

Mesdames, Messieurs, chers confrères,

La médiation a toujours plus ou moins existée sous des formes diverses et dans des domaines très variés.

Elle présente en effet en démocratie une autre voie utile et moderne de gestion des conflits , en permettant à des personnes mises en présence de prendre conscience de leur capacité à trouver par elles mêmes l'issue au conflit qui les oppose dans la restauration d'un dialogue construit dans le respect de chacun.

L'EUROPE a d'ailleurs compris l'impact de la médiation et de son importance, en faisant adopter par le parlement européen une directive le 21 MAI 2008 portant sur la médiation civile et commerciale, dans notamment les litiges transfrontaliers.

Cette médiation émerge en France vers 1980;

Pour autant les avocats français ont eu des réticences pour l'introduire dans le panel des outils à leur disposition aux fins de résolution des conflits de leurs concitoyens;

Il faudra des années avant que le Barreau Français s'investisse réellement d'ailleurs sous l'impulsion du Président BENICHOU qui avait compris avant les autres l'intérêt de ce mode alternatif de la gestion des conflits.

Il s'investira personnellement dans son Barreau et invitera ses confrères à se mutualiser dans un centre fédératif , ce qui deviendra la FEDERATION NATIONALE DES CENTRES DE MEDIATION

Aujourd'hui la médiation devrait faire partie de la vie de l'avocat au même titre que l'arbitrage, ou la conciliation mais je me dois d'indiquer pour être loyale avec vous que médiation et avocats ne sont pas en France dans une relation idyllique et qu'il faut chaque jour impulser proposer pour que nos confrères regardent avec un peu d'intérêt cet outil pourtant intégré à la législation française.

En revanche de nombreuses associations constituées essentiellement de professionnels du social ou de la psychologie, sont très opérationnelles au point que le journal l'EXPRESS en juin 2009 estimait que près de 70%des litiges commerciaux dépendant de la compétence du tribunal de commerce de PARIS se régleraient par médiation

Mon propos s'organisera autour de trois points:

Le droit positif en France

Les perspectives à l'aune des différentes commissions mandatées par le gouvernement français

Les constats et perspectives

I - LA MEDIATION DANS LE DROIT POSITIF

A. Les textes de portée générale

1) *La loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*

La médiation est initialement apparue en droit positif à partir de quelques décisions prises sans cadre législatif particulier. Elle a été ensuite consacrée par les articles 21 à 26 de la loi du 8 février 1995.

Le cadre légal est extrêmement souple, puisqu'il ne donne aucune définition de la médiation. Il est simplement dit que le juge peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne pour procéder à une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre les parties.

La loi soumet le médiateur à l'obligation du secret à l'égard des tiers. Elle pose également le principe de l'interdiction de faire état devant le juge, sauf accord des parties, des constatations ou déclarations faites au cours de la médiation.

2) *Le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires*

Il s'agit du décret d'application de la loi du 8 février 1995. Il crée les articles 131-1 à 131-15 du code de procédure civile, c'est-à-dire les textes d'application directe en matière de médiation.

Ces textes contiennent les principes essentiels de la médiation judiciaire :

Libre choix du médiateur par le juge.

Durée de trois mois renouvelable une fois.

Conditions que doit remplir le médiateur, notamment celle de la formation ou de l'expérience.

Rémunération du médiateur comme en matière d'expertise.

Limitation de l'information due par le médiateur au juge à l'existence ou non d'un accord.

Homologation de l'accord par le juge à la demande des parties.

3) *Le décret du 27 novembre 1991*

Concernant les avocats, le décret du 27 Novembre 1991 précise expressément en son article 115 que la profession d'avocat est compatible avec celles « *d'arbitre, de médiateur, de conciliateur ou de séquestre* », ce qu'il convient de souligner, puisque le principe est que la profession d'avocat est incompatible avec toute autre profession (Faute de cadre légal précis nombreux sont celles et ceux qui peuvent accéder à l'exercice de la médiation...)

