



Compagnie interrégionale des Experts de justice
près la Cour administrative d'appel de Lyon

Actes du colloque tenu à Lyon le 9 octobre 2017

Conciliation et médiation

devant les juridictions administratives

SOMMAIRE

- Ouverture par <i>Daniel Lourd, Président de la CIECAALY,</i> <i>Expert près la Cour d'appel et la Cour administrative de Lyon.....</i>	5
- Introduction par <i>Régis FRAISSE, Conseiller d'Etat</i> <i>Président de la Cour administrative d'appel de Lyon</i>	7
1^{ère} Partie : L'expérience de la médiation en matière judiciaire <i>Régis VANHASBROUCK, Premier Président de la Cour d'appel de Lyon</i>	14
2^{ème} Partie : La procédure de médiation devant les juridictions administratives I- L'ouverture de la juridiction administrative à la conciliation et la médiation avant la loi du 18-11-2016 <i>Danièle PAQUET Présidente de la 1^{ère} ch. du Tribunal administratif de Grenoble.....</i>	18
II-La médiation en matière administrative prévue par la loi du 18-11-2016 et le décret du 18 avril 2017 <i>Jean-Pierre JOUGUELET, Conseiller d'Etat honoraire, Ancien président de la 9^e sous-section du Conseil d'état et ancien président adjoint de la section des travaux publics</i>	23
3^{ème} Partie : le médiateur I – Choix du médiateur <i>Maître Gilles Robert LOPEZ avocat, ancien bâtonnier Président de la Chambre Nationale des Praticiens de la Médiation.....</i>	29

II- la formation à la médiation

Maître Jean-Marc ALBERT, Avocat associé – Cabinet ALBERT ASSOCIES

Avocat au barreau de Paris

Médiateur et formateur à la médiation 41

4^{ème} Partie : Le rôle des acteurs au procès dans la recherche

d'une conciliation ou médiation des parties

I- Conditions préalables à la médiation

Cécile COTTIER, Première conseillère à la Cour administrative

d'appel de Lyon, référent en matière de médiation auprès de la Cour 47

II- La poursuite du contentieux et le cas échéant de l'expertise

en cas d'échec de la médiation

Cécile COTTIER, Première conseillère à la Cour administrative

d'appel de Lyon, référent en matière de médiation auprès de la Cour 55

III- Rôle des avocats des parties dans l'initiation

et le déroulement de la médiation

Maître Serge DEYGAS, cabinet DEYGAS PERRACHON –Lyon

Membre du CIMA (centre interprofessionnel de médiation et d'arbitrage de Lyon)..... 62

IV- L'expert facilitateur de la médiation ou médiateur

Jean-Marie VILMINT

Expert-comptable de justice inscrit près la Cour administrative de Lyon

Expert honoraire près de la Cour d'appel de Lyon 65

V- Les Principales étapes de la médiation

Jean-Marie VILMINT

Expert-comptable de justice inscrit près la Cour administrative de Lyon

Expert honoraire près de la Cour d'appel de Lyon..... 74

VI – Témoignages en matière de médiation

Secteur du bâtiment, Génie civil ...

Daniel LOURD, expert près la Cour d'appel et la Cour administrative d'appel de Lyon

Expérience en tant que représentant d'une partie à la médiation 80

Economie Finance

Alain ETIEVENT

Expert-comptable de justice inscrit près la Cour administrative de Lyon

Expert honoraire près de la Cour d'appel de Grenoble

Expérience d'une médiation dans une affaire de délégation de service public 82

Santé

Daniel MALICIER, Professeur de médecine, expert inscrit près la Cour d'appel

et la Cour administrative d'appel de Lyon, expert agréé par la Cour de Cassation

Evocation des difficultés de la médiation en matière de santé 86

Conclusion du colloque

Jean-François MOUTTE, Président du Tribunal administratif de Lyon..... 88

Modérateur : Régis FRAISSE

Coordinateur : Jean-Marie VILMINT

Ouverture par Daniel LOURD,

*Président de la CIECAALY,
expert de justice près la Cour d'appel et la Cour administrative d'appel de Lyon*

Mr le Conseiller d'Etat, Président de la Cour administrative d'appel de Lyon

Mr le Premier Président de la Cour d'appel de Lyon

Mr le Président du Tribunal administratif de Lyon

Mr le Président du Tribunal administratif de Grenoble

Mmes et Mrs les Vice-Présidents des Tribunaux administratifs du ressort

Mmes et Mrs les Présidents de Chambres

Mmes et Mrs les Conseillers

Mr le représentant du Président de la Compagnie nationale des Experts de justice

Mr le Président de la Compagnie des experts de justice de Lyon

Mr le représentant du Conseil régional Rhône-Alpes de l'ordre des experts comptables

Mme la représentante du bâtonnier de Lyon

Mmes et Mrs les Avocats

Mes chères Consœurs et mes chers Confrères

C'est avec un immense plaisir que j'ouvre le colloque de ce jour, en remerciant tous les magistrats de l'honneur qu'ils nous font de participer à nos travaux.

Merci aussi merci aux nombreux experts, ainsi qu'aux avocats dont la participation est essentielle à la qualité de nos débats.

Notre Compagnie a maintenant cinq années d'existence. Forte de près de 120 membres, elle devenu un relais essentiel entre les magistrats et les experts.

Après des messages indispensables pour le respect de l'éthique durant les expertises, dans l'analyse technique comme dans le comportement, nous sommes passés, avec l'aide des

chefs de Cour, à l'amélioration de la qualité intrinsèque de nos rapports.

Cette dernière touche nos analyses, nos rédactions, nos positions face à un doute, mais aussi aux délais, sujet récurrent dont j'ai longuement parlé en assemblée générale de la CIECAALY, et aussi au respect du contradictoire qui est parfois contesté.

Le colloque de ce jour aborde une évolution importante des règlements de conflits.

Le sujet présente beaucoup d'espoirs pour nos concitoyens pour simplifier la résolution de leurs litiges.

Mais vous allez voir que simplifier et accélérer n'est pas toujours simple, car il faut aussi que les droits de chacun soient intégralement respectés, et les acteurs bien choisis.

Je vais laisser Mr le Conseiller d'Etat, Régis FRAISSE, Président de la Cour administrative de Lyon, vous présenter le thème du colloque.

Introduction du Colloque

Régis FRAISSE

Conseiller d'Etat. Président de la Cour administrative d'appel de Lyon

1. – La signification des mots

L'an dernier, je vous avais présenté le **tableau de Nicolas Poussin** sur le **Jugement de Salomon** avec sa **mise en scène théâtrale**.

Cette année, j'ai choisi un **autre tableau**, également très intéressant dans sa mise en scène, **celui de Georges Rouget**, un **élève de David** qui s'est **spécialisé dans l'histoire de France**. Ce tableau, de **1822**, se trouve au château de Versailles. Il est intitulé : « **Saint Louis, médiateur entre le roi d'Angleterre et ses barons** ». Il a également été exécuté en **tapisserie aux Gobelins** pour la salle du trône.

La scène se passe à **Amiens vers Noël de l'année 1263**. A votre droite, vous voyez les **barons anglais** qui, dans un premier temps, avaient réussi à **réduire les prérogatives du roi Henri III** en s'octroyant de nombreux droits mais qui, dans un second temps, ont vu le roi se rebeller, laissant la place à une **guerre civile**. Les barons et le roi Henri III sont alors tombés **d'accord pour choisir le roi de France, Louis IX, futur Saint Louis, comme médiateur**.

En face des barons, **se trouvent le roi de France, Louis IX**, et, à sa droite, le **roi d'Angleterre**. On voit déjà, dans cette disposition, qu'il y a quelque chose de choquant : **les parties ne sont pas à égalité**. Le roi de France, qui donne l'impression de **protéger son confrère**, apparaît ainsi **partial**.

Cette **partialité**, on va la retrouver dans la **décision du roi de France du 13 janvier 1264** qui va **annuler tous les actes pris par les barons**, va **restituer à Henri III ses châteaux** et ses pouvoirs **et rétablir le droit antérieur**. Cette partialité va encourager les barons à reprendre les armes et le pouvoir, mais de façon temporaire, car c'est finalement Edouard, le fils d'Henri III, qui l'emportera.

Ce tableau intitulé « *Saint Louis, médiateur entre le roi d'Angleterre et ses barons* » **montre qu'il faut se méfier des mots**. Dans cette affaire, **Saint Louis n'était pas un médiateur**, du moins au sens où on l'entend aujourd'hui. **Il est plutôt un arbitre... un arbitre qui tranche et impose une solution**.

En matière de conciliation et de médiation également, **il faut se méfier des mots... et les mots, en cette matière, ne brillent pas par leur rigueur ni par leur précision**.

C'est ainsi que, **si l'on recherche la catégorie** dans laquelle entrent la conciliation et la médiation, il est permis d'**hésiter**. Tantôt, on parle de **MARC**, de **MARD** ou de **MARL**, à savoir les « modes **alternatifs**... ou... **amicales** de résolution des **conflits** » (MARC) ou de « résolution des **différends** » (MARD) ou de « résolution des **litiges** » (MARL). Quant aux québécois, ils parlent de SORREL: « solutions de rechange au règlement des litiges ».

Je vous propose, comme le ministère de la justice, de retenir l'**acronyme « MARD »** : « amiable » plutôt qu'« alternatif » qui n'est pas étymologiquement correct¹... et de retenir le mot « **différend** »² qui est moins connoté que les mots : « litige » ou « conflit ».

Avant de définir ces modes amiables que sont la conciliation et la médiation, **quelques mots sur leur objet et leur histoire récente**.

2. – L'objet et l'histoire procédurale de la médiation/conciliation

La médiation/conciliation/est ancienne. Elle est **devenue à la mode, il y a une trentaine d'années**. Elle se veut une **réponse à l'encombrement de la justice**, à la **longueur des procédures** et à l'**insatisfaction du procès** qui donne souvent plus d'importance à la procédure qu'au fond du droit.

La médiation/conciliation a **pour idéal un traitement rapide, efficace et économe des litiges et des solutions acceptées par les parties**. Grâce à cette adhésion, elle a pour effet de **réduire le risque de non-exécution**. C'est là, son intérêt. **Si elle trouve sa cause dans l'encombrement de la justice**, elle n'a **pas pour but principal de mettre fin à cet encombrement**. Sa principale vertu est de « **contribuer à l'apaisement des tensions, en un mot d'être facteur de paix sociale** »³.

Il ne faut donc **pas l'opposer à la justice traditionnelle**. Le juge peut et doit **la favoriser lorsqu'elle est possible**. L'intervention du juge sera d'ailleurs **nécessaire pour homologuer** et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation/conciliation.

Pourtant, pendant très longtemps, **le droit judiciaire et le droit administratif ne lui consacraient que peu de dispositions** :

– **l'article 21 du CPC** : « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties.* », lequel ne

¹ « Alternatif » signifie étymologiquement : « dans un sens puis dans l'autre sens »... comme le courant alternatif, comme un moteur alternatif, comme la marée...

² Le mot : « *différend* » est très utilisé en droit du travail : « *Le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail* » (art. L. 1411-1 du code du travail).

³ **Rapport Magendie sur la médiation**, p. 13.

peut pas déléguer cette tâche au technicien (article 240) ; (juges de paix depuis la loi du 26 ventôse an IV) ;

– les procédures de conciliation préalables devant le **tribunal d’instance, le conseil des prud’hommes et le tribunal paritaire des baux ruraux** ;

– l’institution, par le décret du 20 mars 1978, des **conciliateurs de justice** ;

– **l’article L. 3 du code des TA et CAA**⁴ (devenu l’article L. 211-4 du CJA aujourd’hui abrogé), qui se bornait à prévoir, en 1986, que **les TA pouvaient exercer une mission de conciliation** dans les litiges dont ils étaient saisis, mission qui a été **étendue aux CAA en 2011**.

De nombreuses études reconnaissent toutefois l’intérêt de la médiation-conciliation :

– L’étude du Conseil d’Etat de 1993 : « **Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative** ».

– Le groupe de travail du **président LABETOULLE** sur le développement de la conciliation devant les juridictions administratives en 1999.

– Les travaux du doyen **Serge GUINCHARD** : « *L’ambition raisonnée d’une justice apaisée* ».

Le premier texte important est la **loi n° 95-125 du 8 février 1995** relative à l’organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative qui a **posé pour la première fois, au niveau législatif, un certain nombre de principes en matière de médiation et de conciliation judiciaires**, lesquels ont ensuite été introduits dans le code de procédure civile. **Cette loi distingue la conciliation et la médiation**. La première met en œuvre un processus de **recherche d’un règlement amiable du conflit entre les parties** sans que l’intervention d’un tiers facilitateur s’impose. Dans la seconde, **les parties tentent de parvenir à un accord amiable avec l’assistance d’un tiers** choisi par elles ou désigné avec leur accord.

Mais restait en dehors des textes la médiation conventionnelle et aucune réforme n’était entreprise en matière administrative.

Le deuxième texte important est 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. Cette directive a un **champ limité** : elle ne vise que les **médiations dans les litiges transfrontaliers...** mais **rien n’interdit aux Etats de l’étendre** aux processus de

⁴ Article 22 de la loi du 6 janvier 1986 fixant les règles d’indépendance des membres des tribunaux administratifs.

médiation interne.

Elle a été **transposée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011** adoptée suite à une **étude du Conseil d'Etat en 2010** : « *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne.* » L'ordonnance **reprend la définition de la médiation contenue dans la directive**, puis rappelle les principes communs à toute médiation⁵. Elle établit le régime propre à chaque type de médiation : civile et administrative.

3. – Définition large de la médiation

Revenons sur cette **directive** pour bien comprendre la solution actuelle. Elle ignore la **notion de conciliation** comme la plupart des pays européens. Son article 3 donne une **définition très large de la médiation, qui recouvre en partie le champ de la conciliation** : « *un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre* ».

La **définition du médiateur** est aussi très large.

Le **législateur et le gouvernement ont adopté ces définitions.**

Ils se sont notamment fondés sur le **rapport de l'Inspection générale des services judiciaires d'avril 2015** sur « *le développement des modes amiables de règlement des différends* » :

« *Il semble important de mettre fin aux discussions sémantiques et doctrinales qui jettent un trouble sur l'offre française en matière de MARD. Les médiateurs et conciliateurs exercent des missions identiques. Leur différence principale réside dans leur statut, les uns sont bénévoles, les autres, rémunérés. Ainsi, la conciliation et la médiation doivent pouvoir être regroupées sous une terminologie unique « médiation » compte tenu de l'identité du processus.* »

Aujourd'hui, on retrouve donc cette définition :

– dans le **code de justice administrative** :

Article L. 213-1 : « *La médiation (...) s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue*

⁵ Principes : qualités exigées du médiateur, impartialité, compétence et efficacité, caractère exécutoire des accords issus de la médiation par homologation, confidentialité dans le déroulement de la mesure et interruption de la prescription.

de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction. »

– dans la loi n° 95-125 du 8 février 1995 :

Article 21 de 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 régie par le présent chapitre s'entend de **tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord** en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige. »⁶*

– dans le code de procédure civile :

Article 1530 du code de procédure civile :

*« La **médiation** et la **conciliation** conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de **tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord**, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence. »*

Quand on lit le code de procédure civile, on s'aperçoit ainsi que **les conciliateurs de justice**, qui sont régis par le décret du 20 mars 1978 et qui exercent leurs fonctions à titre **bénévole, font de la médiation**.

Quant à l'**article L. 211-4 du CJA** qui permettait aux présidents des TA et CAA d'organiser une conciliation, **il a été abrogé par la loi en novembre 2016⁷**. Les travaux parlementaires montrent qu'il s'agit d'**unifier les modes de règlement amiable des litiges** relevant de la compétence du juge administratif sous la terminologie unique de « médiation ».

L'exposé de l'amendement ayant abouti à cette abrogation (malgré une lettre du VP du CE qui s'y opposait) était rédigé ainsi :

« Cet amendement vise à unifier les modes de règlement amiable des litiges relevant de la compétence du juge administratif sous la terminologie unique de " médiation ".

*« Actuellement, le code de justice administrative **prévoit deux modes de règlement amiable des différends : la " conciliation " (art. L. 211-4) et la " médiation " (art. L. 771-3).***

⁶ L'article 21 ne fait plus référence à la conciliation.

⁷ Article 5 de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

« Or, ni les textes ni la jurisprudence ne donnent à la conciliation en droit public un contenu différent de celui de la médiation à ce jour.

*« Au contraire, l'article L. 771-3 du code de justice administrative définit la médiation par renvoi à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, lequel donne, depuis sa modification par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, une **définition très extensive de la médiation qui inclut la conciliation (...).***

*« Mais, afin de lever toute ambiguïté sur la portée respective de l'une ou de l'autre des terminologies, **il apparaît judicieux d'aller plus loin et de prévoir un seul régime de règlement amiable des litiges relevant de la compétence du juge administratif, sous la terminologie unique de " médiation ".** »*

Il n'est donc **pas étonnant que la modification réglementaire du CJA de novembre 2016 ait transformé le mot « conciliation » en « médiation » à propos de la mission possible de l'expert :**

« La juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision. L'expert peut se voir confier une mission de médiation. Il peut également prendre l'initiative, avec l'accord des parties, d'une telle médiation. »⁸

La médiation est donc, aujourd'hui, un terme-chapeau qui recouvre à la fois la médiation et, en tant qu'elle procède de l'aide d'un tiers, la conciliation. Nous sommes donc en présence d'une **médiation-conciliation**. Si vous m'avez suivi, vous constaterez que, malgré le changement de dénomination, il n'y a pas de changement fondamental : **l'important c'est que l'accord doit venir des parties et que les textes ne figent pas le rôle du médiateur/conciliateur** : il peut jouer un **rôle actif** en proposant des solutions ; il peut aussi n'être qu'un **facilitateur de l'expression de la volonté des parties**.

Cette médiation-conciliation est-elle faite pour les experts et, si oui, sous quelles conditions ? Jusqu'où peut-il aller sans remettre en cause son office ? Cela va donner lieu, je pense, à des discussions passionnantes. Votre expérience nous sera utile.

Notre colloque s'articulera en **quatre parties**, sachant que ces parties seront entrecoupées de questions et de tentatives de réponses :

Dans la **première partie**, le **premier président Régis VANHASBROUCK** nous apportera sa

⁸ Ancienne rédaction : *« La juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision. La mission confiée à l'expert peut viser à concilier les parties. »*

connaissance et sa pratique de la médiation en matière judiciaire.

