N^{os} 408265, 408423, 408424
- Association Médiation-net
- Ordre des avocats au barreau
de Paris
- Conférence des bâtonniers de France
et d'outre-mer

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies
Séance du 18 mai 2018
Lecture du 14 juin 2018

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

Ces trois requêtes tendent à l'annulation pour excès de pouvoir du décret n° 2016-1876 du 27 décembre 2016 relatif à l'aide juridique et modifiant le décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991. Deux aspects du décret, relativement distincts, sont contestés :

- l'article 13 du décret modifie le barème de rétribution des avocats dont les clients bénéficient de l'aide juridictionnelle dans les procédures de divorce ;
- l'article 18 du décret est une disposition d'application de l'article 42 de la loi de finances pour 2016 (loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015), qui prévoit que la rémunération de l'avocat qui assiste une partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle dans une médiation, soit qu'elle ait été ordonnée par le juge, soit qu'elle ne l'ait pas été mais soit ensuite homologuée par lui. La loi permet également au décret de définir des conditions dans lesquelles « *une partie éligible à l'aide juridictionnelle peut obtenir la prise en charge d'une part de la rétribution due au médiateur* » : on comprend, *a contrario*, qu'il s'agit de la rétribution de médiateur n'étant pas avocat. Le décret permet effectivement une telle rémunération, dans des conditions contestées par l'association Médiation-net.

Nous commencerons par la réforme de la rémunération des avocats pour les procédures de divorce : elle est la conséquence de deux événements. D'une part, l'intervention de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice pour le XXI^e siècle qui a créé un divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, qui prend la forme d'une convention privée, où chaque partie est assistée par un avocat qui contresigne l'acte, qui est ensuite déposée au rang des minutes d'un notaire (art. 229-1 ss C. civ.). L'aide juridictionnelle peut être accordée pour le recours à un avocat dans ce cas (art. 10 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991). Parallèlement, à la suite d'un accord du 28 octobre 2015 entre le Gouvernement et les représentants des avocats, l'unité de valeur, fixée par l'article 27 de la loi du 10 juillet 1991, qui sert de base à la rémunération des avocats au titre de l'aide juridictionnelle, a été revalorisée par les lois de finances pour 2016 puis 2017 : elle est passée de 22,84 euros à 26,50 puis à 32 euros à compter du 1^{er} janvier 2017, montant désormais unique pour toute la profession. La rémunération d'un acte au titre de l'aide juridictionnelle est calculée en multipliant cette unité de valeur (UV) par un coefficient correspondant au type d'acte et de procédure. Le décret attaqué crée le coefficient relatif au divorce extrajudiciaire, fixé à 24, et

révise certains autres coefficients, notamment pour diminuer les coefficients des procédures de divorces judiciaires.

Les moyens de procédure ne nous semblent pas fondés : la modification de certains des coefficients, notamment de certaines majorations, entre le projet soumis au Conseil national de l'aide juridique et le décret adopté ne posait pas une question nouvelle impliquant une nouvelle consultation, et le Conseil d'Etat n'avait pas à être consulté sur le projet soumis à cet organe consultatif.

La fixation de ces coefficients relève bien du pouvoir réglementaire, et aucun d'entre eux ne méconnaît de disposition législative. Le fait que le protocole d'accord du 28 octobre 2015, dont la copie est au dossier, mentionnait une revalorisation de l'unité de valeur « *sans modification des barèmes* » ne rend pas illégale la modification des barèmes par le décret attaqué : ce protocole n'était pas un engagement juridique et un tel engagement serait d'ailleurs nul (CE, 9 juillet 2015, *Football club des girondins de Bordeaux e.a.*, n° 375542, Rec.).

Sont enfin soulevés divers moyens d'erreur manifeste d'appréciation sur les coefficients fixés (sur le niveau de contrôle, CE, 13 févr. 2002, *Sté Acaccia*, n° 229755, T).

S'agissant du coefficient pour la nouvelle procédure extrajudiciaire, le moyen ne nous semble pas fondé. Ces rétributions ne sont pas censées couvrir tous les frais de l'avocat (CE, 13 févr. 2002, *Sté Acaccia*, n° 229755, T sur un autre point ; CE, 27 mars 2015, n° 373861, inédit), qui assure lui-même une part de l'aide. Dès lors que l'accord entre époux est tel qu'ils envisagent de tout régler de façon amiable, évitant ainsi à l'avocat toutes les contraintes procédurales induites, il était possible que ce coefficient soit inférieur à celui du divorce par consentement mutuel judiciaire, fixé à 27 par le décret attaqué, et à 30 avant lui. Il n'y a pas non plus de discrimination des justiciables bénéficiant de l'aide juridictionnelle vis-à-vis des autres.

