDIATION A LA FRANÇAISE

➤ L'ETAT DES LIEUX

Les dispositions du Nouveau Code de Procédure Civile portent sur :

- la durée de la médiation (article 131-3),
- la personne du médiateur (articles 131-4 et 131-5),
- les pouvoirs du médiateur (article 131-8),
- la mise en œuvre de la médiation (article 131-7),
- la fin de la médiation (articles 131-10 et 131-11),
- l'homologation de l'accord (article 131-12),
- la rémunération du médiateur (article 131-13),
- le principe de confidentialité (article 131-14),
- l'absence de voie de recours contre la décision ordonnant ou renouvelant la médiation (article 131-15).

D'autres dispositions plus spécifiques sont incluses dans :

- **le Code Civil** (articles 255, 256 et 373-2-10, en matière familiale,
- **le Code du Travail** (article L.122-54 sur le harcèlement moral.

➤ PROSPECTIVES

En France, 5 millions d'affaires civiles viennent chaque année devant les Tribunaux.

Il semblerait que 30 à 40 % d'entre elles pourraient faire l'objet d'une médiation.

La médiation est actuellement vécue comme un nouvel espace de liberté et de civilisation et surtout comme un facteur de pacification sociale.

La pratique de la médiation a rencontré de nombreux problèmes procéduraux résolus de façon empirique.

Désormais, la Cour de Cassation s'est prononcée sur :

- la portée de l'accord,
- la suspension du délai de prescription,
- ou encore la validité du consentement

Cette avance jurisprudentielle devrait entraîner une modification législative (Voir rapport de Monsieur MAGENDIE ci-annexé) conformément aux avancées jurisprudentielles.

Cette modification s'imposera d'autant plus que la France a adopté le texte de la Directive Européenne portant sur la médiation transfrontalière.

De plus, pour répondre à sa volonté de déjudiciarisation, le législateur semble s'orienter vers une extension des recours à la médiation.

Pour autant, le médiateur peut-il se substituer à l'avocat ?

B] AVOCAT / MEDiateUR : DEUX PROFESSIONS COMPLEMENTAIRES

Dans la plupart des pays où la médiation connaît un fort essor, la majorité des médiateurs sont avocats.

Pourquoi ?

En fait la médiation possède une caractéristique inhérente à son processus qui devrait passionner les avocats amoureux des solutions créatives.

Ces techniques peuvent générer des solutions innovantes adaptées et satisfaisantes pour chacune des parties en présence.

Aucune autre approche n'aurait permis d'obtenir, ni même d'imaginer les solutions choisies par les parties.

➤ **L'AVOCAT ET LE MEDiateUR SONT LE TIERS NECESSAIRE DANS UN CONFLIT**

- L'avocat est un homme de la loi et de la parole / Le médiateur est aussi un homme de parole.
- Le médiateur est un « *coach* » de la créativité (dixit Alain Roy) / L'avocat est un « *coach* » du droit !
- L'avocat, comme le médiateur, savent appréhender le conflit.

Ils sont tous les deux capables de prendre conscience du potentiel de transformation.

Ils sont tous les deux capables vis-à-vis du conflit de :

- proposer une solution,
 - se positionner,
 - déterminer à quel moment agir et intervenir.
- La médiation tend vers la qualité, les avocats sont formés à la qualité.

➤ **L'AVOCAT ET LE MEDiateUR FONT APPEL AUX MEMES QUALITES, A SAVOIR :**

a) l'impartialité :

- le médiateur n'a pas à prendre parti ni à privilégier un point de vue sur un autre ;

- le médiateur s'interdit d'exercer avec les mêmes personnes une autre fonction que celle de médiateur ;
- le médiateur ne peut intervenir dans une médiation impliquant des personnes avec lesquelles il entretient des liens personnels ou économiques.

