

FÉVRIER 2019

RAPPORT

MÉDIATION ET ENTREPRISE

L'opportunité de l'autodétermination :
une liberté créatrice de valeur

GROUPE DE TRAVAIL PRÉSIDÉ PAR
PIERRE SERVAN-SCHREIBER,
MÉDIATEUR, AVOCAT AUX BARREAUX DE PARIS ET DE NEW YORK



LE PRÉSENT RAPPORT A ÉTÉ RÉALISÉ À L'INITIATIVE DU CMAP (CENTRE DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DE PARIS) ET DU CLUB DES JURISTES PAR UNE ÉQUIPE D'EXPERTS QUI A PROCÉDÉ À UNE QUARANTAINE D'AUDITIONS D'ACTEURS DU MONDE DE L'ENTREPRISE, DU DROIT ET DE LA JUSTICE.

COMPOSITION DE LA COMMISSION

PRÉSIDENT

Pierre Servan-Schreiber, Avocat aux Barreaux de Paris et de New York, Médiateur accrédité auprès du CiArb (Chartered Institute of Arbitrators and Mediators), du CPR (International Institute for Conflict Prevention and Resolution), du CEDR (Center for Effective Dispute Resolution) et du CMAP. Médiateur agréé auprès de la cour d'appel de Paris.

MEMBRES

Soraya Amrani-Mekki, agrégée des facultés de droit, Professeure à l'Université Paris Nanterre, directrice de l'axe Justice judiciaire, amiable et numérique du CEDCACE, codirectrice du diplôme universitaire Modes amiables de résolution des différends.

Pierre Charreton, Médiateur accrédité auprès du CMAP, conseil en management des fonctions juridiques de l'entreprise, Président d'honneur de l'Association française des juristes d'entreprise (AFJE).

Guillaume Forbin, Avocat au Barreau de Paris et médiateur, cabinet Altana.

Sophie Henry, Déléguée générale, CMAP.

SECRÉTAIRE DE COMMISSION

Martin Plissonnier, doctorant en droit privé, ATER à l'Université Paris Nanterre.

LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES

DATE	PERSONNE AUDITIONNÉE
8 décembre 2017	Nicolas Sauvage Avocat associé, SEA Avocats
	Jean-Baptiste Danet Président de l'association CroissancePlus
14 décembre 2017	Christel Wilbois Lauzeral Avocat au Barreau de Paris, CWLAVOCATS Médiateur accrédité auprès du CMAP Présidente de l'association Avomédiation, association d'avocats Accompagnateurs en médiation
18 décembre 2017	Thomas Clay Agrégé des facultés de droit Professeur de droit privé à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne Doyen honoraire des facultés de droit
	Martin Hauser Docteur en droit (Munich 1983), M.C.J (NYU 1986), M.A. Mediation (Viadrina 2015) Avocat aux Barreaux de Paris et Munich, BMH AVOCATS Médiateur accrédité auprès du CMAP, agréé auprès de la CCI, de l'OMPI, du CNMA et de la Cour d'Appel de Paris Médiateur certifié en Allemagne
19 décembre 2017	Patrick Sayer Président d'Augusta Juge consulaire au tribunal de commerce de Paris
	Philippe Valendru Directeur juridique et assurance groupe, Compliance officer, DAHER
	Christiane Féral-Schuhl Avocate au Barreau de Paris Médiatrice accréditée auprès du CMAP Inscrite sur la liste des médiateurs en matière civile, commerciale et travaux au Barreau du Québec Référéncée dans l'annuaire du CNMA

8 janvier 2018

Olivier Chaduteau

Associé fondateur, Day One

Marc Favero

Directeur général, Brink's France Finance

Benoît Balmay

Directeur juridique, Michelin

Pierre Pélouzet

Médiateur national des entreprises

10 janvier 2018

Coralie Bouscasse

Directrice juridique, Safran

Fabrice Vert

Magistrat, 1^{er} vice-président, TGI de Créteil
Vice-président du GEMME (Groupement européen
des magistrats pour la médiation), section France

Robert Corcos

Avocat associé, FTPA Avocats
Ancien directeur juridique

Jérôme Gandon

Directeur juridique, Arkema

Jean Messinesi

Ancien Président du tribunal de commerce de Paris

Thierry Reveau de Cyrières

Directeur grands contentieux, Total

Marie-Aude Ziadé

Avocat associé, cabinet Fierville Ziadé

Éric Thomas

Directeur juridique, Lagardère

11 janvier 2018

Christophe Roquilly

Professeur à l'EDHEC Business School
Doyen du corps professoral et de la recherche

Yannick Chalmé

Directeur juridique, L'Oréal
Membre du conseil d'administration du Cercle Montesquieu
Président de la commission CAC 40 du Cercle Montesquieu