En revanche, il est difficile de justifier la diminution du coefficient du divorce par consentement mutuel judiciaire alors que, justement, l'effet de la réforme conduira en moyenne à ne faire passer devant le juge que les divorces par consentement mutuel les plus délicats. De même pour le coefficient des autres procédures de divorce judiciaires, qui passe de 34 à 31,5. Les coefficients spécifiques applicables lorsque le même avocat représente les deux époux bénéficiant de l'aide juridictionnelle et lorsque l'avocat prépare un projet d'acte notarié de liquidation du régime matrimonial qui est homologué par le juge ont également été diminués (de 50 à 45 et de 36 à 33,5). Les requérants soulignent que ces diminutions interviennent juste après que le législateur a revalorisé l'unité de valeur : elles ont selon eux été adoptées pour faire stagner, en pratique, la rémunération des avocats et priver la loi de tout effet. Il y aurait là, selon les requérants, une forme de violation de la loi et une erreur manifeste d'appréciation.

Un tel motif, s'il constituait la justification de la modification du barème, nous semblerait doublement illégal : d'une part, le coefficient, s'il peut tenir compte des contraintes financières, doit tenir compte de la difficulté relative des actes et des procédures rémunérées ; d'autre part, le pouvoir réglementaire ne peut pas modifier le règlement d'application dans le but de rendre vaine et sans effet la revalorisation de l'UV votée par le Parlement. Il peut bien sûr modifier les coefficients à tout moment pour les adapter, mais il ne peut avoir comme objectif que la loi reste lettre morte. Or la défense du ministre est assez troublante : il ne fournit pas de justification de la modification de tous les coefficients relatifs aux procédures

de divorce judiciaires tenant à l'évaluation de la difficulté relative de ces procédures, mais il indique que « *le montant du coefficient des procédures de divorce a été fixé de sorte que la rétribution afférente à la procédure soit préservée en euros grâce à la revalorisation à 32 euros de l'unité de valeur* » (p. 4). Il est réaffirmé à la dernière page du mémoire que « *le décret d'application a adapté le barème de rétribution des avocats pour tenir compte (...) de la revalorisation de l'unité de valeur à 32 euros. Comme indiqué (...), il n'en est résulté aucune diminution de la rétribution de l'avocat, le niveau de la baisse [des coefficients] étant fixé de sorte que la rétribution afférente à la procédure soit préservée en euros grâce à la revalorisation de l'unité de valeur.* »

Un tel motif ne nous semble pas légal. Il est vrai que les coefficients des autres matières n'ont que peu évolué, et que la rétribution des avocats en matière sociale, de baux, de litiges commerciaux etc. a donc progressée. Le coefficient a augmenté pour les procédures d'hospitalisation d'office. Mais le rapport entre les coefficients ne peut être fixé uniquement de façon à ce que certaines procédures en financent d'autres. Le choix de compenser cette augmentation législative, qui plus est en concentrant cette baisse sur un type de procédure, et donc sur les avocats qui s'y spécialisent, sans considération de la difficulté relative des actes et procédures, à un moment où les procédures judiciaires de divorce devraient au contraire être réservées aux cas les plus difficiles, nous semble effectivement entaché d'erreur manifeste d'appréciation et même d'une forme de méconnaissance de la loi, dont l'équilibre repose sur une adéquation entre le montant du coefficient et la procédure en cause, et qui a entendu revaloriser l'unité de valeur. Il nous semble que vous devrez donc accueillir la requête en tant qu'elle tend à l'annulation des coefficients en matière de procédure de divorce, à l'exception du nouveau coefficient pour la procédure de divorce extrajudiciaire, c'est-à-dire annuler les b et c du 2° et les a et b du 5° de l'article 13. Eu égard aux éléments apportés au dossier par les parties, il nous semble que la remise en cause rétroactive de toutes les rétributions versées sur le fondement des tarifs annulés aurait des conséquences excessives. En revanche, la remise en vigueur des anciens tarifs par votre décision, si elle constituera effectivement une difficulté de gestion pour les bureaux d'aide juridictionnelle, ne nous paraît pas justifier qu'il soit dérogé au principe de l'effet immédiat de votre annulation. La diminution des coefficients par notre décret, publié au journal officiel du 28 décembre, s'est d'ailleurs appliquée à compter du 1^{er} janvier, quatre jours après.

