

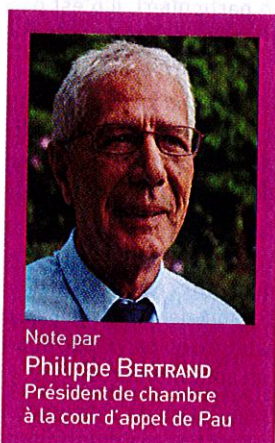
MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES LITIGES

La liste des médiateurs dans chaque cour d'appel : nouvelle exigence de la loi J21 ^{286x8}

L'essentiel

J21 a inscrit dans la loi l'obligation d'établir une liste de médiateurs dans chaque cour d'appel, pour 2017. Cette exigence légale, alors qu'il existe depuis des années des listes officieuses dans certaines cours d'appel, devrait contribuer au développement de la médiation, à la double condition d'harmoniser les critères d'inscription par la création d'un conseil national de la médiation et de prévoir des modalités d'organisation qui ne soient pas la simple assimilation de la liste des experts.

L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 8 : JO, 19 nov. 2016



L'article 8 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a inséré après l'article 22 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 un article 22-I-A ainsi rédigé : « Il est établi, pour l'information des juges, une liste des médiateurs dressée par chaque cour d'appel, dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'État pris sans un délai de six mois à compter de la promulgation

– les priorités de la gestion du contentieux, en premier lieu les délais de résolution des affaires, qui conduisent souvent le juge à considérer que ce temps supplémentaire, qu'il ne maîtrise pas, allonge la durée de la procédure (l'impact du décret du 11 mars 2015 n'est pas connu) ;

– la méfiance de certains des acteurs, juges et avocats, sur un processus qui ne présente pas les garanties suffisantes par comparaison avec celles de la procédure ;

– les confusions entre les différents modes amiables (conciliation et médiation en particulier) et la spécificité de la médiation familiale ;

– l'absence d'une offre transparente, publique et diversifiée dans un territoire donné ;

– le profond changement de culture qui transforme l'office traditionnel du juge.

Il est intéressant de rappeler le contexte dans lequel le législateur a décidé de la création de ces listes, après un amendement adopté puis retiré par l'Assemblée nationale le 3 mai 2016 qui faisait référence au risque de faux médiateurs, n'ayant ni l'expérience requise, ni la formation adéquate. Ce risque préoccupait l'ensemble des médiateurs auditionnés par les rapporteurs ; certains présidents de cour d'appel ont considéré qu'ils étaient tout à fait en mesure de pouvoir établir une liste de médiateurs, sur le modèle de celle des experts.

Le rapport de l'Institut des hautes études sur la Justice de mai 2013 intitulé « La Prudence et l'autorité. L'Office du juge au XXI^e siècle »⁽¹⁾ proposait de « renverser la perspective, de donner à chacun la capacité de conduire le règlement de son litige, la règle devant être de proposer chaque fois un conseil, une transaction, une conciliation ou une médiation, le traitement juridictionnel devant être l'exception, avec la constitution d'une offre crédible de résolution amiable des différends, accessible aux justiciables, par l'identification des capacités existantes dans chaque ressort »⁽²⁾.

Le rapport de l'Inspection générale des services judiciaires déposé en avril 2015 sur le développement des

de la présente loi ».

Si la nécessité de créer ces listes ne fait plus débat dès lors qu'elle est inscrite dans la loi, certaines cours d'appel ont établi des listes indicatives et officieuses depuis plusieurs années ; ces listes révèlent des convergences mais suscitent des interrogations, dont on pourra s'inspirer (I) ; l'harmonisation des critères dans l'établissement des listes suppose la création préalable d'un conseil national de la médiation (II) ; les différences essentielles de missions avec les experts devraient conduire à une autre organisation de la procédure d'inscription des médiateurs (III).

I. LES LISTES INDICATIVES EXISTANTES DANS CERTAINES COURS D'APPEL

La création de listes de médiateurs dans chaque cour d'appel fait l'objet d'un consensus en ce qu'elle participe de la promotion de la médiation comme mode amiable de résolution des différends. Le très faible développement de la médiation judiciaire depuis vingt ans s'expliquerait notamment par la difficulté pour le juge qui souhaite s'engager dans ce nouvel office, après avoir recueilli l'adhésion des parties, de choisir et de désigner le médiateur qui lui paraît avoir le meilleur profil dans chaque affaire.