- Catherine Peulvé**
Avocat au Barreau de Paris
Médiateur
Président d'honneur de l'ACE Paris
(Association des avocats-conseils d'entreprises)
- Denis Musson**
Directeur juridique et RSE et secrétaire du Conseil, Imerys
- 15 janvier 2018
- Natalie Fricero**
Professeure à l'Université de Nice – Côte d'Azur
Directrice de l'Institut d'études judiciaires
et du master 2 Gestion des contentieux privés
Président de la Commission nationale d'examen d'avocats
- Patrick Rossi**
Président du tribunal de grande instance de Compiègne
- Guillaume Hannotin**
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation
- 31 janvier 2018
- Isabelle Vaugon**
Avocat associé, responsable du département ADR,
Arbitrage et contentieux international du cabinet Fidal
Arbitre
Médiateur
- 2 février 2018
- André Potocki**
Juge à la Cour européenne des droits de l'homme
- 13 janvier 2018
- Christine Guerrier**
Directeur juridique, Thalès
- 15 janvier 2018
- Karen Linehan**
Vice-président exécutif et General Counsel, Sanofi
- Stéphane Noël**
Président du tribunal de grande instance de Créteil
- 28 février 2018
- Denys de Béchillon**
Agrégé de droit public
Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Membre du Club des juristes

5 mars 2018

Joëlle Simon

Directeur des affaires juridiques, MEDEF

Christine Barattelli

Directrice de mission concurrence – consommation, MEDEF

7 mars 2018

Michel Thomas

Président du tribunal de commerce de Lyon

Vice-président de la Conférence générale des juges consulaires

Claude Sidobre

Conciliateur de justice

Président de chambre honoraire, tribunal de commerce de Nanterre

Chargé de mission MARD, Conférence générale des juges consulaires

27 mars 2018

Bruno Deffains

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Membre de l'Institut universitaire de France

Président de l'Association française de droit et d'économie

Directeur du master Droit des affaires et économie

Président du Pôle numérique du Club des juristes

Diana Paraguacuto-Mahéo

Avocat associée, Foley Hoag

Arbitre

Médiateur

RÉSUMÉ

La médiation est, pour les entreprises, un instrument de gestion particulièrement adapté à leurs besoins. Elles peuvent, en utilisant ce mode alternatif de règlement des conflits, gagner du temps et de l'argent, mais aussi se concentrer sur d'autres tâches plus essentielles à leur raison d'être et conserver des liens avec leurs partenaires, même en cas de difficultés.

La facilité avec laquelle on peut démontrer les nombreux avantages de la médiation conventionnelle est aussi grande que la difficulté que l'on peut éprouver à comprendre pourquoi elle n'est pas plus ou mieux utilisée.

On comprend mieux ce paradoxe en examinant les enjeux de pouvoir au sein de l'entreprise et autour de celle-ci. Entre les acteurs qui craignent que leur soit reprochée une attitude pouvant apparaître comme insuffisamment combative et ceux ayant intérêt à gagner du temps ou qui préfèrent que leur soit imposée une solution certes défavorable, mais qu'ils n'auront pas cautionnée, nombreux sont les obstacles à l'essor de la médiation.

Pourtant, une fois dissipés les malentendus fréquents sur ce qu'est une médiation, on constate non seulement que l'immense majorité des différends auxquels est exposée l'entreprise peut se résoudre par cette méthode, mais, en outre, que le coût d'une telle résolution est tellement inférieur à toute forme de procès ou d'arbitrage que les responsables financiers de l'entreprise devraient y voir une opportunité de rationalisation des coûts extrêmement intéressante.

Se pose alors la question, très peu souvent abordée comme ici, du choix du médiateur. Car si l'entreprise et ses dirigeants sont convaincus de l'intérêt de la médiation, il leur faut être rassurés sur les qualités de la personne qui sera amenée à mener une telle mission. Faut-il qu'elle soit experte dans le domaine des biens ou des services que propose l'entreprise ? Dans le domaine du droit dans lequel s'inscrit le litige ? Qu'elle connaisse bien la culture de l'entreprise et de son environnement ? Ou bien tout cela à la fois ? Tous ces critères, pour pertinents qu'ils soient, font plus pour rassurer les parties que pour optimiser le bon fonctionnement et la probabilité de succès de la médiation. Dans cet objectif, c'est avant tout la personnalité et l'expérience du médiateur qui feront la différence.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	12
CHAPITRE I	18
DE QUOI PARLE-T-ON ?	
1/ Barrière culturelle	19
2/ Polysémie et confusion	20
3/ Méconnaissance	21
4/ Discrédit	22
5/ Absence de données chiffrées	23
a. En France	23
b. À l'étranger	24
CHAPITRE II	27
ENJEUX DE POUVOIRS	
1/ Acteurs	28
2/ Le pouvoir en question ?	29
a. Au sein de l'entreprise	29
b. En dehors de l'entreprise	31
3/ L'exercice du pouvoir	32
a. Décideur et pouvoir d'engager la bataille	32
b. Pouvoir des conseils	33
CHAPITRE III	36
PIERRE ANGULAIRE : LE MÉDIATEUR	
1/ Choisir le médiateur	37
a. Choix par le juge	37
b. Choix par les centres de médiation	39
c. Choix par les parties : la recherche de l'oiseau rare	40
2/ Choisir sa rémunération	44
a. Fondements de la rémunération du médiateur	44
b. Détermination de la rémunération du médiateur	45
CHAPITRE IV	49
MÉDIATION : LIBERTÉ ET SÉCURITÉ	
1/ Liberté et adaptabilité	50
2/ Efficacité	51
3/ Confidentialité	53
4/ Droit au juge	55

