

MÉDIATION

Le choix du médiateur par le juge ^{338g3}

L'essentiel

Au moment où chacune des 36 cours d'appel rend publique une liste de médiateurs conformément à la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016 et au décret du 9 octobre 2017, un retour d'expérience de deux magistrats qui ont ordonné plus de 1 000 médiations tant en première instance qu'en appel éclaire sur les pratiques du choix du médiateur par le juge.

Étude par
Isabelle ROHART-
MESSAGER
Conseillère à la cour
d'appel de Paris
et Fabrice VERT
Premier vice-président
au TGI de Créteil,
vice-président du
Groupement Européen
des Magistrats pour la
Médiation, section France

En tant que magistrats prescripteurs qui avons ordonné, au cours de notre carrière, plus de 1 000 médiations, une question récurrente des parties et des avocats qui ont acquiescé à notre proposition de médiation est la suivante : quel médiateur allez-vous désigner ?

La réponse à cette question est essentielle, car des parties en conflit acceptent parfois cette proposition de médiation avec scepticisme – et c'est un euphémisme –, d'où l'importance du choix d'un médiateur qui dès sa désignation doit inspirer confiance aux parties et à leurs conseils ⁽¹⁾.

Cette question est d'actualité puisque la cour d'appel de Paris, comme l'ensemble des cours d'appel de France, va rendre publique en décembre 2018 une liste de médiateurs (699 candidatures ont été enregistrées à Paris).

I. LE PROCESSUS DU CHOIX DU MÉDIATEUR PAR LE JUGE

L'article 131-5 du Code de procédure civile dispose que : « La personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes :

- 1° Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire ;
- 2° N'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ;
- 3° Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige ;
- 4° Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ;
- 5° Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation. »

Les critères du choix du médiateur posés par ces dispositions sont vagues et flous, permettant une très grande liberté au juge dans le choix du médiateur.

A. Le choix entre une personne morale et une personne physique

Si certains magistrats disposent d'une connaissance étendue de la médiation, leur permettant de choisir efficacement un médiateur adapté dans le conflit qui leur est soumis parmi la centaine de milliers de médiateurs ou de personnes se prévalant de ce titre, d'autres magistrats préfèrent désigner une association de médiateurs ayant pignon sur rue (l'article 131-4 du CPC permet au juge de désigner une personne morale). Dans cette dernière hypothèse, il est d'usage que les associations proposent aux parties ou au juge le nom de trois personnes physiques susceptibles d'assurer cette médiation. Cette solution a l'avantage de faire reposer pour partie la garantie de la qualité et de la compétence du médiateur sur une association qui souvent a conclu un contrat de partenariat avec la cour d'appel. C'est notamment le cas de la cour d'appel de Paris qui, sur l'initiative de sa première présidente, Chantal Arens, a créé en 2014 une unité des modes amiables de résolution des différends (UMARD) ayant pour objet de déterminer une politique dynamique de développement de la médiation sur le ressort de la cour avec tous les acteurs concernés ⁽²⁾. Dans le cadre de cette unité a ainsi été adoptée une charte déontologique du médiateur, signée par toutes les associations de médiation de l'UMARD, ainsi qu'une convention cadre de médiation définissant en la matière le rôle impulseur des juridictions et des différends auxiliaires de justice sur le ressort de la cour, en partenariat avec les associations de médiateurs.

Il sera toutefois relevé que le choix d'une association comme médiateur engendre souvent un coût supérieur de la mesure de médiation lié aux frais de fonctionnement de la structure.

B. La responsabilité du choix du médiateur

S'il résulte de l'article 131-5 du Code de procédure civile qu'il appartient au juge de désigner un médiateur, il peut s'avérer néanmoins utile de discuter avec les parties et les avocats du choix du médiateur, afin que ceux-ci adhèrent sans réserve à ce processus. En outre, cette façon de procéder permet d'éviter d'éventuels conflits d'intérêts.

Le juge prescripteur de médiation a en général connaissance des qualités et des particularités des médiateurs qu'il désigne. Il lui appartient alors de proposer un ou plusieurs noms de médiateurs pour tenir compte de la nature du conflit, des connaissances techniques éventuellement

(1) Guillaume-Hofnung M. et Vert F., « Construire la confiance entre justice et médiation », *Gaz. Pal.* 22 déc. 2015, n° 253d3, p. 9.

(2) Arens C. et Fricero N., « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges », *Gaz. Pal.* 25 avr. 2015, n° 222e8, p. 13.

Doctrine

requis, de la complexité de l'affaire, de la personnalité des parties et de leurs avocats, des références culturelles des parties, des éventuelles connaissances linguistiques et de la disponibilité du médiateur pour les dossiers particulièrement urgents.

