

Contentieux
émergentPremière
application

MÉDIATION 1236

Inscription sur les listes de médiateurs À la recherche des critères

Par quatre décisions du 27 septembre 2018, la Cour de cassation traite des premiers contentieux relatifs aux décisions de refus d'inscription sur les listes de médiateurs près les cours d'appel. Elle y précise qu'il n'est pas possible d'ajouter aux conditions légales pour exiger un diplôme ou une proximité géographique. La marge d'appréciation des cours d'appel est limitée à l'appréciation des conditions légales, ce qui valide les refus fondés sur une formation trop récente. Malgré ces précisions, c'est le principe même des listes et des critères d'inscription qui se révèle défectueux.

Cass. 2^e civ., 27 sept. 2018,
n° 18-60.091, P+B : Juris-
Data n° 2018-016687

Cass. 2^e civ., 27 sept. 2018,
n° 18-60.132, P+B+I : Juris-
Data n° 2018-016689

Cass. 2^e civ., 27 sept. 2018,
n° 18-60.115, inédit

Cass. 2^e civ., 27 sept. 2018,
n° 18-60.116, inédit



SORAYA AMRANI-MEKKI, professeure agrégée à l'université de Paris Nanterre, membre du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique, Axe Justice judiciaire, amiable et numérique

Par quatre arrêts du 27 septembre 2018 (n° 18-60.091 et 18-60.132 : *JurisData* n° 2018-016687 et 2018-016689. - n° 18-60.115 et 18-60.116, inédits), la 2^e chambre civile de la Cour de cassation fournit les premières indications sur les critères d'inscription sur les listes de médiateur près les cours d'appel. Parfaitement orthodoxes, ces décisions laissent cependant dans l'embarras car la marge de manœuvre des cours d'appel est restreinte et l'opportunité de devoir s'inscrire auprès de toutes celles où l'on souhaite exercer douteuse.

Pour comprendre la difficulté posée par ces listes, il convient de revenir à l'origine de leur consécration légale. Le Gouvernement met en place une politique volontariste de développement des modes amiables. Face à une « codification promotion » qui a vu se développer les modes amiables de manière inversement proportionnelle au nombre de textes les réglementant (S. Amrani-Mekki, *La codification de l'amiable in Quarantième anniversaire du Code de procédure civile*

(1975-2015), *C. Puigelier et I. Pétel-Teyssier (dir.)* : éd. Panthéon Assas, 2016, p. 97 et s.), il est devenu nécessaire de comprendre les raisons de blocage pour y mettre fin. Or, l'un des freins identifié serait la réticence des prescripteurs de médiation, en l'occurrence les juges, face à la prolifération de médiateurs autoproposés ou formés dans des conditions extrêmement variables selon les professions d'origine ou encore l'institut de formation. Afin de rassurer les magistrats

qui ne souhaitent légitimement pas abdiquer leur pouvoir de juger au profit du développement d'un marché de l'amiable non réglementé, il est apparu nécessaire de fournir aux magistrats des listes de médiateurs soumis à un minimum de contrôle.

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a ainsi instauré le principe de listes de médiateurs près les cours d'appel (L. n° 95-125, 8 févr. 1995, art. 22-1, A, créé ; L. n° 2016-1547, art. 8) ce qui, en pratique, commençait déjà à se faire mais à un rythme très différent selon les cours d'appel. La liste est établie pour trois ans, renouvelable intégralement sur demande et est mise à disposition du public par tous moyens. Souhaitant conserver l'équilibre entre liberté offerte par le mode amiable et sécurité assurée aux professionnels de la justice, les listes n'ont été conçues que « pour l'information des

juges ». Malgré tout, les débats ont été mouvementés sur les conditions de leur élaboration, ce qui a retardé la parution du décret d'application n° 2017-1457 du 9 octobre 2017, complété d'une dépêche du 8 février 2018 (n° SG-18-005/05.02.2018). Le décret prévoit la procédure d'inscription (candidature par LRAR, recevabilité traitée par le magistrat coordinateur, vote de l'assemblée générale ou de la commission restreinte par délégation).