CHAPITRE V	57
TENTATION DE LA MÉDIATION OBLIGATOIRE	
1/ En France	58
2/ En Europe	59
3/ Positions des juridictions européennes	61
4/ Conclusion	62
RECOMMANDATIONS	64
1/ Sensibilisation et formation	64
2/ Obligation déontologique d'information	64
3/ Création d'un outil statistique centralisé	65
4/ Amendement de l'article 1534 du code de procédure civile	65
CONCLUSION	66
ANNEXE I	68
HISTOIRE DE LA MÉDIATION	
ANNEXE II	72
GLOSSAIRE	
ANNEXE III	78
LISTE DES TEXTES FONDAMENTAUX SUR LA MÉDIATION	
ANNEXE IV	80
ÉTAT DES LIEUX SUR LA FORMATION A LA MÉDIATION	
ANNEXE V	83
EXEMPLE DE CONVENTION DE MÉDIATION DE LA FÉDÉRATION NATIONALE DES CENTRES DE MÉDIATION (FNCM)	
ANNEXE VI	84
CHARTRE DU MÉDIATEUR (CMAP)	

INTRODUCTION

La médiation existe depuis la haute Antiquité¹. Ce mode de règlement amiable s'est, depuis, invité dans de nombreux types de différends issus aussi bien du droit de la famille que du droit de la consommation ou encore de celui des contrats. Aux États-Unis, il y a même un programme de formation à la médiation pour les condamnés à mort et détenus de longue peine². D'une dispute entre enfants sur la possession d'un jouet jusqu'aux conflits entre États, il n'est guère de différend qui ne puisse faire l'objet d'une médiation.

Le nombre d'articles parus sur la médiation, le nombre de médiateurs, de centres de médiation, de conférences, etc., démontrent, s'il en était besoin, l'intérêt qu'elle peut susciter. En outre, elle fait l'objet, comme l'ensemble des MARD, d'une importante promotion législative depuis de nombreuses années³.

L'objet du présent rapport n'est pas de donner un aperçu exhaustif de toutes ces formes de règlement de conflits. Compte tenu du profil des professionnels qui forment l'auditoire du Club des juristes et du CMAP, il nous a semblé plus naturel de nous intéresser spécifiquement à la médiation dans le monde de l'entreprise dans un contexte français.

La médiation est, et de loin, l'instrument de gestion des conflits le plus efficace, le plus économique et le plus adapté aux besoins des entreprises au XXI^e siècle.

Elle leur offre principalement l'opportunité de régler les différends qui les opposent à des tiers d'une façon particulièrement souple, sécurisée, maîtrisée, confidentielle et économique.

On ne peut donc que s'interroger sur le décalage entre l'évidence de la parfaite adaptation de ce mode de résolution des différends aux intérêts des entreprises et sa présence relativement faible dans leur pratique.

Les travaux de la commission ont permis de mieux comprendre cette aberration. Elle trouve sa source dans l'incertitude même de ce qu'est la médiation (**chapitre I**) et s'enrichit de problématiques liées au rapport au pouvoir des différents acteurs (**chapitre II**) ainsi que de la difficulté de choisir le médiateur (**chapitre III**). La médiation s'exerce pourtant dans un cadre garantissant à la fois la sécurité et la liberté des parties (**chapitre IV**) que la tendance actuelle à rendre la médiation obligatoire tend à fragiliser sous couvert de sa promotion (**chapitre V**).

1. V. Annexe I, p. 68.

2. Prison of Peace, Laurel Kaufer and Doug Noll, cofounders.

3. V. Annexe III, p. 78 et s.

La commission est convaincue que la clarification de certains concepts et principes et la mise en exergue de la création de valeur que procure la médiation permettront de lui donner l'essor qu'elle mérite.

Elle considère néanmoins que la médiation interentreprises ne pourra donner pleinement les résultats qu'on peut en escompter que si elle demeure soumise à un régime de grande liberté, n'excluant pas pour autant la sécurité, comme ce rapport tente de le démontrer.

MÉTHODOLOGIE

Pour les besoins du présent rapport, nous utiliserons la définition suivante de la médiation, née de nos travaux :

« La médiation est un processus par lequel deux ou plusieurs personnes morales ou physiques faisant partie d'un système relationnel confient à un tiers indépendant, neutre et impartial (et parfois à deux) la tâche de les aider à résoudre un différend existant entre elles lorsque la communication au sein de ce système est devenue dysfonctionnelle ».

Nous appellerons « Médiation » tout au long du rapport, une médiation conventionnelle entre entreprise répondant à cette définition.

Par ce parti pris, nous avons écarté, d'une part, les médiations judiciaires et, d'autre part, les médiations institutionnelles. Cela mérite un mot d'explication.

