

Le médiateur familial: rédacteur d'actes sous seing privé?

par Nicole DESCAMPS, Médiateure agréée en matière civile et commerciale, Médiateure Familiale DE, ancienne Avocate

PREAMBULE DE L'APMF

Ce texte fait partie des contributions de l'APMF portées à la réflexion et versées aux débats du groupe de travail "Médiation familiale et contrat de co-parentalité" que Madame Dominique BERTINOTTI, Ministre déléguée à la Famille a installé le lundi 21 octobre 2013 dans la perspective du projet de loi sur la famille que Madame la Ministre souhaite présenter au Conseil des Ministres en mars 2014.

La rédaction de l'accord de médiation familiale prépare et détermine sa nature juridique .

Deux types d'écrit se retrouvent en médiation familiale :

- le *projet* d'entente ou d'intention est un *projet* et est donc rédigé en terme d'intention et ne présente donc pas un engagement ferme ;
- le protocole d'accord ou "convention parentale" , documents qui ont eux un véritable caractère d'engagement des personnes qui le ou la signent et qui peuvent faire l'objet d'une homologation par le JAF ("agrafé au dos du jugement" sur un plan purement pratique) .

1. La nature juridique des accords en médiation familiale

1.1. Le projet d'entente ou projet d'intention ou accords d'intention

Dans cette hypothèse, l'écrit de médiation familiale reste au stade de l'intention affirmée de faire.

Les personnes font simplement part de leur intention de...mais ne s'engagent pas à... ;cet écrit n'est donc pas homologable par le JAF qui ne peut alors, le cas échéant que le reformuler et l'intégrer dans le corps de sa décision.

Les personnes ont aussi la possibilité soit de valider leurs options en les mettant en oeuvre au quotidien et dans le futur ou de faire appel à un conseil (avocat ou notaire) , ayant le statut de rédacteur d'actes sous seing-privé, aux fins d'assurer à leurs accords d'intention la mise en forme légale appropriée d'acte sous seing-privé, acte revêtant un engagement absolu et définitif susceptible de recevoir force exécutoire par homologation du Juge aux Affaires Familiales.

1.2. Le protocole d'accord ou "convention parentale"

Dans ce cadre l'écrit signé par les personnes est un acte "sous-seing privé", c'est-à-dire un acte écrit, établi par les personnes ou par un tiers, sous leur seule signature, destiné à produire des effets de droit et qui sera opposable à ses signataires.

Selon les cas, ce sous-seing privé pourra être différemment interprété et juridiquement qualifié : contrat faisant loi des parties (art.1134 du code civil: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi."), pacte de famille librement consenti (Article 376-1 : "Un juge aux affaires familiales peut, quand il est appelé à statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou sur

l'éducation d'un enfant mineur ou quand il décide de confier l'enfant à un tiers, avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement ") , liquidation de régime matrimonial

Ces accords, s'ils respectent l'ordre public, ont des effets dès leur signature à l'égard des personnes signataires. Pour donner force exécutoire à leurs accords, les personnes devront obtenir une décision de justice et donc faire homologuer leurs accords par le Juge aux Affaires Familiales .

Constater que le protocole d'accord ou "convention parentale" est un sous-seing privé amène à se questionner sur les points suivants :

- ***lorsqu'il rédige partiellement ou totalement l'acte sous seing privé, lorsqu'il participe activement à sa rédaction, le médiateur familial se positionne en tant que rédacteur d'acte sous seing privé: a-t-il qualité pour agir ?*** (lois des 31 décembre 1990 et 7 avril 1997 réglementant la rédaction d'acte juridique sous-seing privé) (2.1)
- ***quelle est la responsabilité du rédacteur ?*** (2.2)

2. Le médiateur familial a-t-il qualité pour la rédaction d'acte sous seing privé?

2.1. Qui peut rédiger des actes sous seing privé ? (lois des 31 décembre 1971, 31 décembre 1990 et 7 avril 1997 réglementant la rédaction d'acte juridique sous-seing privé)

L'alinéa 1 de l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971 précise que le professionnel du droit doit être titulaire d'au moins d'une licence en droit ou disposer d'une « *compétence juridique appropriée* ». **Il s'agit d'une condition nécessaire mais non suffisante .**

En effet, l'alinéa 5 du même article édicte que « *s'il ne répond en outre aux conditions prévues par les articles suivants du présent chapitre et s'il n'y est autorisé au titre desdits articles et dans les limites qu'ils prévoient* ».

La condition fixée à l'alinéa 1 de l'article 54 de la loi 1971 et la condition fixée à l'alinéa 5 de l'article 54 de la même loi sont donc cumulatives.

Les articles visés à l'alinéa 5 sont les articles 56 à 66 de la loi qui définissent limitativement les personnes habilitées à exercer une activité juridique ainsi que le cadre de leur intervention.