Reste la requête relative à la rémunération des médiateurs. Cette rémunération est fixée, pour les avocats, à l'article 118-9 du décret n° 91-1266 du 19 novembre 1991 et, pour les autres médiateurs, aux articles 118-10 et suivants. Pour ces derniers, et lorsque certaines des parties bénéficient de l'aide juridictionnelle, il faut distinguer deux cas. Soit la médiation a été ordonnée par le juge, et le médiateur perçoit une rétribution de l'Etat (entre 256 et 512 euros) selon le nombre de parties qui bénéficient de l'aide juridictionnelle, qu'il y ait ou non accord. Soit les parties, dont certaines ont obtenu l'aide juridictionnelle, décident elles-mêmes de procéder à une médiation, dite conventionnelle : le médiateur ne peut alors être rémunéré par l'Etat au titre de l'aide juridictionnelle que si le juge est saisi aux fins d'homologation d'un accord, afin de conférer à l'accord la force exécutoire. Il faut donc qu'il y ait eu accord et qu'en outre les parties décident d'en rechercher l'homologation judiciaire.

L'association Médiation-Net formule plusieurs griefs contre ce système de rémunération.

Certains ne peuvent prospérer car ils sont en réalité dirigés contre la loi. On comprend que les médiateurs souhaitent pouvoir être rémunéré lorsque, dans le cadre d'une rémunération conventionnelle, les parties ne sont pas parvenues à un accord malgré leurs efforts ou, à plus

forte raison, lorsqu'elles sont parvenues à un accord mais ne souhaitent pas le faire homologuer par le juge. Mais cette restriction résulte directement de l'article 64-5 de la loi du 10 juillet 1991.

D'autres griefs seront aisément écartés car ils procèdent selon nous d'une interprétation erronée du décret. Contrairement à ce qui est craint, le décret prévoit bien que lorsqu'une médiation est ordonnée par le juge, le médiateur doit être rémunéré y compris en cas d'échec, et rien n'empêche le médiateur de conduire sa mission impartialement.

En cas de demande d'homologation d'un accord trouvé après une médiation conventionnelle, la rémunération ne porte pas uniquement sur les diligences accomplies pour cette homologation, qui se réduisent à peu de chose, mais bien sur les efforts qui ont permis d'arriver à l'accord. La requête s'inquiète d'un document du ministère de la justice laissant entendre l'inverse, mais il nous semble que cela ne correspondrait pas à l'économie des articles 118-10 et 11 du décret. Vous ne pourrez donc qu'écartier le moyen tiré sur ce point d'une méconnaissance de l'article 47 de la Charte du droit de l'Union européenne garantissant un droit au recours effectif, invocation qui nous semble opérante dans la mesure où le dispositif de médiation a vocation à s'appliquer à des situations régies par le droit de l'Union et pour lesquelles celui-ci prévoit des dispositifs de règlement des litiges.

Un dernier grief nous semble plus délicat et en partie fondé. Il est tiré d'une méconnaissance du principe de confidentialité de la médiation, posé à l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995, qui dispose que *« 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 judiciaire »*. Le même article prévoit que *« Lorsque le médiateur est désigné par un juge, il informe ce dernier de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord. »*, c'est-à-dire de l'existence d'un accord mais pas de son contenu. De strictes exceptions sont prévues par la loi. Cette confidentialité est essentielle au mécanisme de la médiation : la possibilité d'un accord repose sur la possibilité de pouvoir, en dehors d'une procédure judiciaire qui implique une forme de publicité, tout se dire et tout dire au médiateur sans risque de réutilisation des informations ; le respect de l'accord repose souvent tout autant sur cette obligation de confidentialité. C'est une des forces de la médiation par rapport à d'autres formes de conciliation.