La médiation judiciaire, prévue par différents textes, la plupart du temps très récents⁴, présente des caractéristiques très différentes de ce que nous appelons ici Médiation. Elle est en effet souvent, sinon systématiquement, obligatoire ou du moins fortement suggérée par le juge. Dès lors, l'attitude des parties va être conditionnée par cet élément fondamental. À vrai dire, on peut se demander si une médiation imposée, *de jure* ou *de facto* par le juge peut encore se prévaloir d'être une médiation, tant le caractère libre et volontaire pour les parties et leur capacité à s'échanger, ou pas, des informations qui pourraient être utilisées différemment dans le cadre d'un procès nous semblent consubstantiels à la notion de médiation. En effet, il est rare, voire exceptionnel, et à vrai dire les membres de la commission et les personnes auditionnées n'ont aucun exemple à citer, qu'une partie à un procès refuse la médiation que suggère, de manière plus ou moins insistante, le juge auquel son litige est soumis. Plus parlant, plus grave aussi, le fait que ce soit souvent le juge lui-même qui choisisse le médiateur, y compris parmi d'autres magistrats ou anciens magistrats de sa juridiction. Les parties, là encore, s'y soumettent dans

4. V. Annexe III, p. 78 et s.

la plupart des cas. Une telle soumission nous paraît ontologiquement incompatible avec le principe de liberté qui doit caractériser la médiation.

En outre, la médiation judiciaire est perçue, notamment par les pouvoirs publics et les magistrats, comme un moyen efficace de désengorger les tribunaux et comme une étape préalable au procès lui-même. Elle est ainsi en quelque sorte « judiciarisée » en ce qu'elle devient partie intégrante de la procédure. Or, ce qui fait l'intérêt de la Médiation est, précisément, son caractère alternatif par rapport au procès.

Les médiations dites institutionnelles (par exemple : Médiateur des entreprises, Médiateur du crédit, Médiateur de la consommation, etc.), ont été créées par l'État pour faciliter le règlement de certains litiges lorsque les parties ne sont pas sur un pied d'égalité (entreprises-personnes de droit public ou grands donneurs d'ordre, fournisseurs ou sous-traitants, pour le premier ; entreprises en difficulté-organismes de financement pour le deuxième ; entreprises-consommateurs pour le troisième). Il s'agit là d'une certaine conception du service public puisque l'objectif est d'offrir – gracieusement dans la plupart des cas – un service à certaines catégories de justiciables afin de rétablir l'équilibre entre les parties, pour répondre à des problématiques spécifiques, comme, par exemple, le caractère dirimant du coût d'un procès pour un litige de consommation, le préjudice souvent difficilement réparable de la suspension de moyens de paiement pour une entreprise ou un professionnel indépendant, etc.

Ces procédures sont très encadrées dans des textes précis et ne concernent qu'une partie, peu stratégique sauf en termes d'image, des litiges ou différends auxquels l'entreprise doit faire face au quotidien. Elles offrent moins de place à la créativité dans la recherche de solutions et n'offrent pas, comme la Médiation, le champ immense des possibles. C'est donc sur cette dernière, et elle seule, que porte le présent rapport.

De la même façon que la réussite d'une Médiation repose beaucoup sur la communication et la rencontre des intérêts, il nous a semblé nécessaire et plus intéressant d'écouter d'abord les acteurs susceptibles de jouer un rôle dans le règlement des différends opposant des entreprises afin de comprendre leurs réticences. Ensuite, de même que l'application de la règle de droit au différend soumis à une médiation n'est pas au cœur de sa réussite, il nous a semblé plus utile pour les lecteurs de ce rapport d'aborder la question de la place de la Médiation sous des angles moins juridiques, comme les enjeux de pouvoir, les enjeux sémantiques, les enjeux liés au choix du médiateur et à sa rémunération, entre autres.

CONSTATS

Le premier constat est que le contentieux judiciaire répond de moins en moins aux attentes des entreprises

En ce début de XXI^e siècle, constater que les progrès technologiques et sociologiques ont considérablement réduit l'espace et accéléré le temps semble évident, voire banal. La conséquence est que le temps de la justice et le temps des affaires, des relations à autrui ne sont plus en phase et le seront de moins en moins.

Il reste bien évidemment non seulement indispensable au bon fonctionnement d'une démocratie, mais également utile de pouvoir porter un différend devant un juge, personnage investi par l'État du pouvoir de juger, de dire le droit et de l'interpréter.

Mais pour quantité de différends qui interviennent entre personnes physiques ou morales, entre lesquelles existe un lien relationnel d'affaires, le recours au juge présente des inconvénients importants :

- **sa durée**, qui résulte de l'encombrement des tribunaux, mais aussi d'éventuelles expertises, recours, incidents et problèmes d'exécution, peut s'étaler sur plusieurs années et est, de ce fait, largement incompatible avec le rythme des affaires au XXI^e siècle ;
- **son coût réel** (honoraires, frais d'expertise, etc.) qui peut être élevé en France et prohibitif dans certains pays de *Common Law* ;
- **la consommation de temps, d'énergie et de ressources** que doivent consacrer une entreprise et son management à la préparation et au suivi d'un dossier contentieux, dépense souvent peu chiffrable, mais considérable et qui ne s'inscrit ni dans son objet social ni, le plus souvent, dans sa stratégie ;
- **son aléa**, générateur d'incertitudes, elles-mêmes incompatibles avec la prévisibilité que souhaitent les dirigeants d'entreprise et qu'exigent les marchés ;
- **son caractère public** qui expose non seulement l'existence du contentieux auquel l'entreprise est partie, mais aussi sa nature, les arguments qui lui sont opposés, voire quelques éléments qu'elle préférerait garder secrets ;
- **le dommage causé aux liens**. En substituant au système de communication qui prévalait entre les parties avant la naissance du litige, un système qui repose sur le conflit, l'opposition, l'accusation, l'exigence de réparation et la négation de ses propres responsabilités, le procès brise des relations qui deviennent souvent impossibles à renouer. Or l'entreprise n'existe que par les relations qu'elle tisse avec ses fournisseurs, ses clients, ses partenaires, ses collaborateurs, ses pairs, les institutions qui la contrôlent, celles qui la protègent, etc. Toute destruction d'un de ces liens est une perte.

