

Lexbase Hebdo édition privée n°588 du 23 octobre 2014

[Droit de la famille] Evénement

## **La médiation familiale : déjudiciarisation ou contractualisation du droit de la famille — Compte rendu de la conférence des Universités d'été de l'Ecole des avocats Aliénor du 30 août 2014**

N° Lexbase : N4242BUN



ECOLE DES AVOCATS

par *Anne-Lise Lonné-Clément, Rédactrice en chef de Lexbase Hebdo*  
— édition privée

**Dans le cadre des Universités d'été de l'Ecole des avocats Aliénor qui se sont déroulées à Arcachon les 29 et 30 août 2014 et qui avaient pour thème "Les modes alternatifs de règlement des litiges", s'est tenue une conférence animée par Monsieur Jean Seither, Président du TGI de Bordeaux sur "la médiation familiale : déjudiciarisation ou contractualisation du droit de la famille". Les éditions juridiques Lexbase, présentes à cet évènement, vous en proposent un compte rendu.**

La médiation est devenue une priorité pour le législateur. Depuis la loi du 4 janvier 1993 et celle du 8 février 1995, l'on constate une accélération du recours au terme de la "médiation" dans la production normative. L'Union encourage également ce recours depuis sa Directive 2008/52 du 21 mai 2008 (N° Lexbase : L8976H3T).

La médiation familiale a été instituée plus particulièrement par la loi du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale (N° Lexbase : L4320A4R), la loi du 26 mai 2004, relative au divorce (N° Lexbase : L2150DYB), et la création en 2003 d'un diplôme d'Etat de médiateur familial. Il s'agit pour des personnes ayant un niveau Bac+3 d'une formation d'une durée d'environ vingt mois. En 2008, dans son rapport annuel, le médiateur de la République avait exprimé le souhait que soit confortée cette médiation familiale et judiciaire afin d'apaiser les conflits familiaux et de favoriser une coparentalité responsable.

Si la médiation familiale est entrée dans le Code civil en 2002, force est de constater que, douze ans plus tard, elle n'est pas pleinement entrée dans la pratique des juridictions. Dans le rapport de la Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge Guinchard, "*L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*", il est indiqué que la médiation bénéficie d'un succès mitigé, même en matière familiale. Son utilisation reste dans les faits quantitativement très modeste, puisque 1 % seulement du contentieux familial est transmis à un médiateur.

Les raisons de cet échec tiennent, tout d'abord, à la culture française du conflit. Les parties perçoivent ainsi la médiation comme une forme de justice incertaine, imprécise n'apportant pas la même sécurité juridique qu'une

décision judiciaire. Si, selon le Professeur Loïc Cadiet, la médiation serait naturelle dans les cultures qui font du contrat une pièce maîtresse dans l'organisation juridique, elle serait moins évidente pour des systèmes, comme le système français, reposant sur une conception plus centralisée des rapports sociaux et se soumettant plus volontiers au pouvoir d'Etat et notamment à l'institution judiciaire.

L'on peut toutefois se demander si le problème est réellement culturel, à l'instar de Myriam Rogez-Morange, chef du service médiation de l'UDAF du Pas-de-Calais, qui estime qu'en réalité *"les institutions ne se sont pas intéressées assez tôt aux évolutions de la société, elles sont rattrapées par les individus davantage prêts au dialogue qu'on ne le dit"*. Selon Daniel Coquel, qui a présidé le tribunal d'instance d'Arras, juridiction qui, avec celle de Bordeaux, a été choisie à titre expérimental en matière de médiation familiale, *"nous, magistrats, exerçons le pouvoir judiciaire avec autorité, face à des parents qui se désresponsabilisent et que le système et nos pratiques contribuent à désresponsabiliser"*. Dans un ouvrage paru en mai 2012, l'ancien premier président de la cour d'appel de Paris, Jean-Claude Magendie, recense *"les sept péchés capitaux de la justice française"*, au rang desquels il mentionne l'archaïsme. Il rappelle que *"le déroulement d'un procès emprunte beaucoup au duel ; les arguments sont échangés par les adversaires comme autant de coups d'épées et à l'issue du combat une partie du triomphe, l'autre succombe ; le juge tranche"* ; certes, ce duel judiciaire est "ritualisé", apaisé par la procédure, mais cette confrontation *"laisse des blessures mal refermées"*. Dans son ouvrage, Monsieur Magendie prône la médiation, notamment la médiation familiale. La conférence des premiers présidents de cours d'appel, dans sa délibération du 31 mai 2013, recommande elle aussi la médiation obligatoire et gratuite en matière familiale. Le rapport de la Commission présidée par Pierre Delmas-Goyon, *"Le juge du 21ème siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice"* remis au Garde des Sceaux en décembre 2013, préconise *"de généraliser, sans la rendre obligatoire, la double convocation en matière familiale, afin de favoriser les démarches de médiation, en fournissant aux juridictions des modèles de formulaire et de convention permettant d'asseoir sur des bases précises les partenariats nécessaires et en favorisant à ce stade la présence de l'avocat"* (proposition n° 18). Il préconise encore de *"faire du développement des modes négociés de règlement des litiges, et en tout premier lieu de la médiation familiale, un objectif de performance qualitative assigné aux chefs de juridiction et créer en ce domaine deux indicateurs spécifiques : a) un indicateur permettant d'identifier, parmi les procédures qui ne se terminent pas par une décision contentieuse mettant fin à l'instance, celles qui trouvent leur terme par un accord, qu'il procède d'une conciliation ou d'une médiation, en distinguant selon la nomenclature des affaires ; b) un indicateur permettant de connaître le pourcentage de divorces par consentement mutuel donnant lieu ultérieurement à des instances modificatives relatives à l'exercice de l'autorité parentale"* (proposition n° 19).