Ce sera ensuite au tour de **Danièle PAQUET, présidente de la première chambre du tribunal administratif de Grenoble** et du **président Jean-Pierre JOUGUELET, conseiller d'Etat honoraire**, de nous présenter la **procédure de médiation devant les juridictions administratives.**

La **troisième partie** portera sur le **médiateur** avec **deux intervenants** :

- le choix du médiateur avec **Maître Gilles Robert LOPEZ** ;
- la formation à la médiation avec **Maître Jean-Marc ALBERT**, qui remplace au pied levé, **Maître Hirbord Dehghani-Azar**, lequel est cloué au lit.

Ensuite, la **quatrième partie** nous permettra d'aborder le **rôle des acteurs au procès dans la recherche d'une conciliation ou médiation** :

- Mme **Cécile COTTIER**, magistrate référente à la CAA de Lyon, nous présentera les **conditions préalables à la médiation et la poursuite du contentieux** et le cas échéant de l'expertise en cas d'échec de la médiation.
- Maître **Serge DEYGAS** nous parlera du **rôle des avocats des parties dans l'initiation et le déroulement de la médiation.**
- M. **Jean-Marie VILMINT** nous fera réfléchir sur l'**expert facilitateur de la médiation ou médiateur** et nous divulguera les principales étapes de la médiation.

Enfin, **trois experts témoins** nous livreront brièvement leur témoignage en matière de **médiation** avant que le **président Jean-François MOUTTE** nous fasse part de sa conclusion.

1^{ère} Partie : L'expérience de la médiation en matière judiciaire

Régis VANHASBROUCK, Premier Président de la Cour d'appel de Lyon

En introduction, un peu d'histoire...

Sans remonter au roi Salomon, à Platon ou plus près de nous à Saint-Louis, il faut d'abord faire le constat que l'idée de régler un litige autrement que par une décision de justice, par le recours à un juge ou par la seule application du droit est ancienne,

Cette idée est profondément ancrée dans notre culture judiciaire, au travers particulièrement de la justice de paix créée en 1790 et qui a survécu jusqu'en 1958,

Justice de paix qui repose à l'origine sur le bon sens, la connaissance des mœurs et une appréhension raisonnable du litige plus que sur l'application stricte d'un code ou de lois.

Cet ancrage se retrouve affirmé dans l'article 21 du code de procédure civile qui affirme, je cite,

« il entre dans la mission du juge de concilier les parties »...

Sauf que concilier les parties demande du temps... et que, pour les raisons que vous savez (augmentation des contentieux, insuffisance des effectifs...) le juge ne l'a pas... ou ne l'a plus...

Sauf que, dans une approche plus récente, l'intérêt aussi de recourir à un tiers qui ne soit pas nécessairement un juriste accompli pour concilier s'est fait jour.

D'où en 1978, il y a donc presque quarante ans, le décret du 20 mars instituant le conciliateur de justice.

La médiation est quant à elle apparue plus tard dans les textes, en 1995, par la loi du 8 février, largement refondu depuis au travers de deux textes : l'ordonnance du 16 novembre 2011 transposant une directive européenne et plus récemment, la loi du 18 novembre 2016, la loi dite de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, la loi J21.

Ces dispositions successives n'ont eu pour objectif que de favoriser les modes alternatifs de règlement face, il faut le dire d'emblée, à des débuts plus que timides...

Aujourd'hui, le code de procédure civile définit clairement trois modes de résolution amiable des différends (les MARD) : la conciliation, la médiation et la procédure participative.

La médiation, comme la conciliation du reste, peut être judiciaire ou conventionnelle.

Je n'évoquerai ici que celle judiciaire, celle conventionnelle se plaçant en effet en dehors de toute procédure judiciaire.

La médiation judiciaire est prévue par les articles 131-1 et suivants du code de procédure civile.

L'article 131-1 prévoit que « le juge saisi d'un litige peut (ce n'est donc qu'une possibilité), après avoir recueilli l'accord 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 ».

Le cadre légal ainsi fixé finalement de façon fort générale, quelle est la pratique ?

Pour une fois, réjouissez-vous, vous n'aurez pas de chiffres... puisqu'il n'existe aucun suivi statistique national !

Les logiciels civils des tribunaux de grande instance et des cours d'appel ne permettent pas en effet d'extraire le nombre de médiations ordonnées et pas davantage bien sûr leur issue...

Au mieux donc, les juridictions tiennent des tableaux « maison » !

Ce qui est certain, c'est que la médiation a connu des débuts difficiles...

Quelles en sont les raisons :

- D'abord, l'idée que la médiation serait un moyen de régler la question de l'insuffisance des moyens de la justice a suscité des crispations... et elle est fautive : la médiation est une autre façon de régler le litige, ce n'est pas moins de travail pour le juge d'abord parce que le processus impose des diligences et que la médiation ne réussit pas toujours...
- Ensuite, parce que le développement de la médiation a longtemps reposé sur des initiatives individuelles, souvent en matière sociale, qui s'évanouissaient au départ du magistrat...
- Egalement en raison de la difficulté de trouver des médiateurs...
- Enfin et surtout, en raison des résistances : résistances des juges pour les raisons que j'évoquais il y a un instant, résistance des parties (on saisit le juge pour avoir

une décision !), résistance aussi des avocats pensant, à tort, que l'affaire leur échappe... résistance liée au coût....

Bref, toute une culture née d'une méconnaissance de la médiation... faisant naître de la méfiance et la crainte de l'insécurité...

Au fil des années, sous la pression bien évidemment de la loi, celle de 2011, puis de 2016, mais aussi parce que les esprits changent, la médiation progresse...

Les médiateurs fleurissent un peu partout : médiateur de la République, médiateur de la consommation, médiateur bancaire, médiateur social... au risque du reste de la confusion

Chez les professionnels du droit, magistrats et avocats aussi... une enquête menée à la cour d'appel de Paris à l'automne 2016 révèle que 96% des magistrats connaissent la médiation...

Pour autant, les résultats restent modestes...

Cour d'appel de Lyon : 63 médiations en cours sur 11000 affaires en stock ! les chiffres sont encore plus bas dans les cinq tribunaux de grande instance du ressort...

Quels sont les **freins à la médiation** ?

L'enquête déjà citée en relève quatre principaux : méconnaissance des parties / réticence et méconnaissance des avocats / absence d'incitation pour les parties / coût.

Je viens heureusement d'une cour d'appel où la médiation fonctionnait bien, mieux en tout cas, ce qui me permet de vous livrer quelques pistes de réflexion !

Quels sont les **leviers pour favoriser la médiation** ?

- La détection des affaires éligibles à la médiation : deux temps forts possibles : au moment de la saisine de la juridiction... ou à l'inverse quand l'affaire s'éternise (ex : liquidation de communauté ou succession)

- Un processus d'information clair, lisible, constant et donc sûr pour les parties et leurs avocats : si l'on veut que la médiation progresse, il faut abandonner l'information par affaire au profit d'une information collective...
- Le choix du médiateur qui pose le problème de la liste prévue par la loi du 18 novembre 2016 et des conditions de son établissement.

Bref, tout un processus qui pourrait être précisé par le code de procédure civile...

Les perspectives...

- d'abord, l'évolution vers un préalable de processus amiable avant toute procédure, avec deux innovations récentes dans la loi : la tentative de conciliation obligatoire pour les litiges portant sur moins de 4000 euros lorsque le tribunal d'instance est saisi par déclaration au greffe, ainsi que l'expérimentation de la médiation familiale obligatoire dans le cadre de la loi J21,
- ensuite , la justice prédictive, telle que résultant de la loi Lemaire du 7 octobre 2016 pour une République numérique.... Qui devrait faciliter la médiation dès lors que les parties pourront avoir connaissance du résultat « probable » de leur litige !

2^{ème} Partie : La procédure de médiation devant les juridictions administratives

I- L'ouverture de la juridiction administrative à la conciliation et la médiation avant la loi du 18-11-2016

Danièle PAQUET, Présidente de la 1^{ère} chambre du Tribunal administratif de Grenoble

I-1 La mise en place de dispositifs destinés à prévenir le contentieux
ou à régler le contentieux en amont de la juridiction :

a) Le **recours gracieux** devant l'auteur de la décision ou le recours hiérarchique permet en amont et à moindre coût de corriger les éventuels dysfonctionnements des services administratifs (irrégularités de procédure notamment) ou de donner des explications sur la décision prise.

b) Le **recours administratif préalable obligatoire** :

Il permet de contribuer à un objectif de prévention du contentieux et de rapprochement des points de vue entre les parties. Il peut, dans certaines hypothèses permettre de rechercher une solution de compromis, prenant parfois en compte des éléments d'opportunité et pas seulement les éléments de légalité.

Sont notamment soumis au recours administratif préalable obligatoire :

*les litiges des agents relevant de la fonction publique militaire depuis l'année 2000 (auprès de la commission des recours des militaires placée auprès du ministre des armées) ;

*les décisions d'orientation des élèves (auprès de la commission d'appel)

*les refus d'attribution du revenu de solidarité active (auprès du président du conseil départemental)

*les refus de visa d'entrée en France (auprès de la commission de recours)

*les contentieux fiscaux (réclamation préalable)

Toutefois constat d'échec de l'expérimentation voulue par la loi n°2011-525 de mai 2011 et décret n°2012-765 relative à la procédure de RAPO aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des agents civils de l'Etat, (certains refus de détachement, mise en disponibilité, réintégration) Il n'y a pas eu de véritable bilan, mais le constat d'un champ d'application de cette expérimentation trop réduit et l'absence de l'intervention d'un tiers à l'indépendance reconnue n'était pas de nature à inciter à un réel réexamen de la situation des agents concernés.

c) les **recours de procédure amiable faisant intervenir des tiers** chargés de traiter une catégorie particulière de différends :

*par des **autorités administratives indépendantes** :

-défenseur des droits (saisi d'une réclamation, ses enquêtes et/ou ses recommandations permettent parfois d'obtenir le règlement amiable de litiges)

*par des **organes administratifs sectoriels** :

-le médiateur de l'éducation nationale depuis 1998 (décret n° 98-1082)

-le médiateur du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie créé en 2002 (décret n°2002-612)

-le médiateur du crédit créé en 2008

-le médiateur des marchés publics créé en 2012

*par des **commissions administratives chargées de donner un avis** (souvent présidées par un magistrat administratif)

°fiscale : commission départementale des impôts

°médicale : commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévues à l'article L.1142-5 du code de la santé publique (décret n°2002-886)

°marchés publics : les comités consultatifs (national et locaux) de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics (décret n°2010-1525)

°droit au logement opposable : commission de médiation chargée de préciser le caractère prioritaire de la demande de logement ou d'hébergement

* par des **commissions de règlement amiable pour l'indemnisation de dommages causés par des opérations d'aménagement** (tramway, voirie..) exemples notamment à Nantes, Grenoble et Bordeaux, Nice, Paris

II-2 Expérience limitée de la pratique de la conciliation et de la médiation au sein des juridictions administratives

a) Le **pouvoir de concilier a été reconnu aux magistrats des tribunaux administratifs** par la loi n° 86-14 du 6 janvier **1986** et pour les cours administratives d'appel par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre **2011**. Le pouvoir de concilier ne peut être délégué à un expert que depuis février 2010 (décret n° 2010-164)

Quelques expériences de conciliation réussies par des magistrats des tribunaux administratifs de Dijon, Nice, Lyon dans les années 2000.

La loi du 13 décembre **2011** en modifiant l'article L.211-4 du code de justice administrative a **permis au juge administratif de déléguer des conciliations à un tiers.**

b) Quant à la **notion de médiation**, elle entre dans le code de justice administrative en 2011 mais uniquement en ce qui concerne les différends transfrontaliers n'impliquant pas l'usage de prérogatives de puissance publique.

Certaines juridictions administratives se sont engagées dans la pratique de la médiation à partir de cette date en signant une **convention** avec l'ordre des avocats, les départements, les centres de gestion de la fonction publique territoriale et les villes (notamment pour des différends avec les agents publics quant aux rémunérations, primes, évaluations professionnelles, mesures disciplinaires, des mesures de police du maire, des permis de construire, des occupations du domaine public.)

Ces conventions, **non obligatoires**, ayant pour but la mise en application concrète de l'article L.211-4 du code de justice administrative afin de parvenir, dans des délais raisonnables, à des solutions destinées à mettre fin à l'amiable à un litige juridictionnel ou de prévenir un tel litige par le recours à un tiers choisi pour ses compétences.

Ces conventions avaient pour objectif de lancer un signal à destination des avocats et des administrations sur la volonté des juridictions administratives de développer un processus de médiation à côté de la procédure juridictionnelle.

Toutefois le **bilan des expériences** en la matière reste très **modeste**.

Il faut dire que la médiation n'était pas intégrée au fonctionnement des juridictions et les

incertitudes du dispositif ne favorisaient pas son développement.

Il s'agissait d'artisanat (quelques juridictions administratives volontaires et quelques magistrats seulement au sein de celles-ci)

21 juridictions administratives sur 50 ont utilisé le dispositif de conciliation prévu à l'article L.211-4 du CJA pour une centaine de conciliation (contrats publics, domaine public, fonction publique ..) et les missions de conciliation confiées à un expert en application de l'article R.621-1 du CJA ont été encore plus rares.

On ne peut donc pas parler, pour le moment, de culture de la conciliation et de la médiation dans les juridictions administratives.

A titre d'exemples :

Depuis 2013 le tribunal administratif de Grenoble a réglé par le recours à un tiers, avec l'accord des parties, une vingtaine de litiges par an (essentiellement en fonction publique : demandes indemnitaires pour des situations alléguées de harcèlement ; domaine public : montant de la redevance d'occupation du domaine public, accès au domaine public ; marchés publics : conséquences d'une résiliation de délégation de service public ou désaccords sur l'exécution d'un marché ; en matière de police administrative : insalubrité).

Même si les données ne sont pas suffisamment nombreuses pour être significatives, il convient de noter que lorsque les parties ont accepté de venir en médiation, un accord a été trouvé dans 75 % des cas.

Le **choix des médiateurs** s'est fait en fonction des particularités des dossiers soumis au tribunal. Il a été fait appel essentiellement aux médiateurs du Centre de médiation commerciale de Grenoble, créé par l'ordre des avocats de Grenoble et la chambre de commerce et d'industrie, à quelques médiateurs non-inscrits à ce centre, à des magistrats du tribunal, formés à la médiation et à un représentant départemental du Médiateur des marchés publics.

Le **coût de la médiation**, en fonction du temps prévisible et de l'enjeu du dossier, était de 500 à 600 euros. Ce coût était réparti au prorata du nombre de parties, sauf meilleur accord de leur part, ce qui est souvent le cas en matière de fonction publique, la collectivité payant alors la totalité. Le médiateur était payé directement par les parties.

Le **temps** de la médiation était de 4 à 6 mois et souvent plus pour l'intervention, suivant les cas, du désistement de la requête, la prise d'un acte administratif, le vote d'une délibération et le cas échéant, la demande d'homologation d'un accord.

Pour permettre une information à un public plus diversifié, en mars 2015 : une rencontre de droit public « La médiation devant le juge administratif » organisée par le tribunal en partenariat avec l'ordre des avocats de Grenoble et le Centre de médiation commerciale de Grenoble réunissant 120 personnes (élus, fonctionnaires, avocats, universitaires et médiateurs).

En **juin 2015** : participation du référent médiation du tribunal au **colloque « La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative » organisé par le Conseil d'Etat**, en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME –France).

II-La médiation en matière administrative prévue par la loi

du 18-11-2016 et le décret du 18 avril 2017

Jean-Pierre JOUGUELET, *Conseiller d'Etat honoraire*

Ancien président de la 9^e sous-section du Conseil d'état

et ancien président adjoint de la section des travaux publics

La médiation entre une personne physique ou morale et une personne publique ou entre deux personnes publiques n'est pas une nouveauté en droit, même si la pratique de la médiation et plus généralement des modes de règlements alternatifs des litiges a longtemps été très marginale.

Des textes récents (ordonnance n° 2016-1341 du 23 octobre 2015 ; loi n° 2017- 1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle et surtout le décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif) et une nouvelle perception de l'intérêt de la médiation pour prévenir le flux montant des contentieux administratifs viennent de changer la donne et laissent penser que le recours à la médiation devrait se développer avec la bénédiction de la juridiction administrative.

Pour percevoir l'architecture des textes et lever une ambiguïté sur la définition du processus qu'est la médiation administrative, il faut rapprocher deux codes différents : le code des relations entre le public et l'administration et le code de la justice administrative.

Pour comprendre leur combinaison, il faut garder en mémoire deux éléments :

La médiation peut être à l'initiative des parties ou à l'initiative du juge, qui en ce cas l'organise.

Et la médiation à l'initiative des parties peut être entièrement et librement organisée par elles dans le cadre d'une convention de médiation ou bien peut à la demande des parties être organisée partiellement ou totalement par le juge.

Dès lors, lorsque la médiation ne suppose aucune intervention du juge pour l'initier ou l'organiser, les dispositions qui la concernent se retrouvent dans le code des relations entre le public et l'administration. Dans les autres cas il faut se tourner vers le code de justice administrative (CJA).

I- La conciliation et la médiation

Le code des relations entre le public et l'administration mentionne trois modes de règlement alternatif des litiges : La conciliation la médiation et la transaction

Selon son **article L421-1** (ordonnance du 23 oct. 2015) :

« Il peut être recouru à une procédure de conciliation ou de médiation en vue du règlement amiable d'un différend avec l'administration, avant qu'une procédure juridictionnelle ne soit, en cas d'échec, engagée ou menée à son terme. »

Cet article ne donne aucune définition de la médiation ou de la conciliation. C'est une véritable difficulté compte tenu des textes antérieurs, du positionnement du juge administratif et des habitudes de l'administration.

Si on cherche une définition de la médiation, on la trouve à l'**article L. 213-1 CJA** (loi du 18 novembre 2016 de la modernisation de la justice du 21^{ème} siècle) :

« La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction ».

Cette rédaction est directement issue du droit de l'Union (art 3 de la directive 2008/52/CEE du 21 mai 2008) et elle est reprise mot pour mot de l'article 21 de la loi du 8 février 1995 telle que modifiée par l'ordonnance du 16 novembre 2011 portant transcription de cette directive.