Dès lors, il apparaît que tout dirigeant d'entreprise agissant rationnellement ne peut que porter de l'intérêt à une solution permettant de régler les conflits auxquelles elle est partie sans emporter avec elle ces inconvénients, majeurs pour une entreprise.

Telle est la Médiation. Un mode de règlement des différends particulièrement adapté à l'univers dans lequel évoluent les entreprises aujourd'hui.



Le deuxième constat est celui d'une adaptation quasi parfaite de la Médiation aux besoins des entreprises.

Ce constat se fait aisément au regard des nombreux avantages de la Médiation qui sont à l'opposé des inconvénients du contentieux judiciaire :

- le lien est préservé puisque c'est à travers lui, ou au moyen de la création d'une nouvelle relation, que les parties pourront trouver un accord entre elles ;
- sa durée est incomparablement plus courte que celle d'un procès. Une Médiation peut durer de quelques jours à quelques mois et le plus souvent se termine en quelques semaines ;
- le coût d'une Médiation est modéré et proportionné, en particulier au regard des économies de toutes natures qu'elle permet aux entreprises de réaliser ;
- il n'y a jamais de perdant dans une Médiation. Soit les parties parviennent à un accord et, par définition, elles y trouvent leur compte ; soit elles n'y parviennent pas et elles se retrouvent exactement dans la situation qui était la leur avant que ne commence la Médiation ;
- elles n'ont rien perdu : ni temps, ni argent, ni droit. Cela reste vrai même si elles ne trouvent pas d'accord à l'issue de la Médiation. Les exemples sont innombrables d'accords intervenus entre les parties postérieurement à celle-ci, favorisés à l'évidence par le dialogue qui s'y est instauré ;
- les parties contrôlent tout dans la Médiation : le choix du médiateur, la durée, le coût, le processus et la solution, à l'inverse du contentieux où elles ne contrôlent rien ou pas grand-chose ;
- tout est confidentiel dans une Médiation ; rien de ce qui s'y fait, s'y dit ou y est discuté, proposé ou rejeté ne peut être ensuite utilisé contre une partie ;
- la Médiation élargit le champ des possibles puisque l'accord que trouveront les parties peut porter sur des engagements, des conventions ou des aspects de leur relation qui ne faisaient pas partie du litige initial, ce qui est impossible dans un contentieux ;

- enfin et peut-être surtout, la Médiation est extrêmement efficace. Bien qu'il n'existe pas de statistiques générales⁵, toutes celles qui ont été réalisées par des centres de médiation ou par sondages auprès des entreprises font apparaître des taux de succès supérieur à 70 %.



Le troisième constat est que la Médiation ne se développe pas avec autant de rapidité et de force qu'elle le devrait compte tenu des avantages qu'elle présente.

Ce constat n'est pas nouveau. Ainsi, déjà en 2008, Jean-Claude Magendie, alors Premier président de la cour d'appel de Paris, relevait que la « médiation était loin d'avoir connu le succès escompté »⁶ et, avouant sa perplexité, il ajoutait : « C'est une interrogation que celle du succès mitigé de ce mode alternatif de règlement des conflits qui apporte un peu d'humanité dans un déroulement parfois kafkaïen des procédures alors même que l'ensemble des professionnels de la justice s'accorde à en saluer les mérites »⁷. Ces propos visaient la médiation judiciaire, mais ils auraient pu s'appliquer aussi bien à la Médiation conventionnelle.

Plus de dix ans plus tard, le constat n'a pas changé, mais avec le recul du temps, cette réalité est encore plus mystérieuse, incompréhensible, voire choquante en raison des efforts constants qui ont pu depuis être déployés par les pouvoirs publics et les acteurs de la sphère juridique, sans oublier la pédagogie déployée par les meilleurs centres de médiation pour en assurer la promotion.

Le but de ce rapport est double :

- d'une part, comprendre pourquoi, malgré les avantages évidents de ce mode de résolution amiable, la Médiation n'est pas davantage employée par les entreprises pour résoudre leurs différends ;
- d'autre part, par une démarche didactique, en faciliter la compréhension et ce faisant en promouvoir l'usage pour les acteurs du monde économique.

