



Fédération Nationale des Centres de Médiation

PROJET DE LOI ET DE DECRET **ET** **OUVERTURE SUR LE DROIT COLLABORATIF**

INTRODUCTION

LA MEDIATION S'INSCRIT DANS NOTRE DROIT POSITIF

Le mouvement de la médiation est apparu en France, dans les années 1970/1980. Cette apparition est le fait de groupes divers, psychologues, juristes, communicants ayant analysé cette pratique implantée dans d'autres pays notamment dans les pays anglo-saxon et au Canada.

Elle s'est timidement mise en place dans notre pays grâce à de petites équipes de pionniers.

Dans les années 1990, une première directive européenne a conseillé aux Etats membres de faire une place dans leur législation nationale à ce processus alternatif de résolution des conflits.

Sous l'égide de la communauté européenne, un premier code de conduite européen de déontologie pour les médiateurs a été élaboré, essentiellement par l'apport du monde anglo-saxon.

La France a transcrit la directive européenne très rapidement.

Une première loi N° 95-125 du 8 Février 1995 suivie du décret du 22 Juillet 1996 a créé un nouveau chapitre dans notre Code de Procédure Civile réglementant la médiation. Notre droit positif s'est enrichi de toute une série de dispositions en matière de médiation familiale par **la loi N° 2002-305 du 4 Mars 2002** devenue l'article 373-2-10 du Code Civil, puis par **la loi N° 04 439 du 26 Mai 2004** devenue l'article 255 du Code Civil réformant le titre 6 du Code Civil ayant trait au divorce et permettant au Juge d'enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial.

Il a alors fallu modifier le Code de Procédure Civile et un **décret N° 2004-1158 du 29 Octobre 2004** a modifié les articles 1071 et 1108 du Code de Procédure Civile, relatifs aux pouvoirs du J.A.F et à la procédure de divorce.

Un règlement de la communauté européenne numéro 2001-2003 du 27 Novembre 2003 a complété le précédent règlement communautaire dans le cadre de la coopération entre les états pour faciliter la conclusion d'accords entre les titulaires de la responsabilité parentale en recourant à la médiation et de faciliter à cette fin, la coopération transfrontalière.

La médiation semble avoir subi un coup d'arrêt alors qu'elle avait été portée initialement par la profession d'avocat essentiellement en matière de médiation familiale, lors de la parution du décret 2003-1166 du 2 Décembre 2003 portant création d'un diplôme d'état de médiateur familial.

La profession dans son ensemble, déjà frileuse, vis-à-vis du processus de médiation ainsi que les Magistrats restant sur le vieux schéma de l'avocat, maître de la procédure devant les Tribunaux, ont donc laissé se développer des associations de médiateurs familiaux qui, petit à petit, ont occupé partie du terrain de la médiation familiale, bien que, à partir de 2001, la profession et notamment la Conférence des Bâtonniers, ait initié la Fédération Nationale des Centres de Médiation pour regrouper les différents centres au travers de toute la France, créés à l'instigation des barreaux, et qui comportaient de très nombreux avocats qui s'étaient formés à la médiation.

Il a fallu un évènement, à savoir **le discours de Madame le Garde des Sceaux de Janvier 2008**, qui a insisté sur l'importance des modes alternatifs de règlement des conflits, pour exposer qu'il y avait lieu de les développer et ensuite, la mise en place de la Commission **GUINCHARD** puis de la Commission **BAROA** pour que la médiation revienne au centre des débats et que petit à petit, la profession comprenne que l'avocat a de tous temps été le spécialiste des conflits et qu'il dispose de plusieurs possibilités pour parvenir au règlement de ceux-ci.

Il y a son rôle traditionnel, consistant à accompagner son client pour faire reconnaître ses prétentions par le Juge et son rôle qui était très important au XVIIème et XVIIIème siècle, celui de trouver des accords pour apaiser ou éteindre le conflit par la conciliation, la négociation, l'arbitrage ou la médiation.

C'est alors qu'une **directive européenne numéro 208-52** a enjoint aux états de développer la médiation essentiellement dans les conflits transfrontaliers, mais en filigrane, en mettant en place une procédure et des organes et en esquisant un statut du médiateur.