Mais cette reprise dans un contexte différent fait naître quelque ambiguïté sur l'intervention du tiers. Car cette intervention existe aussi bien en conciliation qu'en médiation, alors que le rôle de ce tiers n'est pas le même.

Le **décret** n° 2012-66 du **20 janvier 2012** relatif à la résolution amiable des différends modifiant le code de procédure civile pris en application de cet article 21 distingue la médiation conventionnelle et la conciliation conventionnelle menée par un conciliateur de justice qui signe le constat d'accord (et même souvent le rédige)

Médiation et conciliation n'ont donc pas le même sens.

Dans le CJA dans sa rédaction antérieure, seule la conciliation était mentionnée. (à l'exception des litiges transfrontaliers qui faisaient l'objet de dispositions spécifiques maintenant abrogées). Son article L. 211-4 permettait au chef de juridiction, avec l'accord des parties, d'organiser une mission de conciliation. Le conciliateur était en quelque sorte le bras armé du juge comme le révèle l'ancien art 3 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel selon lequel les tribunaux administratifs exercent également une mission de conciliation.

L'ancien article R. 621-1 permettait également de donner à un expert une mission de conciliation. Dans les deux cas le recours à une mission de conciliation ne pose pas de problème car dans une conciliation, le tiers peut proposer des solutions et prendre acte des points d'accord. Il reste au centre des débats et peut prendre position. On est donc dans le cadre de la conciliation avec un conciliateur de justice.

Or dans le CJA le terme de conciliation a été remplacé par celui de médiation sans qu'il soit certain que les auteurs ou les inspireurs des textes aient vu la portée de ce remplacement, certains n'y voyant qu'une modification lexicale.

C'est notamment le cas pour l'article R. 621-1 tel que modifié par le décret portant modification du code de justice administrative et permettant maintenant de confier une mission de médiation à l'expert.

C'est aussi le cas pour le nouvel article L. 213-7 selon lequel « Lorsqu'un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel est saisi d'un litige, le président de la formation de jugement peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci. »

Certains estiment donc que ces changements de rédaction sont sans incidence et que le médiateur peut prendre position sur les éléments du différend. Comme un écho de l'impérialisme du juge et comme le sentiment que seul le médiateur agissant comme un conciliateur peut parvenir à convaincre l'administration, compte tenu du caractère inégalitaire de ses relations avec les administrés ou ses agents.

C'est loin d'être évident. Le VI. de l'article 5 de la loi du 18 novembre 2016 de la modernisation de la justice du 21^{ème} siècle dispose « A compter de la publication de la présente loi, les missions de conciliation confiées à un tiers en application de l'article L. 211-4 du code de justice administrative, dans sa rédaction antérieure à la présente loi, se poursuivent, avec l'accord des parties, selon le régime de la médiation administrative défini au chapitre III du titre Ier du livre II du même code, dans sa rédaction résultant de la présente loi »

C'est bien parce que la conciliation et la médiation sont deux procédures différentes que la loi a dû prévoir ce mécanisme transitoire.

En tout cas il est évident que la mission de médiation que l'expert peut se voir confier en cours d'expertise en application de l'article R. 621-1 du CJA dans sa rédaction issue du décret du 2 novembre 2016 entre dans le champ d'application de la loi du 18 novembre 2016 et du décret du 18 avril 2017.

-II- Le champ de la médiation

Les articles L. 422-1 et L. 422-2 du code des relations entre le public et l'administration (qui appliquent ici la technique du code suiveur), renvoient aux chefs de juridiction dans les TA et les CAA pour l'organisation de la médiation à l'initiative des parties et aux juridictions régis par le CJA pour la médiation à l'initiative du juge. Donc entrent dans le champ de la médiation administrative tous les différends qui, en cas de contentieux, relèvent de la compétence du TA, de la CAA mais aussi du Conseil d'Etat quand celui-ci intervient en premier et dernier ressort (L. 114-1 du CJA).

Il faut compléter par un autre texte qui n'est pas codifié, il s'agit de l'article 5 de la loi du 18 novembre 2016 de la modernisation de la justice du 21ème siècle « V. Le chapitre III du titre Ier du livre II du code de justice administrative [relatif à la médiation] est applicable aux juridictions relevant du Conseil d'Etat qui ne sont pas régies par ce code. ».

Ces juridictions dites spéciales ou spécialisées sont créées par des codes ou des textes régissant les matières qu'elles ont à connaître. Par exemple le code de la santé publique pour les juridictions disciplinaires de l'ordre des médecins, le code des juridictions financières pour les cours régionales des comptes ou la Cour nationale du droit d'asile. Mais aussi la commission départementale de l'aide sociale, la commission départementale des handicapés ou le Tribunal interrégional de la tarification sanitaire et sociale

Quel juge au sein de ces juridictions ? Les textes sont muets mais les articles R. 313-5 et R. 213-7 du CJA renvoient au juge ou au président de la formation de jugement. Toutes les formations de jugement sont donc visées, y compris les juges du référés ou le juge unique quand le CJA lui donne compétence pour se prononcer sur le litige. Les différends relevant de la compétence de ces juges peuvent donc faire l'objet d'une médiation.

Par ailleurs il n'y a pas lieu de distinguer selon le type de recours ouvert à la personne qui a un différend avec l'administration. Aussi bien le recours pour excès de pouvoir que le recours de plein contentieux, même si à première vue quand le litige ne porte que sur la légalité d'un acte susceptible l'administration a du mal à admettre la possibilité d'une médiation car elle estime que la solution est enfermée dans l'alternative annulation ou confirmation.

Rôle du médiateur

Selon l'article L213-2 du CJA :

« Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence. Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance juridictionnelle ou arbitrale sans l'accord des parties. Il est fait exception au deuxième alinéa dans les cas suivants : 1° En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne ; 2° Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre. »

Ce texte est extrêmement exigeant. Le médiateur doit être impartial, ce qui signifie qu'il ne peut avoir pris position sur des éléments du litige avant le début de la médiation, par exemple dans un pré-rapport et qu'il ne peut faire connaître la solution qui aurait sa préférence.

Ce qui rend problématique pour un expert de réaliser une mission de médiation en cours des opérations d'expertise.

De même il ne peut, sans l'accord des parties, faire connaître au juge qui l'a désigné, le contenu de l'accord auquel sont parvenues les parties.

-III- Le déroulement de la médiation

La médiation conventionnelle

(Art L. 213-5 du CJA)

- Les parties peuvent, en dehors de toute procédure juridictionnelle, organiser une mission de médiation et désigner la ou les personnes qui en sont chargées.

En ce cas, il leur appartient de décider de l'objet, de la durée de la médiation et des conditions de rémunération du médiateur.

Elles doivent également désigner d'un commun accord le médiateur.

Celui-ci doit posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige. Il doit en outre justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation.

Il doit enfin accomplir sa mission avec impartialité, compétence et diligence.

- Les parties peuvent aussi demander au président de la juridiction d'organiser la médiation

Lorsque la mission de médiation est confiée à un membre de la juridiction, la médiation est gratuite.

Si elle est confiée à une personne extérieure le président détermine s'il y a lieu d'en prévoir la rémunération et fixe le montant de celle-ci. L'expression « s'il y a lieu » est ambiguë. Elle renvoie sans doute au dernier alinéa du même article selon lequel lorsque la médiation est un préalable obligatoire elle est nécessairement gratuite pour les parties (prise en charge par une personne publique ? Réalisée par un magistrat ?)

Ces décisions ne sont pas susceptibles de recours. Qu'il s'agisse du choix du médiateur ou de la fixation de sa rémunération.

Il faut enfin préciser qu'en application de l'article **L. 213-6 du CJA**, les **délais de recours contentieux sont interrompus** à compter du jour où les parties conviennent de recourir à la médiation.

La médiation à l'initiative du juge.

Il s'agit d'une procédure beaucoup plus organisée. Il faut savoir que le décret a cherché en quelque sorte à « rattraper » des imperfections de la loi.

L'article L213-7 donne l'initiative au président de la formation de jugement.

La façon dont l'accord des parties est obtenu est fixée par l'article R. 213-5. Il s'agit de la fixation d'un délai pour répondre à la proposition de recourir à la médiation.

En cas d'accord (qui selon nous ne peut qu'être explicite) le président ordonne une médiation. Le terme « ordonner » dans la loi ne renvoie pas à la notion d'ordre mais à la nature de l'acte que prend ce président. Il s'agit d'une ordonnance qui n'est pas une décision juridictionnelle. Le contenu de cette décision est précisé par l'article R. 213-6.

Le président de la formation de jugement fixe notamment les modalités de la **rémunération du médiateur**, alors que la loi parle du montant de la rémunération. Le décret ajoute donc un élément de souplesse.

Ce sont les parties qui déterminent la répartition des frais de la médiation, sinon le juge intervient pour procéder à cette répartition.

Enfin l'article R. 213-7 prévoit la possibilité pour le président de la juridiction d'accorder au médiateur sur sa demande une provision. Le dernier alinéa de l'article L. 213-8 prévoit que cette provision est consignée.

Cette disposition est très difficilement applicable parce que la consignation des sommes dues par une personne publique doit se faire auprès de la Caisse des dépôts et consignations.

D'où l'article R. 213-7 qui met en place un mécanisme inspiré des expertises : l'allocation provisionnelle décidée par le président de la juridiction après consultation du président de la formation de jugement est versée au médiateur.

3^{ème} Partie : le médiateur

I – Choix du médiateur

Maître Gilles Robert LOPEZ, avocat, ancien bâtonnier au barreau de Saint Etienne,

Président de la Chambre Nationale des Praticiens de la Médiation

La question du choix du médiateur est primordiale à la réussite de la médiation.

I- Cadre législatif : le droit positif

- Si la loi du 8 février 1995 ne définit pas précisément la médiation, elle mentionne que le Juge, après avoir recueilli l'accord des parties, peut désigner « **une tierce personne** » afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue (article L131-1 du CPC).

Après avoir rappelé que la médiation pouvait être confiée à une personne physique ou à une personne morale, le législateur de 1995 avait expressément prévu que la « **personne physique qui assurait l'exécution de la mesure de médiation devait remplir un certain nombre de conditions** » (article L131-5 du CPC) :

1. *Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnée 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.*

On constate que dès l'introduction de la législation de la médiation dans notre corpus législatif, un soin tout particulier a été apporté à la définition du médiateur, à son statut et à ses pouvoirs.

- La directive européenne du 21 mai 2008 a, dans son article 3 b, donné une définition du médiateur : il s'agit de « **tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'Etat membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener** ».

Cette directive a été transposée en droit positif par l'ordonnance du 16 novembre 2011.

Plusieurs dispositions de cette ordonnance sont consacrées au médiateur.

L'article 1^{er} modifie les dispositions de la loi du 8 février 1995. Il est en particulier indiqué que : « **le médiateur accompli sa mission avec impartialité, compétence et diligence** »

Il est également précisé que « **sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité, sauf exception** ».

- Le décret du 20 janvier 2012, pris par application de l'ordonnance du 16 novembre 2011, tout en ne distinguant pas très clairement la médiation et la conciliation, précise à nouveau que le médiateur, personne physique désignée avec l'accord des parties, doit répondre à des conditions **d'honorabilité et de compétences**.

L'article 1533 du CPC dispose :

Le médiateur et, le cas échéant, la personne mentionnée au second alinéa de l'article 1532, doit satisfaire aux conditions suivantes :

- 1. Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnée sur le bulletin n°3 du casier judiciaire ;*
- 2. Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ou justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation.*

- La directive européenne du 21 mai 2013 relative aux Règlements Extrajudiciaires des Litiges de consommation (REL) a défini le cadre de la médiation consommation, applicable entre consommateurs et professionnels. Elle a consacré de nombreuses dispositions au statut des personnes chargées d'intervenir au sein des entités chargées de régler ce type de litige.

L'article 6 de cette directive énonce que les médiateurs doivent justifier de « **compétences, d'indépendance et d'impartialité** ».

Les articles suivants de cette directive érigent en règle les principes « **de transparence** (art. 7), **d'efficacité** (art. 8), **d'équité** (art. 9), **de liberté** (art. 10), **de**

légalité (art. 11) ». Bien évidemment, ces principes concernent le statut du médiateur.

La directive de 21 mai 2013 et son règlement d'application de la même date, institutionnalisent, en le réglementant, le titre de « médiateur de la consommation ».

Le particularisme de cette législation a d'ailleurs conduit certains auteurs à considérer que la « médiation consommation » était une forme hybride de la médiation et qu'elle s'en différençait à plusieurs égards, notamment parce que le médiateur était rémunéré uniquement par le professionnel et qu'il était conduit à donner un avis sur le différend dont il était saisi.

Cette directive a été transposée en droit positif par l'ordonnance du 20 août 2015 qui comporte des dispositions modifiant le code de la consommation, et par son décret d'application du 30 octobre 2015.

Un chapitre III est consacré « **au statut du médiateur de la consommation** ». Ce chapitre comporte trois nouveaux articles qui définissent les droits et obligations du médiateur de la consommation (article L 154-1-2-3).

Un chapitre IV est quant à lui consacré aux obligations de communication du médiateur de la consommation (article L 154-1-2).

- Pour être complet, sans pour autant être exhaustif (car il faudrait aussi parler notamment du médiateur familial et des médiateurs institutionnels), il faut bien sûr évoquer la loi du 18 novembre 2016 dite loi de modernisation de la Justice du XXI^{ème} siècle.

Cette loi modifie le code de justice administrative. Le titre 1^{er} du Livre I est désormais complété par un chapitre IV : « **la médiation** ».

L'article L 213-2 précise « **que le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence** ».

Le décret du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du Juge administratif a, pour sa part, complété le chapitre III du Livre II du Titre I du code de justice administrative en disposant à l'article R 213-3 que la personne physique qui assure la médiation doit posséder « **par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige ; elle doit en outre justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience, adaptée à la pratique de la médiation** ».

En résumé, ces différents textes, qu'il serait aujourd'hui nécessaire d'harmoniser, présentent le médiateur comme une **personne qualifiée et compétente**.

Il faut retenir que le médiateur n'est ni juge ni arbitre, mais qu'il est un « facilitateur, catalyseur ou aviseur ».

L'article 3 de la directive du 21 mai 2008 dispose que **les parties tentent par elles-mêmes et de manière volontaire de parvenir à un accord**.

Le rôle du médiateur, au fil des législations, a toutefois évolué pour passer d'une

position purement passive (article L 131-1 alinéa 2 du CPC) « **entendre les parties et confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit** », à une position de tiers « **actif** » (article R 632-3 du Code de la Consommation) « **le médiateur propose aux parties une solutions pour régler leur litige** ».

On constate donc que le choix du médiateur par les parties ou par les prescripteurs institutionnels doit être un choix éclairé.

II- Dispositions prétoriennes à l'initiative des Centres de médiation

Le médiateur doit remplir de nombreuses qualités :

- Impartialité :** absence de parti pris en faveur de l'une des parties
traiter les parties de manière objective et égalitaire,
- Compétence :** il doit disposer d'une formation aux techniques de communication et d'entretien
il doit justifier d'une expérience
- Diligence et célérité :** les médiations doivent être menées avec sérieux et avec célérité (article 6 paragraphe 1 de la CEDH)
s'il n'est pas tenu à une obligation de résultat, il doit mener sa mission dans le respect des dispositions légales

Les règles légales ne sont pas totalement identiques pour le médiateur judiciaire (article 131-5 du CPC) et pour le médiateur conventionnel (article 1533 du CPC).

*Ne pas avoir subi de condamnation ou de sanction mentionnée au bulletin n°2 du casier judiciaire ;
Posséder la qualification requise eu égard à la nature du litige ;
Et justifier d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ;
Et présenter des garanties d'indépendance.*

*Ne pas avoir subi de condamnation ou de sanction mentionnée au bulletin n°3 du casier judiciaire ;
Posséder la qualification requise eu égard à la nature du différend ;
Ou justifier d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation.*

L'harmonisation de ces différentes législations a été opérée par la pratique. Les Centres de médiation ont mis en œuvre des politiques de recrutement qui permettent aux prescripteurs et aux parties d'accéder à des médiateurs de qualité.

Parmi les mesures issues des pratiques de médiation, on peut citer :

1. L'élaboration d'un code de déontologie du médiateur

Ce travail, dont la CNPM est à l'origine, a été repris en 2009 par la Fédération Française des Centres de Médiation (FFCM), dont la CNPM est membre statutaire.

Ce code de déontologie s'est inspiré du code de bonne conduite européen mis en place par l'Europe en 2004.

Il pose en principe absolu des règles **d'indépendance** (le médiateur doit être détaché de toute pression intérieure ou extérieure à la médiation, même lorsqu'il se trouve dans une relation de subordination ou institutionnelle), les principes **d'impartialité et de neutralité**.

Ce code de déontologie comporte également une clause de discernement permettant au médiateur, dans des situations extrêmes, de se retirer du processus de médiation.

2. Les outils permettant au médiateur d'accomplir sa mission avec professionnalisme.

Parmi ces outils, qu'il serait trop long de détailler, retenons en particulier l'accord de confidentialité.

Le principe est posé par l'article 131-14 du CPC qui dispose que « **sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité** ».

La directive de 2008, avec sa transposition en droit positif, a apporté des exceptions à ce principe. Il est donc essentiel que les parties et leurs conseils soient parfaitement éclairés sur ces dispositions.

Il relève des obligations du médiateur de garantir ce principe de confidentialité.

Tout ceci ne s'improvise pas. Cela repose au contraire sur des règles et sur des techniques qui doivent être parfaitement maîtrisées pour que le médiateur ne voit pas sa responsabilité engagée.

3. L'assurance responsabilité civile

Une assurance responsabilité civile permet au médiateur de répondre aux éventuelles actions dont il pourrait faire l'objet. Même si la responsabilité du médiateur est mise en cause à titre exceptionnel il n'en demeure pas moins que, si un manquement était relevé à ses obligations et que l'action était engagée contre lui, il pourrait obtenir le concours financier de l'assurance souscrite par le centre de médiation, auquel il appartient.

4. L'acte d'engagement

Le médiateur ratifie un acte d'engagement (pièce jointe) qui permet aux prescripteurs et aux justiciables d'avoir la garantie que le médiateur respectera ses obligations professionnelles et notamment celles incluses

dans le code de déontologie.