Au-delà des juristes, ce rapport s'adresse surtout aux décideurs. La fierté de notre commission serait d'abord de savoir que nous avons éveillé l'intérêt des dirigeants d'entreprise, qu'ils ont été nombreux à avoir été convaincus de la pertinence de la Médiation comme mode de règlement des différends et, en définitive, de les avoir incités à y recourir chaque fois que c'est possible ; c'est-à-dire souvent.

5. V. sur ce point, Chapitre I, 5°, p. 23 et s.

6. J.-Cl. Magendie, « Discours d'installation du groupe médiation de la Cour d'appel de Paris », in *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, Rapport issu du groupe de travail sur la médiation, 2008, p. 4.

7. *Ibid.*

CHAPITRE I



DE QUOI PARLE-T-ON ?

1

LA BARRIÈRE CULTURELLE

À la différence d'un certain nombre de cultures qui, de façon très ancienne, privilégient le compromis, la culture française est, au contraire, une culture d'opposition.

Certains observateurs étrangers vont jusqu'à prétendre que la Médiation est à contre-courant de la culture française.

Dans sa thèse de doctorat, Mme Cardinet a justement rappelé que :

« Ce qui donne sans doute un début d'explication du phénomène [de glissement de la notion de médiation à celle de négociation et d'arbitrage] est que les pratiques pour gérer les relations sociales ne sont pas les mêmes, en Europe occidentale, que celles qui avaient force de loi dans le bassin méditerranéen antique ou dans les pays moyen-orientaux, où étaient établis principalement des nomades, et qui sont le berceau de la notion de médiation sur le plan social »⁸.

Dans notre culture, le bien-fondé d'une position doit être reconnu contre celui à qui on l'oppose et c'est le juge, symbole du pouvoir, qui doit l'officialiser en tranchant en sa faveur. La position de compromis est assimilée à une position de faiblesse.

On conçoit aisément la différence entre cette attitude et celle qui, de façon volontaire, conduit à accepter, ou à tout le moins entendre, la position de l'autre, pour faire émerger une solution qui soit nécessairement de compromis.

Un grand nombre de personnes auditionnées ont souligné le caractère encore très vertical et hiérarchisé de la société française qui conduit à faire trancher le litige par un tiers investi d'une autorité, le juge ou l'arbitre et à privilégier cette solution par rapport au compromis.

Cette culture, qui conduit à une logique d'affrontement est évidemment présente chez les conseils des entreprises qui, pour beaucoup d'entre eux, ne favorisent pas la Médiation. L'avocat croit en effet trop souvent que sa valorisation passe par sa capacité à faire triompher la thèse de son client devant un tribunal.

8. A. Cardinet, *La médiation en France, aujourd'hui, et ses applications dans le secteur scolaire : ses références, ses significations, ses pratiques*, dir. G. Avanzini, Lyon 2, 1998, p. 40.

Cette conception de la valeur ajoutée se reflète clairement dans le mode de facturation des honoraires puisque, en droit des affaires, le montant des honoraires est généralement fixé par l'application d'un taux horaire au temps passé par le ou les avocats sur le dossier. Le nombre d'heures passées à mener un long contentieux étant beaucoup plus important qu'une Médiation, on voit bien comment un cabinet peut trouver son intérêt à préférer le contentieux.

Cette vision est réductrice. Les avocats qui se comportent comme des conseils, spécialistes du règlement des litiges, auprès de leurs clients, savent que la plus forte valeur ajoutée est celle que perçoit leur client, elle-même tributaire de la bonne compréhension par l'avocat des enjeux et de l'environnement de l'entreprise. L'efficacité des solutions qu'il propose, la confiance qu'il établit et la pérennité de leur relation en dépendent. La Médiation devient alors un atout dans la relation entre ces avocats et leurs clients.

2

POLYSÉMIE ET CONFUSION

Il apparaît que, sous un même vocable de « médiation », coexistent un très grand nombre de processus qui divergent de la Médiation, au sens où elle est définie dans le présent rapport⁹.

L'article 1530 du Code de procédure civile porte une première confusion en ce qu'il définit de la même façon médiation et conciliation¹⁰. Le rôle du tiers intervenant dans l'émergence de la solution étant par principe différent.

D'autres processus se démarquent de la Médiation par leur caractère contraignant en ce que la médiation est imposée ou en ce que le médiateur lui-même est imposé. Elles apparaissent alors le plus souvent subies et brouillent le principe essentiel de liberté qui caractérise la Médiation (médiateur de la consommation, du crédit, des assurances, des entreprises, intra-entreprises, conciliations désignées comme médiations, etc.).

Au surplus, ce foisonnement de médiations et leur application à des litiges

9. V. supra, p. 13.

10. Article 1530 du Code de procédure civile : « La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de 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 ».

de « basse intensité » semblent, *a contrario*, discréditer son applicabilité aux litiges à forts enjeux. On constate un dévoiement du concept même de Médiation depuis une vingtaine d'années, aussi bien dans les textes que dans la pratique.

Est-il encore temps et utile de combattre cette polysémie¹¹ ou faut-il se résoudre à une acception large au risque d'en faire un fourre-tout ?

