

LA MÉDIATION ET LA CONCILIATION JUDICIAIRE DANS LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE ALLEMANDE**

1. Avant-Propos

Je limite le sujet de mes propos à la médiation/conciliation judiciaire auprès des tribunaux administratifs en Allemagne par des juges dits « juge conciliateur » (Güterichter).

Le juge allemand a la possibilité – il est vrai – de surseoir à statuer dans une cause pour permettre aux parties de s'adresser à un médiateur « extra-judiciaire », mais dans les procédures devant les tribunaux administratifs allemands c'est jusqu'à présent plutôt rare. Et bien sûr il y a la aussi en Allemagne médiation conventionnelle « pré-judiciaire » dans le domaine administratif¹, mais je voudrais ici la mettre également entre parenthèses.

2. Introduction de la médiation judiciaire « par le bas » en précédant la législation

a) Les „précurseurs“ de la médiation dans la juridiction civile :

L'Allemagne connaît - à l'instar de beaucoup d'autres pays - une longue tradition de pratique judiciaire ne visant pas uniquement à la production de décisions, mais à la résolution des conflits à l'amiable². On estime que – selon les juridictions entre 15% et 50% des causes judiciaires ne nécessitent pas une décision du juge, mais sont résolus par un accord des parties.

i. Rolf Bender (TGI Stuttgart)

Comme jeune président de chambre du TGI de Stuttgart, Rolf Bender avait mis en valeur, dès 1968, le caractère oral de la procédure civile. Notamment il utili-

* L'auteur, né en 1945, a été magistrat administratif et médiateur judiciaire au Tribunal administratif de Karlsruhe (Allemagne) jusqu'en 2009. Il est membre du Comité directeur de GEMME

** Version révisée de l'intervention au colloque du Conseil d'État « La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative », Paris 17 juin 2015

1 Pour ne citer qu'un exemple récent, la médiation du Landwehrkanal de Berlin qui a commencé en novembre 2007, confrontant l'administration fédérale de la navigation fluviale, mouvements écologiques et divers secteurs de l'administration du Land de Berlin, réunissant 200 personnes et couvrant une période de 6 ans. Non seulement les parties prenantes, aussi le contribuable y a gagné : Grâce à la médiation, l'administration fédérale de la navigation fluviale a réussi d'économiser 113 sur les 180 millions € initialement prévues pour assainir le canal. Voir la documentation de l'administration fédérale de la navigation fluviale WSA Berlin: <http://tinyurl.com/prq6s77> ; Schelp/Pfarr, ZKM 2010, 57.

2 Joachim von Bargen, Konfliktlösung mittels richterlicher Mediation als Alternative zum konventionellen Verwaltungsprozess, Die Verwaltung 2010, 405

sait d'avantage la possibilité de convoquer les parties à l'audience en personne pour leur permettre d'expliquer « ce qu'ils veulent vraiment ». Ses expériences et publications ont inspiré une réforme des codes de procédure³, qui imposent maintenant aux juges un débat en audience sur le contexte factuel et les aspects juridiques de l'affaire. En plus, les juges sont tenus d'avoir à l'œil à tout moment les possibilités pour un règlement à l'amiable. Ceci implique que le débat en audience dépasse le cadre restreint de la causa en ayant un regard sur les origines possibles du conflit.

ii. La médiation familiale, „Cochemer Modell“

Dès la fin des années '90, quelques juges de famille en Rhénanie-Palatinat avaient compris que les procédures traditionnelles étaient mal adaptées face à la nécessité de protéger les jeunes enfants victimes d'un conflit de leurs parents en voie de séparation. Deux tribunaux de première instance du Rhénanie Palatinat - Cochem⁴ et Altkirchen⁵ avec Arthur Trossen - et plus tard leur Cour d'Appel - Oberlandesgericht Koblenz⁶ - furent les premiers d'offrir aux parties ce qu'ils appelaient la "médiation intégrée"⁷.