Dans cet acte d'engagement le médiateur atteste également être en conformité avec les dispositions légales notamment concernant l'absence de mention à son casier judiciaire.

Dans cet acte d'engagement, le médiateur atteste avoir suivi une formation de base et déclare s'être engagé à suivre chaque année deux journées de formation continue.

Enfin, et cette disposition est très importante en pratique, le médiateur s'engage à ne contester en aucune manière le montant des honoraires qui a été fixé par la juridiction ou qui a été librement convenu et accepté par les parties.

5. Le livret du médiateur

Un livret personnalisé permet de bien connaître l'activité du médiateur.

Ce livret comporte des informations relatives à son expérience et à son cursus professionnel.

Une partie du livret est également consacrée aux formations professionnelles qu'il a suivies sur les techniques de médiation, mais aussi dans des domaines plus spécifiques liés à ses champs de compétence (droit administratif, droit de la consommation, etc. ...).

Ce livret donnera également des informations précieuses sur les champs de compétence du médiateur et sur les zones géographiques dans lesquelles il a accepté d'intervenir.

Ce livret est à rapprocher des fiches signalétiques qui sont un condensé de présentation du médiateur et qui peuvent être consultées, notamment via les bases de données mises en ligne par les Centres de médiation.

Enfin les heures de formations, de colloques, les articles de doctrines, mémoires, thèses, sont comptabilisées permettant notamment au médiateur d'obtenir des accréditations ou des labellisations de la part de certains organismes professionnels (ex : labellisation FFCM, inscriptions au CNMA, ...)

6. Les analyses des pratiques

Le Centre de médiation auquel appartient le médiateur est un lieu d'échanges permettant aux médiateurs de confronter leurs expériences et de tirer des enseignements pratiques des médiations qui ont été conduites.

Ces travaux sont essentiels et ne peuvent être remplacés par des formations théoriques.

Ils permettent aux médiateurs d'anticiper certaines situations de crise et d'acquérir une maîtrise dans la conduite des médiations dont ils ont la

responsabilité.

Ces analyses de pratiques permettent de réfléchir sur l'optimisation et la mutualisation de moyens et des outils de travail.

Ils permettent également d'être force de proposition pour faire évoluer la réglementation sur la médiation.

L'œuvre législative ne constitue qu'un cadre réglementaire.

La qualité du médiateur repose sur sa pratique professionnelle, à condition que celle-ci soit encadrée.

C'est la raison pour laquelle la recherche d'un médiateur est une œuvre difficile et délicate. Si l'expérience et la formation sont indispensables, la pratique professionnelle constitue un gage de réussite.

Alors comment être assuré que le médiateur choisi répond à toutes ces qualités ?

III- Liste de médiateurs : une fausse bonne idée

- A. Les prescripteurs judiciaires ont souvent affirmé que le faible taux de dossiers orientés vers la médiation était en grande partie lié à la difficulté de choisir le médiateur ayant le profil du dossier concerné.

Le rapport de l'inspection générale des services judiciaires, déposé en avril 2015, proposait de créer une liste de médiateurs judiciaires dans le ressort de chaque Cour d'Appel à l'instar de ce qui existe pour les experts judiciaires.

Diverses expériences ont été menées sans que celles-ci donnent une réelle satisfaction. Beaucoup de difficultés sont apparues sur l'établissement même des listes :

- Quelles mentions faire figurer sur la liste ?
- Quelle procédure d'agrément doit être suivie ?
- De quelle manière les dossiers doivent être instruits ?
- Quelles dispositions prévoir en cas de rejet d'une candidature ?
- Quelle est la durée d'inscription sur les listes ?
- Quel contrôle mettre en place ?
- Qui gère l'établissement des listes ?
- Comment harmoniser les listes entre les différentes Cour d'Appel ?
- etc. ...

Le précédent gouvernement avait élaboré un projet de décret prévoyant la mise en place de ces listes.

Ce projet n'a pas été ratifié, le conseil d'état s'étant montré hostile à l'élaboration d'une telle réglementation.

- B. L'article 8 de la loi du 18 novembre 2016, dite de modernisation de la justice du XXIème siècle, a inséré, après l'article 22 de la loi du 8 février 1995, un article **22-1 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'Etat pris dans un délai de 6 mois à compter de la promulgation de la présente loi. »

Ce **décret** vient d'être **promulgué le 9 octobre 2017** (décret 2017-1457 JORF du 11 octobre).

Ce texte, signé du Premier Ministre, appelle déjà de nombreux commentaires qui seront peut-être levés par la circulaire qui devrait être publiée dans les tous prochains jours.

1. Article 1

- Il est indiqué en préambule que sont concernés par ce décret les membres des juridictions judiciaires et des professions juridiques et judiciaires réglementées et les médiateurs.

L'objet de ce décret vise à établir la liste des **médiateurs en matière civile, commerciale et sociale** dans chaque Cour d'Appel.

Force est donc de constater que ce décret, pris en application de la loi du 18 novembre 2016, qui a institutionnalisé la médiation administrative, ne concerne pas les Cours administratives d'Appel et les juridictions administratives.

Faut-il voir là une résistance à mettre en place des listes de médiateurs en matière administrative ?

Quoiqu'il en soit, cette différence de traitement est bien regrettable.

Gageons que les pratiques permettront rapidement une harmonisation des procédures de désignation des médiateurs.

- L'article 1 du décret précise que la liste comportera une rubrique spéciale pour les médiateurs familiaux.

Faut-il là encore rappeler les discussions intervenues dans la pratique pour savoir si la médiation familiale devait être exclusivement réservée aux médiateurs titulaires du diplôme national.

A défaut de précision, rien ne permet d'interdire à des médiateurs disposant d'une expérience et d'une formation pratique en matière familiale, de postuler sur les listes de médiateurs judiciaires.

De plus, restreindre la liste aux seuls médiateurs familiaux titulaires du diplôme national, serait contraire à la directive européenne de 2008 qui ne limite pas le champ de la médiation familiale à une catégorie particulière de personnes titulaires d'un diplôme déterminé.

En matière de consommation, l'Europe a protégé le titre de médiateur

de la consommation (directive de 2013). Cette protection a été reprise en droit positif.

Rien de tel n'a été mis en place pour la médiation familiale.

- L'article 1 précise que « *la liste est dressée tous les 3 ans* », et qu'elle peut être modifiée à tout moment (ajout, retrait ou radiation).
Un suivi particulier de la liste devra donc être organisé en pratique.
Rien n'est dit sur les modalités de ce suivi.
Par ailleurs, il faut rappeler que les listes de médiateurs sont **établies pour l'information des Juges** (article 8, loi du 18 novembre 2016).
Ainsi, certains médiateurs pourront être nommés parce qu'ils figurent sur la liste visée au décret, et d'autres pour des raisons et sur des critères qu'on ignore, parce que cela aura été le choix des parties entériné par le Juge.
Là encore, et pour éviter tout type de discussion sur la désignation des médiateurs, il aurait été opportun d'harmoniser les modes de désignation.
- Enfin l'article 1 précise que les listes de médiateurs seront mises à la disposition du public, notamment par affichage dans les lieux de justice.
Certains médiateurs pourront donc arguer de leurs qualifications de « médiateur judiciaire », y compris pour conduire des médiations conventionnelles (cf. analogie aux experts judiciaires). Une concurrence risque donc de s'installer avec les médiateurs qui ont fait le libre choix de ne pas demander leur inscription sur les listes judiciaires.
Le choix du médiateur pourra donc reposer sur un critère d'affichage et non sur les qualités professionnelles du médiateur qui sont pourtant essentielles.
- Enfin et surtout, l'article 1 ne donne aucune précision sur la possibilité du médiateur de s'inscrire sur plusieurs listes tenues par des Cours d'Appel différentes. Dans la mesure où aucune interdiction n'a été posée, des inscriptions sur plusieurs Cours sont possibles.
On imagine là encore les difficultés qui peuvent surgir quant à l'harmonisation de ces listes, notamment concernant les candidats qui verraient leur inscription rejetée

2. Article 2

L'article 2 du décret renvoie aux dispositions de l'article 131-5 du CPC.

Deux observations s'imposent :

- Le candidat médiateur doit démontrer qu'il n'a pas fait l'objet d'une condamnation mentionnée au bulletin n°2 du casier judiciaire. Ce bulletin ne lui étant pas accessible, cette condition ne sera remplie que par voie d'auto déclaration, et il reviendra aux Cours d'Appel de faire la demande du bulletin n°2.
De plus, dans la mesure où le médiateur est inscrit pour 3 ans, rien n'est prévu sur la vérification de cette condition.
- L'article 131-5 du CPC vise une liste de sanctions disciplinaires.
La médiation peut être aujourd'hui exercée par de nombreux professionnels relevant de professions réglementées.
Faut-il considérer que la liste donnée par le texte est une liste limitative, ce qui, pour certaines sanctions (rappel à l'ordre, suspension, ...), peut poser interrogation ?

3. Article 3

L'article 3 précise qu'une personne morale exerçant l'activité de médiateur peut être inscrite sur la liste à condition que ses dirigeants n'aient pas de condamnation à leur casier judiciaire (bulletin n°2), et n'aient pas fait l'objet de faits contraires à l'honneur, la probité et les bonnes mœurs.

La médiation sera alors exercée par une personne physique remplissant elle-même les conditions du décret.

Or, comme on l'a vu, le choix du médiateur ne se fait pas exclusivement sur des critères purement légaux. Le médiateur doit aussi, par sa pratique professionnelle, démontrer qu'il dispose de compétences et d'expériences.

Les Centres de médiation ont depuis longtemps proposé aux prescripteurs des listes de médiateurs.

Ces listes ont été établies sur la base de nombreuses dispositions prétoriennes qui ont été affichées par les Centres (Cf. deuxième partie).

En sollicitant une inscription sur la liste des médiateurs près de la Cour d'Appel et en joignant à cette demande une liste de personnes se présentant comme médiateur, le Centre engage sa responsabilité, sa notoriété et son sérieux.

Les procédures d'autocontrôle qui ont été mises en place sont, pour les prescripteurs, des garanties fondamentales.

La question se pose alors de l'admission du Centre, personne morale, comme médiateur inscrit sur la liste des médiateurs judiciaires.

La CNPM a, depuis de très nombreuses années, travaillé sur la professionnalisation du médiateur. Elle a proposé la rédaction d'un cahier des charges, qui pourrait être approuvé, par exemple par le Conseil National de la Médiation, dont la création avait été un temps envisagée, et que la CNPM appelle de ses vœux.

Ce cahier des charges permettrait à chaque Cour d'Appel, lors de

l'établissement des listes, de vérifier que le Centre de médiation répond aux exigences d'éthique, de déontologie, de sérieux, de compétence, d'assurance, de formation que nécessite la mise en place des processus de médiation.

A intervalle régulier (annuel), le Centre confirmerait qu'il réunit bien toutes les exigences légales et procéderait à la mise à jour de la liste de ses membres en capacité de réaliser les médiations confiées.

Les prescripteurs pourraient, à leur choix, soit désigner le Centre, à charge pour ce dernier de proposer la personne physique chargée d'accomplir la médiation, soit désigner directement la personne physique à partir de la liste fournie par chaque centre.

Cette façon de procéder aurait le mérite de concilier les impératifs de sécurité, de responsabilité, chacun étant renvoyé à ses propres compétences.

Enfin et surtout, il faut insister sur le fait qu'aucun texte jusqu'à ce jour ne précise ce qu'il faut entendre par expérience professionnelle, par compétence et par formation.

Si le législateur considère que les praticiens de la médiation sont en mesure de définir ces critères, il faut donc impérativement leur laisser, par l'intermédiaire des Centres qui se sont créés, le soin de qualifier les médiateurs.

Des heures et des programmes de formations sont en cours d'harmonisation.

Des labellisations, des accréditations ont été mises en place.

Des professions réglementées posent également les conditions pour que les professionnels adjoignent la qualification de médiateur sous certaines conditions (CNMA).

4. Article 4

L'article 4 concerne la procédure d'inscription qui doit être gérée par un Conseiller de la Cour d'Appel.

Ce magistrat est chargé d'instruire la demande, mais l'article 5 renvoie l'établissement de la liste à l'assemblée générale des magistrats du siège de la Cour, ou par délégation à une commission restreinte.

Les acteurs de la médiation et ceux qui concourent à sa promotion ne sont pas associés à l'établissement de cette liste (professionnels du droit, universitaires, représentants des Centres de médiation...).

La procédure qui est mise en place se rapproche étrangement de celle des experts judiciaires qui fait pourtant l'objet en pratique de beaucoup de critiques.

5. Article 7

L'article 7 vise l'hypothèse du renouvellement des listes.

6. Article 8 et 9

Les articles 8 et 9 règlent les problèmes de radiation ou de refus d'inscription.

Le candidat devra justifier de sa formation et de son expérience, conditions qu'il doit remplir lors de sa première inscription.

Enfin le décret prévoit une prestation de serment par le médiateur, sauf pour les membres des professions juridiques et judiciaires réglementées.

La formule a le mérite d'institutionnaliser le médiateur mais elle a aussi l'inconvénient de le placer sous l'autorité judiciaire alors que par définition la médiation a cherché à s'en affranchir.

En conclusion, le choix du médiateur doit être un choix éclairé.

Toutes les garanties doivent être données aux prescripteurs, aux parties et à leurs conseils.

Si la réglementation constitue le cadre minimum, il faut faire confiance à ceux qui encadrent, contrôlent, gèrent et sanctionnent les pratiques de médiation pour proposer des listes de personnes compétentes et formées.

II- la formation à la médiation

Maître Jean-Marc ALBERT, Avocat associé cabinet ALBERT ASSOCIES

Avocat au barreau de Paris. Médiateur et formateur à la médiation

La formation du médiateur est un pilier de la médiation.

En effet, les exigences du processus de médiation, les diverses étapes indispensables nécessitant l'utilisation des techniques de communication éthique, ne peuvent être respectées sans une formation appropriée.

Comme l'écrit Madame le Professeur GUILLAUME-HOFNUNG, pionnière de la médiation en France, dans l'un de ses ouvrages (P.U.F Que sais-je - La Médiation) : il faut se méfier du syndrome de Monsieur JOURDAIN ou du syndrome du médiateur naturel !

Le titre de médiateur n'est pas protégé aujourd'hui sauf par les réglementations spécifiques applicables à certains domaines : médiation familiale, médiation de la consommation, notamment.

Néanmoins, les obligations de formation apparaissent dans divers textes :

- La Directive du Parlement Européen et du Conseil du 21 mai 2008,
- Les dispositions légales relatives à la médiation conventionnelle et à la médiation juridictionnelle,

imposent que le médiateur désigné par les parties ou par un Juge soit, outre sa qualification dans le domaine, formé et/ou bénéficie d'une expérience dans la pratique de la médiation.

Toutefois, la loi ne prévoit ni le temps, sauf exception pour le médiateur familial, ni le contenu de la formation.

C'est pourquoi, on trouve sur le « marché de la formation » à la médiation divers organismes et centres de formation à la médiation, chacun organisant la formation à sa manière, seule l'Ecole Nationale de la Magistrature ayant reçu légalement une mission de formation.

Il convient donc d'être vigilant sur les formations proposées car, si celles des universités ou des centres ou associations de médiateurs, sont des formations sérieuses et préparant à la pratique de la médiation, certaines « officines » ne présentent pas toujours les qualités requises à cette activité.

I – TEMPS DE FORMATION

A défaut de règle générale, on peut citer quelques exemples :

1 – Diplôme d'état de médiateur familial (le seul encadré par la loi)

315 heures de formation sont exigées comportant un volet théorique concernant le processus de médiation et les techniques de médiation, outre la connaissance des règles essentielles de droit, de psychologie et de sociologie, aspect académique auquel s'ajoute la pratique par un stage de mise en situation de 105 heures, avec des exigences ensuite de formation continue.

2 – Le Centre National de Médiation des Avocats (CNMA du Conseil National des Barreaux)

Une plateforme, avec annuaire des avocats formés à la médiation, a été créée par le Conseil National des Barreaux regroupant les médiateurs avocats dans le CNMA.

Les conditions pour y être inscrit sont les suivantes :

- Soit, 200 heures de formation comprenant 140 heures de pratique et 60 heures de théorie
- Soit, 140 heures de formation dont 60 heures d'expérience pratique
- Soit, 4 ans de pratique de la médiation et 10 médiations effectuées
-

3 – Diplôme Universitaire (DU) de l'IFOMENE (Institut de Formation à la Médiation et à la Négociation intégré à l'Institut Catholique de Paris)

- DU1 : 50 heures de formation théorique et pratique
- DU2 : 10 modules de 10 heures dont un tiers de théorie et deux tiers de pratique, outre des fiches de lecture, un examen sur table et un mémoire final d'environ 50 pages sanctionnés par un diplôme universitaire de médiateur.
- Diverses universités ont créé un diplôme universitaire de médiateur qui se déroule sur une ou deux années.

II – CONTENU DE LA FORMATION

II.1 – Aspects juridiques

Il n'existe pas d'harmonisation ni d'accréditation légale en France sur le contenu de la formation.

Il existe des pistes initiées par la Directive Européenne du 21 mai 2013 sur les règlements extra-judiciaires des litiges de consommation (transposés en droit français par l'ordonnance du 20 août 2015 et le décret du 30 octobre 2015 instituant le droit pour tout consommateur de recourir gratuitement à un médiateur de la consommation en vue de la résolution d'un litige qui l'oppose à un professionnel, lequel a l'obligation de garantir au consommateur le recours effectif à un dispositif de médiation de la consommation et ce, depuis l'entrée en vigueur des textes le 1^{er} janvier 2016).

La Directive dispose que les médiateurs :

« possèdent les connaissances et les aptitudes nécessaires dans le domaine du règlement extra-judiciaire ou judiciaire des litiges de consommation ainsi qu'une compréhension générale du droit. »

Ainsi, s'il n'est pas nécessaire d'être diplômé en droit pour être médiateur, y compris médiateur de la consommation, il existe désormais une exigence de formation juridique pour comprendre l'environnement juridique.

Cette obligation de formation des médiateurs de la consommation, transposée en droit interne et rigoureusement surveillée par la DGCCRF qui attribue les agréments, constitue une base pour le contenu de la formation des médiateurs dans d'autres domaines, mise en application par divers organismes de formation.