Cette difficulté, réelle, ne constitue cependant que l'un des facteurs qui font obstacle au développement de la médiation. On peut recenser sans être exhaustif :

(1) [Wwww.ihej.org/wp-content/uploads/2013/07/rapport_office_du_juge_mai_2013.pdf](http://www.ihej.org/wp-content/uploads/2013/07/rapport_office_du_juge_mai_2013.pdf).

(2) Recomm. n° 1/3.

modes amiables de règlement des différends, à partir notamment d'un questionnaire et de déplacements limités dans trois cours d'appel, part du constat d'un très faible recours aux MARD, et ce malgré une abondante doctrine et un discours volontariste.

Ce rapport a proposé de créer une liste des médiateurs judiciaires dans le ressort de chaque cour d'appel et de leur faire prêter serment (proposition n° 12) ; une liste par cour d'appel sur lesquelles les médiateurs désignés en matière civile seront inscrits, comme celles existantes pour les experts judiciaires ; l'instruction des demandes et le contrôle des médiateurs relèveraient des attributions du magistrat chargé de suivre l'activité des conciliateurs et des médiateurs, qui dispose d'une connaissance de l'offre et de la qualité des médiateurs sur le ressort de la cour.

Ces magistrats coordonnateurs de médiation et de conciliation, désignés dans chaque cour d'appel par le premier président (D. n° 2010-1165, 1^{er} oct. 2010 ; COJ, art. R. 312-13-1) se rencontrent chaque année depuis 2015 lors d'une session de formation spécifique dont l'École nationale de la magistrature (ENM) m'a confié l'organisation. C'est dans le cadre de cette formation qu'ils ont communiqué et échangé sur les listes qui existent dans certaines cours d'appel, en particulier et dans l'ordre chronologique de leur création : Toulouse, Grenoble, Nancy, Bordeaux, Poitiers, Paris, Pau, Montpellier, Chambéry.

Ces listes, ou annuaires sous leurs appellations distinctes, démontrent des convergences et suscitent des interrogations.

A. Les convergences dans l'établissement de ces listes

Ces listes ou annuaires s'inscrivent et s'élaborent dans le cadre de la création d'une unité de médiation judiciaire (UMJ) qui comprend l'ensemble (Pau) ou certains des acteurs du processus de médiation (Toulouse, Poitiers), ou, à tout le moins, de conventions, de protocoles conclus surtout avec les barreaux.

Leur territoire est en général celui du ressort de la cour d'appel, le magistrat coordonnateur assurant souvent un rôle essentiel sous l'impulsion du premier président, même si les initiatives proviennent parfois d'une juridiction de première instance.

Il est systématiquement mentionné que ces listes sont annuelles et indicatives, avec des explications et des annexes (mode d'emploi, dispositions légales) ou un éditorial (Bordeaux, Pau) avec la précaution d'une déclaration à la CNIL (Nancy).

Si les médiateurs sont inscrits à titre individuel et donc comme personnes physiques, leur affiliation à une ou plusieurs associations est mentionnée expressément ; par exception (Bordeaux), la liste est présentée par associations de médiateurs, mais sans qu'il soit précisé si l'ensemble des médiateurs de l'association personne morale sont inscrits.

Ces listes et annuaires sont réservés, sauf exception (Pau), aux médiateurs qui exercent dans les contentieux en matière civile, commerciale et sociale, à l'exclusion donc des médiateurs familiaux dont le statut particulier a été considéré.

Une particulière attention est apportée au respect et à l'engagement des médiateurs d'un code ou d'une charte

déontologique, parfois jointe en annexe à la liste (Nancy, Paris).

B. Les interrogations qu'elles suscitent

Le **processus et les modalités d'instruction** des candidatures des médiateurs ne sont pas toujours indiqués : s'agit-il uniquement du magistrat coordonnateur, entouré ou non d'une équipe, dont la composition reste à préciser ; à qui sont adressées les candidatures, selon quelle sélection éventuelle (en particulier la distinction entre les associations et les médiateurs individuels) et selon quelles modalités ; pour la CA de Pau c'est un comité d'agrément, représentatif des membres de l'UMJ, qui a instruit les demandes, selon des critères définis préalablement en séance plénière et synthétisés dans une fiche de candidature (également à Poitiers).

