

Commission de médiation DALO (*)

Il m'a été demandé de tenter de caractériser en quelle qualité les membres des commissions de médiation prévues par le Code de la construction articles L. 441-2-3 et suivants , articles R. 441-13 et suivants pour l'application du DALO sont appelés à se prononcer sur les dossiers dont ils sont saisis, quel est leur statut, et quelles conséquences en tirer quant aux, mieux encore que « bonnes pratiques » (celles du « Guide des bonnes pratiques des commissions de médiation » concernent plutôt les commissions en leur entier que chacun de leurs membres), « bonnes postures » qu'ils conviendrait qu'ils cultivent. Il me paraît tout d'abord nécessaire de faire valoir que la notion de médiation est une notion attrape-tout qui veut à la fois tout dire, et rien ; ensuite , au plus près du sujet qui m'est assigné, ce qu'on peut comprendre de la condition des membres de Commission de médiation du DALO.

-I- La notion de médiation

A – Cette notion procède d'un certain nombre de préoccupations inégalement vertueuses, et, du coup, passablement ambiguës :

- permettre à l'usager ou titulaire de droit, malheureux du sort qui lui est fait par les bureaux, les guichets, les décideurs, d'avoir l'occasion de s'expliquer ou de se réexpliquer sur les mérites de sa situation sans être réduit à ce choix cornélien : faire contre mauvaise fortune bon cœur et s'accommoder d'une décision l'éconduisant ou aller voir un juge (lequel ? avec quelles chances ? à quel coût ?)
- prévenir le contentieux, l'encombrement des juridictions

Les deux motifs étaient invoqués par l'étude bleue du Conseil d'Etat d'il y a une quinzaine d'années sur le règlement non juridictionnel des conflits.

B – Il existe de multiples sortes de médiations, de profils très divers. L'idée générale cultivée par les spécialistes et par le décret du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des conflits est qu'une médiation fait appel à un tiers de bonne volonté; c'est loin d'être toujours vrai, et il n'est du coup pas sûr que toutes les « médiations » méritent ce nom, ce qui les distingue assurément des arbitrages étant le caractère non obligatoire de leur produit. Même en laissant de côté les médiations civiles et commerciales de la directive de l'Union européenne du 21 mai 2008, reprise par l'ordonnance du 16 novembre 2011, les médiations en matière de consommation de l'ordonnance du 20 août 2015 qui font d'ailleurs appel à un médiateur non public mais privé, les médiations judiciaires de l'ordonnance de 1995 (Code de procédure civile articles 131 et suivants) on peut tenter de distinguer :

- entre petites et grandes médiations au sommet desquelles culmine l'ancien Médiateur de la république devenu Défenseur des droits
- entre les « médiations » auxquelles on peut recourir, ou non, et celles par lesquelles il faut passer si l'on veut avoir accès au juge : les RAPO (Recours administratifs préalables obligatoires), qui disent leur nom comme en matière de visas, ou de RSA depuis la réforme

Hirsch, formule introduite contre l'avis du Conseil d'Etat dans son rapport sur les RAPO et qui a fait disparaître toute justiciabilité en la matière ; les RAPO qui ne disent pas leur nom, les recours devant les Commissions de médiation sont des RAPO qui ne disent pas leur nom même si plusieurs commentateurs, notamment celui du Dalloz, ont levé le voile.

- Entre les médiations ayant des conséquences pratiques et celles qui n'en ont pas, ou seulement incertaines :
 - ☒ les commissions départementales des impôts et les commissions départementales de conciliation, qui m'ont été familières quand j'étais juge fiscal, ont des conséquences pratiques : l'inversion, en faveur du contribuable, de la charge de la preuve devant le juge si leur avis lui est favorable
 - ☒ le Défenseur des droits quelquefois, mais ce n'est pas fréquent, en particulier en matière de prestations sociales
 - ☒ la commission de médiation rattachée au Comité de suivi de la Convention AERAS que je préside depuis vingt ans , elle dit comment interpréter les dispositions souvent floues de la Convention et obtient, avec un peu de chance, des animateurs des professions de l'assurance et de la banque des « lettres pastorales » appropriées
 - ☒ vous, dont les « décisions » lient en principe, mais la question est de savoir jusqu'à quel point, les préfets, à telle enseigne que cela peut donner lieu à divers contentieux, contre vos décisions, d'abord, dont la régularité peut être contestée, contre l'impuissance ou la mauvaise volonté préfectorale ensuite, mais le moins qu'on puisse dire est que le préfet dispose d'une marge non négligeable de manœuvre pour tirer les conséquences de ce que vous avez décidé, le commentateur du Dalloz dit joliment « *L'avis émis par La commission de médiation présente le caractère d'une décision* ». Le préfet va en effet désigner le demandeur que la Commission a jugé prioritaire à un organisme logeur, lui fixer un délai pour loger le demandeur (mais quel délai ?); si l'organisme refuse de loger, le préfet peut -peut- utiliser son pouvoir de substitution ; il doit -doit- en outre veiller à respecter la mixité sociale.