Au regard de ces articles les personnes qui possèdent le droit de rédiger des actes sont:

- Les avocats, les notaires, les huissiers de justice, les commissaires-priseurs, les administrateurs judiciaires et les mandataires liquidateurs en respectant le cadre des activités définies par leurs statuts respectifs (art.56)
- Les enseignants des disciplines juridiques des établissements privés d'enseignement supérieur reconnus par l'Etat (art.57)
- Les juristes d'entreprises mais uniquement pour l'entreprise qui les emploie et en vertu de leur contrat de travail. Ils ne peuvent donc pratiquer ces activités pour d'autres personnes que leur entreprise. Cette autorisation ne s'applique donc pas aux « juristes indépendants » ou aux auto-entrepreneurs qui proposeraient des services juridiques à des particuliers ou à des entreprises (art.58) .
- Les personnes exerçant une activité professionnelle réglementée peuvent, dans les limites autorisées par la réglementation qui leur est applicable, rédiger des actes sous seing privé qui constituent l'accessoire direct de la prestation fournie (art.59)
- Les personnes exerçant une activité professionnelle non réglementée pour laquelle elles justifient d'une qualification reconnue par l'Etat ou attestée par un organisme

public ou un organisme professionnel agréé peuvent, dans les limites de cette qualification, rédiger des actes sous seing privé qui constituent l'accessoire nécessaire de cette activité(art.60)

- La rédaction d'actes est ouverte aux syndicats et associations professionnels régis par le Code du travail au profit des personnes dont la défense des intérêts est visée par leurs statuts, sur des questions se rapportant directement à leur objet (art.64).
- Des organisations professionnelles ou interprofessionnelles ainsi que les fédérations et confédérations de sociétés coopératives peuvent rédiger des actes, au profit de ces organisations ou de leurs membres, sur des questions se rapportant directement à l'activité professionnelle considérée. (art.65)
- Les organes de presse ou de communication audiovisuelle peuvent offrir à leurs lecteurs ou leurs auditeurs des consultations juridiques si elles ont pour auteur un membre d'une profession réglementée (art.66).

Les professionnels ni réglementés ni agréés ne peuvent en aucun cas rédiger des actes juridiques. Ils peuvent uniquement fournir de la documentation juridique ou des actes-types.

En rédigeant partiellement ou totalement l'acte, en participant activement à sa rédaction, le médiateur familial se positionne en tant que rédacteur d'acte or à priori il ne rentre pas dans les catégories visées par ces lois. Il exercerait donc illicitement ce droit et encourrait donc les sanctions visées à l'article 72 de la loi qui fixe une amende de 4 500 euros (9 000 euros en cas de récidive) et d'une peine d'emprisonnement de six mois ou de l'une de ces deux peines seulement, pour quiconque aura exercé une ou plusieurs des activités réservées aux avocats alors qu'il ne bénéficie pas des autorisations nécessaires à l'exercice de cette activité.

L'escroquerie ou tentative d'escroquerie sont des qualifications qui peuvent être envisagées en raison de l'usage d'une fausse qualité. L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende, ce qui représente une sanction bien plus répressive que celle fixée par l'article 72 de la loi de 1971.

2.2. La responsabilité du rédacteur d'acte sous seing privé

L'article 55 de la loi impose à toute personne autorisée à rédiger des actes sous seing privé :

- ▶ d'être couverte par une assurance souscrite personnellement ou collectivement et garantissant les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile professionnelle qu'elle peut encourir au titre de ces activités ;
- ▶ de justifier d'une garantie financière, qui ne peut résulter que d'un engagement de caution pris par une entreprise d'assurance régie par le Code des assurances ou par un établissement de crédit habilités à cet effet, spécialement affectée au remboursement des fonds, effets ou valeurs reçus à ces occasions ;
- ▶ de respecter le secret professionnel conformément aux dispositions des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal et s'interdire d'intervenir si elle a un intérêt direct ou indirect à l'objet de la prestation fournie.

Force est de constater qu'actuellement, les médiateurs familiaux qui rédigent des protocoles d'accord ou conventions parentales ne semblent pas répondre à ces obligations.

Au regard de ce qui précède et des réalités de terrain (rédaction d'actes sous seing privé par certains médiateurs familiaux), des questions se posent:

- ***Serait-il opportun de permettre aux médiateurs familiaux, répondant aux conditions fixées par l'alinéa 1 de l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971, de disposer du droit de rédiger des actes sous seing privé pour autrui et de compléter en ce sens les articles 56 à 66 de la loi du 31 décembre 1971 comme suit:***

Art. : "Les médiateurs familiaux titulaires du diplôme d'Etat de médiateur familial disposent, dans le cadre des activités définies par leur statut, du droit de rédiger des actes sous seing privé pour autrui"

Ceci aurait le mérite d'éviter aux médiateurs familiaux répondant à l'alinéa 1 de l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971 d'être dans l'exercice illégal d'une profession et d'encourir des sanctions civiles et pénales; mais cela les engagerait également au respect des dispositions de l'article 55 de la loi du 31 décembre 1971 (assurance responsabilité civile adaptée, garantie financière, respect du secret professionnel).

- **Pour les médiateurs familiaux ne répondant pas aux conditions de l'alinéa 1 de l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971, ou pour ceux ne souhaitant pas se voir qualifier de rédacteur d'acte sous seing privé, serait-il opportun d'imaginer la création d'un acte-type de convention parentale qui serait repris par le législateur et qui pourrait être utilisé par ces médiateurs familiaux aux fins d'une possible homologation par le juge aux affaires familiales de la convention parentale?**
- **Une autre question se poserait alors: celle du contenu de la formation au diplôme d'Etat de médiateur familial dans sa partie "droit"; contenu devant alors permettre au médiateur diplômé d'Etat de répondre aux conditions édictées par l'alinéa 1 de l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971, à savoir disposer d'une « compétence juridique appropriée »**

Le débat est ouvert.....