Pour un certain nombre des personnes auditionnées, il faudrait prendre la notion la plus large possible compte tenu de la confusion qui s'est d'ores et déjà installée, notamment au plan législatif. Pour les tenants de cette position, il est déjà trop tard pour dissiper les confusions. Ils considèrent qu'il est plus important de favoriser une culture générale de la résolution amiable et que les distinctions entre ces modes importent peu.

Or, les distinctions importent. La commission partage le désir de promouvoir les MARD, mais considère qu'une approche précise des définitions de chacun de ces modes permet aux entreprises d'exercer un choix libre et éclairé, adapté à leurs besoins au cas d'espèce, ce qui ne peut que renforcer la compréhension et l'adhésion aux modes amiables.

Plus encore, elle est d'avis, après avoir entendu les acteurs auditionnés, qu'il n'est pas possible de promouvoir et de promouvoir ce qu'est la Médiation dans l'intérêt des entreprises sans qu'elle ne soit précisément définie, ses caractéristiques étant à l'origine même des avantages qu'elle procure.

Au surplus, toute confusion rend plus difficile le franchissement des barrières culturelles françaises liées à la préférence pour l'opposition au compromis.

3

MÉCONNAISSANCE

Les auditions menées notamment auprès des chefs d'entreprise ou des représentants d'associations de PME ou d'ETI ont fait ressortir une très large méconnaissance de l'existence de la Médiation comme moyen de règlement des litiges du droit des affaires.

11. La Commission a souhaité illustrer cette polysémie à travers un glossaire figurant en annexe du présent rapport. Il apparaît que de nombreuses définitions coexistent, parfois pour un seul terme, ce qui participe incontestablement d'un dévoiement de la notion de Médiation telle qu'entendue dans le rapport. Pour un aperçu non exhaustif de ces définitions, v. Annexe II, p. 72.

Les dirigeants rencontrés connaissent les médiations avec les consommateurs, parfois celles concernant les délais de paiement (Médiateur des entreprises) ou bien encore la médiation familiale en matière de divorce.

La Médiation dans l'univers des affaires souffre en revanche très clairement d'une méconnaissance, tant de son existence même que de ses principes. De façon symptomatique, dès que la Médiation est expliquée et ses avantages mis en avant, tous s'étonnent de cette méconnaissance et de ce que la Médiation ne soit pas proposée de façon beaucoup plus systématique alors qu'elle répond à leurs attentes, notamment en termes de rapidité et de coûts.

Cette méconnaissance par les acteurs économiques montre également qu'elle n'est pas suffisamment conseillée en cas de litige par les intervenants spécialistes du contentieux. Au cours d'un colloque international récent, la question fut d'ailleurs posée de la responsabilité professionnelle que pourrait encourir un avocat qui omettrait d'informer sa cliente de l'existence de la Médiation comme mode de règlement du litige qui lui est soumis¹².

4

DISCRÉDIT

En réalité, la Médiation ne souffre pas seulement d'une insuffisance de connaissance de la part des acteurs économiques, premiers intéressés. Elle est également victime d'une insuffisance de reconnaissance notamment – et paradoxalement – parmi les acteurs de la sphère juridique, en principe premiers prosélytes.

Les magistrats et les juges, notamment consulaires, les avocats, mais aussi les juristes d'entreprise ont bien souvent une piètre opinion de la Médiation. Il est vrai qu'ils ne l'avouent pas toujours, même de moins en moins, tant le courant dominant, politique et sociétal encourage et pousse vers la logique de l'amiable.

Cette réticence est pourtant ressortie souvent au long de nos entretiens, parfois en creux ou en filigrane, mais de manière suffisamment lisible pour les membres avisés de notre commission. Cette réticence peut prendre différentes formes allant de la résistance – le vrai conflit ne peut se traiter que par une décision qui tranche – au dédain – la Médiation, c'est bon,

12. New Frontiers of ADR: From Commercial and Investment Matters to Regulatory Violations, 6-7 November 2018, McGill Faculty Club and Conference Centre, Montreal, Canada.

mais pour les autres. Ainsi, la suspicion sous-jacente vise d'abord le qualitatif. La valeur du processus est suspectée tout comme la légitimité du médiateur, indépendamment des qualités intrinsèques de celui-ci.

Une autre critique plus frontale est apparue : l'univers de la Médiation est mis en cause. Il offrirait, selon ses contempteurs, un spectacle désolant de nature à jeter le discrédit sur la Médiation et les centres qui ont pour objet de l'organiser.

À ce titre, la prolifération des médiateurs et des centres de Médiation, à Paris et dans les régions, est présentée ou perçue comme un signe particulièrement négatif : « La médiation c'est la jungle » a-t-on entendu ; et les mêmes d'ajouter : « Il y a plus de médiateurs que de médiations ! ». D'autres, moins sévères, se bornent à souligner, avec une pointe de mépris lourde de sous-entendu cependant, que « la médiation est un marché... ». De fait une concurrence s'est installée. Dans ce registre de critiques, c'est quasiment la dimension éthique qui est questionnée.

