



# **AU SORTIR DE LA CRISE, PRÉFÉRER LA MÉDIATION AU CONTENTIEUX**

**Claude Evin**

**Avocat au Barreau de Paris**

**Assises nationales des EHPAD – Mercredi 16 septembre 2020**

## **Au sortir de la crise (ou pendant la crise), des risques de tensions, de différends ou de conflits existent**

- Avec les résidents et/ou leurs proches
  - Contestation de la prise en charge
- Avec les salariés
  - Contestation individuelle ou/et collective face à une insuffisante protection
- Avec les prestataires ou fournisseurs
  - Inexécution contractuelle
  - Modification des coûts initialement prévus

## **Ils peuvent avoir des origines diverses**

- La situation de crise sanitaire est génératrice d'angoisses
- Les recommandations ont parfois été complexes, voire contradictoires
- L'interdiction de visites dans les EHPAD n'a pas été toujours bien comprise ou bien acceptée par des proches
- Des informations les plus diverses ont circulé sur les réseaux sociaux et dans des médias et ont alimenté des réactions de défiance
- Des moyens de protection ont été insuffisants
- Des professionnels ont eu le sentiment de « faire du bricolage »
- Face à la charge de problèmes à traiter, le dialogue a pu être insuffisant
- Il y a eu, malheureusement, des décès, parfois nombreux dans certains établissements
- .....

## Des contentieux sont possibles

- Au pénal :
  - Mise en danger de la vie d'autrui (art. 223-1, CP)
  - Homicide involontaire (art. 221-6, CP)
  - Non assistance à personne en péril (art. 223-6, CP)
- Au civil :
  - Révision des contrats pour circonstances imprévues (art 1195, CCiv)
  - Indemnitaire

## Des contentieux à l'issue incertaine qui pourront laisser un sentiment de frustration

- La mise en danger de la vie d'autrui suppose de retenir 3 conditions cumulatives :
  - La violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement
  - L'exposition directe d'autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures (nécessité de démontrer un lien de causalité)
  - Une violation manifestement délibérée de l'obligation de sécurité ou de prudence
- « *L'article 121-3 du code pénal (la responsabilité pénale) est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur.* » (art. L. 3136-2, CSP issu de la loi 2020-546 du 11 mai 2020)

- Tous les conflits ne peuvent se résoudre de façon amiable.
- Tous les conflits ne se traduiront pas par des contentieux, mais...
- Pour éviter qu'un problème soit la source d'une escalade, plus dure, plus irrationnelle,
- Parce que les relations au sein d'un établissement ou avec les personnes prises en charge doivent continuer de fonctionner sur la confiance,
- **Avoir recours à la médiation pour résoudre un différend sera opportun dans un très grand nombre de cas.**

## Il existe des modalités spécifiques de règlement des différends en EHPAD

- Pour traiter les différends concernant la PEC des résidents
  - La personne qualifiée pour aider la personne prise en charge « à faire valoir ses droits » (art. L. 311-5, CASF)
  - La médiation de la consommation (art. L. 611-1, C. conso.)
    - Des conventions ont été signées entre les fédérations et des associations de médiateurs
    - Sont exclus les services de santé fournis par des professionnels de santé
- Pour traiter les différends concernant les personnels des établissements publics
  - Dispositif « Couty » (Décret 2019-897 du 28 août 2019)
    - Sont exclus les conflits sociaux et les différends relevant des IRP ou ce qui relève des procédures disciplinaires
    - La saisine du médiateur régional (ou interrégional) n'est ouverte que lorsque le différend n'a pu être résolu dans le cadre d'un dispositif local de conciliation ou de médiation
- Concernant les personnels des établissements privés
  - Dans le cadre d'une procédure devant le conseil des prudhommes, le bureau de conciliation peut organiser une procédure de résolution amiable des différends et désigner un médiateur (art. R. 1471-1 et suiv. CT)
  - Dans le cadre d'une procédure de règlement d'un conflit collectif de travail, peut être mis en œuvre une procédure de conciliation (art. L. 2522-1, et suiv. CT) et une procédure de médiation en cas d'échec de la conciliation (art. L. 2523-1 et suiv. CT)

## La médiation c'est quoi ?

- La médiation conventionnelle :
  - « *Tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* » (art. 1530, CPC)
    - « *... avec indépendance, impartialité, neutralité, équité, en mettant en œuvre compétence et diligence* » (art. 1<sup>er</sup> du décret n° 2019-897)
- La médiation judiciaire et administrative
  - « *La médiation s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction.* » (art. 21, de la loi du 8 février 1995 et art. L. 213-1, CJA).