Cette dernière proposition est particulièrement intéressante en ce qu'elle met l'accent sur la qualité de la justice, et non sur le nombre de décisions rendues. C'est une réponse à l'une des raisons avancées pour expliquer l'échec relatif de la médiation, trop souvent présentée comme un moyen de désengorger les juridictions, laissant penser qu'elle pourrait se confondre avec une justice au rabais.

Le litige familial représente la moitié du contentieux civil traité par les TGI. Tel est le cas notamment à Bordeaux. Le TGI de Bordeaux est de ceux qui suscitent le plus fort besoin d'une écoute attentive ; il s'agit d'un contentieux répétitif dans lequel il n'est pas rare que le juge soit saisi de questions à l'importance secondaire dont la résolution est sans effet durable sur le véritable problème qui tient en fait à l'impossibilité pour les parties d'avoir un dialogue suffisant pour exercer de manière non conflictuelle leurs responsabilités communes, à savoir essentiellement l'autorité parentale.

Or, si les JAF s'efforcent d'accorder au justiciable cette écoute attentive, la masse du contentieux les contraint à enchaîner rapidement les dossiers. Une équipe de sociologues rassemblés sous le nom de "Collectif onze" a publié en novembre 2013 une étude intitulée *"Au tribunal des couples : enquête sur les affaires familiales"*. Dans cet ouvrage, le temps d'audience que le JAF peut consacrer à un dossier est évalué à 18 minutes. Plus précisément : 13 minutes en l'absence d'avocat ; 17 minutes, avec un avocat ; et 27 minutes en présence de deux avocats. A Bordeaux, un JAF traite entre 11 et 13 dossiers par demi-journée.

Il ne suffisait pas d'être convaincu par les avantages de la médiation pour que celle-ci se développe. En effet, la médiation familiale, dans une juridiction familiale, ne se décrète pas mais se travaille entre partenaires. Cela supposait un partenariat entre le tribunal (JAF et greffiers), le barreau et les associations de médiation familiale. Il a donc fallu rassurer les JAF qui, le temps pris par la recherche en cours de procédure d'une solution négociée, posant un problème pour la mesure de leur performance en ce qu'il rallonge la durée de l'instance mesurée par l'indicateur de la durée des affaires terminées. Il a également fallu discuter avec le barreau, certains avocats pouvant craindre, avec la médiation, de ne plus maîtriser la procédure, ce qui peut poser un problème de gestion du dossier et donc de rentabilité. La culture de l'avocat est en effet éloignée de celle du médiateur, dans la mesure où jusqu'à une époque récente, la profession de médiateur était davantage tournée vers le social, laissant de côté la culture juridique. Mais cette culture du médiateur a évolué, de même que celle des avocats, notamment spécialisés en

droit de la famille. Chaque profession doit être convaincue qu'elle tient sa place dans le cadre du conflit familial, tout en ne travaillant pas sur le même terrain : l'avocat, qui donne des conseils juridiques, propose des solutions, négocie ; le juge, qui applique la loi avec le souci permanent d'apaisement ; et le médiateur familial, qui dispose d'une formation et d'outils, travaille sur le lien de communication, et essaie de rétablir le dialogue direct entre les parties.