C'est notamment le cas de l'IFOMENE dont divers intervenants, Professeurs de droit ou Juristes expérimentés, enseignent les règles juridiques essentielles en particulier dans les modules relatifs à la médiation judiciaire et les modules spécifiques tels que médiation et droit de l'environnement, droit de l'urbanisme, droit immobilier, droit de la santé...

La pratique de la médiation exige un minimum de connaissances concernant :

- La procédure : l'encadrement de la médiation et le rôle du juge
- Les limites à la médiation : ordre public et droits dont les parties ont la libre disposition
- Accord simple ou transaction avec exigence de concessions réciproques et règles d'homologation
- Les règles de prescription

Evidemment, le médiateur n'est pas seul puisque les parties sont le plus souvent assistées d'avocats dont le rôle en médiation est de conseiller au mieux leurs clients et de rédiger

l'acte d'accord ou le protocole transactionnel en respectant à la fois la volonté des parties, l'ordre public et en y intégrant les exigences relatives à l'exécution de l'accord et aux conditions de son homologation par le juge.

II.2 – Aspects comportementaux

Formation théorique aux techniques de médiation :

La qualification du médiateur dans le domaine du litige ne suffit pas.

Une formation à la pratique de la médiation, c'est-à-dire aux techniques de communication, constitue une condition indispensable au succès du processus de médiation.

Ce sont donc ces outils de communication qui sont enseignés dans le cadre de cette formation et, à titre d'exemple, on pourra citer :

LA NEGOCIATION RAISONNEE (basée sur les recherches et l'ouvrage de Professeurs à l'Université de HARVARD, Roger FISHER, William URY et Bruce PATTON : « *Comment réussir une négociation* ») :

- Ils ont établi le constat de l'inefficacité des négociations classiques sur les intérêts de chacun.
- Ils ont initié une technique pour parvenir à un accord satisfaisant à l'égard de chacune des parties en prenant comme réflexion fondamentale la nécessité d'évoluer :
 - Des positions vers les intérêts de chacun.
 - Des personnes vers le problème et les éléments objectifs du litige.
 - Des recherches de solution pour un bénéfice mutuel.

le tout, selon des critères objectifs.

ECOUTE ACTIVE/REFORMULATION (Carl ROGERS, Psychologue)

Il s'agit d'une écoute très active et globale du médiateur afin de prendre le temps d'approfondir le champ du problème, d'obtenir la formulation des pensées respectives par la technique de la reformulation permettant de clarifier la position de chacun et de la transformer en élément positif vers la recherche des besoins et des intérêts pour définir chaque point du litige et constater l'« accord sur le désaccord ».

D'autres techniques sont utilisées tels que la communication non violente ou les entretiens individuels.

Tout se déroule dans la confidentialité et le respect de la parole de chacun, sous l'autorité

mais aussi l'empathie et la bienveillance du médiateur.

□ Formation pratique et méthodologie :

Elle est essentielle évidemment puisqu'au-delà des connaissances théoriques, c'est l'expérience et la pratique de la médiation qui permettent au médiateur d'être performant.

Evidemment, la mise en pratique de la théorie exige l'application d'une méthodologie dans le processus.

Il en existe plusieurs.

On citera une méthode d'application du processus enseignée à l'IFOMENE : la roue de Fiutak – tirée des recherches et des enseignements de Thomas FIUTAK – préconisant 4 phases essentielles dans le déroulement du processus :

- 1 – Le quoi – futur - (quels sont les problèmes à traiter aujourd'hui)
- 2 – Le pourquoi – passé - (quels sont les causes et le passé du litige afin de parvenir à un accord sur les désaccords)
- 3 – Le comment – futur - (comment envisager le futur, quels sont les intérêts et les besoins de chacun ?)
- 4 – Le comment finalement – futur - (comment envisager des solutions et des moyens afin de parvenir à un accord et à sa mise en œuvre)

Des cas pratiques sont donc proposés dans lesquels chaque candidat médiateur jouera successivement les rôles de médiateur, de médié ou d'observateur.

Ces cas – de véritables litiges dont les noms, les lieux, les dates ont été modifiés – permettent au cours de journées entières de formation, de se former à la pratique effective de la médiation.

II.3 – Ethique et déontologie

La formation est évidemment l'un des éléments fondamentaux de la déontologie du médiateur, cela lui permettant un respect strict des exigences de compétence, d'indépendance et d'impartialité.

La Commission Européenne avait d'ailleurs établi en 2004 un code de bonne conduite du médiateur devenu en 2009, en France, le code national de déontologie du médiateur.

La formation, théorique et pratique, permet à chaque apprenti médiateur de s'imprégner des exigences et des difficultés pouvant être rencontrées à l'occasion d'une médiation.

L'une des difficultés actuelles, à laquelle les formateurs se trouvent confrontés, résulte du décret du 2 novembre 2016, en matière administrative, instituant la double fonction cumulée de médiateur et d'expert dans une même instance :

- Comment concilier principe du contradictoire de l'expertise et règle de confidentialité de la médiation ?
- Comment concevoir la concomitance du rôle de l'expert chargé de donner un avis dans le cadre d'une mesure d'instruction et celui du médiateur soumis au principe de neutralité.

Ces réflexions donnent lieu désormais à des enseignements dans le cadre de la formation des experts de justice et des médiateurs, notamment proposée par l'IFOMENE, la mise en œuvre de la loi devant prendre en considération l'ensemble des exigences légales et déontologiques.

La médiation repose donc sur le socle de la formation.

4^{ème} Partie : Le rôle des acteurs au procès dans la recherche d'une conciliation ou médiation des parties

I- Conditions préalables à la médiation

Cécile COTTIER, Première conseillère à la Cour administrative d'appel de Lyon,
réfèrent en matière de médiation auprès de la Cour

I-1 Litiges pouvant être réglés selon une procédure amiable

La loi du 18 novembre 2016 et le décret d'avril 2017 sur la médiation en matière administrative n'excluent explicitement aucune thématique du champ de la médiation.

L'article L.213-1 du code de justice administrative dispose ainsi que « *la médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction* ».

La médiation peut ainsi porter sur « *tout ou partie d'un litige* » selon l'article R. 213-1 du code de justice administrative.

Elle peut s'appliquer à des recours en excès de pouvoir ou en plein contentieux (le plus souvent indemnitaire).

La **seule restriction** est fixée par l'article L.213 du code de justice administrative issu de l'article V de la loi justice du 21^{ème} siècle et porte sur le résultat de cette médiation. En effet, selon cet article, « ***l'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition*** ».

Cette notion sur des droits dont les parties n'ont pas la libre direction qui est une reprise d'une formulation utilisée devant les juridictions judiciaires reste assez mystérieuse en droit administratif et devant le juge administratif car elle n'est pas couramment utilisée par ce dernier.

Il apparaît à notre sens plus pertinent pour se rapprocher de la logique du législateur sur cette idée de droits disponibles en matière de médiation administrative d'aller sur des notions plus connues du juge administratif comprenant les impossibilités pour les administrations de conclure des transactions sur certains sujets à raison de textes législatifs et d'apports jurisprudentiels.

Quelles sont les limites à la transaction ?

La transaction ne peut couvrir en droit administratif certains objets, ceci conformément aux principes figurant à l'article 6 du Code civil selon lequel on ne peut pas déroger à des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Gilles le Chatelier dans ses conclusions sur la décision CE du 6 décembre 2002 Syndicat intercommunal des établissements du district de l'Hay-les-Roses citait ainsi l'exclusion de transaction en matière d'aliénation du domaine public (Cass. Req 7 novembre 1892 Veuve Dessales C/ Veillas et Chamussy D 1893, I P.61), en matière de délimitation de celui-ci (CE 20 juin 1975 Ferrand/ Leverrier) ou en matière de détermination de l'étendue des pouvoirs de police d'une autorité administrative (conseil de préfecture de Lille du 18 mai 1953, Maire de Nouveaux c/ Lagache, D. 1953, p 470).

Le Conseil d'Etat a également jugé qu'un contrat de transaction ne peut pas porter sur le montant des intérêts moratoires dus en exécution d'un marché public (CE, 17 octobre 2003, n° 249822, ministre de l'Intérieur c/ syndicat intercommunal d'assainissement Le Beausset).

Une transaction ne peut pas non plus aboutir à la commande de nouvelles prestations au contractant si celle-ci implique la mise en œuvre de procédures de publicité et de mise en concurrence. De même, comme le signale la circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, l'administration ne peut pas par transaction

renoncer à l'application des garanties contractuelles ou « post-contractuelles » afférentes aux marchés publics valides, telle que la garantie décennale des constructeurs.

L'administration ne peut pas non plus renoncer par voie transactionnelle au bénéfice des effets de l'annulation pour excès de pouvoir. (CE, sect., 13 juillet 1967, min. Éduc. nat. c/ École privée de filles de Pradelles : Rec. CE 1967, p. 339 ; CAA Bdx CH Saint Nicolas de Blaye ; 07BX01254). L'idée étant que la transaction ne peut procéder d'un consentement au maintien d'une situation illégale.

Par contre en matière de plein contentieux subjectif, la renonciation au bénéfice de la chose jugée a pu être considérée comme licite par le tribunal administratif de Melun dans son jugement du 18 décembre 2008, n°0803949 Préfet du Val de Marne contre commune de Fontenay sous Bois et Socram, AJDA 2009, p. 658, concl. S. Dewailly). A aussi été admis par le CE une transaction portant sur les dépens d'une instance : CE, 25 févr. 1921, Larminier : Rec. CE 1921, p. 239).

La transaction suppose également des concessions réciproques, l'une des parties (à comprendre ici au sens de médiés) ne peut pas renoncer purement et simplement à ses droits ou prétentions (CE, 29 déc. 2000, Comparat).

De plus, en application du principe dégagé dans la décision du CE Mergui du 19 mars 1971 selon lequel les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer des sommes qu'elles ne doivent pas, **il faut qu'il y ait un fait dommageable ou un préjudice pour justifier l'indemnisation**. En outre, **il ne faut pas qu'il y ait une disproportion manifeste entre l'indemnité et le préjudice à indemniser**. Une telle disproportion s'analyse comme une libéralité, laquelle doit être soulevée d'office par le juge⁹ dans le cadre de son analyse du dossier portant sur l'homologation d'une transaction ou sur un litige portant sur l'exécution de celle-ci.

Dans l'hypothèse où la personne privée fait une concession sous une forme autre que pécuniaire, alors le juge doit vérifier qu'une telle concession présente un lien avec l'objet du

⁹ L'interdiction de toute libéralité est d'ordre public : CE, 11 juillet 1980, Cie d'assurance La Concorde et M. Fourrel de Frettes

différend qui est à l'origine de la transaction¹⁰.

Si la transaction ne respecte pas les règles d'ordre public et de tels principes juridictionnels et qu'elle est soumise au contrôle du juge administratif, ce dernier annulera celle-ci.

Il est donc important que les médiés, avant même de s'engager dans un processus de médiation, soient conscients qu'en cas de transaction, ils devront être particulièrement attentifs à de telles règles d'ordre public lors du choix de solutions. De même, ils devront réfléchir à aménager la confidentialité pour respecter les obligations de communication à certains tiers et notamment en cas de transaction avec une collectivité territoriale vis-à-vis de l'assemblée délibérante¹¹.

Un choix libre d'entrée dans le processus de médiation mais des domaines ou des différends spontanément plus facilement éligibles à la médiation

Sous ces réserves, et en dehors du cas où les parties se sont engagées contractuellement via des clauses contractuelles préalables à ce qu'une démarche de médiation soit obligatoirement menée sur certains différends avant la saisine de la juridiction, les médiés choisissent librement d'entrer ou non dans le processus de médiation en fonction du conflit/différend à résoudre.

Néanmoins, il existe des domaines ou des dossiers qui se prêtent spontanément davantage à la médiation.

Ces **dossiers plus facilement « éligibles »** à la médiation sont ceux :

1/ où les **questions de fait** sont **prédominantes** (la personne remplit-elle ou non les conditions pour se voir accorder une autorisation ou se voir attribuer une prime ou une promotion ?) y-a-t-il un malentendu sur la portée d'une réglementation, celle-ci est-elle applicable à cette personne ?

2/ dans lesquels il existe une **dimension émotionnelle ou affective importante** (conflits

¹⁰ CE Krupp Hazemag 11 juillet 2008 n°287354

¹¹ Voir sur ce point : contribution de Cécile Cottier in Conciliation et médiation devant la juridiction administrative, actes du colloque du Conseil d'Etat du 17 juin 2015, éditions l'Harmattan, pp 157 à 166

relationnels au sein de la fonction publique mais aussi responsabilité hospitalière ou encore certaines opérations liées à des équipements publics (implantation et fonctionnement) modifiant l'environnement des riverains); phénomène de l'iceberg, le litige n'est que la partie émergée d'un iceberg (conflit ou différend beaucoup plus important),

3/ dans lesquels les **parties sont appelés à rester en relation sur de longues périodes**, notamment dans le cadre de litiges entre fonctionnaires et l'administration ou certains marchés ou contrats publics de longue durée.

D'autres éléments peuvent aussi être retenus comme entrant dans le faisceau d'indices positifs à la médiation :

–**l'urgence de la situation**, ceci pourra être une urgence à dominante **économique** : par exemple : une petite entreprise financièrement fragile ayant participé à un marché public et en attente de son paiement pour laquelle le passage contentieux classique : tribunal administratif, CAA voire Conseil d'Etat n'est pas compatible avec sa santé économique mais également une urgence **humaine** : personne âgée ou malade pour laquelle il est nécessaire de trouver une solution rapide pour éviter des difficultés successorales ou familiales

– les cas où les procédures juridictionnelles risquent de s'éterniser en raison de lien entre plusieurs requêtes contentieuses et des conséquences croisées en cas d'appel et de modifications du sens de la solution de première instance,

–les **dossiers complexes** nécessitant une solution globale sur-mesure,

–la **difficulté d'exécution de la décision de justice** ou son caractère peu durable (exemple : réintégration d'un fonctionnaire dans un service où il se sentira « mal accueilli »),

– des joueurs présents ou « cachés » dans le conflit (exemple : un maître d'œuvre pour un chantier public) mais qui ne pourraient pas avoir une vraie place dans le cadre du règlement juridictionnel du litige entre maître d'ouvrage et entreprises participantes aux travaux.

A l'inverse sont plutôt des **indices négatifs à la médiation** :

- la vulnérabilité psychologique d'une des parties
- la liquidation judiciaire d'une entreprise mais les difficultés financières touchant une personne privée ne constituent pas un obstacle à la médiation (possibilité d'aide juridictionnelle notamment),
- l'instrumentalisation de la médiation aux fins de retarder la décision de justice ou d'imposer un tempo défavorable à l'autre partie,
- le positionnement de l'une des parties pour avoir un précédent jurisprudentiel ou une application jurisprudentielle.

En plus de cette analyse a priori sur des indices positifs et négatifs devra être fait un **bilan dans 2/3 ans sur le ressenti des personnes ayant participé à une médiation** : estiment-elles que le choix d'entrer en médiation puis leur participation à la médiation ont eu des aspects positifs :

- sur l'aspect relationnel : reprise de la discussion,
- sur la compréhension sur le différend et éventuellement sur le litige : accord sur le désaccord ,
- sur l'élaboration commune de différentes propositions de solutions et sur le choix commun d'une solution,
- sur la durabilité de la solution trouvée.

Le bilan sur l'expérimentation « **médiation préalable obligatoire** » devrait aussi apporter des éclairages intéressants sur les situations qui se sont bien prêtées à la médiation en différenciant les cas où l'entrée dans une démarche de médiation n'a été vue que comme une démarche obligatoire pour pouvoir accéder au juge et ceux qui ont permis de faire vivre « un vrai processus de médiation » autour d'un échange réciproque et positif sur les faits qui peut d'ailleurs aboutir au seul accord sur le désaccord et au maintien des prétentions initiales.

En effet, le projet d'expérimentation « médiation préalable obligatoire » est pour lors conçu sur la base d'un « fléchage » de décisions administratives pour lesquelles la personne souhaitant contester la décision doit s'engager dans une démarche de médiation avant saisine du juge administratif, libre ensuite à elle de s'arrêter quand elle veut, libre aussi à l'administration de choisir de ne pas s'engager dans cette médiation ou de l'arrêter à tout moment.

En fonction du succès ou non de la médiation au regard de chacune des différentes décisions contestables, les indices positifs ou négatifs à la médiation pourront ainsi être modifiés.

I-2- Avantages et limites du recours à la médiation

Avantages pour les parties

- le recours à un médiateur impartial et formé aux techniques de la médiation permet d'avoir un cadre structuré et sécurisé en matière d'échanges relationnels entre les médiés :
 - Structuré : « cadre » de la médiation avec l'acceptation commune des médiés sur des « règles du jeu » : courtoisie, écoute.
 - Sécurisé : principe de confidentialité, possibilité de sortie à tout moment de chacun des médiés.
- gain de temps
- gain d'argent global sur le long terme pour la collectivité (exemple : litige de fonction publique : management hiérarchique inapproprié, souffrance au travail, congés maladies)
- solution sur mesure voire innovante
- exécution des solutions trouvées en commun – durabilité de la solution

Avantages pour le juge

- meilleure réponse qualitative : traitement du différend et pas seulement du litige, ceci évite les contentieux à répétition, les difficultés d'exécution du jugement (et par

suite ceci évite les procédures d'exécution devant la juridiction (exécution administrative puis en cas de blocage exécution judiciaire via jugement). Ceci permet de limiter également la « frustration » du magistrat qui voit nettement qu'il y a un différend beaucoup plus important que le litige qui lui est soumis et qui ne peut pas statuer ultra petita.

- la médiation peut aussi permettre de recentrer le dossier soumis au juge sur seulement quelques questions, les médiés mais qui sont aussi parties devant le juge dans le cadre de la requête peuvent à l'issue de la médiation trouver des terrains d'entente sur certains points, conclure un accord sur ceux-ci et par suite sont amenés à se désister de certaines de leurs conclusions ou demandes indemnitaires.
- gain de temps pour certains dossiers aux questions complexes ou aux montants d'indemnisation parfois difficilement évaluables : le magistrat rapporteur et la formation collégiale faisant parfois plus de comptabilité que de droit ...
- instruction plus dynamique (ajout de la proposition de médiation aux autres mesures d'instruction)
- gain de temps et d'argent pour la juridiction : ceci peut éviter des appels et donc des coûts magistrats/greffes /logistique supplémentaires .