B. Les textes particuliers

1) *Dans le code civil*

a) Article 373-2-10

Ce texte, créé par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, donne au juge deux prérogatives en matière d'exercice de l'autorité parentale :

Proposer aux parents une mesure de médiation, et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder.
Leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial à des fins d'information.

b) Article 255

Ce texte, modifié par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, prévoit les mêmes prérogatives en matière de mesures provisoires dans une procédure de divorce.

c) Article 2238

Ce texte a été modifié par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008.

Il s'agit de la transposition partielle de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Il prévoit la suspension de la prescription à compter du jour où les parties conviennent de recourir à la médiation. Le cours de la prescription reprend, pour une durée non inférieure à six mois, après la fin de la médiation.

2) *Dans le code du travail*

a) Article L. 122-54 devenu L. 1152-6

Ce texte, modifié par la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, prévoit la possibilité de convenir d'une médiation quand une personne s'estime victime de harcèlement moral.

b) Article L. 1155-1

Ce texte prévoit une incrimination pénale particulière : porter ou tenter de porter atteinte à l'exercice régulier des fonctions de médiateur.

c) Conflits collectifs (L. 2522-1 et ss, L. 2523-1 et ss, R. 2523-1 et ss)

Il convient de distinguer, d'une part, les conflits collectifs survenant à l'occasion de l'établissement, de la révision ou du renouvellement d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel et, d'autre part, les autres conflits collectifs.

Pour les conflits collectifs en général, il est organisé une procédure sous forme de gradation : conciliation, médiation, arbitrage. Pour ceux qui surviennent sur une convention collective, la médiation peut être directement engagée.

Dans les deux cas, l'initiative appartient au ministre du travail.

La médiation se déroule dans des conditions sensiblement différentes d'une médiation de droit commun, à tel point que l'on ne reconnaît plus ses caractéristiques essentielles, reposant sur la neutralité et l'impartialité.

En effet, le médiateur tente d'abord de concilier les parties, puis, en cas d'échec, leur soumet, sous forme de recommandation motivée, des propositions en vue du règlement des points en litige.

Si la médiation échoue, le médiateur communique au ministre du travail le texte de sa recommandation et un rapport sur le différend, ainsi que, le cas échéant, les rejets motivés qu'il a reçus des parties.

3) Textes non codifiés : la HALDE

Les directives 2000/43/CE du 29 juin 2000 et 2000/78/CE du 27 novembre 2000 mettent en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et celui de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Dans ce cadre, la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 a créé la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE). L'article 7 de cette loi prévoit que la haute autorité peut procéder ou faire procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance par voie de médiation.

Cette loi est complétée par le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005. Les articles 28 et 29 du décret organisent la médiation.

Enfin, la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 définit la discrimination, qui constitue le domaine d'activité de la HALDE.

Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou à une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne Pa été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs ci-dessus, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.



Toute discrimination est interdite en matière de protection sociale, santé, avantages sociaux, éducation, accès aux biens et services, fourniture de biens et services, affiliation et engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, accès à l'emploi, emploi, formation professionnelle, conditions de travail, promotion professionnelle.

La HALDE procède à la mise en place d'un corps de médiateurs.

Mais, de la même manière que les médiateurs en matière de règlement des conflits collectifs de travail se voient dotés d'une mission dérogeant à celle des médiateurs classiques, la mission des médiateurs de la HALDE s'écarte également de celle des autres médiateurs.

Selon les indications qui sont données aux médiateurs de la HALDE à l'occasion de la formation qu'ils reçoivent, la médiation doit s'assigner une mission fondamentale de traitement de la discrimination, de pédagogie, de respect concret de la règle de non discrimination. Cela remet en cause de manière évidente le principe de neutralité qui constitue l'un des piliers de la médiation.