b) Les pionniers dans la juridiction administrative

i. Karsten-Michael Ortloff (Tribunal Administratif de Berlin, dès 2000)

Comme président d'une des chambres au Tribunal Administratif de Berlin ayant la compétence pour l'urbanisme et les permis à construire, Ortloff avait commencé à résoudre les arriérés de sa chambre par des négociations avec les parties aboutissant souvent à des transactions, pour ensuite, en accord avec la hiérarchie de son tribunal, prendre en charge des causes des autres chambres en vue d'une conciliation, offrant ainsi la médiation judiciaire surtout pour les conflits dans le domaine de la planification urbaine et les conflits de voisinage⁸. À partir de 2003 jusqu'à sa retraite en 2006, il fut libéré de toute activité décisionnelle pour pouvoir se consacrer uniquement à sa tâche de médiateur.

ii. le TA de Fribourg (2001)

En 2001, la médiation judiciaire fut introduit au tribunal administratif de Fribourg (Baden-Württemberg)⁹. Sur l'initiative de son Président Joachim von Barga cette tâche fût confié au magistrat administratif Peter Knorr, qui avait

3 <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-45202533.html>

4 <http://www.ak-cochem.de/> ; http://de.wikipedia.org/wiki/Cochemer_Modell

5 <http://www.in-mediation.eu/altenkirchner-modell>

6 <http://www.in-mediation.eu/kappele-trossen-koblenzer-praxis>

7 <http://www.in-mediation.eu/mediation>

8 <http://www.jurawiki.de/Mediation> ; <http://www.mediator-ortloff.de/>

9 <http://vgfreiburg.de/servlet/PB/menu/1192816/index.html?ROOT=1192792>

suivi auparavant un cycle de formation de médiateur à l'Université à distance de Hagen.

L'institution du juge médiateur fût maintenu malgré la résistance du ministre de la justice du Land de Baden-Württemberg, qui désapprouvait l'initiative mais se voyait obligé de la tolérer, après avoir été confronté avec la décision du conseil judiciaire du tribunal administratif déclarant que la médiation judiciaire faisait partie intégrante de la juridiction confié par la constitution aux juges¹⁰.

iii. Les projets pilotes en Basse Saxe et Hessen

Par contre avec l'accord ou même l'appui de la hiérarchie et des ministres de la justice c'est en Basse Saxe où à titre expérimental on introduisait dès mars 2002 la médiation judiciaire dans quelques tribunaux ordinaires, administratifs et sociaux choisis, dont le TA de Hannover.¹¹ C'est le Land de Hessen qui va encore plus loin en introduisant en mai 2004 la médiation judiciaire par des juges dans tous les tribunaux administratifs y compris la cour administrative d'appel de Kassel.¹²

c) la médiation judiciaire fait tâche d'huile

En 2004 les tribunaux administratifs de Karlsruhe et de Stuttgart (Baden-Württemberg) se déclaraient solidaires avec les collègues à Fribourg et organisaient en commun une formation de médiation pour cinq juges administratifs, qui - un an plus tard - furent désignés juge-médiateurs par les conseils judiciaires de leurs tribunaux respectifs, tout en gardant leur fonction de « juges-décideurs ». Ces médiateurs judiciaires furent alors approvisionnés par leurs collègues de causes judiciaires appropriées, et des règlements internes veillaient à ce que ces juges-médiateurs ne furent pas appelés à juger des causes qu'ils avaient déjà traités comme médiateur.

Comme fondement légal les tribunaux administratifs invoquaient sous l'oeil malveillant de leur ministre de la justice du Land de Baden-Württemberg une application par analogie d'une disposition du Code de Procédure Civile, (Zivilprozessordnung), les alinéa 1 et 5 de l'article 278¹³.

D'autres initiatives suivirent dans les autres Länder, et vers 2011 il y avait dans chacun des 16 Länder au moins un projet fonctionnant de médiation judiciaire.