On doit savoir que **la communauté européenne entend, dans le cadre du programme « Stockholm », pour les années 2015 à 2020** prendre une nouvelle directive généralisant la place éminente de la médiation dans les règlements des conflits et ce, de façon générale et non plus seulement dans le cadre des conflits transfrontaliers.

Très rapidement, la loi N° 2008-561 du 17 Juin 2008 a transposé dans notre droit positif la réforme de la prescription en matière civile de l'article 2238.

On voit donc que le droit européen comme le droit positif français, ont fait un très sérieux effort pour imposer le mode anglo-saxon de la médiation dans notre droit français, heurtant en cela nos positions bien encrées issues du droit romain.

1^{ère} PARTIE :

Les deux conceptions de la place de l'avocat dans les modes alternatifs de règlement des conflits (ou des litiges)

A la fin de l'année 2008, la médiation semblait donc avoir un avenir important en France et en Europe. D'ailleurs, les chiffres malheureusement incomplets, parcellaires, montrent que le nombre de médiations a semble-t-il doublé en France entre 2008 et 2009 passant de 4000 à 8000.

La profession d'avocat voyait une nouvelle prise de conscience que la médiation était un secteur qu'il ne fallait pas abandonner. De très nombreuses formations intervenaient et les écoles d'avocats prenaient conscience qu'il était nécessaire de mettre en place des modules de formation obligatoire au sein du cursus et des formations dans le cadre de la formation permanente des avocats.

Petit à petit, les tribunaux ont décidé de s'adresser aux centres de médiation essentiellement pour tester le processus qu'ils ne connaissaient pas beaucoup malgré l'intensive campagne faite par le groupement des magistrats pour la médiation (GEMME) et le travail qu'il effectuait au sein de l'ENM.

La médiation est un processus structuré, reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants qui, volontairement, avec l'aide d'un tiers neutre, impartial, indépendant et sans pouvoir décisionnel ou consultatif favorise par des entretiens confidentiels, l'établissement ou le rétablissement des liens, la prévention ou le règlement des conflits.

La médiation, c'est donc un triangle avec un tiers impartial et neutre.

Ce tiers doit être formé, car les techniques de la médiation ne s'improvisent pas. Toute une série d'enseignements sur le plan de la psychologie, de la sociologie, de l'écoute doivent être assimilés et des techniques permettant le déroulement des entretiens de médiation doivent être maintes et maintes fois répétées et analysées.

Dans le cadre de la médiation, le médiateur peut venir de tous les horizons.

La seule condition est qu'il ait subi une formation sérieuse et qu'il ait une pratique suffisante avec une analyse de celle-ci et une formation permanente.

Cependant, comme l'avait parfaitement compris les fondateurs de la Fédération, les avocats sont d'excellents médiateurs parce qu'ils ont trois avantages sur les autres professionnels :

- 1) Ils ont une connaissance du droit qui leur évite de trouver des accords entre les parties qui seraient contraires au droit et notamment en matière d'état.
- 2) Ils disposent d'une déontologie et connaissent parfaitement la neutralité, la confidentialité, la responsabilité.
- 3) Enfin, ils connaissent le conflit et ils ont toujours su comment, petit à petit, amener à des solutions qui permettent de le poser ou de le résoudre.

La profession, qui a toujours été très craintive et rétive vis-à-vis de la médiation, ayant peur que des pans de l'activité des avocats ne leur échappent, n'a pas compris qu'il est nécessaire, au contraire, que la profession s'investisse, que nombre d'avocats soient des médiateurs, et que l'on puisse faire naturellement appel à eux.

On rappellera que dans certains pays, pour être médiateur, il faut obligatoirement être avocat.

Que dans d'autres, notamment en Angleterre, en Belgique, on constate que ce sont essentiellement les barreaux qui ont formé des médiateurs et qui exercent en cette qualité.

Le droit collaboratif, quant à lui, est né de l'autre côté de l'Atlantique, aux Etats Unis et au Canada. Il ne correspond pas à la solution triangulaire mettant en scène une personne neutre accoucheur d'une solution au conflit.

Il y a là une simple vision binaire.

Les conseils des parties passent un pacte, lequel identifie les points de désaccord et délimite le champ de la discussion et de la négociation qui doit aboutir à un accord pour régler le conflit.

Il s'agit d'une procédure ouverte où il peut être fait appel à des experts de tout poil, des spécialistes des relations humaines, etc...