Si les **critères d'agrément** sont en général mentionnés (garanties légales, formation initiale et ateliers de pratique, expérience, déontologie en particulier), il n'est pas souvent précisé par qui et comment ces critères ont été définis et validés.

La **procédure d'agrément**, et en fait le choix et la décision d'inscrire ou non un candidat, n'est pas toujours expliquée. En outre, une interrogation supplémentaire se pose concernant l'inscription ou non de l'ensemble des médiateurs affiliés à une association.

La **présentation** des médiateurs inscrits sur la liste ou dans l'annuaire n'est pas identique : par ressort de tribunal de première instance, ou le ressort de la cour d'appel, par ordre alphabétique des médiateurs, ou par association comprenant les médiateurs qui en sont membres.

Les **données** ou mentions de présentation de chacun des médiateurs, ou des associations, sont assez différentes, en particulier au sujet de :

- sa formation (origine, date, durée) ;
- son éventuelle spécialisation, avec des confusions entre le domaine de compétence de l'activité principale du candidat inscrit (en particulier les juristes dont les avocats) et le domaine dans lequel il souhaite exercer comme médiateur.

Il résulte des convergences mais aussi des interrogations provenant de l'établissement de ces listes *officieuses* des cours d'appel qu'une nécessaire harmonisation au niveau national doit être organisée, pour définir aussi bien les critères d'inscription des médiateurs que les modalités de leur formation, initiale et continue, qui sont tout à la fois inégales et d'une grande diversité.

II. LA NÉCESSAIRE HARMONISATION AU NIVEAU NATIONAL : LA CRÉATION D'UN CONSEIL NATIONAL DE LA MÉDIATION

Par ailleurs le développement de la médiation dans le cadre judiciaire, qui ne représente que l'un des modes amiables de résolution des différends, ne correspond manifestement pas à des objectifs clairement définis : l'accumulation des dispositions légales ou réglementaires ces dernières années, sans réelle cohérence, correspond plus à une incitation à mettre en œuvre les modes amiables en amont du procès, ou à éviter le recours au juge dans une optique de gestion des flux, alors que la médiation ne peut

constituer que l'un des moyens d'enrichir la réponse judiciaire, ce que certains nomment la *justice plurielle*.

Il s'agirait donc également de définir les objectifs du développement de la médiation dans le cadre judiciaire, y compris par rapport aux autres modes amiables.

Cette harmonisation des critères dans l'établissement des listes de médiateurs et la définition d'objectifs du développement de la médiation dans le cadre judiciaire ne peuvent évidemment se faire que sous l'égide du ministère de la Justice, sous la forme d'un conseil national dont la création est autant souhaitée que nécessaire.

Dès 2006, le premier président de la Cour de cassation, Guy Canivet, réclamait la mise en œuvre de véritables politiques juridictionnelles qu'il appartient au ministère de la Justice, en relations avec les responsables de juridictions, de mettre en œuvre. Jean-Claude Magendie, premier président de la cour d'appel de Paris, estimait en 2010 qu'il faut passer à une étape supérieure volontariste de l'État, qui pourrait s'incarner à travers la labellisation des formations, la création d'un code de déontologie et d'un observatoire national. À plusieurs reprises et encore très récemment, Chantal Arens, première présidente de la cour d'appel de Paris, a insisté sur la création d'un conseil national de la médiation pour certifier et agréer les médiateurs et labelliser leurs formations, recenser et évaluer les pratiques, capitaliser les acquis des expériences.

Ce conseil national devrait être représentatif de l'ensemble des acteurs de médiation, et pourrait être compétent en matière de médiation à l'initiative du juge administratif, si l'on considère l'article 5, III, de la loi du 18 novembre 2016.

Il existe déjà de telles structures en Europe, notamment la Commission fédérale en Belgique ; on pourra utilement s'en inspirer, y compris des débats actuels sur projet de loi *Médiation* qui prévoit de modifier la loi belge du 21 février 2005, et donc la composition et les missions de cette commission.