Ce partenariat s'est concrétisé par la signature, le 7 novembre 2013, d'un protocole de médiation familiale, qui constitue une sorte de première contractualisation en droit de la famille. En aucun cas, il n'est question de déjudiciarisation ; il n'existe aucun transfert de compétence vers le notaire, le greffier ou même le médiateur familial ; le juge ne se retire pas d'un domaine dans lequel la loi rend obligatoire le contrôle des conventions des parties dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le justiciable le plus faible n'est pas privé des garanties que représente l'office du juge ; le juge n'est pas évincé du règlement négocié du conflit familial. Il s'agit seulement de rendre le justiciable acteur des décisions qui le concernent, mais avec un contrôle judiciaire. Compte tenu de la fonction sociale que continue à assumer la famille, le contractuel doit apprendre à composer avec l'institutionnel.

#### – Présentation du protocole de médiation familiale signé à Bordeaux le 7 novembre 2013

Le protocole contient un double volet, à savoir la double convocation d'une part, et la tentative de médiation préalable obligatoire, d'autre part.

##### *La double convocation*

Dans le cadre du décret n° 2010-1395 du 12 novembre 2010, relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale (N° Lexbase : L3255INU), le dispositif d'injonction par courrier à un entretien de médiation familiale, sous forme de double convocation, est expérimenté à Bordeaux depuis juin 2012. Il concernait à l'origine 40 dossiers par mois, mais la juridiction ayant été désignée comme juridiction expérimentale par arrêté du 16 mai 2013, le nombre de dossiers a été porté à 80 dossiers par mois, à compter de juin 2013, puis à 100 par mois à compter de décembre 2013. Dans la mesure où les JAF ont souhaité garder la maîtrise de la sélection des dossiers faisant l'objet d'une double convocation, le nombre de 100 dossiers n'a cependant toujours pas pu être atteint.

Les dossiers sélectionnés sont ceux de couples non mariés qui saisissent le juge au moment de la séparation dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale (fixation de la résidence des enfants, du droit de visite et d'hébergement, de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants). Pour favoriser la possibilité de poursuite de la médiation, il a été convenu d'un critère géographique, les dossiers sélectionnés étant ceux dans lesquels les parties résident en Gironde ou dans les départements limitrophes. Le dispositif n'a pas pu être appliqué dans le cadre des saisines par voie d'assignation en la forme des référés ; il faudrait, en effet, pour permettre une convocation postérieure à la délivrance de l'assignation mais antérieure à l'audience prévue, que l'assignation soit enrôlée longtemps avant l'audience ce qui n'est pas le cas actuellement, et devrait faire l'objet d'un accord avec le Parquet.

Le dispositif s'applique donc dans le cadre des saisines par requête. Dès le dépôt de la requête, si le magistrat décide que la procédure va faire l'objet d'une injonction à un entretien de médiation, les parties en sont informées par courrier ; le greffe transmet aux parties, par le même courrier, une double convocation (une convocation à un rendez-vous avec le médiateur participant à l'expérimentation, en précisant le nom du médiateur ou de l'association ainsi que la date et l'heure du rendez-vous, un bureau étant réservé à cet effet au sein du tribunal ; une convocation à l'audience devant le JAF). Cette double convocation fait l'objet d'un envoi par lettre recommandée pour le défendeur (C. pr. civ., art. 1138 N° Lexbase : L1732H4W), doublé d'une lettre simple adressée aux deux parties. La convocation précise que les parties peuvent être accompagnées d'un avocat lors de l'entretien. Un avis est également adressé à l'avocat du demandeur pour l'informer du rendez-vous de médiation familiale.

##### *La tentative de médiation préalable obligatoire*

Le second volet de l'expérimentation conduite à Bordeaux porte sur la tentative de médiation préalable obligatoire. L'article 15 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles (N° Lexbase : L3703IRL) instaure cette tentative, à peine d'irrecevabilité, pour toute saisine du juge dans les instances modificatives portant sur la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, ou sur des questions de résidence ou de droit de visite. Une décision a donc déjà été rendue par le juge. Il s'agit là de répondre à une difficulté bien connue des JAF, qui voient les parties se présenter plusieurs fois devant eux, pour régler des questions récurrentes relatives aux modalités de l'autorité parentale. Les parties se heurtent à une situation de blocage dont elles essaient de sortir en saisissant le juge sans lui donner les moyens d'appréhender le conflit dans toutes ses dimensions. Chaque nouvelle difficulté donnera lieu à un nouveau procès, dans un processus sans fin, qui ne satisfait personne. Le retour devant le JAF traduit la fragilité du consentement initial parfois donné pour obtenir une décision rapide, au moindre coût, mais sans accord véritable sur toutes les

conséquences de la séparation. Il s'agit donc de donner au juge les moyens de résoudre durablement le conflit et d'éviter une banalisation de son intervention qui en affaiblit les effets.