Les premières listes de médiateurs près les cours d'appels ont été établies et avec elles, les premières décisions de refus sont apparues, suscitant des recours devant la 2^e chambre civile de la Cour de cassation. Deux recours contre un refus d'inscription ont donné l'occasion à la 2^e chambre civile de la Cour de cassation de se prononcer par arrêts publiés au bulletin. Le premier refus était motivé par l'absence de diplôme du médiateur candidat à l'inscription. Le second était plus détaillé et doublement motivé par l'assemblée générale des magistrats du siège de la cour d'appel de Lyon retenant « une méconnaissance du contexte local et un surcoût de la médiation du fait de l'éloignement géographique » (CA Lyon, 16 mars 2018). Annulant les deux décisions de refus d'inscription, la Haute juridiction rappelle le caractère minimaliste des conditions légales (1). Par deux autres décisions du même jour, non publiées, elle valide des refus fondés sur l'appréciation des critères légaux qui ne clarifient cependant pas suffisamment la marge d'appréciation des cours (2).

1. Rappel des conditions minimales

Faisant nécessairement penser aux listes d'experts judiciaires, la crainte exprimée par les médiateurs concernait le risque d'institutionnalisation du statut de médiateur (*S. Amrani-Mekki, L'institutionnalisation des modes amiables in Les chimères de l'alternativité, Regards croisés sur les modes alternatifs de règlement des conflits (Droit, Histoire, Anthropologie)*, S. Amrani-Mekki, G. Davy, S. Kerneis et M. Roccati (dir.) : *Mare et Martin*, 2018, p. 135 et s.). C'est ce qui a notamment justifié des querelles sur le qualificatif de médiateur judiciaire un temps proposé qui aurait pu briser l'unité avec le médiateur conventionnel. La loi J21 (L. n° 2016-1547) s'est contentée de poser le principe de listes de médiateurs pour l'information des juges, autrement dit, non obligatoires.

Le décret n° 2017-1457 a ainsi été très peu exigeant quant aux conditions d'inscription, en posant des critères minimalistes de désignation des médiateurs avec renvoi aux conditions figurant d'ores et déjà dans le Code de procédure civile (CPC, art. 131-5).

Ainsi, hormis les exigences légales propres à certains domaines (D. n° 2015-1382, 30 oct. 2015, relatif à la médiation des litiges de consommation : JO 31 oct. 2015, texte n° 42. – D. n° 2015-1607, 7 déc. 2015, relatif aux conditions de désignation des médiateurs d'entreprises : JO 9 déc. 2015, texte n° 66), le candidat à l'inscription ne doit pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire. Complétant cette exigence, il ne doit pas non plus avoir été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux

bonnes mœurs. L'article 2, 3°, du décret n° 2017-1457 exige quant à lui la justification d'une formation ou d'une expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation sans spécifier l'intensité de l'une ou de l'autre.

Les listes se veulent souples puisque facultatives et proches des magistrats du ressort. C'est pourquoi les médiateurs doivent demander leur inscription sur les listes de chaque cour d'appel où ils souhaitent officier.

En pratique, les cours d'appel ont parfois repris les listes officieuses préexistantes, parfois réfléchi à l'élaboration de critères dans le cadre d'Unités de médiation judiciaire. Il en est ressorti des critères non harmonisés entre cours dont il découle des décisions d'acceptation ou de refus d'inscription sans cohérence nationale. Pour connaître les critères choisis, il convient de consulter les sites internet des différentes cours d'appel.

On est donc assez loin en pratique des préconisations de la dépêche du 8 février 2018 qui proposait une sorte de mutualisation du traitement des demandes par l'intermédiaire du SADJAV pour gagner du temps comme pour éviter des divergences : « si chaque cour reste souveraine quant à l'établissement de sa liste, il paraît souhaitable, afin d'éviter une charge inutile de travail ainsi que des appréciations divergentes, de prendre attache, au moment de l'instruction de la candidature, avec la (les) cour(s) d'appel(s) dans laquelle (lesquelles) une candidature a été déposée, voire celle(s) où la personne est déjà inscrite » (Dépêche, préc. p. 3).

