

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies
Séance du 12 octobre 2018
Lecture du 25 octobre 2018

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

Ce recours vous invite une nouvelle fois à vous prononcer sur les limites du pouvoir réglementaire attribué au Conseil national des barreaux par l'article 21-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. Outre une compétence spéciale pour organiser la formation des avocats, ce pouvoir réglementaire est limité à l'harmonisation des règles et usages de la profession à travers un Règlement intérieur national. Vous avez à plusieurs reprises tracé les contours de ce pouvoir réglementaire. Votre jurisprudence *Landwell* du 17 novembre 2004 met à ce pouvoir réglementaire deux limites (CE, *SEL Landwell et associés e.a.*, n° 268075, Rec.) : il ne peut jamais s'agir d'une règle entièrement nouvelle, elle doit avoir un fondement dans les normes législatives et réglementaires ou dans les usages de la profession, qu'elle complètent ; et il ne peut jamais s'agir d'une règle qui « mettrait en cause » la liberté d'exercice de l'avocat ou les règles essentielles qui régissent cette profession. Nous sommes donc dans un cas un peu particulier où les limites de la compétence s'apprécient en partie par rapport à des conditions de fond.

L'usage de ce pouvoir réglementaire donne lieu à des contestations récurrentes. En l'espèce, la Fédération française des centres de médiation et un ancien bâtonnier demandent l'annulation pour excès de pouvoir de la délibération du Conseil national des barreaux du 9 décembre 2016 qui a modifié l'article 6.3.1 du règlement. Cet article rappelle certaines missions que peut exercer l'avocat, l'article 6 s'intitulant « *champ d'activité professionnel de l'avocat* ». S'agissant des missions de médiation, l'article dispose que l'avocat « *peut également être investi d'une mission (...) de médiateur (qualité dont il peut faire état dès lors qu'il est référencé auprès du centre national de médiation des avocats (CNMA))* ». Ce sont les mots entre parenthèses qui sont l'objet du litige. Le CNMA est une plate-forme informatique gérée par le Conseil national des barreaux. Le recensement en question n'est pas une simple formalité administrative : c'est une véritable accréditation, un gage de compétence, qui ne peut être obtenu qu'à certaines conditions. Pour être inscrit sur l'annuaire du CNMA, il faut, semble-t-il, justifier de 200 heures de formation sur la médiation. Certaines expériences pratiques de médiation peuvent dispenser d'une partie de cette formation, voire de toute formation complémentaire si l'on peut faire valoir quatre ans de pratique comptant au moins dix médiations. Les conditions dans lesquelles ces formations sont dispensées ou validées ne ressortent pas clairement du dossier. Sans qu'il soit besoin de pousser davantage l'instruction

sur ce point, il nous semble que les requérants ont raison de soutenir que le CNB n'était pas compétent pour interdire aux avocats non référencés à ces conditions sur son annuaire de « faire état » d'une « qualité de médiateur ».

Certes, contrairement à ce qui est soutenu, la disposition n'interdit pas aux avocats non référencés de pratiquer la médiation. Une telle interdiction serait à l'évidence illégale dès lors que la loi a, d'une part, largement ouvert la faculté pour deux parties de recourir à un médiateur, et, d'autre part, explicitement confirmé que cette activité est compatible avec l'exercice de la profession d'avocat. En effet, s'agissant des médiations conventionnelles, les parties peuvent recourir à qui elles veulent. Les dispositions générales de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ne prévoient aucune condition et l'article 1533 du code de procédure civile exige seulement que le médiateur ait un bulletin n° 3 de casier judiciaire vierge et la « *qualification requise* » pour sa mission. Le médiateur est rémunéré. L'accord peut être homologué par le juge. Lorsqu'il s'agit d'un médiateur désigné par le juge, avec l'accord des parties, les conditions posées par l'article 131-5 du code de procédure civile sont à peine plus strictes : absence de mention au bulletin n° 2 du casier judiciaire, de sanction disciplinaire ou administrative pour faits contraires à la probité ou aux bonnes mœurs, qualification et expérience adaptée à la mission et garanties d'indépendance. Depuis la loi n° 216-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, l'article 22-1 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 prévoit désormais que chaque cour d'appel tient à jour, pour l'information des juges, une liste de personnes aptes à la médiation, à laquelle les juges peuvent recourir, notamment si les parties ne lui proposent pas un médiateur particulier. La même loi a créé les articles L. 213-1 et suivants du code de justice administrative, qui transposent ces mécanismes à la juridiction administrative. Enfin, l'article 115 du décret du 27 novembre 1991, qui précise une série d'activités compatibles avec la profession d'avocat, dispose que « *la profession d'avocat est compatible avec les fonctions (...) de médiateur* ». Tout avocat peut donc accepter une mission de médiation, confiée par des parties ou par un juge, sous réserve des conditions générales posées par la loi, et peut d'ailleurs être inscrit sur la liste tenue par la cour d'appel.