Le juge devra également prendre en considération l'enjeu du litige ainsi que les capacités financières des parties et éventuellement leur proposer de rencontrer un conciliateur de justice, bénévole, étant précisé par ailleurs que le coût de la médiation peut également être pris en charge au titre de l'aide juridictionnelle.

Lorsque ce sont les parties qui proposent le nom d'un médiateur, le juge devra alors vérifier que celui-ci satisfait aux conditions posées par l'article 131-5 du Code de procédure civile et qu'il est disponible.

L'expérience démontre qu'en pratique, dans les chambres spécialisées, lorsque les avocats proposent le nom d'un médiateur, il s'agit le plus souvent d'un médiateur habituellement désigné par cette chambre.

C. Le moment du choix du médiateur

La désignation d'un médiateur peut intervenir à tout stade de la procédure, de l'enrôlement, de l'assignation ou de l'appel jusqu'à la décision rendue par le juge⁽³⁾.

Sur le plan psychologique, il apparaît pertinent, en première instance, d'attendre que le défendeur ait déposé des conclusions pour effectuer une telle proposition, car c'est à ce moment que le demandeur commencera à prendre conscience des obstacles et des moyens opposés à sa demande.

De même, les incidents de procédure peuvent mettre en évidence l'intérêt pour les parties de recourir à une mesure de médiation plutôt qu'à des mesures d'instruction ou à des actes de procédure longs et coûteux.

À titre d'exemple, les demandes de désignation d'expert peuvent aboutir, sur proposition du juge à une désignation d'un médiateur possédant des connaissances techniques lui permettant de parler le même langage que les parties et de parvenir très rapidement, et à un coût moindre, à une solution utile pour tous.

La médiation peut apparaître également nécessaire lors de l'audience de plaidoirie et même, parfois, au cours du délibéré. Le juge peut alors réouvrir les débats pour inviter les parties à réfléchir à l'éventualité d'une mesure de médiation, notamment quand la solution judiciaire apparaît absurde et contraire à l'intérêt de tous.

Certaines juridictions, comme les chambres sociales de la cour d'appel de Paris ou le service des référés du tribunal de grande instance de Créteil organisent systématiquement des permanences gratuites d'information sur la médiation tenues par des médiateurs lors des audiences. Dans ce système, si les parties acceptent une mesure de médiation après cette information, le juge désigne comme médiateur, dans la plupart des cas, celui qui tient cette permanence, sauf meilleur avis des parties.

D. Les critères de sélection du médiateur

Le juge doit d'abord, avec les parties présentes, en personne si possible, et leurs conseils, essayer de déterminer l'origine et la nature du conflit : malentendu, mésentente, oppositions sur des points techniques, des points juridiques...

Si l'aspect relationnel émerge, le choix du juge se portera sur un médiateur spécialiste de la relation et de la communication non violente. S'il s'agit de l'aspect juridique, sur un médiateur rompu aux questions juridiques. Si c'est l'aspect technique, sur un médiateur architecte, sur un médiateur expert-comptable, etc.

“ C'est souvent la nature du conflit, mais dans sa diversité, qui détermine le choix du médiateur ”

Le débat est ouvert.

Si l'on choisit un médiateur spécialiste de la matière, le risque est qu'il se concentre sur les aspects techniques du conflit en oubliant les autres aspects qui peuvent être les plus déterminants à traiter pour le résoudre.

Si l'on désigne un médiateur uniquement spécialiste de la relation, cela présente le risque, dans des domaines très techniques, de l'absence de maîtrise du langage et des codes permettant au médiateur d'appréhender tous les enjeux du conflit (conflits collectifs du travail, conflits dans des domaines financiers ou technologiques pointus). Il est certain que dans des domaines très techniques, la connaissance de la matière par le médiateur induira la confiance des parties médiées et de leurs avocats.

Il convient de souligner que dans les chambres spécialisées, notamment au tribunal et à la cour d'appel de Paris, les médiateurs sont eux aussi spécialisés et les données statistiques démontrent qu'un médiateur qui connaît un taux d'accord important dans une chambre donnée, aura beaucoup plus de difficultés à y parvenir dans des chambres traitant de contentieux différents.

Par ailleurs, la personnalité des parties, par exemple de nationalités différentes, peut inciter à choisir un médiateur connaissant la culture des parties en présence.

Parfois, c'est le métier exercé par le médiateur ou sa renommée acquise dans de précédentes fonctions qui va être déterminant dans le choix du médiateur. Il est évident qu'un médiateur possédant une autorité morale et technique reconnue facilitera la confiance des parties.

C'est bien évidemment aussi la satisfaction qu'auront exprimée les parties et leurs avocats, après une médiation ordonnée, qui va inciter le juge mais également les parties à proposer le nom de ce médiateur reconnu.