Dès lors qu'en France, la loi du 18 novembre 2016 prévoit l'établissement de listes par cour d'appel, il n'est pas possible que ce conseil national décide de l'inscription des médiateurs, tâche au demeurant impossible à réaliser au plan national, compte tenu de leur nombre.

Par contre, et cela constituerait un soutien essentiel pour les cours d'appel en même temps qu'une harmonisation indispensable, ce conseil national aurait pour mission de déterminer et préciser les critères d'inscription des médiateurs, autres que les conditions générales qui ne font pas réellement débat, en faisant exception des médiateurs familiaux qui bénéficient d'une formation statutaire ; il s'agirait donc de préciser :

- la qualification requise, soit au titre d'une formation initiale de base, soit d'une expérience suffisante ;
- le contenu de la formation initiale de base, comprenant un cursus commun qui comportera pour une certaine part le contexte juridique et judiciaire de cette mesure, et probablement des options selon les domaines d'intervention, avec une validation (certificat ou diplôme), l'ensemble devant représenter un nombre d'heures minimales ;
- le contenu et le nombre d'heures/an de la formation continue obligatoire ;
- les garanties relatives à l'indépendance et à l'impartialité du médiateur (sa neutralité aussi) ;

– le choix d'un code d'éthique et/ou de déontologie, applicable à tous les médiateurs ;

– les modalités de retrait d'agrément des médiateurs.

En outre, ce conseil national devrait avoir pour mission, s'agissant des organismes de formation, soit de déterminer les critères de leur agrément, soit d'en décider directement.

L'extension des missions de ce conseil national à la promotion et au développement de la médiation, éventuellement aux autres modes amiables, avec une dimension de recherche et d'appui pour la clarification de certaines dispositions, par référence aux exigences des directives ou des recommandations européennes, et comportant aussi l'élaboration de tableaux de bords et d'outils statistiques fiables, sans lesquels aucune visibilité n'est possible, apparaît indispensable à terme, sauf à attribuer ces missions à un observatoire, avec une composition distincte.

La création de ce conseil national de la médiation apparaît à beaucoup de ses acteurs comme essentielle et prioritaire, et comme un préalable à l'établissement des listes de médiateurs.

Pour autant les impératifs tenant à la parution du décret courant du premier semestre de l'année 2017 et l'établissement des listes qui suivront dans chaque cour d'appel rendent nécessaire de formuler des propositions, du moins d'engager le débat, d'abord au regard de la tentation de les assimiler aux listes des experts judiciaires.

III. SUR L'ÉTABLISSEMENT DES LISTES DE MÉDIATEURS

La simple assimilation à la liste des experts judiciaires, qui était prévue dans l'amendement adopté le 3 mai 2016 comme l'avait proposé le rapport de l'IGSJ d'avril 2015, ne correspond pas et ne tient pas compte des différences essentielles entre les deux fonctions, qui devraient conduire à établir des distinctions entre ces deux listes.

Les missions de l'expert et du médiateur sont radicalement différentes : si l'un a pour mission d'éclairer le juge sur une question de fait et doit donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis⁽³⁾, le médiateur a pour mission de confronter les points de vue des parties pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose⁽⁴⁾.

Les conditions dans lesquelles l'un et l'autre sont désignés sont très différentes : si l'expert est désigné à la demande des parties ou d'office par le juge, le médiateur ne peut l'être qu'après recueil de l'accord des parties par le juge saisi d'un litige.

Les modalités selon lesquelles ils exercent leur mission sont aussi différentes, voire opposées :

- si l'expert est tenu de donner son avis technique, selon des modalités et dans un rapport qui respectent le principe du contradictoire ;
- le médiateur est tenu de respecter le principe de confidentialité, y compris à l'égard du juge sauf exceptions légales, son rapport de fin de mission ne consistant qu'en

(3) CPC, art. 232 et CPC, art. 238.

(4) CPC, art. 131-1.

une simple information de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose. Nonobstant ces différences essentielles, certaines dispositions propres aux listes des experts judiciaires, la pratique de l'établissement de ces listes par les assemblées générales des magistrats du siège comme la jurisprudence peuvent être conservées ou adaptées aux listes des médiateurs.