Certains cours d'appels exigent un diplôme là où d'autres se contentent d'une formation mais dont le nombre d'heures peut varier selon les ressorts. D'autres

encore demandent à ce que le formulaire d'inscription indique le nombre de médiations d'ores et déjà pratiquées pour renseigner le critère d'expérience de la médiation. Cependant, cela ne peut reposer que sur un système déclaratif incontrôlable en pratique pour les médiations conventionnelles. Pour les médiations judiciaires, il est demandé d'indiquer le nom du magistrat ayant ordonné la médiation. Cette information suscite évidemment l'inquiétude des *primo* arrivant sur le marché de la médiation judiciaire.

Dans l'un des arrêts du 27 septembre 2018 (n° 18-60.091), le refus d'inscription concernait l'exigence de diplôme, assurément non imposé par la loi. Le texte de la dépêche du 8 février 2018 était même particulièrement net à ce sujet : « l'activité de médiation n'est pas subordonnée(e) à la détention d'un quelconque diplôme » (Dépêche, p. 4). Même en matière familiale, le diplôme d'État (A. 19 mars 2012, relatif au diplôme d'État de médiateur familial : JO 29 mars 2012, texte n° 51) n'est pas exigé pour être inscrit sur la liste des médiateurs familiaux. Il ne l'est que pour la prise en charge financière par la caisse d'allocations familiales. Il n'existe d'ailleurs pas encore suffisamment de formations diplômantes sur le territoire et la plupart ne font pas passer d'examens permettant de valider l'acquis des connaissances et des pratiques. La solution s'imposait qui suppose de bien distinguer formation et diplôme.

Dans un autre arrêt du 27 septembre 2018 (n° 18-60.132), le refus était plus circonspect et visait l'opportunité d'inscrire un médiateur éloigné géographiquement. La motivation était étouffée car elle se fondait sur le surcoût pour les parties et l'absence de connaissance du contexte local. Elle ne pouvait pour autant pas convaincre.

LA COUR - (...)

pourvoi n° 18-60.091

V. JCP G 2018, prat. 1063

Vu l'article 2, 3°, du décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel ;

- Attendu que Mme M. a sollicité son inscription sur la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel de Besançon ; que, par décision de l'assemblée générale des magistrats du siège de cette cour d'appel en date du 27 novembre 2017, sa demande a été rejetée ; que Mme M. a formé un recours contre cette décision ;
- Attendu que l'assemblée générale des magistrats du siège a rejeté la demande au motif que Mme M. ne justifiait pas d'un diplôme ;

• Qu'en statuant ainsi alors qu'il n'est pas exigé du candidat un diplôme, mais la justification d'une formation ou d'une expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation, l'assemblée générale des magistrats du siège a violé le texte susvisé ;

D'où il suit que la décision de cette assemblée générale doit être annulée en ce qui concerne Mme M. ;

Par ces motifs :

- Annule la décision de l'assemblée générale des magistrats du siège de la cour d'appel de Besançon en date du 27 novembre 2017 en ce qu'elle a refusé l'inscription de Mme M. sur la liste des médiateurs ; (...)

Mme Flise, prés., Mme Maunand, cons.-rapp., Mme Brouard-Gallet, cons.-doy., M. Girard, av. gén.

D'abord, parce que la loi a expressément prévu la possibilité d'une inscription sur plusieurs ressorts. Ensuite, parce qu'il y a là une question d'opportunité. La tension créée autour d'un litige potentiellement médiatique peut justifier l'intérêt de choisir un tiers distant des parties et du contexte. En outre, la connaissance du contexte local n'est pas une condition et est, à vrai dire, difficile à comprendre au regard de l'objet de la médiation. Le contexte local n'est pas le contexte juridique ni le contexte du litige et on peine à en comprendre le sens.