C. *Le diplôme d'Etat de médiateur familial*

1) Articles R. 451-66 à R. 451-72 du code de l'action sociale et des familles

Ces textes instituent un diplôme d'Etat de médiateur familial, qui atteste des compétences nécessaires pour intervenir auprès de personnes en situation de rupture ou de séparation afin de favoriser la reconstruction de leur lien familial et aider à la recherche de solutions répondant aux besoins de chacun des membres de la famille.

La formation au diplôme de médiateur familial est ouverte aux candidats justifiant d'un diplôme national ou d'une expérience professionnelle dans le domaine social, sanitaire ou juridique.

Le diplôme peut également être obtenu par la validation des acquis de l'expérience (VAE).

2) Arrêté du ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité du 12 février 2004 relatif au diplôme d'Etat de médiateur familial.

Cet arrêté constitue le texte d'application des articles R. 451-66 à R. 451-72 ci-dessus.

Le cursus suppose :

- Une formation universitaire de base (diplôme de niveau III des formations sociales ; ou diplôme de niveau II dans les disciplines juridiques, psychologiques ou sociologiques ; ou diplôme de niveau III et trois années d'expérience dans l'accompagnement familial, social, sanitaire, juridique éducatif ou psychologique).
- Une sélection sur dossier et un entretien.
- Une formation de 560 heures, dont 70 heures de pratique. Les candidats titulaires d'un diplôme de droit sont toutefois dispensés de la formation dans cette matière, soit 63 heures. A l'issue le candidat se présente aux épreuves et soutient son mémoire devant le jury

II - LA MEDIATION DANS LES PROPOSITIONS RECENTES .

Rapport Magendie du 30 septembre 2008

Dans le prolongement des deux rapports qu'il a consacrés à la célérité et à la qualité de la justice, Monsieur Jean-Claude Magendie, premier Président de la Cour d'appel de Palis, a présidé un groupe de travail qui a produit, en date du 30 septembre 2008, un rapport intitulé «*Célérité et qualité de la justice - La médiation : une autre voie.* »

Ce rapport contient un certain nombre de perspectives et de propositions.

Il pose en préambule que la modification des textes portant sur la médiation judiciaire devrait se limiter à des ajustements de détail. Il relève que la directive du 23 avril 2008 ne devrait pas conduire à remanier profondément le droit français de la médiation.

Les ajustements préconisés sont les suivants :

Prévoir que la médiation interromprait le délai de péremption de l'instance. Généraliser le pouvoir du juge d'enjoindre les parties de s'informer sur la médiation. Donner compétence au conseiller de la mise en état de conférer la force exécutoire à l'accord.

Permettre aux avoués de conférer eux-mêmes la force exécutoire (Proposition qui n'aura pas d'avenir).

Des recommandations sont par ailleurs proposées en faveur d'une implantation de la médiation civile dans les juridictions :

Actions préparatoires :

Sensibilisation et information des acteurs judiciaires et des justiciables. Elaboration de protocoles avec les acteurs judiciaires locaux. Formalisation des principes d'intervention des médiateurs. Intégration de la médiation dans le fonctionnement de la juridiction.

Orientations pratiques :

- o Désignation d'un magistrat référent, voie d'une unité de médiation.
- o Création d'une chambre pilote.
- o Création au niveau de la Cour d'appel d'une commission de médiation.
- o Extension de la proposition de médiation.

Une première mise en oeuvre de ces orientations figure dans le protocole d'accord qui a été signé le 7 avril 2009 entre la Cour d'appel de Paris et le Forum des droits sur l'internet.



B. Rapport Guinchard

Il consacre à la médiation ses propositions n° 49 à 52 :

Conforter la médiation par la désignation d'un magistrat coordonnateur et d'un référent au sein de chaque TGI, par l'établissement de listes de médiateurs par TGI et par la généralisation du pouvoir donné aux juges d'enjoindre les parties à rencontrer un médiateur. Création d'un dispositif public de médiation familiale extrajudiciaire.
Consacrer la pratique de la double convocation en matière familiale.
Obliger les parties à recourir à la médiation familiale pour les actions tendant à faire modifier les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, précédemment fixées par une décision de justice.