Or, l'avocat sait adopter les deux versions d'un conflit et donc connaît l'équilibre.

b) l'autonomie :

- il appartient au médiateur, de préserver l'autonomie de sa mission et de la refuser le cas échéant, de la suspendre ou de l'interrompre si les conditions nécessaires ne lui semblent pas ou ne lui semblent plus remplies ;
- il veille à l'équité de l'accord envisagé.

Or, l'avocat est autonome par sa profession, par éthique.

c) la compétence :

- le médiateur possède une qualification dans les techniques de la médiation ;
- il doit participer de manière régulière et impérative à des séances collectives d'analyse de la pratique lui permettant de procéder à une réflexion sur les conditions d'exercice de son activité de médiateur.

Or, l'avocat est compétent (article 11.2 du R.I.U.).

d) la diligence :

- Le médiateur doit aussi veiller au respect des normes de médiation, à la validité et à la véracité des consentements donnés, à la validité juridique de l'accord des parties.

Or, l'avocat sait vérifier et s'assurer de la validité du consentement.

e) Le médiateur a une Code de Conduite / L'avocat est soumis à un Code de Déontologie.

f) Le médiateur se doit d'être assuré / L'avocat est assuré.

Peut-on pour autant conclure que le médiateur est avocat ?

➤ **L'AVOCAT ET LE MEDIATEUR : DEUX PROFESSIONS COMPLEMENTAIRES**

L'avocat apporte une dimension complémentaire au médiateur.

L'avocat et le médiateur n'abordent pas le conflit de la même manière.

L'avocat est un combattant : il va de l'avant.

L'Avocat « *a la voix* », le Médiateur redonne « *de la voix* ».

Face au conflit, le curseur de l'Avocat et celui du Médiateur n'est pas placé au même endroit.

Le Médiateur cherchera un équilibre alors que l'Avocat mènera son client vers un équilibre.

L'Avocat est un médiateur potentiel.

Il porte en lui la médiation, mais il n'est pas médiateur.

Aussi, une médiation sans avocat est difficilement concevable.

Il doit assister son client tout au long de la médiation, veiller à ce que le processus réponde à son attente et surtout, aider à la rédaction de l'accord final.

Dans une médiation, l'avocat ne perd pas son rôle, mais il doit gérer « *sa partition* » différemment.

Risque-t-il de perdre des honoraires ?

Non, car un client satisfait est un client fidélisé. De plus, il existe de nombreuses façons d'intéresser financièrement l'avocat à la médiation comme par exemple prévoir un honoraire de résultat.

III – CONCLUSIONS

La médiation peut être un outil qui répondrait à la volonté de déjudiciarisation mais seulement si c'est l'avocat qui manie cet outil.

Le groupe de travail mis en place par la Cour d'Appel de Paris a pour objectif de relancer la médiation et de proposer à la Commission GUINCHARD des solutions pour repérer à quel moment du conflit, il convient de faire appel à la médiation.

Si la médiation devient une troisième voie procédurale, l'avocat doit être présent et formé à ces nouvelles techniques.

Jouons le jeu.

Relevons ce nouveau défi...

Les modes alternatifs de règlement de conflit ne doivent pas être considérés comme une façon de remédier aux difficultés de fonctionnement des tribunaux.

Si l'on peut « *comprendre* » qu'aux Etats-Unis le succès des M.A.R.C. soit une réponse à leur justice très onéreuse et lourde pour le contribuable, ce n'est pas ce qui doit en France justifier le recours à la médiation.

Dans son rapport, Monsieur le député FLOCH, chargé par le gouvernement précédent de proposer des mesures pour permettre l'application de la directive européenne en matière de médiation préconisait que la médiation « *ne soit confiée qu'à des experts* ».

Soyons ces experts.

Car les avocats sont les **EXPERTS DU DROIT...**

ADDITIF

COMPLEMENT DE NOTE 1

La médiation prend son essor, et intervient dans la pratique professionnelle de façon plus précise.

Cette interférence se retrouve tant au niveau de la législation européenne qu'au niveau national.