Les conditions générales d'inscription prévues aux 1^o à 3^o et du 5^o de l'article 2 du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004, sous réserve de l'harmonisation des critères par le conseil national relativement à la formation initiale et continue sur la qualification suffisante, peuvent être reprises, tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales.

Le critère de l'exercice d'une activité professionnelle principale dans le ressort de la cour d'appel ou d'une résidence, prévu aux 8^o de l'article 2, peut faire débat à cause de la disparité de l'offre de médiateurs qui existe dans les territoires ; d'une part le caractère indicatif de chaque liste n'interdit pas au juge de choisir un médiateur ou une association hors de son ressort, ce qui correspond d'ailleurs à la pratique ; d'autre part il est souhaitable qu'au sein de chaque ressort de cour d'appel se développe une offre réelle et crédible de médiation, y compris de formation, pour des motifs tenant à l'égalité et à l'accessibilité de ce mode amiable.

Si la transmission et l'instruction préalable des demandes par le procureur de la République devait être maintenue pour que les vérifications relatives aux conditions générales soient effectuées, comme la distinction entre une inscription initiale d'une certaine durée avec une réinscription d'une durée plus longue, par contre les médiateurs par leurs associations représentatives devraient être associés à l'instruction de la demande dès l'inscription initiale, alors que les experts ne le sont que pour la demande de réinscription.

En effet, si l'expert exerce une mission technique d'éclairer le juge, sur la décision et sous le contrôle effectif de celui-ci, qu'il doit exercer une profession ou une activité en rapport avec sa spécialité et dans des conditions conférant une qualification suffisante (4^o et 5^o de l'article 2 du décret), qui font l'objet de l'examen lors de la demande d'inscription, le médiateur exerce une mission très différente, après recueil de l'adhésion des parties, dans le strict respect de la confidentialité, selon des techniques ou un art qui visent à la restauration du dialogue et la confrontation des points de vue entre les parties, sans que la rédaction d'un rapport écrit circonstancié ne soit requis et donc sans qu'il soit possible de vérifier ses diligences, comme un expert ; enfin, l'existence ou non d'un accord en fin de médiation ne peut constituer un critère déterminant de la compétence du médiateur.

Ces différences méritent une autre organisation de la procédure d'inscription, qui serait identique à celle de la réinscription, d'une durée plus courte.

On pourrait envisager, à l'instar de certaines des listes existantes (Poitiers et Pau notamment) de confier la décision d'inscription à l'unité de médiation judiciaire de la cour d'appel, qui comprend l'ensemble des acteurs de la

médiation ; mais ces instances, qui pourraient s'insérer dans le cadre réglementaire des projets de juridiction (D. n° 2016-514, 26 avr. 2016), supposent une pratique et une dynamique de la mise en œuvre de ce mode amiable qui ne sont pas, en l'état, suffisamment partagées dans l'ensemble des cours d'appel ; elles pourraient cependant être associées dans la phase d'instruction des demandes.

Par ailleurs, l'assemblée générale des magistrats du siège de la cour d'appel, qui présente les garanties d'impartialité nécessaires tout autant que le respect du contradictoire que celle de l'exigence d'une motivation des décisions, connaît aussi d'une longue expérience de la pratique de l'établissement des listes des experts, avant même la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 ; enfin, la jurisprudence sur le recours de la décision de refus d'inscription ou de radiation, en particulier sur l'intensité du contrôle de la Cour de cassation (l'erreur manifeste d'appréciation), justifie de maintenir les décisions d'inscription par cette assemblée générale, sauf à adapter la jurisprudence aux spécificités des médiateurs, notamment sur l'indépendance et l'impartialité.

On remarquera aussi, ce qui n'est pas indifférent au regard du rapport entre le nombre de médiateurs et le nombre de médiations judiciaires ordonnées, que le critère des besoins des juridictions, soumis à l'appréciation des assemblées générales, constituera un critère important sinon déterminant.