Ces décisions orthodoxes et cohérentes de la Cour de cassation rappellent la loi et l'impossibilité d'ajouter aux critères légaux. Elles restreignent la manœuvre des cours d'appel à l'appréciation du seul critère subjectif – la formation ou l'expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation – qui a donné lieu à deux décisions non publiées car nécessairement d'espèce.

2. Querelle sur les conditions spécifiques

Les cours d'appel ont pour seule marge de manœuvre l'appréciation de la formation ou de l'expérience. Afin d'en connaître, les magistrats coordonnateurs se fondent sur des formulaires d'inscription dont la dépêche du 8 février 2018 fournit un modèle (V. *annexe 2*). Y figure ainsi la mention du nombre de médiations judiciaires et conventionnelles réalisées les trois dernières années.

Deux décisions font état de refus d'inscription validés par la Cour de cassation car portant sur ces seuls points. Dans le premier cas (n° 18-60.115), la Cour de cassation précise qu'il n'y a pas d'erreur manifeste d'appréciation dans le rejet d'une demande d'inscription d'un candidat muni « d'un certificat EPMN d'aptitude à la profession de médiateur obtenu très récemment (2016) » et justifiant « d'une pratique insuffisante de la médiation ». Il convient de préciser que l'arrêt n'est pas publié car il s'agit d'un contrôle léger de la motivation de la décision de refus.

Dans un autre arrêt, c'est encore la formation trop récente mais cette fois-ci doublée de l'absence de pratique qui a justifié le refus (n° 18-60.116). En l'espèce, le candidat était titulaire d'un Master 2 MARL depuis 2017 et de la première partie d'un diplôme universitaire obtenu en 2016. Le recours contre la décision de refus se fondait sur l'absence d'exigence expresse d'une ancienneté de la formation. Cette exigence, qui peut se comprendre par la volonté de mesurer « l'aptitude à la médiation », conduit à mêler les deux conditions présentées comme alternatives : la formation OU l'expérience. On pourrait en effet déduire de la solution qu'à défaut de pratique, un diplôme de moins de deux ans ne suffit pas. En cas d'absence de pratique, faudra-t-il attendre que la formation soit plus ancienne pour pouvoir enfin exercer ? Sachant que la formation est pratique et vise le plus souvent, par des jeux de rôle à se mettre en situation, son ancienneté n'est pas gage de qualité, bien au contraire.

Les formations continues et partages d'expérience auxquels s'astreignent certains médiateurs en témoignent. Autrement dit, on peut se demander si cela ne conduit pas mécaniquement à exiger formation ET expérience, laquelle sera d'autant plus difficile à acquérir que le médiateur ne sera pas inscrit sur une liste.

Il s'agit pourtant là de la seule souplesse accordée aux cours d'appel : apprécier ce qui peut attester de l'aptitude à pratiquer la fonction de médiateur. On comprend alors que les cours d'appel aient exigé des nombres d'heures de formation ou de médiation réalisées. Elles pourraient peut-être aller jusqu'à exiger un pourcentage de formation théorique et/ou pratique même s'il serait étonnant qu'on exige plus ou moins à Versailles qu'à Aix-en-Provence par exemple.

À défaut de laisser une marge de manœuvre aux magistrats coordonnateurs, le risque est implicitement et concrètement de faire des listes nationales dupliquées devant les cours d'appel dont le nombre d'inscrits ne varierait qu'en fonction des demandes. Il faut donc laisser la possibilité aux juridictions d'apprécier les critères mais cela ne peut se faire sans lignes directrices car on constate malheureusement aujourd'hui que des candidats à l'inscription ont reçu des réponses variées selon les cours d'appel. C'est d'ailleurs pour éviter cela que la dépêche du 8 février 2018 avait prévu un mécanisme d'harmonisation. Ainsi, bien que partant du postulat de la souveraineté des cours d'appel dans l'établissement des listes, elle suggérait que

LA COUR - (...)