Dans certains dossiers, le choix pourra se porter sur les noms de deux médiateurs, la co-médiation pouvant permettre de choisir, pour traiter le conflit, tout à la fois un médiateur spécialiste de la communication non violente par exemple et un médiateur spécialiste de l'aspect technique du conflit ou mettre le pied à l'étrier d'un médiateur récemment formé.

(3) Vert F., « Médiation : mode d'emploi », Gaz. Pal. 15 nov. 2014, n° 200r9, p. 14.

II. LES GARANTIES DE LA QUALITÉ DU MÉDIATEUR ET DU PROCESSUS DE MÉDIATION

Le juge qui souhaiterait vérifier les compétences, la qualification, la formation, l'expérience d'un médiateur se trouve bien dépourvu faute d'outils adaptés, étant observé que le médiateur n'est pas une profession réglementée ni doté d'un ordre professionnel.

Néanmoins, on peut relever certaines tentatives pour apporter des garanties, comme l'instrument de la liste de médiateurs.

La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016 impose à chaque cour d'appel d'établir une liste de médiateurs, l'inscription sur une telle liste devant *a priori* garantir la compétence du médiateur et rassurer le juge, les avocats et les justiciables lors du choix d'un médiateur.

Cependant, les critères posés par le décret du 9 octobre 2017 pour figurer sur cette liste, à savoir « Justifier d'une formation ou d'une expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation », sont extrêmement vagues et flous.

En l'absence d'un référentiel commun, chaque cour d'appel a élaboré ses critères de sélection, avec le risque avéré de contrariété dans ces listes puisque d'ores et déjà, on peut constater que des candidatures identiques de médiateurs sont retenues ou rejetées selon la cour qui les examine⁽⁴⁾. Certaines cours d'appel ont été censurées par la Cour de cassation pour avoir exigé, par exemple, du candidat médiateur un diplôme, la haute juridiction considérant que la cour d'appel s'était déterminée sur un critère étranger aux conditions posées par le décret⁽⁵⁾.

Également dans un souci légitime de professionnalisation des médiateurs avocats, le Conseil national des barreaux (CNB) a créé un Centre national de médiation des avocats (CNMA), en posant des critères de sélection sur l'expérience et la formation requise des candidats avocats aspirant à bénéficier de ce référencement.

En 2016, le CNB a modifié le règlement intérieur national de la profession d'avocat en interdisant à tout avocat de

se prévaloir de la qualité de médiateur s'il n'est pas référencé auprès du CNMA.

Mais dans un arrêt du 26 octobre 2018, le Conseil d'État a annulé cette délibération pour excès de pouvoir⁽⁶⁾.

Ces décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État illustrent bien l'urgence pour les pouvoirs publics de créer un statut de médiateur et un système de certification des formations à la médiation.

Des initiatives ont été prises, au niveau national ou international, par des organismes de certification comme l'Institut français de certification des médiateurs ou l'*International Mediation Institute*.

La cour d'appel de Paris avait suggéré préalablement à l'établissement d'une liste de médiateurs la création d'un Conseil national de la médiation composé de magistrats, auxiliaires de justice, professeurs de droit, chercheurs, représentants d'associations de médiation, politiques, représentants de la société civile, choisis comme spécialistes reconnus de la médiation en France, avec notamment pour mission de traiter de la déontologie et de la formation du médiateur.

De nombreuses associations de médiateurs appellent à la création d'un véritable statut du médiateur avec la création d'organismes représentatifs.

Peu à peu la culture de la médiation se répand chez les acteurs judiciaires et la création de listes de médiateurs dans chaque cour d'appel aura au moins pour mérite de rassurer les juges et les avocats qui, encore aujourd'hui, sont souvent frileux pour ordonner ou proposer une mesure de médiation, cette dernière permettant pourtant souvent aux parties de trouver des solutions constructives « gagnant-gagnant » répondant à leurs besoins et intérêts véritables, plutôt qu'à leurs positions et à leurs postures.

Avec l'espoir qu'une véritable institutionnalisation d'un service de médiation et de conciliation verra le jour dans les juridictions dans le cadre de la loi de programmation de la justice 2018-2022, sous peine de voir continuer de se développer hors contrôle du juge et sans l'assistance des avocats des services de médiation et de conciliation, ce qui est la tendance actuelle, avec le risque, cette fois-ci réel, d'une privatisation de la justice.

(4) Gorchs-Gelzer B., « Regard critique sur le décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste de médiateurs auprès de la cour d'appel », *Revue Droit et procédure*, déc. 2017, p. 246.

(5) Cass. 2^e civ., 27 sept. 2018, n° 18-60091 ; Cass. 2^e civ., 27 sept. 2018, n° 18-60132.

(6) CE, 25 oct. 2018, n° 411373.