Limites : les règles d'ordre public, la médiation doit rester dans le cadre de la loi et des principes démocratiques.

II- La poursuite du contentieux et le cas échéant de l'expertise en cas d'échec de la médiation

Cécile COTTIER, Première conseillère à la Cour administrative d'appel de Lyon,
réfèrent en matière de médiation auprès de la Cour

Deux cas de figure doivent être distingués :

-« l'échec d'une médiation » avant qu'une requête juridictionnelle ne soit déposée devant le juge administratif

- « l'échec d'une médiation » ordonnée par le juge administratif après dépôt d'une requête

Première hypothèse : l'échec d'une médiation avant le dépôt d'une requête

L'article L.213-5 du code de justice administrative dispose que « *Les parties peuvent, en dehors de toute procédure juridictionnelle, organiser une mission de médiation et désigner la ou les personnes qui en sont chargées* »

L'article L.213-6 et du code de justice administrative prévoit quant à lui que « *Les délais de recours contentieux sont interrompus et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la survenance d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation . Ils recommencent à courir à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur déclarent que la médiation est terminée. Les délais de prescription recommencent à courir pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois.* »

Par suite, dans le cas où les parties ont d'un commun accord décidé dans le délai de recours contentieux de s'engager dans une démarche de médiation (ceci suppose un minimum de formalisation : mail d'accord réciproque, courrier d'accord réciproque ou compte-rendu de

réunion validé par les parties actant d'un tel accord), un tel délai de recours est interrompu de manière à ce que la médiation puisse se dérouler.

A compter du jour où l'échec de la médiation est acté par l'un des médiés ou par le médiateur (notamment en cas de sortie du processus de médiation d'un des médiés), un nouveau délai de recours contentieux de la même durée que le délai initial débute¹². Il s'agit donc pour la partie à laquelle la décision administrative fait grief et qui n'a pas obtenu satisfaction lors de la médiation d'introduire un recours juridictionnel dans le cadre de ce nouveau délai. Si elle ne le fait pas dans ce délai, sa requête pourra être rejetée pour tardiveté par le juge administratif.

Si on excepte cette éventualité assez peu probable, les parties étant normalement correctement informées de telles règles, le juge administratif se verra ainsi saisi d'une requête.

Sa saisine par requête nous fait ainsi basculer dans les articles L.213-7 et R.213-5 du code de justice administrative selon lesquels *« Lorsqu'un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel est saisi d'un litige, le président de la formation de jugement peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci » « Lorsque le juge estime que le litige dont il est saisi est susceptible de trouver une issue amiable, il peut à tout moment proposer une médiation. Il fixe aux parties un délai pour répondre à cette proposition ».*

Cette proposition est un pouvoir propre du juge.

Cette proposition peut être faite à n'importe quel moment de la procédure juridictionnelle : à l'entrée du dossier, au moment de l'instruction par le rapporteur lors de la réception des différents mémoires ou lors de l'étude du dossier par le rapporteur.

¹² Attention en application de l'article R.213-4 du code de justice administrative, il existe des spécificités pour les recours administratifs préalables obligatoires (RAPO).

Cette proposition peut découler de l'analyse du dossier par le magistrat rapporteur ou par le président de la formation de jugement sur la base des faisceaux d'indices favorables ou défavorables à la médiation que je vous ai décrits tout à l'heure.

Elle peut aussi être induite par l'attitude d'une ou des parties laquelle/lesquelles peuvent émettre le souhait qu'une médiation soit proposée à l'initiative du juge.

Rien en effet n'empêche des parties y compris quand elles ont tenté en amont de la saisine du juge de négocier ou de médier et ont échoué à ce moment-là à trouver un accord de solliciter le juge pour tenter une nouvelle fois l'aventure de la médiation mais sous une nouvelle forme : celle de la médiation à l'initiative du juge.

Il n'est pas rare de constater que les parties, à compter du dépôt de la requête, ont « cheminé intellectuellement » depuis l'échec précédent. Elles peuvent ainsi estimer qu'une médiation sous l'égide du juge administratif pourrait aboutir en raison d'une part des évolutions des positions à la lecture notamment des différents mémoires et pièces et peut être aussi de l'usure née du temps mais aussi d'autre part du sentiment de « sécurisation renforcée » du processus de médiation, le magistrat ayant pris connaissance du dossier avant de faire une telle proposition de médiation.

La détection de cette proposition de médiation peut aussi découler de mesures d'instruction voire d'une audience d'instruction dans le cadre des articles R.623-1 et R.623-2 du code de justice administrative sur la prescription d'une enquête. Cette détection peut aussi être réalisée par le référent médiation du tribunal administratif ou de la CAA ou par les greffiers de chambre en fonction des retours sur les mesures d'instruction.

Si cette proposition de médiation recueille l'accord conjoint des parties, c'est le président de la formation de jugement (c'est-à-dire soit le président de la formation de jugement

collégiale, soit le juge unique) qui va désigner le médiateur en application de l'article R.213-6 du code de justice administrative¹³

Nous passons à partir de ce moment dans la 2eme hypothèse : celle de l'échec d'une médiation ordonnée par le juge sachant que le terme d'échec est toujours gênant en médiation car en médiation, la reprise d'un dialogue est perçue comme un élément positif.

L'échec voudrait dire absence de tout accord sur les points en débat dans la requête : Hypothèse que nous estimons peut-être de manière optimiste rare, les médiés trouvant souvent au moins quelques points d'accord, ce qui permet ainsi de réduire le litige soumis à l'analyse finale du juge administratif.

Deuxième hypothèse : Le déroulement de l'instance juridictionnelle après l'échec de la médiation proposée par le juge

L'article R.213-9 du code de justice administrative précise que le « *juge met fin à la médiation à la demande d'une des parties ou du médiateur. Il peut aussi y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la médiation lui apparaît compromis* ». Le juge administratif dispose donc d'une latitude pour arrêter la médiation.

L'arrêt de la médiation en cas d'échec de celle-ci ou de décision spécifique du magistrat d'arrêt de celle-ci réinscrit le dossier dans la procédure juridictionnelle classique. Le magistrat rapporteur pourra faire toute mesure d'instruction utile y compris demander un mémoire récapitulatif pour vérifier que les parties devenues médiées et redevenues parties maintiennent ou non leurs demandes initiales ou clôturer l'instruction. Le dossier sera alors inscrit à une audience.

¹³ R.213-6 du code de justice administrative : *Outre les éléments figurant à l'article L. 213-8, la décision qui ordonne une médiation mentionne l'accord des parties. Elle désigne le médiateur et, le cas échéant, la durée de sa mission et les modalités de sa rémunération. Cette décision est notifiée au médiateur et aux parties.*

Un jugement avant-dire-droit ordonnant une expertise peut comme tout autre dossier résulter de l'échec de cette médiation si la formation de jugement estime ne pas avoir suffisamment d'informations pour prendre position sur le principe de responsabilité ou sur certains préjudices ainsi que sur le quantum de ceux-ci.

Il est à noter un **débat assez vif actuellement sur la possibilité pour le juge administratif de fixer à l'expert dans ce cadre de jugement avant dire droit en plus de sa mission d'expertise une mission de médiation.**

Certes, cette possibilité est offerte par l'article R.621-1 du code de justice administrative dans sa version issue du décret du 2 novembre 2016 « *La juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision. L'expert peut se voir confier une mission de médiation. Il peut également prendre l'initiative, avec l'accord des parties, d'une telle médiation.* ».

Néanmoins, il nous semble que donner en plus à l'expert chargé de l'expertise une mission de médiation est intellectuellement et déontologiquement difficile.

En effet, dans le cadre de son expertise, l'expert est censé répondre aux questions du juge et donc va demander aux parties les pièces utiles à cette expertise, doit les soumettre au contradictoire, répondre à des dires. Il doit donner un avis au juge sur les éléments techniques. Des missions d'expertises supplémentaires pourront d'ailleurs être à nouveau diligentées en appel si l'expertise en première instance est vue comme trop lacunaire voire totalement erronée par les juges d'appel.

Or en médiation et notamment lors des entretiens séparés avec les médiés, le médié peut confier des éléments au médiateur en lui demandant à ce qu'ils restent confidentiels. Le médiateur est alors astreint à conserver de tels éléments confidentiels et devra solliciter le médié au cours d'un autre entretien séparé pour savoir s'il souhaite ou non maintenant à ce stade de la médiation apporter de telles données en séance plénière en présence de l'autre médié.

Cette attitude de respect de tels éléments mentionnés par l'une des parties comme

strictement réservées au médiateur et à lui seul ne sera pas possible pour un expert auquel s'applique le principe du respect du contradictoire.

De même, le médiateur à l'inverse du conciliateur n'est pas supposé donner un avis et notamment pas au juge sur les éléments qui ont été débattus lors des séances de médiation. L'expert dans le cadre de sa mission principale d'expertise doit répondre aux questions du juge et doit donner un avis.

Dès lors, la combinaison d'une mission d'expertise et d'une mission annexe de médiation sous le chef de la seule même personne physique nous semble devoir être écartée ou restreinte à un nombre extrêmement limité d'hypothèses comme l'absence de personnes formées à la médiation sur une zone géographique donnée, ce qui peut arriver mais tend à se réduire de plus en plus.

Une autre exception pourrait résider dans la circonstance que les parties elles-mêmes préalablement et pleinement informées sur la portée de la transformation de l'expert en médiateur choisissent volontairement, de manière éclairée et d'un commun accord cette formule. Ceci suppose donc que les parties comprennent parfaitement que les éléments vus dans le cadre de l'expertise sont soumis au principe du contradictoire mais que les informations données lors de la médiation seront confidentielles et ne pourront plus ensuite être utilisées, ce qui peut poser ensuite des difficultés dans le cadre de la poursuite d'un contentieux en cas d'échec de la médiation. Or, être certain que les parties comprennent réellement cette transformation du rôle de l'expert commis pour l'expertise en médiateur (et non en conciliateur) est une tâche particulièrement délicate et suppose que l'expert devenu médiateur soit particulièrement conscient des règles déontologiques s'appliquant d'une part à l'expert et d'autre part au médiateur et puisse les expliquer aux parties.

Se pose aussi la question de la rémunération de l'expert commis par la juridiction se transformant en médiateur : quelle rémunération lui accorder lorsqu'il devient médiateur et notamment quand il fera cette proposition de médiation de lui-même aux parties (application du même taux horaire que celui auquel il prétend comme expert technique, autre taux horaire ? forfait ?). De telles interrogations non tranchées pour l'heure au plan national ne sont pas anodines.

Par contre, et en dehors de toute mission d'expertise lui étant confiée, il nous semble qu'**un expert formé aux techniques de la médiation peut être désigné par le juge** dans le cadre de l'article L.213-8 du code de justice administrative et intervenir comme un médiateur classique, c'est-à-dire comme responsable du cadre et du processus de médiation et sans qu'il n'ait à émettre un avis. Il est alors un médiateur « normal » doté par ailleurs de compétences techniques sur un domaine précis¹⁴.

Dans le cadre des recherches de solutions et de choix des options, les médiés pourront alors, s'ils le souhaitent faire appel, à un expert y compris en demandant au juge administratif d'en désigner un mais avec une mission exclusivement fondée sur des réponses à des questions techniques précises (ce qui permettrait ainsi au juge d'ordonner des mesures ciblées d'expertise et non plus de donner une mission large, ce qui pourrait aussi permettre de réduire les frais de cette expertise).

Mais nul doute que les interrogations dont je vous ai fait part susciteront de nombreux débats.

¹⁴ Ceci peut parfois être utile en cas d'utilisation de vocabulaire technique par les médiés. Certains médiés se sentant plus à l'aise alors pour expliquer les difficultés rencontrées (exemple sur un chantier).

III- Rôle des avocats des parties dans l'initiation

et le déroulement de la médiation

Maître Serge DEYGAS, cabinet DEYGAS PERRACHON –Lyon

Membre du CIMA (centre interprofessionnel de médiation et d'arbitrage de Lyon)

I- l'avocat prescripteur de médiation

Pourquoi l'avocat devrait-il prescrire dans certains cas le recours à un tel mode amiable ?

Obligation déontologique et devoir de conseil- le code de déontologie des avocats de l'Union européenne- le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015.

MESORE (quelle est la MEilleure SOLution de REchange ?) et BATNA (Best Alternative To a Negotiated Agreement) : une prise en compte inévitable pour le bon exercice du devoir de conseil de l'avocat.

Un choix juste sur les plans sociologiques et humains : le but d'une société moins vindicative et le désir des gens de vivre des rapports plus horizontaux, moins fondés sur l'autorité.

Un choix qui n'est pas ennemi des intérêts de l'avocat : fournir à ses clients des réponses efficaces, renforcer le crédit de l'avocat, obtenir par conséquent une rémunération en corrélation avec le service rendu.

Comment l'avocat doit-il prescrire la médiation auprès de ses clients ?

L'avocat en pole position :

Acteur central de la résolution des différends, il a toutes les compétences pour juger de l'opportunité d'une médiation.

Convaincu lui-même, il doit convaincre son client :

Pour convaincre, il doit écouter, bien comprendre les besoins de son client.

Pour ne pas perdre la confiance du client, éviter le reproche de l'aveu de faiblesse, il faut bien connaître les arcanes de la procédure contentieuse et le processus de médiation.

II- l'avocat accompagnateur dans le processus de médiation

L'avocat reste le conseil et le défenseur de son client au cours du processus

Il aide à préparer soigneusement la ou les réunions de médiation.

Il opère un autre choix des armes dans l'intérêt même de son client : il devient un « sleeping partner », se place en « mode veille ».

Il met lui-même en œuvre les principes de communication auxquels il s'est formé pour favoriser la réussite de la médiation : il facilite la circulation de la parole.

Lorsqu'il intervient, il choisit les bons mots et l'attitude corporelle de nature à améliorer l'échange.

Il aide à l'accouchement de la solution et participe aux caucus ou apartés avec le médiateur.

Il aide son client à prendre sa décision après avoir vérifié que la solution émergente protège suffisamment ses intérêts.

Il est la garantie juridique nécessaire pour un accord réaliste et respectant la légalité.

Il est le rédacteur, sous sa responsabilité, du protocole d'accord source de sécurité juridique.

Il veille à la bonne exécution et au respect de l'accord.

En conclusion : que faire encore pour que l'administration opère en la matière sa révolution culturelle ?

Il s'agit d'un travail à faire en commun entre les magistrats et les avocats.

Il faut vaincre les résistances de l'administration, trop ancrée dans l'attente de la décision de « son » juge et convaincre les acteurs publics que la révolution culturelle en la matière ne peut être différée.

Il y a grande nécessité à présenter aussi aux administrations la rigueur et les garanties qu'offrent aussi le processus. La confiance dans le mécanisme et dans le cadre clairement posé est déterminante pour le succès des modes amiables.

IV- L'expert facilitateur de la médiation ou médiateur

Jean-Marie VILMINT,

Expert-comptable de justice inscrit près la Cour administrative de Lyon

Expert honoraire près de la Cour d'appel de Lyon

A- L'expert désigné par la juridiction facilitateur de la médiation

L'expert peut créer du lien entre les parties et participer à l'instauration d'un climat psychologique favorable à une conciliation des parties.

L'expert peut contribuer à instaurer un climat de respect mutuel des parties.

Sa neutralité et sa faculté d'écoute permettront aux parties et à leurs conseils d'avoir **confiance dans l'expert**, ce qui est très utile au bon déroulement de l'expertise, mais ultérieurement pour permettre à l'expert devenu médiateur d'essayer de rapprocher les points de vue.

Ainsi l'expert est **l'artisan du rapprochement entre les parties**.

Il devient un conciliateur à son insu.

Son rapport (ou son pré-rapport) est de fait un instrument de conciliation et devient une base importante pour faciliter les discussions entre les parties pouvant conduire à la conclusion d'un accord.

Si les parties parviennent à un accord, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet et en fait immédiatement rapport au magistrat qui l'a commis.

On rappellera les dispositions de l' Art. R 621-7-2 CJA (créé par un décret du 22 février 2010 –art 40) :

« Si les parties viennent à se concilier, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet, et en fait immédiatement rapport au magistrat qui l'a commis.

Son rapport, accompagné de sa note de frais et honoraires, doit être accompagné d'une copie du procès-verbal de conciliation signé des parties, faisant apparaître l'attribution de la charge des frais d'expertise.

Faute pour les parties d'avoir réglé la question de la charge des frais d'expertise, il y est procédé, après la taxation mentionnée à l'article [R. 621-11](#), par application des articles

[R. 621-13](#) ou [R. 761-1](#), selon les cas. »

B- L'expert désigné par la juridiction devenant médiateur

B-1 Le cadre juridique

L'article R621-1 (décret du 2-11-2016) stipule :

« La juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision.

L'expert peut se voir confier une mission de médiation. Il peut également prendre l'initiative avec l'accord des parties, d'une telle médiation ».

1. Nous sommes en présence de la désignation d'un expert en principe inscrit sur la liste de la Cour qui **se voit confier par le juge administratif, une mission d'expertise et le cas échéant une mission de médiateur** dans la même affaire.

Avant la loi du 18 novembre 2016 l'expert de justice pouvait se voir adjoindre à sa mission d'expertise, un rôle de conciliateur. On notera le peu d'applications pratiques en la matière.

2. L'expert peut également en cours d'expertise **prendre l'initiative avec l'accord des parties d'une telle médiation.**

Cette possibilité se justifie par le fait que certains litiges naissent de questions principalement techniques qui ne sont pas nécessairement liées à de véritables difficultés juridiques.

(Cf. exposé de Madame Cécile COTTIER-4^{ème} partie I)

3. Aussi, l'expert peut s'avérer particulièrement qualifié pour tenter d'y mettre fin, d'autant que l'article R.213-3 précise : *« La personne physique qui assure la mission de médiation doit posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige.. »*

Toutefois on notera que le même article indique également : *« Elle doit en outre justifier, selon cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation. »*

Cette dernière exigence, comme il a été souligné par les orateurs précédents, n'est pas forcément respectée du seul fait de la qualité d'expert de justice inscrit par la Cour.

(Voir notamment en 3^{ème} partie, les interventions de Maître Gilles Robert LOPEZ et de Maître Jean-Marc ALBERT sur le choix et la formation du médiateur).