# La médiation est de plus en plus préconisée, y compris dans les procédures contentieuses (1/3)

- Avant de saisir le juge judiciaire :
  - Dans l'assignation, les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige doivent être mentionnées : « *S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions de l'article 56, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation.* » (art. 127, CPC)
  - Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020, le juge peut prononcer d'office l'irrecevabilité d'une demande qui tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5000 € (ou est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire) si cette demande n'a pas été précédée, « au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative ». (art. 750-1, CPC)

## La médiation est de plus en plus préconisée, y compris dans les procédures contentieuses (2/3)

- Une fois que le juge est saisi :
  - « Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. Ce pouvoir appartient également au juge des référés, en cours d'instance. » (art. 131-1, CPC)
  - « La médiation porte sur tout ou partie du litige. En aucun cas elle ne dessaisit le juge, qui peut prendre à tout moment les autres mesures qui lui paraissent nécessaires. » (art. 131-2, CPC)
  - « La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. » (art. 2238, CCiv)
  - « La décision d'ordonner une médiation interrompt les délais impartis pour conclure et former appel incident ... » (art 910-2, CPC)

# La médiation est de plus en plus préconisée, y compris dans les procédures contentieuses (3/3)

- Dans les procédures administratives :
  - « Lorsqu'un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel est saisi d'un litige, le président de la formation de jugement peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci. » (art. L. 213-7, CJA)
  - « *La médiation porte sur toute ou partie du litige* » (art. R. 213-1, CJA)
  - « Les délais de recours contentieux sont interrompus et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la survenance d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation » (art. L. 213-6, CJA)
- Une expérimentation de médiation préalable obligatoire a été prévue dans la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle
  - Elle concerne notamment les litiges de la fonction publique, concernant notamment les agents des collectivités territoriales et des établissements publics locaux situés dans des départements précisés par arrêté (du 2 mars 2018) sous réserve que leur collectivité employeur ait adhéré à l'expérimentation avant le 31 décembre 2018 en concluant une convention avec le centre de gestion de la fonction publique territorialement compétent (décret n° 2918-101 du 16 février 2018)

## ... même dans le cadre d'une procédure pénale

- « *S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction... le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, proposer de ...*

*5° Faire procéder, à la demande ou avec l'accord de la victime, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime.... » (art. 41-1, 5°, CPP)*

### • La justice restaurative

- « *A l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative.*
- *Constitue une mesure de justice restaurative toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission. Cette mesure ne peut intervenir qu'après que la victime et l'auteur de l'infraction ont reçu une information complète à son sujet et ont consenti expressément à y participer. Elle est mise en œuvre par un tiers indépendant formé à cet effet, sous le contrôle de l'autorité judiciaire ... » (art. 10-1, CPP) (loi du 15 août 2014)*

**Mais il n'est pas nécessaire, ni opportun, d'être dans une procédure ou un contentieux pour mettre en œuvre une médiation**

**Bien au contraire ...**

- « *Le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes* » Jean Carbonnier
- « *La meilleure arme, c'est s'asseoir et parler* » Nelson Mandela
- « *La médiation ? Rien à perdre, tout à gagner !* » Maître Martine Bourry d'Antin

# Les règles qui régissent la médiation

- La confidentialité

- *« sauf accord contraire des parties, ni le médiateur ni les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne sont tenues de produire, dans une procédure judiciaire civile ou commerciale ou lors d'un arbitrage, des preuves concernant les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci ».* (Art. 7 de la Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale)

- La compétence du médiateur

- Le médiateur doit *« posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ou justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation »* (art. 1533, CPC et art. R. 213-3, CJA)

# La déontologie du médiateur

- Indépendance
  - L'indépendance garantit la confiance des parties et assure au médiateur la légitimité pour mener à bien sa mission de rapprochement de celles-ci.
- Neutralité
  - Le médiateur ne peut faire prévaloir sa propre vision de la solution.
- Impartialité
  - Le médiateur ne peut pas avoir de préjugé personnel qui l'amènerait à favoriser ou défavoriser une partie.
- Préservation de l'intégrité du consentement des parties
  - Le consentement des personnes à la médiation est libre et éclairé (sauf les cas où la médiation est obligatoire).
  - La médiation peut être interrompue à tout moment sans justification par les participants ou par le médiateur s'il considère que les conditions de la médiation ne sont pas réunies.

## **Conventions signées avec les associations de médiateurs conso**

- FHF et SYNERPA ont signé une convention avec l'Association des médiateurs européens Consommation (AME Conso)
- FEHAP a signé une convention avec l'Association nationale des médiateurs Consommation (ANM Conso)



**Je vous remercie**

**CLAUDE EVIN**

AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

1, rue Saint Antoine

75004 Paris

06 75 59 97 30

[contact@evin-avocat.com](mailto:contact@evin-avocat.com)

[www.evin-avocat.com](http://www.evin-avocat.com)