On peut d'ailleurs, ce qui a toujours été suggéré notamment par la Fédération Nationale des Centres de Médiation, que des médiateurs puissent intervenir en cas de blocage sur un des points litigieux permettant ainsi de débloquer une situation qui permettra de régler dans le cadre du droit collaboratif, d'autres solutions.

Quelques esprits éclairés, après avoir analysé ce type de processus, tentent de l'imposer en France. Pour eux, il a l'avantage de ne pas heurter l'ensemble de la profession d'avocat et de garder à cette profession, grâce au processus collaboratif, l'intégralité des conflits sans qu'ils soient traités en dehors de la profession, par un tiers comme dans la médiation.

Cependant, la profession, si elle s'est inspirée du droit collaboratif anglo-saxon, a élaboré une variante dont un élément capital change totalement sa nature.

Dans le droit collaboratif, tel que pratiqué aux Etats Unis et au Canada, les conseils des parties, lorsque le processus échoue et qu'aucun accord ne peut intervenir, doivent impérativement se dessaisir du dossier et de leurs clients. L'affaire ira pour être jugée devant le Tribunal et les parties seront assistées et représentées par d'autres conseils.

Le projet de loi dite « Loi BETEILLE » qui a été déposé au Sénat le 11 février 2009 et adopté, a quant à lui voulu qu'en cas d'échec, les conseils qui ont participé au processus collaboratif, conservent leurs clients et viennent ensuite plaider.

Cela soulève quelques problèmes d'ordre déontologique à l'égard des clients. Il suffit de constater le mal être d'un avocat plaidant devant une juridiction, sur l'interprétation d'un contrat qu'il a lui-même rédigé. Cependant, tel que formulé dans le projet de loi BETEILLE, il est à l'évidence que la négociation participative issue du droit collaboratif est séduisante pour la profession d'avocat, essentiellement pour son rôle de conseil.

Les Avocats ont le sentiment de faire ce qu'ils ont toujours fait de tout temps, savoir mener des négociations dans l'intérêt de leurs clients, en dehors des juridictions, et ne pas les perdre,

On est donc en présence de deux notions qui s'affrontent au sein de la profession d'avocat.

D'un côté, ceux qui sont des avocats traditionnels, qui acceptent petit à petit la médiation bien que frileux face à un tel processus, mais qui, finalement, comprendront que s'ils investissent celui-ci, ils permettront de conserver le potentiel de notre ensemble professionnel.

D'un autre côté, les tenants du processus de négociation assistée par avocat, issu du droit collaboratif, qui enthousiasme les avocats issus du monde du conseil, lesquels, souvent, n'ont que faire des juridictions.

2^{ème} PARTIE

L'état actuel de l'évolution des modes alternatifs des règlements des litiges.

A — L'Europe et l'Etat Français vont dans le sens du développement de la médiation classique.

On constate que l'Europe veut développer ce mode de résolution des conflits. Le programme Stockholm a donc prévu une directive européenne généralisant la mise en place structurée d'un mouvement de la médiation sur l'ensemble des 27 pays de la Communauté Européenne.

Quant à l'Etat Français, il veut développer la médiation classique.

On en veut pour preuve le projet de loi et le projet de décret qui vont très rapidement rentrer en application.

Un projet de loi a été adopté en Conseil des Ministres et déposé le 3 mars 2010 au Sénat sous le n° 344 : il est relatif à la REPARTITION DES CONTENTIEUX ET A L'ALLEGEMENT DE CERTAINES PROCEDURES JURIDICTIONNELLES. Il prévoit, dans son article 15 d'instaurer à titre expérimental jusqu'en 2013, la tentative de médiation obligatoire à peine d'irrecevabilité pour les procédures récurrentes demandées dans le cadre des travaux de la Commission GUINCHARD.

Un certain nombre de Tribunaux de Grande Instance choisis et désignés par arrêté du Garde des Sceaux, vont permettre d'expérimenter des procédures dérogatoires à l'article 373-2-13 du Code Civil et prévoyant :

« À titre expérimental et jusqu'au 31 décembre de la troisième année suivant celle de la publication de la présente loi, dans les tribunaux de grande instance déterminés par un arrêté du garde des sceaux, les dispositions suivantes sont applicables, par dérogation à l'article 373-2-13 du code civil.