B-2 La déontologie de l'expert de justice devenant médiateur

Si l'expert de justice peut être conciliateur (médiateur), tout en menant sa mission d'expertise, il sera soumis de façon cumulative à **deux déontologies** :

-celle de l'expert de justice

- celle du médiateur

B-2-1 les règles de déontologie de l'expert de justice

On rappellera que l'expert de justice est un homme de l'art dont la compétence a été reconnue par l'inscription sur les listes d'experts de justice et à ce titre, il doit présenter toutes les garanties d'objectivité et d'indépendance.

Sa mission est encadrée par des **règles de déontologie**, en particulier **éditées par le Conseil national des Compagnies d'experts de justice CNCEJ**

(cf. Vade-mecum de l'expert de justice- Edition 2015 pages 60 à 62).

On soulignera que la Compagnie des Experts près de la Cour administrative de Lyon – CIECAALY fait partie du CNCEJ, comme les compagnies d'experts de justice pluridisciplinaires près des Cours d'appel et à ce titre ses membres doivent respecter les règles de déontologies édictées par le CNCEJ.

Ainsi dans la rédaction de son avis, les **principales règles s'imposant à l'expert de justice** sont :

-le respect de l'exigence d'indépendance et d'impartialité,

-les devoirs de compétence, de diligence et de conscience,

-le respect du contradictoire.

B- 2-2 La déontologie du médiateur

On rappellera qu'elle résulte :

- de dispositions législatives

- de charte ou code de déontologie mis en place par des professionnels de la médiation
- d'initiatives judiciaires

(Cf. exposés précédents de Monsieur Jean-Pierre JOUGUELLET -2^{ème} Partie-II et de Maîtres LOPEZ et ALBERT-3^{ème} partie) .

1-Dispositions législatives

- Au niveau européen :

Une **directive du 21 mai 2008** que devaient reprendre les législations internes des pays membres traitait en autres de la qualité des médiateurs, de la confidentialité indispensable en matière de médiation.

Par ailleurs la commission européenne a publié le **4 juillet 2004** un **code de bonne conduite du médiateur** qui a inspiré les codes de déontologie en vigueur dans les organisations professionnelles de médiateurs.

- Comme il a déjà été précisé, (cf. exposé de Jean-Pierre JOUGUELLET 2^{ème} Partie - II) le **Code de justice administrative dans son article L.213-2** reprend les quatre exigences imposées à tout médiateur à savoir :

- **impartialité**
- **compétence**
- **diligence**
- **respect de la confidentialité**

Art L 213-2 CJA

« Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence.

Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance juridictionnelle ou arbitrale sans l'accord des parties.

Il est fait exception au deuxième alinéa dans les cas suivants :

1° En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne ;

2° Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre. »

2- Les codes de déontologie mis en place par des professionnels de la médiation

Un **code national de déontologie du médiateur** a été rédigé par les principales organisations de médiateurs regroupées au sein du Rassemblement des Organisations de la Médiation (R.O.M) et présenté au Palais Bourbon le **5 février 2009**.

Ce code est présenté comme constituant le socle de référence éthique de la pratique de la médiation en France et la contribution des signataires à l'amélioration du Code de conduite européen pour les médiateurs.

Ce code comprend :

- En préambule : définition de la médiation
- Les règles garantes de la qualité de médiateur
 - la formation
 - la posture du médiateur : l'indépendance, la loyauté, la neutralité, l'impartialité
- Les règles garantes du processus de la médiation : le consentement, la confidentialité
- Les règles garantes des modalités de la médiation :
 - L'information
 - Le consentement
 - La convention de médiation
 - Le déroulement de la médiation
 - La fin de la médiation
- Les responsabilités et sanctions

3- La charte déontologique des médiateurs de la Cour d'appel de Paris (2016)

Ce document s'inspire du code national de déontologie présenté en 2009 (cf. ci avant).

Les principaux compléments concernent :

- l'assurance responsabilité obligatoire pour le médiateur
- l'honorabilité du médiateur
- la diligence dans la mise en œuvre et la conduite du processus de médiation

-la durée de la médiation

- les honoraires

Remarques :

1-La médiation étant très récente **devant les juridictions administratives**, il n'y a **pas à ce jour de liste de médiateurs** auprès de ces juridictions, ni de règles de déontologie spécifiques visant, en particulier l'expert de justice devenant médiateur.

2-La **comparaison des règles de déontologie** s'imposant à l'expert de justice et celles que doit respecter le médiateur ne fait pas apparaître de **difficultés d'application** par un même professionnel : l'expert de justice /médiateur à l'exception principale pour deux grands principes :

- **le principe de neutralité :**

« Le médiateur accompagne les personnes dans leur projet, sans faire prévaloir le sien »

L'expert qui aura réalisé une partie de son expertise et fait connaître sa position, notamment sur des aspect techniques ou financiers devra par la suite, s'il remplit la fonction de médiateur pour le même litige, s'abstenir de mettre en avant ses premières conclusions.

- **le principe de confidentialité à comparer au respect du contradictoire** par l'expert de justice et les parties lors des opérations d'expertise proprement dite.

On rappellera que la médiation, est soumise au principe de confidentialité en application de l'article L 213-2 du CJA, sauf quelques exceptions.

Ainsi le Code national de déontologie du médiateur précité stipule :

« Le médiateur ne divulgue ni ne transmet à quiconque le contenu des entretiens ni aucune information recueillie dans le cadre de la médiation, sauf s'il en a l'obligation légale ou s'il y a non-respect d'une règle d'ordre public. Le médiateur ne peut notamment pas faire état des éléments dont il a eu connaissance lors de son intervention et ne doit fournir aucun rapport à ce sujet. En cas de médiation judiciaire, il peut, tout au plus, indiquer au juge s'il y a eu accord ou non ».

3-Dans **l'attente de dispositions particulières de compagnies d'expert de justice** notamment émanant **du CNCEJ, visant l'expert devenant médiateur**, il convient, à notre avis, d'appliquer pour l'essentiel le Code national de déontologie du médiateur adopté par

les associations professionnelles de médiateurs.

B-3 Quelques interrogations liées au cumul des fonctions expert de justice/médiateur

B-3-1 Peut-on devenir médiateur sans **formation** spécifique d'assez longue durée ?

(Cf. exposés IIIème partie §II)

On peut être un bon expert et un mauvais médiateur.

B-3-2 N'y-a-t-il pas contradiction entre l'**attitude** de l'expert de justice désigné par le juge qui a procédé aux opérations d'expertise et une mission de médiateur pour la même affaire ?

B3-3 Comment concilier le **respect du contradictoire** en matière d'expertise et celui **de la confidentialité qui s'applique à la médiation** ?

(Cf. Exposé de Cécile COTTIER 4^{ème} partie §II et son intervention au Colloque du Conseil d'Etat du 17 juin 2015 - actes du colloque page 157 à 166)

-le principe de la **confidentialité maximale** doit être respecté au cours des entretiens séparés des parties ou de réunion plénière. Il en est de même à l'égard des pièces nouvelles dont le médiateur aurait connaissance.

- cette **confidentialité** devra être **aménagée** avec l'accord des parties en particulier lors de la mise en place d'un protocole d'accord ou d'un accord transactionnel notamment financier avec l'Etat et les établissements publics et les collectivités territoriales

(Si exigence de l'organe délibérant qui ne peut valablement statuer sans un minimum d'informations).

A noter que le **médiateur informe le juge** de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord (Art L.213-9 CJA) , **sans trahir la confidentialité** du processus.

B3-4 Quel **sort pour les opérations d'expertise déjà réalisées** ?

B4- Constatation de la conciliation par l'expert

Cf. § IV-A ci avant

Les parties peuvent trouver un accord sur les droits dont elles ont la libre disposition.

« Si les parties viennent à se concilier, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet, et en fait immédiatement rapport au magistrat qui l'a commis. »

Art. R 621-7-2 CJA

Son rapport auquel est joint sa note de frais et honoraires sera accompagné d'une copie du procès-verbal de conciliation signé des parties et prévoyant l'attribution de la **charge des frais d'expertise**.

A défaut pour les parties d'avoir réglé la question de la charge des frais d'expertise, il sera procédé par le président de la juridiction à taxation des frais (Art R. 621-11) et désignation du ou des payeurs (Art R.621-13 ou R. 761-1) .

L'accord peut être soumis à l'homologation du juge qui lui confèrera force exécutoire.

B-5 Conséquences pour l'expert si la médiation échoue

Cette question a déjà été abordée par Madame Cécile COTTIER.

(Cf. IVème partie § II)

L'expert peut difficilement reprendre sa mission d'expertise dans l'état où il l'a laissée :

-Il a pu recueillir des confidences des parties, communication de pièces soumises à confidentialité.

Aussi cette situation est incompatible avec le respect du contradictoire qui doit prévaloir à nouveau en cas de reprise des opérations d'expertise.

Ce qui devrait se traduire pour l'expert de la mise entre parenthèses de toutes les informations nouvelles qu'il a pu recueillir lors du processus de médiation, ainsi que des pièces nouvelles communiquées à lui seul ou même à l'ensemble des parties.

Il ne pourra prendre en considération que les informations complémentaires ou les pièces nouvelles qui lui seront communiquées de façon contradictoire lors de la reprise des opérations d'expertise.

- Ayant connu ou identifié les raisons de l'échec de la médiation (comportement de l'une des parties ou autres), on peut s'interroger de l'impact de cet échec au niveau de son impartialité.

L'expert devra s'interroger sur les conditions de reprise des opérations d'expertise.

Si son indépendance peut être affectée, il sera plus sage qu'il démissionne, surtout s'il se trouvait tout en début des opérations d'expertise.

Son attitude pourra dépendre du stade d'avancement de l'expertise.

En cas de changement d'expert, se posera la question de la rémunération des travaux déjà réalisés avant la tentative de médiation.

V- Les Principales étapes de la médiation

Jean-Marie VILMINT,

Expert-comptable de justice inscrit près la Cour administrative de Lyon

Expert honoraire près de la Cour d'appel de Lyon

L'exposé qui va suivre ne vise pas à communiquer un cadre rigide et détaillé du processus de médiation mais a pour objectif de fournir quelques indications destinées aux non professionnels de la médiation pour illustrer la démarche.

Le médiateur et /ou leurs conseils devront convaincre les parties à un litige d'oser la médiation. Le **médiateur** doit être considéré comme un **tiers de confiance**.

La confiance est l'élément moteur qui doit se mettre en place entre les personnes et le médiateur.

On peut distinguer trois phases :

- Avant la médiation
- Pendant la médiation (processus de médiation proprement dit)
- Après la médiation

1- L'avant –médiation

De la qualité de la préparation dépend la réussite de la médiation.

1.1 Acceptation par les parties de l'idée d'un recours à la médiation

Qui prend l'initiative ?

- l'une des parties ou l'ensemble des parties
- un conseil ou les conseils des parties
- un juge

1.2 Choix par les parties d'un médiateur

1.3 Organisation de la médiation et construction de la stratégie

- le médiateur prend contact par tous moyens avec les personnes concernées avec recours si cela est opportun et possible à un entretien préalable avec les parties, en premier lieu le contact s'effectuera le plus souvent avec les conseils,

- il informe les parties sur ce qu'est la médiation,
- il vérifie leur motivation et leur capacité de s'engager,
- il interroge sur les procédures éventuelles en cours
- il s'informe, a minima sur la nature du différend afin de bâtir sa stratégie
- il prévoit l'organisation matérielle de la séance plénière de médiation :
 - choix d'un lieu neutre et du mode d'intervention (visite des lieux, recours à un expert...
 - matériel utile (tableau)
 - place physique de chacun ...
- il met l'accent sur les règles de respect, d'écoute et de recherche de compréhension mutuelle qui rendront les échanges différents de ce qu'ils ont été dans le passé,
- il agit en empathie afin d'instaurer un climat de confiance avec les personnes concernées.

1.5 Collecte et analyse des renseignements généraux

Le médiateur rassemblera et vérifiera les données exactes sur les personnes (les parties), et leurs capacités de s'engager (et s'il y a lieu leurs pouvoirs).

Il s'informera sur le contexte, les procédures éventuelles en cours et le fonds du litige.

1.6 Conception d'un plan détaillé de la médiation

Agenda, mode d'intervention.

Mise en évidence des stratégies qui permettront aux parties d'arriver à un accord.

1.7 Mise en place des éléments créateurs de confiance avec les personnes et l'esprit de collaboration

-préparation des parties à régler des problèmes difficiles

-gestion des émotions fortes

-réalisation de préférence des entretiens individuels avec chaque partie préalablement à la séance plénière.

1.8 Détermination des participants à la médiation

- recherche des absents, des « fantômes ».
- réfléchir à l'intérêt ou non de les inviter, à participer totalement ou ponctuellement à la médiation.
- invitation si nécessaire des experts avec l'accord des parties

1.9 Préparation par le médiateur d'un contrat (ou convention) de médiation

Ce contrat constitue un accord de volonté entre les parties et le médiateur (ou l'organisation dont il dépend).

Elle comprend généralement trois parties :

1- Dispositions générales

- référence au code national de déontologie du médiateur qui peut être joint à la convention
- engagement libre des parties de participer de façon active au processus de la médiation,
- règles de bonne conduite des participants,
- rappel du rôle du médiateur,
- caractère confidentiel du processus de médiation,
- fin de la médiation ...

2- Objet de la convention

Il permet de définir le périmètre de la convention.

3- Honoraires et frais de médiateur et leur répartition

Cette convention sera adressée aux signataires préalablement de la première séance plénière de médiation.

2- Le déroulement du processus de médiation

2.1 Début de la médiation

- instituer la communication et la négociation ouvertes entre les parties,

- adopter un ton ouvert et positif,
- établir les règles fondamentales et les lignes de conduite,
- aider les parties à exprimer de façon constructive leurs émotions.

2.2 Définition des problèmes et fixation de l'ordre du jour

- définir les grands points d'intérêts pour les protagonistes,
- s'entendre sur les thématiques à aborder et la méthodologie suivie.

2.3 Mise en évidence des intérêts sous-jacents (cachés) et les besoins des personnes concernées.

Le besoin est l'ensemble de ce qui, consciemment ou non, apparaît nécessaire à une personne : besoin d'existence, de sociabilité, de reconnaissance, de justice, d'appartenance, de croissance, de réalisation de soi, mais aussi d'évolution...

Le travail de mise en évidence des besoins est essentiel puisqu'il est la base de la créativité et plus globalement de la recherche des solutions.

2.4 Acter la reconnaissance réciproque (point de bascule)

La médiation par la libération des émotions doit conduire à une prise de conscience nouvelle permettant aux personnes préalablement en crise d'envisager une nouvelle réalité.

2.5 Création d'options

Inciter les personnes à imaginer des solutions, sans tabous, ni limites par le remue-méninge et le dialogue créatif.

2.6 Evaluation des options

Trier et hiérarchiser les coûts et avantages de chaque option.

2.7 Négociation finale

- rapprocher les intérêts des parties,

- encourager une volonté de compromis
- décider d'un accord satisfaisant pour tous, réaliste donc réalisable et pérenne

Le différent est définitivement éteint (sauf accord partiel) .

L'accord est optimal lorsqu'il a pu mettre un terme à l'ensemble des procédures ou des différends.

2.8 La rédaction de l'accord

- L'accord peut être rédigé par les parties prenantes ou leurs conseils (avocats).

Le médiateur peut également être le scribe.

- L'accord peut prendre la forme d'un simple contrat ou d'un acte d'avocat

1- Protocole d'accord

Les parties devront se désister de leur action et de leur instance.

2 – Accord transactionnel

La transaction est soumise aux articles 2044 et suivants du Code civil.

Article 2044 : « *La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.*

Ce contrat doit être rédigé par écrit. »

La transaction met fin au litige et à toute introduction ou poursuite d'instance sur le même objet.

Article 2052 du code civil : « *La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet ».*

2.9 Signature de l'accord

2.10 Arrêt ou échec de la médiation

- Possibilité pour les parties d'interrompre à tout moment la médiation.
- Constat de désaccord.
- Conséquences au niveau de la procédure de justice

3- L'après médiation

3.1 L'homologation de l'accord

En vue de donner une **force exécutoire** à l'accord issu de la médiation, une demande d'homologation au juge peut être formulée en cours d'instance.

Le juge administratif opère un contrôle sur le consentement des parties et la conformité avec l'ordre public.

En cas de transaction, **il contrôle l'équilibre des concessions réciproques** et le fait que l'accord ne constitue pas de la part de la collectivité intéressée une libéralité, à défaut il refuse d'homologuer.

Voies de recours : Avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, le conseil d'Etat a admis que le jugement relatif à l'homologation est susceptible d'appel ou de cassation.

3.2 Le cas échéant, autorisation **de l'accord par l'organe délibérant** qui peut refuser.

La délibération peut faire l'objet d'un déféré préfectoral ou d'un recours contentieux d'un tiers qui justifie d'un intérêt pour agir : l'accord issu de la médiation, peut être annulé à la suite de ce contentieux.

3.3 Le suivi de la médiation

Fixer en cas de besoin, un rendez-vous de suivi : point téléphonique ou par mail, réunion

3.4 Evaluation du processus de médiation

Il sera procédé le cas échéant en cas de non conclusion de l'accord à une évaluation des acquis positifs et des éléments de blocage ayant conduit à un constat d'échec .

La médiation pourra reprendre avec un objectif moins ambitieux en vue d'un accord partiel.

VI – Témoignages en matière de médiation

Secteur du bâtiment, Génie civil ...

Daniel LOURD, expert près la Cour d'appel et la Cour administrative d'appel de Lyon

Expérience en tant que représentant d'une partie à la médiation

Le contexte : un grand chantier de génie civil en région parisienne.

Les acteurs principaux : un Maître d'ouvrage public, un Maître d'œuvre (chez lequel j'assurais le rôle de Directeur de projet) et un majeur de la construction française.

Montant du marché signé de travaux: 90 M€ HT.

Des difficultés sont rencontrées pendant les travaux du chantier :

- Des retards (6 mois) provenant des concessionnaires de réseaux de services publics
- Des retards (3 mois) provenant d'interfaces avec d'autres Maîtres d'ouvrages publics
- Des difficultés importantes de réalisation d'une partie des ouvrages prescrits dans le marché

Les conséquences de ces difficultés :

- Une réclamation de l'entreprise : 22 M€ HT
- Une réclamation de la Maîtrise d'œuvre : 3 M€ HT

Première réponse de la Maîtrise d'ouvrage (client final) sur ces demandes :
un refus presque total pour les 2 réclamations.