Au niveau européen

La Directive du Parlement Européen et du Conseil du 21 mai 2008 élargit le champ de recours à la médiation, les états membres doivent la transposer avant le 21 mai 2011.

Cette directive pose quatre principes :

1. Cette Directive s'applique aux médiations civiles et commerciales
2. Cette Directive s'applique aux litiges transfrontaliers.
 - ♦ Quand un litige est transfrontalier quand une des parties est **domiciliée** dans un état membre ou si une procédure est engagée entre les parties, ou, bien que n'appartenant pas à un état membre, les parties sont domiciliées dans l'un de ces états (ex. ressortissants d'Afrique du Nord).
3. Le litige peut être amiable ou judiciaire.
 - ♦ Les recours à la médiation doivent être compatibles avec les règles de procédures des états membres.
4. Le recours à cette médiation amiable ou judiciaire a un effet suspensif sur la prescription.
 - ♦ Et il n'y a pas de limite de temps quant à cette suspension.

L'accord découlant de cette médiation transfrontalière devient exécutoire par Jugement ou par acte authentique.

Cette directive prévoit la création d'un code de médiateur, ou il est insisté sur le principe de la confidentialité de la médiation excepté lorsque cela porte atteinte à l'ordre public ou à l'intérêt des enfants !

Les limites de cette directive :

Les dérogations à l'absence de confidentialité ne risquent-elles pas d'entraîner des abus ? Qu'entend-t-on par « *intérêt des enfants* » ?

Quelles sont les conséquences de cette directive transposée au niveau national ?

Il est rappelé que cette directive est applicable 36 mois à compter de l'adoption de ce texte par le Parlement Européen.

D'ores et déjà, la transposition de cette directive a entraîné une modification de **l'article 2238 du Code Civil** relatif à la suspension de la prescription.

Désormais, cet article prévoit que 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 la médiation ou de la conciliation. Les délais de prescription recommencent à courir pour une durée qui ne peut être inférieure à 6 mois à compter de la date à laquelle soit l'une des parties, ou les deux parties, soit le médiateur, ou le conciliateur, déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée.

Les limites de ce texte :

Ce texte ne précise pas si cette suspension du délai de prescription s'applique à toutes les médiations ou à une médiation judiciaire ou encore à une médiation extra-judiciaire.

Ce texte pose le problème de la preuve écrite des parties non seulement pour le recours à la médiation, mais pour l'achèvement de la médiation.

Or, cette preuve est essentielle puisque la suspension de la prescription recommence à courir **6 mois** après la médiation.

Quels sont les projets législatifs de réforme en matière de médiation ?

II – 1 – RAPPORT GUINCHARD

Le rapport Guinchard envisage notamment 34 propositions en matière de désolidarisation ou d'allègement de la procédure.

Or, la 49^{ème} proposition suggère :

- de désigner le magistrat coordinateur et d'un référent au sein de chaque T.G.I. en matière de médiation,
- d'établir une liste de médiateurs auprès de chaque T.G.I.,
- de généraliser du pouvoir du Juge en matière familiale à enjoindre les parties à recourir à la médiation.

A cet effet, le médiateur donnera une information (gratuite) sur la médiation.

Concernant cette dernière proposition, il est indiqué que le Tribunal de Grande Instance ainsi que certains tribunaux périphériques ont d'ores et déjà mis en place des réunions d'information.

II – 2 – RAPPORT MAGENDIE

Monsieur Magendie a établi un rapport qu'il a d'ores et déjà le 18 octobre 2008 déposé à la Chancellerie sur la médiation.

Ce rapport qui a été élaboré à partir de réunions mensuelles durant un an, est construit en quatre temps :

1^{er} temps : Terminologie de chaque concept en matière de mode alternatif de règlement des conflits (conciliation, accord, médiation).

2^{ème} temps : Constat des lieux

Monsieur Magendie, après interrogation tant des tribunaux d'instance que des présidents de T.G.I. que des Conseillers de la Cour d'Appel, relèvera que le recours à la médiation varie selon le magistrat en fonction.