Tout cela prouve que l'imagination du législateur est sans limite et pour tout dire passablement débridée, ce à quoi il faudrait un jour mettre un terme. Et on n'est pas sûr, à la vérité, que le défaut de « calage » de la procédure soit seulement le résultat d'un manque de rigueur dans sa conception ou d'une fuite éperdue devant la difficulté réelle que comporte la conciliation entre droit au logement et état des disponibilités en logements, à tout le moins dans les zones tendues ; il se pourrait aussi qu'il tienne à la conception que se font certaines des parties prenantes de cet être complexe qu'est le législateur de l'habileté politique. Dans l'étrange mémoire produit par la France dans la deuxième phase de l'affaire *Mme Elizabeth Tchokontio*

Happi contre France (n° 65892/12), ayant fait l'objet de l'arrêt du 9 avril 2015 devenu définitif le 9 juillet 2016 de la Cour européenne des droits de l'homme, il est de fait articulé avec la plus grande clarté que la commission de médiation, lorsqu'elle est saisie d'un recours amiable ayant pour objet de faire reconnaître le droit au logement du demandeur, « ne se prononce pas en fonction des disponibilités effectives de logements ... or la multiplication des recours et la situation socio-économique difficile de certaines régions a mis en exergue la difficulté de l'Etat à faire face à toutes les demandes ». Autant dire que le dispositif ne peut dans plus d'un cas fonctionner (à moins que les commissions ne cèdent à la tentation contre laquelle le « Guide des bonnes pratiques » vous met justement en garde de tirer des « circonstances locales » un motif de rejet des recours dont elles sont saisies, auquel cas le problème est résolu à la racine, mais le DALO n'est plus qu'un fantôme) ; et que reste comme poire pour la soif le recours contre l'impuissance préfectorale, la demande d'astreinte, d'un montant aujourd'hui plafonné, et qui ne va pas dans la poche du demandeur de logement, le recours en responsabilité. A cet égard l'arrêt de la CEDH qui condamne la France pour violation de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire de règles de procédure voulant que toute personne voie sa cause équitablement entendue et que les décisions rendues soient exécutées, critique incontestablement, outre le défaut de fonction compensatoire de l'astreinte, qui ne va pas à la victime de l'impuissance de l'Etat, l'imperfection du dispositif (c'est ce qu'avait déjà fait le Comité européen des droits sociaux sur réclamations collectives d'ATD et de la FEANTSA), la Cour s'est en revanche refusée de conclure à la violation de l'article 1 du protocole 1 parce que la nature de la créance de la requérante n'était pas, à son sens, un bien au sens de ce protocole, vieille et triste réticence.

-II- Quant à vous ?

A - Quel statut ?

Une chose est claire, c'est qu'il ne l'est pas. Autant il est facile de dire ce que vous n'êtes pas, autant il est difficile de dire ce que vous êtes :

- vous n'êtes pas des juges, vous n'êtes pas indépendants au sens essentiellement théorique où ils le sont ;
- vous n'êtes pas une autorité indépendante comme le Défenseur des droits et quelques dizaines d'autres, dont certaine exercent des compétences parentes de celles des juges ;
- vous n'êtes pas pour autant, quoique représentants de différentes mouvances, administratives ou associatives, les porte-paroles de celles-ci ;
- vous n'êtes pas, comme les parlementaires, et, plus curieusement les membres du Comité économique, social et environnemental interdits de mandats impératifs, étant entendu, d'où mon « curieusement », que cela interdit à une association qui a choisi pour le CESE un de ses membres, s'il est dissident de le révoquer, c'est ce qu'a jugé le Conseil d'Etat, mais que n'importe quel parti

peut, sinon chasser un parlementaire, du moins le réduire à rien (participation à une Commission etc...) en l'excluant.

Peut-être peut-on chercher quelque éclairage du côté des Prud'hommes (encore que, je le répète, vous ne soyez pas des juges) en ce que la constitution des Commissions dont vous êtes membres s'inspire de la vieille pratique de l'échevinage. Ce n'est pas toujours dans les conseils de Prud'hommes, si l'on est un honnête homme, parce qu'on est patron qu'on vote comme les patrons, ou parce qu'on est syndicaliste qu'on vote comme un syndicaliste (c'est vrai qu'il y a syndicat et syndicat). On y est, et c'est pareil chez vous, en principe, pour qu'un nouvel échange, plus approfondi, plus éclairé, que celui qui a eu cours au sein des bureaucraties, permette de faire éclore des perspectives nouvelles. Ce qui exclut que l'on arrive avec un parti déjà pris. Si c'était le cas ce n'est pas la peine d'être là, et on cautionne pire qu'une fiction, un mensonge.

B- C'est le moment de l'éthique, qui, comme chacun sait, est à la fois un au-delà et un en deçà du droit, une sorte de *poire pour la soif*. A la lumière de l'éthique,

- on ne peut arriver en séance en sachant quelle position on va prendre, ni par conviction personnelle, ni sur la consigne de quiconque
- il est inconcevable, en tous cas, que quiconque se plie à des consignes individuelles ou collectives, émanant de qui que ce soit, y compris la DRIL, le préfet, le ministre, tendant à ce qu'on prenne moins de décisions favorables ou à ce que les décisions comportent telle ou telle dimension particulière, ce serait une fraude à la loi de nature à justifier des poursuites pénales contre les auteurs de directives et contre ceux qui s'y plieraient ; il est extravagant à cet égard, qu'un préfet puisse écrire ou faire écrire que, d'une année à l'autre, le nombre de dossiers déclarés recevables par une commission de médiation a diminué de plus de moitié (22% contre 50%), et qu'il ne peut que féliciter tous les membres de la commission de médiation qui, ont su respecter les instructions préfectorales,
- qu'une commission élabore une jurisprudence n'est pas contraire aux bonnes mœurs mais ceci ne doit pas conduire à des fins de non-recevoir automatiques car il appartient à une commission de médiation, comme à un juge, d'examiner chaque cas,
- enfin les échanges de bons comme de mauvais procédés entre les membres d'une commission sont évidemment à proscrire

Jean-Michel Bélorgey

Conseiller d'État honoraire

Membre du Haut comité pour le logement des personnes défavorisées