pourvoi n° 18-60.132

Vu l'article 2 du décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel ;

- Attendu qu'une personne physique ne peut être inscrite sur la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel que si elle réunit, indépendamment de celles requises par des dispositions propres à certains domaines particuliers et de celles spécialement prévues à l'article 131-5 du code de procédure civile pour l'exécution d'une mesure de médiation, les conditions suivantes :

- 1/ Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire ;
- 2/ Ne pas avoir été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes moeurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ;
- 3/ Justifier d'une formation ou d'une expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation ;

- Attendu que Mme L. a sollicité son inscription sur la liste des médiateurs judiciaires auprès de la cour d'appel de Lyon ; que par décision du 16 mars 2018, l'assemblée générale des magistrats du siège de cette cour d'appel a rejeté sa demande ; que Mme L. a formé un recours contre cette décision ;

- Attendu que pour rejeter la demande de Mme L., l'assemblée générale des magistrats du siège de la cour d'appel retient une méconnaissance du contexte local et un surcroît de la médiation du fait de l'éloignement géographique ;

- Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs tirés de critères étrangers au texte susvisé, l'assemblée générale a méconnu ce dernier ; D'où il suit que la décision de cette assemblée générale doit être annulée en ce qui concerne Mme L. ;

Par ces motifs :

- Annule la décision de l'assemblée générale des magistrats du siège de la cour d'appel de Lyon en date du 16 mars 2018, en ce qu'elle a refusé l'inscription de Mme L. ; (...)

Mme Flise, prés., Mme Dumas, cons.-réf.-rapp., M. Sommer, cons., Mme Vassallo, av. gén.

pour éviter une charge de travail inutile « ainsi que des appréciations divergentes » (...), la possibilité de « suivre la position précédemment adoptée » par une autre cour (*Dépêche*, p. 3). Outre la contradiction apparente entre souveraineté et suivi de position précédente, le fait est qu'il ne semble pas qu'un tel mécanisme ait été mis en place.

Cette difficulté n'est pas propre aux jurisdictions. La profession d'avocat a elle aussi tenté de rassurer sur la qualité des avocats médiateurs en créant le Centre national des médiateurs avocats. L'article 6.3.1 du règlement intérieur national de la profession d'avocats (RIN) disposait d'ailleurs que « l'avocat peut (...) également être investi d'une mission de professionnel qualifié, d'arbitre, d'expert, de médiateur (...) dont il peut faire état dès lors qu'il est référencé auprès du Centre national de médiation des avocats (CNMA) » (souligné par nous). L'avocat ne pouvait se prévaloir de sa qualité de médiateur qu'à la condition d'être référencé auprès du CNMA, ce que le Conseil d'État vient de censurer en considérant que « Le Conseil national des barreaux ne peut légalement fixer des prescriptions nouvelles qui mettraient en cause

la liberté d'exercice de la profession d'avocat ou les règles essentielles qui la régissent et qui n'auraient aucun fondement dans les règles législatives ou dans celles fixées par les décrets en Conseil d'Etat prévus par l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971, ou ne seraient pas une conséquence nécessaire d'une règle figurant au nombre des traditions de la profession ». (CE, 25 oct. 2018, n° 411373, cons. 3 : *JurisData* n° 2018-018540).

Tant que le législateur n'aura pas pris de texte clair sur le médiateur, les initiatives particulières butent sur la liberté d'entreprendre une fonction non réglementée. C'est la raison pour laquelle la proposition de passer le Rubicon et de créer un véritable statut du médiateur a déjà été formulée. Elle n'est pas sans poser de difficultés en ce qu'elle marquerait une rupture d'unité entre médiateur judiciaire et médiateur conventionnel. Elle impliquerait aussi une nécessaire réflexion sur la distinction persistante avec le statut de conciliateur de justice.