Ainsi, les tribunaux qui avaient recours à de nombreuses médiations (Grenoble) ont vu disparaître cette forme de règlement des conflits dans la matière (droit social).

De plus, il a élaboré une synthèse des matières qui ont recours à la médiation (page 28) et le nombre de dossiers soumis en médiation (pages 34 et 35).

Il apparaît ainsi clairement que le nombre de dossiers traités par la médiation est extrêmement faible.

3^{ème} temps : Mise en exergue des difficultés pratiques.

Monsieur Magendie établit que ces difficultés sont liées :

- ♦ aux avocats (défiance)
- ♦ aux magistrats (plus maîtres des dossiers)
- ♦ parties (manque d'information)
- ♦ médiation elle-même (les dossiers envoyés à la médiation trop tardivement).

4^{ème} temps : Propositions de Monsieur MAGENDIE

Monsieur MAGENDIE va faire quatre propositions essentielles :

- 1°/ la mise en place d'une 3^{ème} voie procédurale qui est la voie de médiation,
- 2°/ la création d'une cellule médiation avec un magistrat référent (page 88),
- 3°/ Développement de la formation et de la sensibilisation des magistrats : création annuelle de modules de médiation obligatoire,
- 4°/ Modification de textes de lois en matière de médiation portant notamment sur :
 - ♦ les dépens,

- ♦ la T.VA. réduite à 5,5 % sur les honoraires,
- ♦ émoluments des conseils qui acceptent d'avoir recours à la médiation,
- ♦ liste des médiateurs dans le ressort de la Cour d'appel à diffusion nationale,
- ♦ l'octroi d'une unité de valeur supplémentaire en matière d'aide juridictionnelle.
- ♦ La création d'assurance « défense recours » prenant en compte la médiation.

ADDITIF COMPLEMENT DE NOTE 2

REFLEXION SUR LA MEDIATION

Pour qu'il y ait médiation il faut que les parties au litige acceptent de se percevoir comme protagonistes, comme partenaires, et non comme antagonistes.

La médiation n'est donc ni un procès, ni une procédure mais **un processus**.
Processus fondé sur la liberté.

Liberté qui préside à la constitution de tous liens contractuels et en l'occurrence : liberté de recourir à la médiation, mais aussi liberté d'interrompre la médiation à tout moment.

Liberté qui implique une volonté initiale : celle de s'écouter puis de s'entendre.

Processus dont les parties sont les acteurs principaux, qui se déroule sous l'égide d'un médiateur neutre et indépendant dont il est important de souligner **qu'il n'a aucun pouvoir**, encore que le législateur, lorsque le médiateur est désigné par un Juge, lui donne une autorité indirecte.

L'article 131-9 du Code de Procédure Civile dispose en effet :

*« la personne physique qui assure la médiation **tient le Juge** « **informé des difficultés qu'elle rencontre dans « l'accomplissement de la mission. »***

Disposition qui est contredite par l'article 131-14 qui quant à lui 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. »

On peut rester inquiet sur le contenu **de l'information** relative aux difficultés qui sera donnée au Juge par le médiateur et la crainte que le contenu de cette information pourra faire naître dans l'esprit des parties.

En dépit de cette observation, l'intérêt de la médiation pour les parties paraît résider dans ce **qu'elles ne sont pas dépouillées** de leur litige, qu'elles en conservent la maîtrise et qu'en conséquence, la solution à laquelle elles parviendront aura forcément un effet utile.

Ainsi, sont accrues les chances de préservation, ou de reconstruction, du lien social entre elles.

Cet esprit de la médiation fondé sur la **volonté** des parties de rechercher une solution pratique et négociée à leur litige, implique une « **révolution culturelle** » qui reste à faire mais qui ne peut se faire sans l'Avocat qui a un devoir d'information et d'explication, en particulier terminologique à l'égard de ceux de ses clients qui se voient proposer ce processus de la médiation, nouveau pour eux.