Les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi que les dispositions contenues dans la convention homologuée peuvent être modifiées à tout moment par le juge, à la demande du ou des parents ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non.

Toutefois, à peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation familiale, sauf :

1° Si les parents sollicitent conjointement l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil ;

2° Si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime.»

Il est prévu qu'ensuite, une évaluation sera effectuée par le Gouvernement et transmise au Parlement.

Dans l'étude d'impact du projet de loi, le Gouvernement et les services de la Chancellerie ont considéré que cette « ...mesure innovante devait permettre aux parents, de renouer le dialogue afin de favoriser les accords et limiter l'intervention judiciaire ou situation réellement conflictuelle ».

On note que dans cette étude d'impact, il est rappelé que plusieurs pays européens ont également fait choix d'une expérimentation préalable en matière de médiation familiale avant d'en généraliser sa pratique. C'est le cas du Portugal, des Pays Bas, de l'Espagne, de l'Italie et de la Suisse qui ont prévu des points de rencontres familiales, saisies par le Juge où sont pratiquées les médiations.

Un deuxième texte va être prochainement mis en place il s'agit d'un projet de décret réformant les dispositions de l'article R 213-12-1 du Code de l'Organisation Judiciaire. Ce projet de décret semble correspondre au point 1 de la proposition N° 49 contenue dans le rapport GUINCHARD.

Le projet de nouvel article R 213-12-1 prévoit :

« Le Président du TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE désigne, après avis de l'assemblée générale des magistrats du Siège, un Magistrat dénommé « Magistrat coordonnateur des activités en matière de famille, de mineur et de tutelle ». Ce Magistrat assure la coordination de l'activité des Magistrats du ressort du TRIBUNAL en matière de droit de la famille et des personnes. Il établit un rapport annuel qu'il transmet au Président qui le communique au Premier Président de la Cour d'Appel et aux Instances concernées ».

Ce même décret prévoit encore de consolider la pratique de la **double convocation** qui conduit le Juge d'enjoindre les parties de rencontrer un médiateur familial dès qu'il est saisi du litige et donc avant l'audience, en l'expérimentant dans certains Tribunaux de Grande Instance sélectionnés par arrêté du Garde des Sceaux.

Il est donc prévu que le **Magistrat coordonnateur** sera chargé de dresser la liste des médiateurs, de mettre en place la double convocation et de veiller à l'injonction des parties de rencontrer un médiateur familial.

On constate donc que tant l'Europe que l'Etat Français mettent en place les outils du droit positif permettant de développer la médiation judiciaire.

B — La profession d'avocat, quant à elle, privilégie le droit collaboratif et sa variante française, la négociation assistée par avocat.

Cette volonté, qui s'exprime au sein du CNB, s'est traduite par le projet de loi BETEILLE qui a été approuvé par le Sénat, mais se trouve actuellement bloquée à l'Assemblée Nationale.

On constate ainsi que la profession privilégie essentiellement une solution qui doit s'appliquer avant tout au droit des affaires et au droit social.

C/ - Les suggestions de la FNCM

Voilà près de dix années que la Fédération réfléchit à la manière de mettre en place un véritable « **réseau** » de médiateurs avec le concours des centres créés par les Bâtonniers dans la plupart des ressorts de nos Tribunaux de Grande Instance.

C'est la mission que lui avait prescrit la Conférence des Bâtonniers, à l'instigation des ses fondateurs, Michel BENICHOU et Andréanne SACAZE.

Il s'agissait de convaincre les avocats de l'utilité d'avoir une activité complémentaire de celle de conseil,

- en se formant à la médiation dans un premier temps,
- puis en suscitant des vocations parmi ces mêmes avocats ayant découvert la richesse des outils de la médiation,
- en stimulant une formation continue, dédiée aux techniques spécifiques à la médiation,
- et en contribuant ainsi à offrir une véritable qualité de service qui devrait pouvoir être appréciée par les Juges et les clients, dans cet art de recréer le lien entre des parties qu'un conflit oppose.

S'il on ajoute à tout cela les avantages naturels que tout avocat possède sur d'autres médiateurs, issus d'autres origines professionnelles, et tirés de sa connaissance du droit, de son expérience du conflit, le tout garanti par une déontologie traditionnelle, les avocats doivent comprendre qu'ils disposent de tous les atouts pour séduire les prescripteurs de médiation.