Il en ressort que dans les missions traditionnelles de défense la médiation devrait intervenir plus fréquemment. Cela pose, nous le verrons aux termes de ce rapport, un certain nombre de questions et impose de trouver des réponses notamment au regard du cadre légal ou réglementaire de cette activité.

D - LA MEDIATION PAR INTERNET :

Nos recherches nous ont orienté vers de nombreux sites qui fleurissent dans ce domaine. Nous n'entendons pas faire une liste exhaustive mais seulement tirer certaines conclusions et recommandations :

De manière synthétique, on peut dire qu'il existe 4 écoles de pensée de la médiation :

un courant juridique qui se fonde sur le fait qu'un individu a des droits et des obligations, et qui voudrait que la loi intervienne plus dans la médiation ;

- une grille psychologique qui insiste sur une lecture psychologique des conflits qui peuvent être la conséquence de défaillances psychologiques pouvant être prises en charge dans le cadre de psychothérapie.
- le courant spiritualiste ou religieux qui prend ses racines dans la religion catholique essentiellement ; il est basé sur la notion de faute et de pardon.
- le courant scientifique ou philosophique ; la médiation est, selon ce courant, une connaissance de l'être humain et, en conséquence, le médiateur n'a pas besoin de connaître le droit.

Par ailleurs, il existe d'autres écoles formant à la médiation et des cours sont notamment dispensés par le CNAM à Paris ou l'Institut catholique.

Quel constat ?

A l'évidence, chaque courant laisse une part plus ou moins importante au droit.

Toutefois, le droit n'est pas à sa juste place et il convient donc à notre sens d'être vigilant sur les formations qui pourraient solliciter l'agrément du Conseil national afin d'éviter des validations à des organismes n'ayant pas suffisamment centré leur formation sur le juridique.

III quel avenir pour la médiation en France et en EUROPE

Il faut constater que médiation telle qu'instituée par la législation de 1995 n'est plus considérée comme un épiphénomène en France mais aussi à travers l'Europe.

elle est l'expression renouvelée des principes démocratiques, la fraternité par les liens qu'elle restaure la liberté par le choix qu'elle donne l'égalité dans la mesure où est assuré son égal accès par l'aide juridictionnellemais :

Des associations fleurissent sans notre déontologie, sans protection au regard du droit.

Il existe certes des associations très sérieuses et compétentes, parmi lesquelles la Fédération nationale de centres de médiation, qui, réunies le 5 février 2009, ont signé un code de déontologie.

Ces associations sont porteuses de messages forts vers la médiation et s'organisent pour décliner leur déontologie, pour affirmer avec foi et d'une seule voix les valeurs communes de la médiation. Ces organismes sont non seulement de qualité, mais en outre très ouverts aux avocats. Ils sont nos amis pas nos ennemis.

Nous devons prendre conscience que ne pas investir ce domaine d'activité c'est laisser les autres s'en emparer, sans formation juridique, et laisser le libre cours aux courants non juridiques de la médiation.

Que pouvons-nous envisager ?

D'abord, la médiation est susceptible d'être appréhendée de deux manières :

Soit comme mode de résolution de conflits dans lequel nous intervenons aux côtés de nos clients.

Soit comme champ d'activité, l'avocat étant lui-même médiateur après une formation adaptée.

La médiation envisagée comme champ d'activité pour les avocats suscite quant à elle plusieurs séries de réflexions :

De la même manière que les nouveaux domaines d'activité (fiducie, correspondant informatique et libertés) donnent lieu à une déclinaison particulière de la déontologie, faut-il prévoir une déontologie de l'avocat exerçant une activité de médiateur ?



Faut-il prévoir une mention de spécialisation ou seulement une compétence spécifique par une formation continue adaptée et contrôlée ? Une nouvelle sensibilisation des avocats à la médiation au moyen de l'intégration de modules dans la formation initiale et la formation continue peut être envisagée.