Préliminairement à une brève réflexion sur cette révolution culturelle, il peut être rappelé les propos du Président BENICHOU relatés dans le Bulletin d'Information de la Cour de Cassation sur La Médiation :

« Dans quelques années, on peut imaginer qu'il y aura des procès en responsabilité contre des Avocats qui n'auront pas informé leurs « clients qu'il existe une autre voie que celle du procès : la médiation. »

Révolution culturelle sur la terminologie.

*« La médiation est un mode **alternatif** de règlement des litiges. »*

Cela est vrai, mais de la même façon et tout autant que le procès judiciaire est un mode alternatif de règlement des litiges.

Une certaine distance paraît donc devoir être prise à l'égard du mot « **alternatif** » qui ne doit pas être compris dans un sens péjoratif.

Il appartient à l'Avocat de le dire, d'expliquer que la médiation n'est pas le parent pauvre de la Justice où « *l'alternative discount* » à l'engorgement des tribunaux judiciaires et à l'arbitrage, procédure formaliste difficile et onéreuse, adaptée à un certain type de conflit.

Tout simplement il pourrait être dit que la médiation est **un mode de règlement non juridictionnel des conflits.**

Révolution culturelle pour l'Avocat.

qui doit proposer la médiation :

1°/ Quand il consulte à propos d'un contentieux né ou à naître.

Il lui appartient de faire accepter à son client l'idée qu'il n'a pas forcément raison et que l'adversaire n'a pas forcément tort et que l'alternative peut être « *gagnant-perdant* » ou « gagnant-gagnant ».

2°/ Quand le procès est en cours.

Sur le fondement de la loi du 8 Février 1995 et du Décret du 22 Juillet 1996, la médiation reste possible et peut être proposée par le Juge, en particulier en matière commerciale où cela n'est que très rarement fait.

Le Tribunal de Commerce de Paris traite environ 100.000 affaires par an et seulement 200 médiations sont ordonnées.

3°/ Lors de la conclusion du contrat.

Si les clauses d'attribution de juridiction et les clauses compromissoires sont courantes, les clauses de médiation sont trop rares alors que la clause de médiation est dans la nature consensuelle du contrat

Le moment de la passation du contrat est pourtant psychologiquement celui le plus favorable à l'acceptation de la clause de médiation.

Chaque fois que la nature du contrat le permet, il entre dans le rôle de l'Avocat de la suggérer.

Il doit être enfin souligné que le conseil de l'Union Economique a pris une directive le 21 Mai 2008 relative à la médiation dans les litiges transfrontaliers.

Un comportement prudentiel s'impose toutefois :

- il doit être envisagé que la médiation échoue et le recours à la juridiction judiciaire ou à l'arbitrage doit être prévu en une clause spécifique.

La médiation a aussi ses limites qui procèdent de la philosophie du droit, Madame le Professeur GUILLAUME-HOFNUNG, grande spécialiste de la médiation qui a procédé à l'élaboration du rapport de Monsieur le Premier Président MAGENDIE, écrit :

« J'ai toujours rappelé cette nécessaire vigilance : la médiation « ne doit contribuer ni à l'évaporation de l'acte de juger, ni à « celle du droit, par l'intermédiaire des sirènes du droit « négocié. »

Il paraît en effet aussi absurde de vouloir ignorer la médiation que de prétendre que tous les litiges privés peuvent lui être soumis.

L'Avocat aura un rôle déterminant dans l'évolution de la médiation, sa formation et sa déontologie font de lui par nature un médiateur sauf bien entendu à recevoir la formation nécessaire.

Les statistiques démontrent que lorsque l'Avocat a participé à la médiation, celle-ci a réussi à 70 % alors que sans lui elle ne réussit qu'à 30 % (cf. statistiques de la Cour d'Appel de Grenoble).

Enfin, la rédaction du protocole d'accord qui clôt la médiation relève à l'évidence de la compétence de l'Avocat.

Paul RIQUIER