Devant les demandes insistantes, le Maître d'ouvrage demande au Président d'un Tribunal administratif de désigner un médiateur pour les 2 différends en cours.

Le médiateur proposé (un conseiller d'état honoraire) est accepté par tous.

Le médiateur organise 3 à 4 réunions séparées avec le Maître d'ouvrage et l'entreprise.

Au bout de 6 mois, les principes des 2 protocoles d'accord sont acceptés par les négociateurs :

- 12 M€ HT pour l'entreprise
- 1,6 M€ HT pour la maîtrise d'ouvrage

Les protocoles sont vérifiés par le Tribunal administratif, puis acceptés par les élus du Conseil de la Maîtrise d'ouvrage

Conclusion :

- Pour les demandeurs, des accords signés et payés en moins d'un an, alors qu'une procédure au fond aurait duré au minimum 5 ans compte tenu de la complexité des travaux.
- Pour la maîtrise d'ouvrage, bénéfice d'une médiation qui leur a permis de négocier, ce qu'elle ne pouvait faire sans risque compte tenu de l'importance des montants et de se libérer de 2 procès prévisibles.

Economie Finance

Alain ETIEVENT, *expert-comptable de justice près la Cour administrative d'appel de Lyon, expert honoraire près la Cour d'appel de Grenoble*

MEDIATION SUITE A LA RESILIATION D'UNE DELEGATION DE SERVICE PUBLIC

Le sujet présenté résulte d'une médiation que nous avons réalisée à la suite d'un différend important en matière économique, mais également avec une incidence non négligeable au niveau social (licenciements).

Le Département avait confié à un autocariste, une Délégation de Service Public (DSP) sur une durée de 9 ans, pour l'exploitation de plusieurs lignes régulières.

Afin de respecter les obligations prévues dans la convention, l'exploitant avait investi des montants significatifs dans l'acquisition de plusieurs cars, embauché du personnel qualifié, et pris à bail des locaux pour l'installation d'ateliers d'entretien utilisés également pour le parcage des véhicules.

Quatre ans plus tard, "*pour motif d'intérêt général*", ladite convention a fait l'objet d'une résiliation par le Département. Il s'en suit que l'autocariste a évalué le préjudice qu'il prétendait subir, montant évidemment supérieur à celui déterminé par les services du Département.

Afin de résoudre ce différend, le Département s'est prononcé pour engager un processus de Médiation avant toute action juridictionnelle. L'autocariste a donné son accord sur ce mode alternatif du conflit pour trouver une solution amiable, sachant que sur ce litige aucune expertise préalable n'était intervenue.

Ont participé au cours des réunions, le Directeur Général des Services du Département, le Responsable Administratif des Transports et deux de ses collaborateurs, ainsi qu'en plus de l'autocariste son Directeur Financier et son Avocat.

Il convient d'ajouter que le Département réclamait dans le processus de discussion une

analyse spécifique sur certaines données techniques et financières indispensables à l'appréhension de la juste valeur du préjudice subi.

Ces données techniques et financières importantes concernaient en particulier :

- L'appréciation des conditions dans lesquelles l'autocariste a exploité les lignes concédées et les moyens qui ont été nécessaires à cette exploitation (matériel, main d'œuvre, lieu d'activité, etc. ...) ;
- La gestion de l'utilisation ultérieure des moyens affectés précédemment aux lignes exploitées ;
- L'analyse des contrôlographes des véhicules (contrôle de l'utilisation après résiliation) et des contrats de location (incidence financière) ;
- La détermination des coûts liés à la reprise ou au licenciement du personnel et les surcharges de frais généraux pesant sur la gestion administrative de l'entreprise ;
- Etc. ...

En conséquence, l'estimation de l'indemnisation devait être définie sur la durée des 5 ans non exploités

- D'une part, en estimant le chiffre d'affaires non réalisé sur cette période ;
- D'autre part, en valorisant les coûts directs liés à l'activité afin d'obtenir ce qu'il est convenu d'appeler une marge permettant d'absorber les frais généraux ;
- Enfin, en déterminant les coûts et charges de structure résultant de l'exploitation des lignes.

Le différentiel de ces éléments correspond à la perte de résultat de l'entreprise suite à la résiliation de la Délégation de service Public.

Pour appréhender correctement cette indemnisation, il a été convenu de déterminer préalablement la perte de chiffre d'affaires sur les 5 années non exploitées. Chacune des parties a présenté ses méthodes de calcul avec des résultats "étonnamment éloignés".

Après 3 réunions, il a été retenu 3 méthodes (dont une proposée par le Médiateur), la moyenne étant prise en compte comme référence de perte d'activité :

- Stagnation du chiffre d'affaires évaluée à partir de la moyenne de l'activité constatée au cours des 4 années d'exploitation ;
- Estimation en fonction uniquement des kilomètres prévus par la DSP, hors kilomètres excédentaires (haut le pied, réutilisation) ;
- Evaluation de l'activité appréciée à partir de la méthode dite "*des moindres carrés*" (celle-ci détermine de manière mathématique les pourcentages d'évolution de l'activité pour une période donnée à partir de la prise en compte d'éléments antérieurs).

A la suite de ce premier accord, il devait être estimé les coûts directs engendrés par cette activité théorique pour les 5 ans à venir. Cela n'a pas posé de problème majeur pour une grande partie des charges correspondantes, le coût du carburant et du personnel de conduite étant aisément chiffrable.

Par contre, le coût du matériel a fait l'objet de discussions "particulières", chacun argumentant que la dépréciation liée aux amortissements des véhicules devait s'estimer sur des périodes d'utilisation très inégales (incidences financières non négligeables).

Ce problème n'a pu être résolu qu'en fin de médiation car chaque partie estimait lors des entretiens que cet élément était un élément majeur à un éventuel futur accord.

Le dernier point et non des moindres, relevait des coûts liés à la reprise ou au licenciement du personnel non roulant et la surcharge des frais généraux résultant de la mise en place des moyens supplémentaires pour exercer l'activité de la DSP.

Cette partie de la médiation fut la plus délicate car chacun, à partir de ses convictions propres, avançait des arguments acceptables, parfois déraisonnables, voire abscons. L'inflation des attentes réclamait de purger le problème alors que la stratégie des Médiateurs, qui n'avaient pour réflexion que l'incidence financière, se reflétait parfois dans leur démarche comportementale.

Dans une telle situation, seuls comptent l'approche, le comportement, la neutralité et la rigueur de réflexion du Médiateur, ainsi que la praxis (c'est-à-dire garder clairement dans l'action l'objectif final de la médiation) afin d'obtenir un accord consensuel volontairement accepté par les parties.

Dans cet esprit, ont été programmés des entretiens individuels et des réunions contradictoires, ce qui a permis d'aborder les sujets avec une certaine "autorégulation des esprits" pour obtenir *in fine* un accord amiable sur le montant de l'indemnisation. Cet accord a été entériné par la suite dans le cadre d'une décision en séance plénière des élus du Département.

Outre la réussite de cette difficile négociation, nous avons constaté avec satisfaction que la médiation a permis de reconstruire des liens durables entre les Médiés, ce qui s'est concrétisé par l'obtention ultérieure au profit de l'autocariste d'une autre DSP.

En définitive, cette médiation ainsi que le résultat obtenu s'inscrivent parfaitement dans la réflexion de Beaumarchais :

"La difficulté de réussir ne fait qu'ajouter à la nécessité d'entreprendre".

Santé

Daniel MALICIER, Professeur de médecine, expert inscrit près la Cour d'appel

et la Cour administrative d'appel de Lyon, expert agréé par la Cour de Cassation

Evocation des difficultés de la médiation en matière de santé

La médiation en matière administrative est difficile de manière générale, mais encore plus difficile dans le domaine de l'expertise médicale.

En effet, en matière de tribunaux administratifs, souvent est mis en cause une Responsabilité Hospitalière, soit en raison d'une mauvaise administration des soins médicaux, ou d'une mauvaise administration des soins paramédicaux.

Il s'agit donc toujours de dossiers difficiles où en règle générale les assureurs et les mis en cause ne sont pas très en faveur d'une reconnaissance d'une Responsabilité Médicale. Les uns parce qu'il s'agit d'un problème financier, pour les autres bien qu'ils soient salariés du public il s'agit, non pas d'un problème financier, car hormis les exceptionnelles fautes détachables au service, l'Administration Hospitalière prendra en charge les conséquences d'un acte médical ou paramédical défectueux, mais d'un problème d'honneur.

Enfin, lorsqu'il s'agit naturellement d'une attitude contraire aux bonnes mœurs, de la part d'un soignant (atteinte sexuelle) la médiation n'est pas la chose habituellement recherchée, mais en tout cas elle ne relèvera pas de la Juridiction administrative, mais de la Juridiction pénale et de la Juridiction disciplinaire.

Au total, la médiation, en matière de Responsabilité Médicale, peut-être quelque chose de tout à fait positif, sous réserve que ce type de solution judiciaire trouve un écho positif parmi les magistrats du Tribunal Administratif, de la Cour d'Appel Administrative et du Conseil d'Etat, mais surtout des Assureurs.

Les Procédures de médiation sont habituelles à l'Assistance Publique de Paris, mais L'Assistance Publique est son auto assureur qui veille sur l'excellence dans la réputation du CHU de Paris.

Les interventions de grande qualité faites par Monsieur le Président Le Gars, vont dans le sens de la médiation, il s'agit certainement de l'avenir, mais encore faut-il que dans la médiation le justiciable ne soit pas lésé et ceci représente la grande difficulté de cette matière.

Enfin, d'autre part, on peut toujours envisager que les Conseils puissent être mal éclairés par les médecins experts choisis comme sapiteur.

Il convient donc d'être excessivement prudent sur les possibilités pour le futur en matière de médiation dans le domaine médical, pour une faute technique simple, il y a peu de problème, les choses deviennent plus complexes lorsqu'il y a des conséquences médico-légales graves suite à un acte médical.

Aussi les choses simples peuvent relever de la médiation, les choses plus compliquées avec des séquelles définitives, on peut en douter. Il s'agit certainement cependant d'un avenir vers lequel il faudrait se tourner, mais soyons réalistes et ne croyons pas aux chimères.

La médecine est un art et n'est pas toujours une science exacte et comme en matière d'œuvres d'art, certaines cicatrices peuvent apparaître comme parfaites, d'autres tout à fait imparfaites, mais dans le corps humain, contrairement à l'art du peintre qui peint sur une toile vierge, le chirurgien n'intervient pas sur un corps toujours vierge, c'est-à-dire sans passé médico-chirurgical.

Conclusion du colloque

Jean-François MOUTTE, Président du Tribunal administratif de Lyon

Il m'appartient de conclure cet après-midi de travail.

Au risque de me répéter par rapport à l'année passée où je m'étais livré au même exercice, il me semble nécessaire de commencer encore par nous féliciter du succès rencontré par notre réunion. Ce succès est révélé par le grand nombre d'inscrits parmi les experts mais aussi par l'attention de l'auditoire. Nous devons aussi ce succès bien sûr à la grande qualité des interventions que nous avons eu le plaisir d'entendre. Il faut donc bien entendu rendre hommage à tous les intervenants pour leur contribution.

Que retenir alors de cet après-midi ?

Le sujet du colloque était ambitieux en raison de sa difficulté. Comment concilier expertise et médiation ?

La médiation est en effet abordée des deux côtés avec une certaine frilosité car elle remet en cause les schémas classiques de fonctionnement tant des magistrats que des experts.

Le juge en premier lieu qui connaît mal encore les outils de règlement alternatif, les craint parfois et, pour reprendre les termes du président Jean-Pierre JOUGUELET, ne veut pas renoncer à son imperium.

L'expert ensuite également habitué à prendre une position sur une difficulté d'ordre technique sans avoir à accorder les parties au litige.

Relevons aussi que les parties sont souvent réticentes devant la médiation, notamment les personnes publiques comme l'a rappelé Maître Serge DEYGAS.

Cette frilosité se retrouve dans le lent cheminement vers la médiation bien évoqué par les premiers intervenants. Des perspectives encourageantes restent cependant ouvertes sans nier les difficultés à lever.

Un lent et difficile cheminement vers la médiation.

Le président Régis FRAISSE a bien rappelé le cadre juridique de la médiation devant la juridiction administrative dans son propos introductif en insistant sur un trait commun que partage le médiateur avec le juge et l'expert, sa nécessaire impartialité. Il nous a aussi fait découvrir un nouvel acronyme, d'origine québécoise, SORREL. Je marquerai d'ailleurs sur ce point très précis mon désaccord avec lui. Cette belle réminiscence stendhalienne devrait

nous conduire à l'adopter au lieu du peu plaisant, voire mal sonnant, MARD, à tout le moins à Grenoble. Espérons toutefois que la médiation n'y perde pas sa tête.

L'intervention du Premier président Régis VANHASBROUCK nous a permis de faire une comparaison avec le juge judiciaire et de nous rendre compte du caractère identique des problématiques des deux ordres de juridiction.

L'encombrement de la juridiction judiciaire mais aussi la nécessité de pacification des relations sociales et de recherche d'équité contribue au développement de la médiation.

On y retrouve toutefois les mêmes difficultés que devant l'ordre administratif avec des réticences devant le recours à la médiation notamment des magistrats et le succès qui reste trop lié à des initiatives individuelles et des cultures locales. Comme devant le juge administratif une méthode de détection éprouvée et efficace est donc nécessaire. Pour reprendre ses termes, il faut un levier et il reste une « maison à construire ».

La présidente Danièle PAQUET a tracé un historique utile et complet de l'ensemble des dispositifs destinés à prévenir le contentieux et donc à éviter la saisine du juge antérieurs à la loi du 2 novembre 2016. Elle a notamment rappelé les limites de ces procédures et la timidité des juridictions sauf exception à s'en emparer. L'utilité des procédures de médiation peut en tout cas être mesurée à leur succès ; 75 % des médiations engagées réussissent devant le tribunal administratif de Grenoble chiffre très proche de celui donné auparavant par le Premier président.

La complexité des procédures et leurs ambiguïtés persistantes ont ensuite été bien rappelées par Jean-Pierre JOUGUELET. D'abord par la référence aux dispositions souvent négligées relatives à la médiation contenues dans le code des relations entre le public et l'administration qui régissent le traitement des différends avant toute procédure juridictionnelle. Ensuite parce que malgré la nouvelle rédaction du code de justice administrative qui a entendu simplifier la distinction, médiation et conciliation demeurent avec leurs spécificités. Le président JOUGUELET met aussi l'accent sur une difficulté qui sera ensuite souvent relevée ; comment passer de la mission d'expert devant respecter le contradictoire à celle de médiateur tenu à la confidentialité.

Ce médiateur doit bien sûr pour que son intervention soit efficace présenter de sérieuses garanties : de professionnalisme et déontologiques selon M. le bâtonnier Gilles Robert LOPEZ qui rappelle la nécessité notamment de l'indépendance et de l'impartialité ; garanties de formation sérieuse et approfondie selon Maître Jean-Marc ALBERT.

Attention aux charlatans de la médiation qui se présentent comme des médiateurs sans présenter aucune des garanties requises.

La nécessité d'une liste, équivalente à celle des experts, se pose donc bien.

Des perspectives encourageantes mais encore incertaines

Maître Serge DEYGAS nous redonne immédiatement espoir dans la médiation. Il a foi en elle et parle d'ailleurs un langage porteur de termes religieux ; il est converti, vise le graal et fait même référence à Jupiter. Mais la foi n'exclut évidemment pas la raison. Il insiste à juste titre sur le rôle décisif de l'avocat dans la médiation. Soit parce que l'avocat intervient directement comme médiateur, soit parce qu'il lui appartient d'accompagner ses clients dans une médiation qu'il doit d'ailleurs le cas échéant leur conseiller.

Ce même enthousiasme dans la médiation est partagé par Mme Cécile COTTIER. Elle propose un bilan coût avantage dans le choix ou non du recours à la médiation sur les différends soumis aux juridictions. Mais elle constate aussi la contradiction difficile à surmonter en évoquant également la question de l'impartialité difficile de l'expert devenu médiateur.

Comme l'a rappelé M. Jean-Marie VILMINT une expertise bien menée peut parfois se conclure par un accord entre les parties opposées.

Ainsi un expert peut être un médiateur naturel même si pour reprendre ses termes « un bon expert n'est pas forcément un bon médiateur ».

Pourtant les deux missions ont des exigences communes : règles déontologiques proches, sens du dialogue et connaissances des données, rigueur de la méthode. Mais M. VILMINT nous met aussi en garde en raison des tensions entre règles antagonistes : contradictoire dans l'expertise, confidentialité dans la médiation.

L'intervention de M. Daniel LOURD portait sur une médiation dans un litige de droit privé aux enjeux financiers et économiques forts. Le succès de la médiation en cause en révèle les avantages, notamment celui d'un dédommagement beaucoup plus rapide et bien accepté par les parties.

On retrouve les mêmes effets bénéfiques dans la médiation portant sur une délégation de service public pratiquée par M. Alain ETIEVENT.

Moins optimiste sur les possibilités de médiation est M. le professeur Daniel MALICIER dans le domaine de l'expertise médicale en raison tant de l'attitude du corps médical que des assureurs.

La question difficile sur laquelle il nous faut réfléchir est donc bien celle du passage délicat de la mission d'expert à celle de médiateur. Restons toutefois optimistes et sachons faire preuve d'imagination.

Je conclurai mon propos en faisant référence à une fable de La Fontaine portant sur la médiation, les vautours et les pigeons. J'en rappelle l'argument. Il existe un conflit entre vautours qui se combattent. Les pigeons servent de médiateurs. Mais une fois la paix ramenée, ils sont alors attaqués par les vautours. La Fontaine n'avait certainement pas envisagé notre colloque de ce jour, ni même la question de la médiation devant la juridiction administrative et sa fable me semble plus porter sur les relations internationales.

Quoiqu'il en soit et pour ne pas rester sur cette vision pessimiste du devenir des médiateurs, je précise que dans mon esprit de président du tribunal ayant recours à des médiateurs, ni les experts, ni les avocats, ni toute autre personne désignée à ce titre ne sera un « pigeon de la médiation ».

Je vous remercie de votre attention.