Or l'article 118-10 issu du décret attaqué dispose que la rétribution du médiateur est fixée *« après transmission par le médiateur au juge d'un rapport de présentation exposant les termes de l'accord et permettant à ce dernier d'apprécier l'importance et le sérieux des diligences accomplies. »* On comprend que le fait d'informer le juge de la teneur de l'accord lui permet d'évaluer plus sûrement la charge de travail du médiateur que la description abstraite de ces diligences. En principe cependant, la loi s'oppose à ce que les termes de l'accord soient révélés par le médiateur, même au juge, sans l'accord des parties.

Chaque fois que les parties demandent l'homologation de l'accord, que la médiation soit conventionnelle ou judiciaire, l'application du décret ne posera pas de difficulté, car le juge a connaissance de l'accord. Vous pourrez préciser que le rapport du médiateur ne devra divulguer que le strict nécessaire, qui ne saurait en aucun cas excéder ce dont le juge a besoin pour statuer sur la demande d'homologation.

Pour le cas d'une médiation judiciaire n'aboutissant pas à un accord, il n'y a rien à révéler et donc pas de problème au regard de la loi.

Reste le cas de la médiation judiciaire qui aboutit à un accord mais pour lequel les parties ne demandent pas l'homologation. En pratique, ce cas semble relativement rare, mais les parties n'ont pas l'obligation de demander cette homologation. Elles peuvent également attendre et ne la demander que plus tard si des difficultés d'exécution surviennent, l'article 131-12 du code de procédure civile permettant de la demander « *à tout moment* ». Si l'homologation n'est pas demandée, ou l'est après la rétribution du médiateur, les parties n'ont pas l'obligation de transmettre au juge l'accord auquel elles sont parvenues ; elles peuvent se contenter de lui communiquer leurs désistements, en application de l'accord. Le médiateur, tenu à une stricte confidentialité sur tout ce que les parties ne souhaitent pas révéler, ne transmet pas non plus l'accord au juge : il lui indique seulement « *si les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose. Le jour fixé, l'affaire revient devant le juge* » qui peut donner acte des désistements s'ils ont été régulièrement produits (art. 131-11 C. proc.civ.). L'association requérante fournit divers témoignages de ce que la loi a toujours été interprétée comme ne permettant pas au médiateur de transmettre lui-même l'accord des parties au juge, notamment un code national de déontologie du médiateur, élaboré par le « rassemblement des organisations de la médiation » et sans valeur juridique semble-t-il, mais qui indique qu'en cas de médiation judiciaire le médiateur ne fournit au juge que l'indication de l'existence ou non d'un accord. En défense, le garde des sceaux ne dit d'ailleurs pas le contraire mais soutient que le résumé sommaire de l'accord est nécessaire pour que le juge s'assure du service fait.

Il nous semble donc que, pour les médiations judiciaires aboutissant à un accord dont les parties ne demandent pas l'homologation et qu'elles souhaitent garder secret, se contentant de se désister de l'instance, le décret ne pouvait imposer au médiateur d'exposer au juge « *les termes de l'accord* » sans méconnaître l'article 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995. Le médiateur doit alors se contenter de décrire l'importance et le sérieux de ses diligences ayant abouti à l'accord, ce qui nous semble suffisant pour permettre au juge de moduler la rétribution, qui peut varier entre environ 250 et 500 euros. Vous pourriez proposer une lecture neutralisante du décret, consistant à dire que, lue à la lumière de la loi, l'article 118-10 n'impose pas l'exposé des termes de l'accord lorsqu'il n'y a pas de demande d'homologation par les parties. Mais le résultat nous semblerait difficilement lisible, car le décret impose explicitement que les termes de l'accord soient toujours révélés au juge par le médiateur : si nous avez suivi jusqu'ici, une modification ponctuelle du décret, après une annulation partielle, permettra de mieux de clarifier l'état du droit.

PCM nous concluons donc :

- à l'annulation des b et c du 2° et des a et b du 5° de l'article 13 du décret n° 2016-1876 du 27 décembre 2016, les effets passés des dispositions annulées étant regardés comme définitifs sous réserve des actions contentieuses déjà engagées ;
- à l'annulation de l'article 18 du même décret en tant que l'article 118-10 inséré dans le décret n° 91-1266 du 19 novembre 1991 impose aux médiateurs d'exposer les termes de l'accord lorsque les parties n'ont pas demandé l'homologation de cet accord ;
- à ce l'Etat verse trois sommes de 1500 euros, en remboursement des frais exposés par les requérants dans chacune des trois requêtes (art ; L. 761-1 du CJA) ;
- au rejet du surplus des conclusions.