Faut-il, enfin, revendiquer un assouplissement des conditions d'acquisition du diplôme d'Etat de médiateur familial ?

En effet :

Deux voies sont en effet ouvertes en vue l'obtention de ce diplôme : -

Celle résultant de l'arrêté du 12 février 2004, décrite ci-dessus.

Et l'obtention par validation des acquis de l'expérience (VAE), qui suppose :

- Une activité antérieure dans la fonction «accueil, évaluation, information, orientation» ou dans la fonction «médiation, gestion de conflits, construction, reconstruction de liens ».
- Un livret de présentation.
- Un entretien avec un jury compétent pour attribuer tout ou partie du diplôme.

En pratique, la première voie se trouve exclue pour les avocats souhaitant acquérir le diplôme d'Etat de médiateur familial. En effet, il n'est guère envisageable de cumuler une activité professionnelle avec une formation telle que celle exigée, qui suppose de suivre des études dans un cadre universitaire.

La seule voie envisageable est dès lors celle de la VAE. Or, l'expérience montre que, à de rares exceptions près, tous les avocats ayant choisi cette voie ont échoué. La raison de cet échec est à rechercher dans la composition des jurys, qui ont une tendance marquée à considérer que la fonction de médiateur est incompatible avec l'exercice de la profession d'avocat et à privilégier au contraire les candidats issus du monde du travail social.

Ainsi, nombre d'avocats ayant acquis une expérience de médiateurs dans divers domaines, y compris en matière familiale, se voient refuser l'accès au diplôme d'Etat de médiateur familial.

Cela est choquant dans la mesure où d'autres structures de médiation (qui, bien que constituées sous forme d'associations, sont en réalité de véritables unités économiques) se trouvent favorisées en raison de la formation de base de leur personnel, sans que cette faveur ne trouve sa justification dans une meilleure qualité de la prestation. Il y a là une distorsion de concurrence avec les centres de médiation issus de la profession d'avocat.

Il faut ajouter que le domaine des conflits familiaux est actuellement celui qui donne lieu au plus grand nombre de mesures de médiation. Il en résulte que les centres de médiation créés par les barreaux, qui, il est vrai, n'ont pas vocation à se consacrer de manière exclusive à la médiation familiale, n'ont néanmoins pas la possibilité de développer cette branche de manière satisfaisante. L'activité générale de ces centres s'en ressent.



On arrive d ce paradoxe que des avocats qui, ayant une expérience incontestable en matière de gestion de conflits et ayant suivi une formation spécifique à la médiation, se trouvent privés de la possibilité d'appliquer et de développer leur compétence dans la mesure où les juridictions «prescripteurs» en matière de médiation les excluent.

Sur toutes ces questions, la réflexion pourrait utilement être conduites en commun avec la Fédération Nationale des Centres de Médiation Française mais aussi en étroite collaboration avec les référents européens et pourrait se décliner ainsi :

Poser très clairement la problématique du financement des centres de médiation aux pouvoirs publics. Il est en effet discriminatoire que les associations composées essentiellement de personnes travaillant dans le social bénéficient de budget et que les centres constitués par les avocats n'aient pas cette même manne publique.

Nous avons appris par exemple que des fonds européens ont été distribués à Wikimédiation, à hauteur de 160000 euros!

Poser la question du secteur aidé... Là encore, il faut être imaginatif et que les pouvoirs publics, s'ils souhaitent utiliser ce levier, envisagent d'ouvrir la médiation à celles et ceux qui sont modestes.

Sur ce point le rapport DARROIS qui insiste lui aussi sur le développement du règlement alternatif des conflits semble renvoyer le problème du financement aux CDAD et partant aux collectivités territoriales.