A Bordeaux, l'expérimentation de cette tentative de médiation préalable obligatoire n'est effective qu'à compter du mois de septembre 2013, afin de pouvoir diffuser au préalable l'information de la manière la plus complète possible et de permettre aux associations de médiation de s'organiser pour accueillir les personnes concernées dans les meilleures conditions.

L'information a concerné, en premier lieu, le barreau de Bordeaux ; le greffe informe, par ailleurs, les particuliers du caractère obligatoire de cette tentative de médiation préalable à la saisine du juge, sous peine de voir déclarer la requête irrecevable. Une notice d'information est remise à toute personne venant se présenter au greffe pour déposer une requête dont l'objet entre dans le champ d'expérimentation. Lorsque la requête a été adressée par courrier, la notice est envoyée aux requérants. Cette information comporte le rappel des textes applicables et la liste des coordonnées des médiateurs participant à l'expérimentation.

Dans la mesure où tout demandeur est en droit d'invoquer à l'audience, si l'irrecevabilité de la requête est soulevée, un motif légitime justifiant l'absence de recours à la médiation, les requêtes sont enregistrées et audiencées même en l'absence de mention qu'une médiation préalable a été tentée. Il a été décidé, par l'ensemble des magistrats du pôle Famille, d'aborder systématiquement en début d'audience la question de la médiation préalable, mais sans irrecevabilité systématiquement prononcée d'office, sauf les cas où les parties auraient manifesté un refus de principe de la médiation. Les motifs légitimes susceptibles d'être retenus ont été déterminés en commun par les JAF, même si l'examen ne peut se faire qu'au cas par cas : l'éloignement géographique de personnes disposant de faibles ressources ; l'urgence résultant des difficultés psychologiques avérées des enfants ; l'existence de faits de violence entre les parties. Peu de décisions d'irrecevabilité ont été prononcées (2,6 % des décisions), les parties, en général, produisant les justificatifs de tentative de médiation préalable ou faisant état d'un motif considéré comme légitime par le juge. L'entretien d'information a lieu dans les locaux des associations. Ces dernières sont très réactives, dès qu'elles sont saisies d'une demande, de sorte que cette tentative de médiation préalable obligatoire n'a que peu d'impact sur le délai de la réponse judiciaire.

L'expérience a fait apparaître qu'il était intéressant, plutôt que d'adresser un simple courrier de convocation à la partie défenderesse, de disposer des numéros de téléphone portable des personnes concernées pour organiser le rendez-vous d'information, le médiateur pouvant alors mieux expliquer les enjeux et l'intérêt de la rencontre entre les parents dès cette première prise de contact.

#### *Dispositions communes aux deux volets d'expérimentation*

Le médiateur remet aux parties une attestation de présence afin que celles-ci puissent justifier de leur démarche auprès du juge. Cette attestation mentionne la présence ou l'absence de l'autre partie.

Le médiateur rédige une fiche de suivi à l'attention du JAF. Il précise si les parties ont, à la suite de l'entretien de médiation, choisi de s'engager, ou non, dans un processus de médiation ; en cas de poursuite de la médiation, une seconde fiche informe le juge de l'accord ou de l'échec de la mesure de médiation.

#### **– Difficultés rencontrées dans le cadre de l'expérimentation bordelaise**

Certains médiateurs ne concevaient pas la possibilité de la présence d'un tiers, d'un avocat lors de la séance de médiation. Il a ainsi été nécessaire de rappeler à plusieurs reprises aux médiateurs que le principe de cette présence avait été admis et prévu dans la convention signée entre le tribunal, les associations de médiateurs et le barreau.