L'instauration en ce sens d'un conseil national de la médiation a déjà été préconisée qui pourrait, au-delà de la seule question de l'inscription, harmoniser les

pratiques (Le collectif Médiation 21). Elle nous semble encore trop timorée. Il est devenu aujourd'hui nécessaire d'accompagner plus globalement le passage vers une justice amiable à l'aide d'une structure s'intéressant aux différents modes amiables (médiation, conciliation procédure participative, processus collaboratif) et à leurs acteurs, professionnels du droit (magistrats, avocats, notaires, huissiers) et désormais du numérique. Au-delà de la seule question des listes, et des déontologies qui sont essentielles, c'est un suivi global et cohérent des modes amiables qui est désormais indispensable.

Textes : D. n° 2017-1457, 9 oct. 2017, art. 2 ; CPC, art. 131-5

Encyclopédie : Procédures Formulaire, V° Médiation, Fasc. 10, par Hervé Croze ; Procédure civile, Fasc. 1000, par Marcel Foulon et Yves Strickler

Autres publications LexisNexis : Fiche pratique n° 4072 : Exercer l'activité de médiateur, par Christine Valès et Gabriele Mecarelli

LA COUR - (...)

pourvoi n° 18-60.115

- Attendu que M. J. a sollicité son inscription sur la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel de Bordeaux ; que, par décision de l'assemblée générale des magistrats du siège de cette cour d'appel du 22 novembre 2017, sa demande a été rejetée en raison d'un certificat EPMN d'aptitude à la profession de médiateur obtenu très récemment (2016) et d'une pratique insuffisante de la médiation ; que M. J. a formé un recours contre cette décision ;

- Attendu que M. J. expose au soutien de son recours que l'assemblée générale, qui n'a pas expliqué en quoi sa pratique de la médiation était insuffisante pour l'exercice de missions judiciaires d'expertises ni dans quelle mesure sa formation était trop récente, n'a pas motivé sa décision de rejeter sa candidature ; qu'il ajoute qu'il réalise des médiations dans des entreprises, participe à des foires internationales et intervient auprès des mairies des différentes communes de Gironde depuis bientôt trois ans ;

- Mais attendu que c'est par des motifs exempts d'erreur manifeste d'appréciation que l'assemblée générale a décidé, par une décision motivée, de ne pas inscrire M. J. sur la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel ;

D'où il suit que le grief ne peut être accueilli ;

Par ces motifs :

- Rejette le recours (...)

Mme Flise, prés., Mme Lemoine, cons.-réf.-rapp., Mme Brouard-Gallet, cons.-doy., M. Girard, av. gén.

LA COUR - (...)

pourvoi n° 18-60.116

- Attendu que M. M. a sollicité son inscription sur la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel de Bordeaux ; que, par décision de l'assemblée générale des magistrats du siège de cette cour d'appel du 22 novembre 2017, sa demande a été rejetée en raison d'une formation initiale très récente (Master 2 MARL de 2017 et DU 1^{re} partie IFOMENE en 2016) et d'une absence de pratique de la médiation conventionnelle ou judiciaire ; que M. M. a formé un recours contre cette décision ;

- Attendu que M. M. expose au soutien de son recours, d'une part, que le décret du 9 octobre 2017 ne prévoit pas que les candidats doivent justifier d'une formation ancienne et que celle qu'il a suivie est suffisante et, d'autre part, que le texte ne prévoit pas une pratique de la médiation comme condition d'admission à partir du moment où il est justifié d'une formation ; qu'il ajoute qu'en sa qualité d'agent immobilier, il dispose d'une expérience professionnelle qui doit être prise en compte puisque sa profession consiste à rapprocher deux parties contractantes en suscitant l'adhésion ;

- Mais attendu que c'est par des motifs exempts d'erreur manifeste d'appréciation que l'assemblée générale a décidé, au vu des pièces du dossier, de ne pas inscrire M. M. sur la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel ;

D'où il suit que le grief ne peut être accueilli ;

Par ces motifs :

- Rejette le recours ; (...)

Mme Flise, prés., Mme Lemoine, cons.-réf.-rapp., Mme Brouard-Gallet, cons.-doy., M. Girard, av. gén.