Mais ce n'est pas l'exercice de l'activité de médiateur par les avocats que le CNB a entendu restreindre, c'est la possibilité pour un avocat de « faire état de la qualité de médiateur ». Malgré cela, il nous semble que, en droit, cela va au-delà des frontières de sa compétence tracées par votre jurisprudence *Landwell* et que, en pratique, la règle posée est problématique.

En droit, on peut admettre que cette réglementation de la façon dont les avocats exercent l'activité de médiation trouve un fondement dans les dispositions législatives et réglementaires, puisque celles-ci posent des conditions à son exercice : le CNB pourrait donc peut-être en détailler les contraintes déontologiques. Mais, selon nous, il est certain que la disposition contestée « *met en cause* » la liberté d'exercice de l'avocat. En effet, il résulte des dispositions législatives que la liberté d'exercice de l'avocat lui permet de se proposer comme médiateur. Cela participe d'ailleurs de l'efficacité de ces modes alternatifs de règlement des litiges, car les avocats pratiquent à la fois le conseil juridique et le contentieux, et connaissent mieux que quiconque les difficultés et les coûts des procédures juridictionnelles. Or, en droit, nous pensons que cette liberté de l'avocat de pratiquer la médiation implique la liberté de « faire état de la qualité de médiateur », ce qui ne signifie rien d'autre que de dire qu'il peut proposer ou participer à une médiation. Ni le titre, ni l'activité de médiateur ne sont réglementés, au sens où ils seraient conditionnés à une forme d'agrément administratif.

En pratique, ensuite, il nous semble quasiment impossible de permettre aux avocats de pratiquer la médiation tout en leur demandant de la séparer à ce point de leurs autres activités d'avocat qu'ils ne se mentionneraient jamais, durant ces autres activités d'avocat, qu'ils font ou peuvent faire de la médiation.

Nous pensons donc que le CNB a outrepassé sa compétence en soumettant à certaines conditions particulières le fait qu'un avocat puisse, de façon générale, « faire état », c'est-à-dire simplement mentionner sa « qualité de médiateur », le seul fait qu'il peut faire office de médiateur ou l'a déjà fait. Conscient de cette difficulté, le Conseil national des barreaux vous demande, en défense, de procéder à une interprétation neutralisante de la disposition, en jugeant qu'elle a simplement entendu « *encadrer l'usage du terme de médiateur associé au titre d'avocat dans les supports de communication* ». Certains passages du mémoire vous indiquent que la norme contestée n'a pas d'autre objet que de réglementer « *l'usage du titre d'avocat-médiateur* », avec un tiret entre les deux mots. Il nous semble cependant impossible de procéder à cet effort, qui contredit le texte même de la délibération contestée. D'une part, la disposition en cause ne réglemente nullement un titre d'avocat-médiateur, qui n'existe pas. D'autre part, cette disposition n'est pas limitée aux seuls « supports de communication », notamment aux papiers à en-tête, cartes de visite et plaque professionnelles des avocats. L'article 6 régit le « champ d'activité professionnel de l'avocat », alors que la réglementation de ces supports de communication relève de l'article 10.

Nous concluons donc à l'annulation de la délibération attaquée. Si vous nous suivez, il vous restera seulement à statuer sur la demande des requérants que leurs frais d'avocat leur soient remboursés en fonction de ce qu'ils ont réellement exposé pour leur défense. A cette fin, ils fournissent les notes d'honoraires correspondant aux mémoires produits. Statuer sur ces demandes de frais, très importantes en pratique, vous confronte constamment à la difficulté qu'il y a à déterminer qu'elle est le prix raisonnable qu'il fallait exposer pour la procédure et qu'on peut mettre à la charge de la partie perdante, sous réserve de considérations d'équité. Dans cette affaire, où les frais réellement exposés s'élèvent à 6720 euros, nous vous proposons d'accorder une somme de 2000 euros à chacun des requérants au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.