On pourrait donc envisager le schéma suivant d'organisation de la procédure d'inscription des médiateurs sur la liste de la cour d'appel, étant rappelé le préalable nécessaire ou du moins de la création en parallèle d'un conseil national de la médiation, comme précisé plus haut :

1) Transmission et instruction préalable sur les conditions générales par le procureur de la république ⁽⁵⁾ ;

2) Instruction de toutes les demandes par le magistrat coordonnateur de la cour d'appel, étant précisé qu'en réalité dans nombre de cours d'appel, ce magistrat est indifféremment conseiller ou président de chambre, que souvent deux magistrats sont désignés (l'un chargé de coordonner la médiation, l'autre la conciliation) ; une modification du décret du 1^{er} octobre 2010 serait souhaitable sur ce seul point.

3) Examen des demandes d'inscription et de réinscription par une commission ⁽⁶⁾ mais composée :

– du magistrat coordonnateur ;

– de magistrats du siège des tribunaux de grande instance, des tribunaux de commerce et des conseils de prud'hommes du ressort de la cour d'appel (en général les *référénts* médiation) ;

– de membres des professions juridiques, avocats, notaires et huissiers de justice : nonobstant le fait que certains d'entre eux sont formés comme médiateurs et ont vocation à être inscrits, il paraît important que ces professions du droit soient associés à cette commission, comme elles le sont dans le cadre des unités de médiation judiciaire, pour les impliquer dans la dynamique du développement de la médiation ;

(5) À l'identique des dispositions du D. n° 2004-1463, 23 déc. 2004, art. 2, 1^o à 3^o, 5^o et 8^o.

(6) Par analogie avec D. n° 2004-1463, 23 déc. 2004, art. 12.

– et de médiateurs membres d'associations représentatives du ressort : à ce sujet, il appartiendra au conseil national d'établir les critères de représentativité, étant observé que les associations locales de médiateurs sont en général affiliées à une association ou une fédération nationale, qui sont, elles-mêmes regroupées dans une plateforme commune.

Les membres de cette commission seraient désignés par le Premier président, sur propositions des différentes juridictions ou instances représentatives, selon une proportion qui devrait faire en sorte que les médiateurs y participent au moins à raison d'un tiers ⁽⁷⁾.

Cette commission pourrait recueillir tous renseignements et avis utiles, en particulier auprès de l'unité de médiation judiciaire, et d'entendre le ou les candidats à l'inscription.

4) Avis motivé de cette commission, transmise à l'assemblée générale des magistrats du siège de la cour d'appel.

5) Décision d'inscription, de réinscription ou de refus de l'assemblée générale des magistrats du siège de la cour d'appel, où seraient représentées avec voix délibératives les juridictions de première instance ⁽⁸⁾, sur rapport du magistrat coordonnateur.

Ces propositions d'un schéma pour l'établissement des listes des médiateurs dans chaque cour d'appel n'épuisent

évidemment pas toutes les interrogations qui subsistent, quant à la durée de l'inscription initiale, qui pourrait être limitée à un an ou deux années tout au plus, de manière à ce que soient précisées les qualités et compétences requises des médiateurs et de leur évaluation par le conseil national, quant à la rédaction d'un serment adapté à leur mission, par référence à leur collaboration au service public de la justice et/ou d'un code de déontologie, ou encore sur les mentions d'éventuelles spécialités par référence aux contentieux.

L'inscription dans *J21* de l'obligation légale d'établir la liste des médiateurs dans chaque cour d'appel représente une étape importante pour le développement de ce mode amiable, à partir et dans le cadre judiciaire ; ces listes, mêmes indicatives, devraient favoriser le choix et la désignation du meilleur profil du médiateur dans chaque litige soumis au juge, et probablement constituer une liste d'excellence dans le champ conventionnel, avant le procès, à disposition des parties.

Les conditions d'élaboration de ces listes et l'harmonisation des critères d'inscriptions au niveau national représentent un enjeu essentiel, pour établir sinon restaurer la nécessaire confiance dans la formation et la compétence des médiateurs inscrits.

(7) L'actuelle commission prévoit la participation de 5 experts sur 17 membres.

(8) Sur ce point et dès lors que l'incitation et le développement de la médiation devraient s'effectuer en première instance, on ne comprendrait pas que ces juridictions n'aient qu'une voix consultative.