Les associations de médiation ont également été confrontées, dans le cadre de la tentative de conciliation préalable obligatoire, à entrer dans un processus judiciaire. Il a fallu rappeler à plusieurs reprises que la partie demanderesse ne devait pas être reçue préalablement et séparément avant l'entretien d'information préalable, sinon pour une rapide prise de rendez-vous, afin d'éviter toute difficulté quant à la mise en cause de leur impartialité.

Il a encore été constaté un nombre limité de décisions d'homologations totales des accords signés par les parties devant le médiateur, qui s'explique, selon les JAF, pour différentes raisons. Tout d'abord, des accords sur des points qui ne relèvent pas de la compétence du JAF dans ce type de procédure (répartition des meubles ou des véhicules ; la répartition de la charge des dettes et du paiement de crédits ; l'attribution de la perception des allocations familiales ; le rattachement fiscal des enfants ; les droits de visite et d'hébergement envisagés de façon trop complexe du point de vue du calendrier envisagé, organisé de façon limitée dans le temps). Une réunion a ainsi été organisée avec les associations afin de leur expliquer ces difficultés, préciser les limites de leurs interventions, et les inviter à s'inscrire dans un cadre plus juridique.

## – Analyse statistique sur les six premiers mois de l'année 2014

S'agissant de la double convocation, sur 368 décisions rendues entre janvier et juin 2014 :

— 38,6 % ont été rendues sans homologations de l'accord ;

— 44,3 % ont été rendues avec homologation de l'accord, à la suite d'une double convocation, mais non suivie de médiation ; cet accord a été négocié par les avocats ou les parties elles-mêmes, mais l'on ne sait pas s'il est lié ou non à l'entretien d'information ;

— à la suite d'une médiation familiale, 4 % ont été rendues avec homologation d'un accord total et 4,5 % avec homologation d'un accord partiel.

S'agissant de la tentative de médiation préalable obligatoire, l'on pouvait se demander si le caractère obligatoire était de nature à favoriser ou au contraire à susciter des rejets. Les résultats sont intéressants. Alors que, au moment de la séparation, le conflit est vif et le dialogue est souvent difficile, il apparaît qu'un délai s'étant alors écoulé depuis la séparation, les esprits semblent apaisés. Sur 230 décisions soumises au dispositif :

— 64 % des décisions ont été rendues sans homologation de l'accord ;

— 20,5 % ont homologué un accord à la suite d'une tentative de médiation préalable, sans qu'il ait été besoin d'aller au-delà de l'entretien d'information et de suivre une ou des séances de médiation ;

— 6,5 % ont homologué un accord total après médiation ;

— 2,5 % ont homologué un accord partiel après médiation ;

— 4 % de désistement (on peut supposer ces désistements correspondre à des situations où la médiation a permis d'aboutir à un accord mais que les parties n'ont pas souhaité faire homologuer).

Ces résultats apparaissent très encourageants et n'auraient pas pu être atteints sans l'implication du barreau. La présence de l'avocat est indispensable dans le processus de médiation. En effet, il n'est pas dépossédé de son dossier. Par sa maîtrise des enjeux et des intérêts de son client, il assume son rôle de défenseur et de conseil, même si sa posture diffère de celle qu'il endosse d'ordinaire. Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'il soit présent à toutes les séances, ni à tout le moins lors de l'entrée en médiation, et surtout à l'issue, lorsqu'un accord est susceptible d'intervenir. Au cours des séances, il laisse prioritairement s'exprimer son client, mais il peut à tout moment solliciter une pause pour s'entretenir avec le client, ou même mettre fin à la médiation, s'il constate que le processus n'est pas respecté. Autrement dit, l'avocat sécurise son client tout au long de la médiation ; il est aussi le garant de la légalité du protocole final.

En conclusion, les JAF de Bordeaux sont convaincus de l'intérêt du dispositif et ont pu constater que, même lorsque les parties refusent de poursuivre la médiation, lorsqu'elles ont pu se rencontrer préalablement à l'audience dans le cadre de l'entretien d'information, l'audience se déroule dans un climat plus serein, et des accords interviennent dans la phase entre cet entretien et la date de l'audience, le dialogue ayant été restauré. La médiation, ou même seulement cette tentative permettent de déminer la situation. Le bilan est donc positif pour la juridiction bordelaise qui, si l'expérimentation devait être poursuivie, souhaite continuer à y être associé. En effet, si la médiation familiale n'a pas à se poser en rivale de la justice traditionnelle, elle apparaît comme une justice douce, d'apaisement ; elle propose une autre logique que celle de l'affrontement, à savoir la logique du dialogue.