10 Voir aussi: <http://gemme.eu/nation/deutschland/article/rechtsgrundlage-gerichtlicher-mediation>

11 http://www.mj.niedersachsen.de/live/live.php?navigation_id=3787&article_id=10690&psmand=13; voir aussi le réport d'évaluation: <http://tinyurl.com/3ty59of>

12 Fritz/Karber/Lambeck (ed.), *Mediation statt Verwaltungsprozess? - Möglichkeiten und Grenzen außergerichtlicher / gerichtsnaher Streitschlichtung in Europa*, Europäische Verwaltungsgerichtsbarkeit, tome 2, 2005.

13 « Le tribunal veillera à trouver dans toutes les phases de la procédure, une solution à l'amiable du conflit ou de points conflictuels » et « Le tribunal pourra déléguer à un autre juge la tâche de trouver une conciliation des parties. »

3. Transposition de la Directive 2008/52 CE : La législation entérine le médiateur judiciaire, renommé Güterichter (juge-conciliateur)

a) Un accouchement long et difficile

Le délai pour la transposition de la directive 2008/52 CE avait été fixé au 21 mai 2011. L'Allemagne a largement dépassé ce délai. Sa loi sur la médiation porte la date du 21 juillet 2012 et est entrée en vigueur cinq jours plus tard. Pourquoi ce retard de 14 mois ?

Dès le début – déjà au stade du projet élaboré par le ministère fédéral de la Justice – il y avait un conflit politique en Allemagne à propos de la médiation judiciaire. La controverse : Faut-il maintenir le « juge-médiateur » ?

Le projet ministériel de juillet 2010 et par la suite la proposition formelle d'une loi décidé par le conseil des ministres - Bundesregierung - en janvier 2011 essayait de ne pas trancher cette question, et prévoyait de laisser décider les législateurs des Länder sur le maintien ou l'abandon de cette institution.

Mais le Bundestag avait par la suite récusé une telle délégation et avait voté le 15 décembre 2011 un texte de loi prévoyant l'abolition de la médiation judiciaire - au moins dans la terminologie. À sa place le texte voté prévoyait de renforcer verbalement la position déjà existante du « juge conciliateur » – Güterichter.

Avant de devenir loi, la décision du Bundestag devait encore passer par la deuxième chambre, le Bundesrat, qui n'avait pas la possibilité de dire « non » à la loi, mais qui pouvait en cas de désaccord faire appel à une commission parlementaire mixte - dite de « médiation » – Vermittlungsausschuss.

Personne n'y croyait, mais en fait, la deuxième chambre composé des représentants des gouvernements des Länder a fait appel au Vermittlungsausschuss; la majorité des ministres de la justice des Länder a voulu donner une place plus large à la médiation judiciaire.

b) La Loi sur la médiation du 21 juillet 2012

La loi « définitive » a suivi à la lettre la proposition du Vermittlungsausschuss et est entrée en vigueur le 26 juillet 2012.

Cette loi sur la médiation va au-delà des exigences de la directive européenne et ne se limite pas, comme la directive l'exige, à des litiges transfrontalières en matière civile et commerciale. Elle s'applique à toutes les médiations engagées en Allemagne, quels que soient la nature du litige et le domicile des parties. Elle prévoit en outre une certi-

fication - non obligatoire - des médiateurs; les détails sont réglés dans un décret d'application du ministère fédéral de la justice.¹⁴

À propos de la conciliation/médiation judiciaire la loi stipule pour tous les juridictions que

« Le tribunal pourra renvoyer les parties à une audience de conciliation et une pour- suite de la conciliation devant un autre juge désigné à cet effet et qui n'est pas autorisé à décider l'affaire (Güterichter, juge conciliateur). Le juge conciliateur pourra utiliser toutes les méthodes de résolution des conflits, y compris la médiation. »¹⁵

Cette norme – minimaliste par rapport à la législation française – ne contient elle-même pas de restrictions quant aux matières pouvant faire objet d'une conciliation/médiation devant le juge conciliateur.¹⁶ Aussi, la norme est interprété de manière à rendre obligatoire non pas la conciliation mais la nomination d'au moins un juge conciliateur par tous les tribunaux et toutes les cours de justice de toutes les juridictions en Allemagne. Les règlements internes (Geschäftsverteilungspläne) des tribunaux doivent par conséquent régler cette question et inclure la nomination du ou des juge(s) conciliateur(s).