Il leur manque aujourd'hui la reconnaissance des efforts qu'ils ont déployés pour acquérir une qualification dans cette technique de la médiation.

La FNCM a su réunir la quasi-totalité du monde de la médiation autour d'un projet fondateur : la création d'un **CODE NATIONAL DE DEONTOLOGIE DES MEDIATEURS**, applicable dans toute la France, et qui pourra servir de base à la discussion d'un code européen.

La FNCM a mis en place un **modèle type de formation en trois étapes** et des modèles de formation continue.

La FNCM a créé un **LIVRET INDIVIDUEL DES MEDIATEURS** permettant de suivre les formations de ses membres.

La FNCM a lancé l'idée d'un **Annuaire** dont le premier exemplaire a vu le jour en 2009. Il sera réédité en 2010 et il a pour objectif de constituer la **liste des professionnels agréés par les centres constitués sous l'égide des Bâtonniers ou de leurs délégués**.

La FNCM PRECONISE des mesures qui viendront compléter le dispositif qui s'inscrit dans le devenir très proche de notre droit positif :

- désigner auprès des juridictions, et aux côtés du futur JUGE COORDONNATEUR, un **AVOCAT REFERENT** en matière de médiation, lequel devra être le responsable du centre de médiation créé auprès de chaque TGI.
- autoriser chaque médiateur agréé par les centres adhérents à la FNCM à apposer sur en tête de son papier à lettre le titre de «**MEDIATEUR AGREE PAR LA F.N.C.M** » **suivi du logo de la fédération**

Grâce à ces mesures, la profession procurera à ceux qui ont investis depuis des années dans l'acquisition d'une véritable expérience professionnelle les moyens d'être reconnus par les Juges prescripteurs de médiation par l'effet de la loi.

CONCLUSION

Les deux processus ont une parfaite complémentarité.

On note que la médiation est liée à l'activité traditionnelle de l'avocat. Elle privilégie le rôle du Juge et fait choix de résoudre le conflit qui lui est soumis avec l'outil de la médiation judiciaire qui est en son pouvoir.

Le Juge contrôle le processus qui émane de lui.

On constate donc que **les réformes mises en place par la Commission européenne et l'Etat Français** vont dans un sens extrêmement précis : **cantonner le mode alternatif de règlement des conflits au seul processus contrôlé par le Juge, et donc, structuré par le pouvoir judiciaire.**

En revanche

la profession d'avocat quant à elle, tente bien en amont, de trouver une solution au règlement des conflits, sans qu'il soit nécessaire que le Juge intervienne.

La NEGOCIATION ASSISTEE PAR AVOCAT, issue du droit collaboratif, a pour unique objectif de maintenir le conflit entre les seules mains des avocats et il correspond au rôle dévolu à la médiation conventionnelle.

Il apparaît ainsi que ces deux processus se complètent, l'un correspondant à la tentative de règlement d'un conflit bien avant toute saisine d'une juridiction, l'autre étant un processus situé au coeur de la procédure classique et constituant un mode alternatif de règlement du conflit, entre les mains du Juge, faisant appel à des auxiliaires.

Les deux procédures ne sont pas antinomiques, et que tout au contraire, elles sont parfaitement complémentaires.

Leur complémentarité se retrouve au niveau des acteurs, avec le rôle très important que jouent les avocats dans les deux processus.

Elle se trouve au niveau de la formation. En effet, ne s'intitule pas négociateur qui veut. Il faut une formation minimum avec un certain bagage psychologique. Des formations communes ou tout au moins, avec un tronc commun, doivent exister.

Les deux processus, s'ils interviennent à des moments différents, peuvent se rejoindre de façon croisée. En effet, rien n'empêche, dans le cadre du processus collaboratif, de faire appel à des tiers, experts, fiscalistes, etc... et notamment pour résoudre des points d'achoppement très définis. La présence d'un tiers médiateur peut être particulièrement utile.

Cette complémentarité doit s'affirmer et se développer. Elle permet ainsi à la profession d'Avocat de se trouver au coeur de ces dispositifs, ce qui apparaît comme étant essentiel pour son avenir.

Bâtonnier Michel DEALBERTI

Président de la Fédération Nationale des Centres de Médiation
CLERMONT FERRAND, le 30 AVRIL 2010