Les pays des droits de l'homme se doivent de permettre un accès au droit pour tous. Le CONSEIL NATIONAL a formulé sur ce point des propositions tendant à abonder les ressources complémentaires nécessaires au complément des aides de l'ETAT

Il faudra en outre que le législateur français cible plus précisément le terme « médiation » qui est utilisé dans des domaines qui n'ont aucun lien avec la définition de ce processus(exemple : le médiateur pénal)

Envisager sans doute une communication ciblée auprès de nos confrères pour les sensibiliser à cette activité complémentaire de leur exercice habituel. Autrement dit, faire comprendre qu'utiliser la médiation ne revient pas à perdre son âme d'avocat.

Tout mettre en œuvre pour éviter la confusion (trop souvent faite à tort) entre la procédure participative et la médiation, en rappelant que l'une est une procédure, l'autre un processus qui ne touche pas au fond. Il n'en reste pas moins que certains se posent à juste titre la question, et il nous appartiendra de clarifier les rôles des avocats selon le choix opéré par eux entre médiation ou procédure participative.

Il appartiendra aussi, nous semble-t-il, au Conseil national organe français représentatif de la profession de mettre en musique :

- o une déontologie spécifique,

- o une formation initiale dans les écoles d'avocats et d'obliger à une formation continue.(ce point est déjà en marche puisqu'un module de formation sera proposé par le CNB au printemps prochain)
- o L'avocat de demain doit savoir utilement conseiller son client sur toutes les possibilités qui s'offrent à lui pour résoudre son litige.

Pour développer la médiation conventionnelle il conviendra de se souvenir des propos de MONSIEUR MAGENDIE PREMIER PRESIDENT DE LA COUR DE PARIS le 20/05/2008

« La justice doit s'enrichir en se montrant capable de développer des modes alternatifs de règlement des conflits, plus que de chercher à résoudre tous les contentieux sur un mode unique ,moins juger pour mieux juger telle est la devise »

Cette suggestion émanant d'un haut magistrat français aidera sans aucun doute la médiation en France pour se développer car pour l'instant et nonobstant le nombre d'associations qui fleurissent sur le territoire elle reste confidentielle pour la profession d'avocat, et trop orientée quasi exclusivement vers le droit de la famille.

Les autres domaines du droit sont encore insuffisamment investi par ce processus auquel l'on préfère l'arbitrage ou la conciliation.

L'Europe à travers sa directive a impulsé une modification de l'article 2238 DU CC relatif à la prescription

Mais ce texte est imprécis et n'exprime pas clairement à quelle type de médiation le sursis est accordé, médiation judiciaire ou conventionnelle.

MR MAGENDIE lui-même relatait que la médiation en quelque sorte piétinait en raison de la méfiance des avocats à son endroit, la méconnaissance des parties de ce processus, la tardivité avec laquelle le médiateur est saisi

J'ajouterai le manque de financement

Ce constat doit nous conduire à affirmer que les avocats français mais aussi Européens doivent s'investir plus avant dans ce processus , le considérant et l'adoptant comme un outil de plus au service de leurs clients pour les aider à résoudre leurs conflits.

Tentons ainsi d'éviter ce qu'exprimait notre Président Michel BENICHOU :

au Bulletin de la Cour de cassation sur le thème de la médiation au regard de notre responsabilité professionnelle : on peut imaginer que celle-ci soit engagée simplement parce que l'avocat n'aura pas proposé tous les outils mis à sa disposition pour résoudre le litige »

en conséquence disons le clairement:

les avocats doivent s'investir, se former, mais les pouvoirs publics doivent donner des gestes forts en attribuant des fonds pour que chaque citoyen quelle que soit sa situation financière puisse avoir accès à ce processus.

Ne laissons pas ce champ d'activité hors du droit, il faut s'emparer de lui afin d'éviter ce qu'exprimait notre Président Michel BENICHOU :

au Bulletin de la Cour de cassation sur le thème de la médiation au regard de notre responsabilité professionnelle : on peut imaginer que celle-ci soit engagée simplement parce que l'avocat n'aura pas proposé tous les outils mis à sa disposition pour résoudre le litige »