4. Perspectives

L'Allemagne avait transposé la directive européenne dans une loi avec quelque retard en 2012, mais la transposition de la loi dans la réalité vécue des juridictions restait encore à faire. En novembre 2014 le site des juges conciliateurs « Güterichter-Forum » se plaignait que bon nombre des tribunaux n'avaient pas encore nommé les titulaires de cette fonction de conciliation. C'est ainsi qu'en 2013 seulement 86% des Tribunaux administratifs (et p.ex. 61% des Tribunaux d'instance) avaient pourvus à la nomination d'un juge conciliateur. Entretemps nous sommes, j'en suis sûr, à 100%.

Par contre les chiffres statistiques sont moins brillants quant aux cas traités par les juges conciliateurs. Beaucoup de magistrats hésitent de transférer leurs affaires aux collègues chargés avec la conciliation.¹⁷

14 Zertifizierte-Mediatoren-Ausbildungsverordnung – ZmediatAusbV – du 21.08.2016 (BGBl. I S. 1994)

15 Art. 278 al. 5 du Code de Procédure civile allemand (Zivilprozessordnung, ZPO) applicable dans la procédure devant la juridiction administrative selon l'art. 173 du Code de procédure des tribunaux administratifs (Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO).

16 Par contre les codes de procédure administrative et budgétaires fédéraux (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG ; Bundshaushaltsordnung, BHO) et des codes correspondantes des Länder contiennent de tels règles limitatives et sanctionnent le cas échéant des transactions *contra legem* de nullité, cf. Art. 54 s. VwVfG, Art. 58 s. BHO.

17 <https://www.gueterichter-forum.de/neuigkeiten/gueterichter-bekommen-weiterhin-zu-wenig-faelle/>

En ce qui concerne la juridiction administrative, en 2019, environ 4 400 des 86 000 procédures judiciaires administratives "normales" (à l'exclusion des procédures d'asile) - soit environ une procédure sur 20 = 5 % - ont été réglées dans toute l'Allemagne avec la participation au moins partielle d'un juge conciliateur.¹⁸

Il reste important, en tant que tâche permanente, de veiller à ce que les juges puissent remplir efficacement leurs fonctions. Les juges conciliateurs ont besoin d'une solide formation et d'une formation continue, qui inclut également les méthodes de médiation.

Une première initiation à la médiation fait maintenant de plus en plus partie du curriculum des facultés de droit ainsi que pour les stagiaires en justice (Rechtsreferendare). Pour les magistrats déjà en fonction, l'académie fédérale de la magistrature à Trèves et à Wustrau organise des stages de courte durée (deux semaines) en matière de médiation/conciliation¹⁹.

L'académie de la magistrature de la Rhénanie du Nord/Westphalie à Recklinghausen offre une formation continue par modules pour les magistrats qui voudraient exercer la fonction de juge-conciliateur²⁰. Quelques ministères de justice des Länder donnent aussi des contributions financières à des juges qui suivent une formation de médiateur dans une université en parallèle à leur activité juridictionnelle.

17/06/2015 – 05/12/2020

18 Statistisches Bundesamt Fachserie 10 Reihe 2.4, Rechtspflege / Verwaltungsgerichte, S. 40, https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/verwaltungsgerichte-2100240197004.pdf?__blob=publicationFile

19 <https://tinyurl.com/y5kjkot3>

20 <https://www.jak.nrw.de/aufgaben/Jahresprogramm/Jahresprogramm/Programm2021-gesamt.pdf>