5

ABSENCE DE DONNÉES CHIFFRÉES

On l'a vu, l'incessante promotion de la Médiation et de ses multiples atouts que sont le gain de temps, la maîtrise des coûts, la confidentialité et, lorsque cela est possible, la pérennité des relations entre les parties au litige, ne suffit pas. Les promoteurs et les bénéficiaires ont besoin de « voir pour croire » et quoi de plus efficace que des statistiques démontrant les avantages incontestables du processus ? La difficulté est que ces outils sont inexistants ou imparfaits, selon les cas.

a. En France

■ Médiation judiciaire

Il n'existe pas de recensement au niveau national du nombre de médiations ordonnées dans les tribunaux (source : *Les Chiffres clés de la justice* ; 2017). Le ministère de la Justice a, dans un rapport rendu en 2015, lui-même constaté ces difficultés d'accès aux chiffres, ne permettant pas d'apprécier l'attractivité et l'efficacité du processus au niveau national¹³. Ce rapport mentionne notamment, pour la médiation judiciaire, la disparité des outils statistiques entre les juridictions, chacune disposant de surcroît de sa propre méthode de calcul.

13. Ministère de la Justice, *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, avril 2015.

Ainsi, même si certaines cours d'appel comme celles de Paris, Versailles, Grenoble, Pau ou Toulouse tiennent des statistiques de manière autonome, les données recensées sont encore aujourd'hui destinées à un usage purement interne.

Sur le site du ministère de la Justice, les publications relatives à la médiation sont assez anciennes (les dernières datent de 2012-2013) et ne contiennent pas nécessairement d'informations pertinentes sur les chiffres.

La Cour de cassation a publié une étude du GEMME (Groupement européen des magistrats pour la médiation) dédiée à la médiation, laquelle ne recense que quelques rares données chiffrées (le taux de réussite avec et sans avocat, la durée, le montant des provisions)¹⁴.

■ Médiation conventionnelle

Le rapport du ministère de la Justice précité constate l'efficacité de la médiation conventionnelle sans pour autant donner beaucoup de chiffres. Ceux qui sont communiqués ne concernent que les médiations « institutionnelles », créées par l'État et destinées à régler des types de litige spécifiques, qui mettent en œuvre des processus différents et qui sont hors du champ de notre étude.

Les statistiques en relation à la médiation conventionnelle peuvent être recensées soit par des médiateurs individuels travaillant en réseau, soit par des centres de médiation ; mais elles ne font l'objet d'aucune centralisation.

Il n'existe pas non plus de registre unique qui recenserait l'ensemble des institutions organisant la médiation, mais une Fédération française des centres de médiation (FFCM) qui rassemble de nombreux centres de médiation. Elle n'offre malheureusement pas d'informations sur les statistiques chiffrées de ses adhérents. Ces dernières doivent donc être recherchées centre par centre et, lorsqu'elles existent, ne sont pas aisément accessibles. Le CMAP est le seul centre qui publie des statistiques sous forme de baromètre annuel, facilement consultable sur son site¹⁵.

b. À l'étranger

Le constat est identique dans de nombreux pays. Il n'existe pas de données statistiques centralisées, étatiques et vérifiables. Seuls certains centres ou organismes privés fournissent leurs propres statistiques.

■ En Europe

Il existe un site européen qui permet de trouver des informations relatives à la pratique de la médiation pour chaque État membre¹⁶.

14. https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/mediation_8925.html

15. <http://www.cmap.fr/le-cmap/les-statistiques-du-cmap/>

16. https://beta.e-justice.europa.eu/64/FR/mediation_in_eu_countries

Le seul pays qui dispose de statistiques nationales est l'Italie qui a institué depuis 2013 la médiation préalable obligatoire avant la saisine du juge. Il y existe un registre des centres de médiation (plus de 1 000 organismes référencés actuellement), seuls habilités à organiser des médiations civiles et commerciales dont l'inscription au registre est conditionnée à la communication de données statistiques annuelles.

Dans plusieurs États membres, une organisation nationale tient un registre national des associations professionnelles de médiateurs, simplifiant l'accès aux données statistiques de chacun des centres de médiation (comme en Roumanie ou en Belgique par exemple).

Enfin en Angleterre, le ministère de la Justice anglaise dispose d'un répertoire qui liste tous les médiateurs civils agréés. Certains centres, comme le CEDR¹⁷, tiennent leurs propres statistiques de manière très complète, mais il n'existe pas, là non plus, de statistiques nationales.

■ Aux États-Unis

Aux États-Unis, où la médiation civile et commerciale a pris son essor après la Seconde Guerre mondiale, il n'existe peu ou pas de bases de données statistiques, tant au niveau fédéral qu'au niveau des États. L'accès aux seules données existantes est l'œuvre d'organismes privés et des institutions de médiation, chacun pour ce qui les concerne.

■ Au niveau international

L'initiative de l'International Mediation Institute¹⁸, institution privée, qui affiche comme objectif d'élaborer des standards de médiation au niveau mondial, est à saluer. Cet institut travaille avec des organismes établis dans le monde entier afin de produire un « socle commun de la médiation ». Il propose des études sur différents thèmes, études qui contiennent des données chiffrées assez détaillées sur la pratique de la médiation.

L'IMI a ainsi effectué une vaste campagne de sensibilisation à la médiation en organisant des conférences dans 40 villes de 31 pays à travers le monde (Europe, Australie, États-Unis, Arabie saoudite, Afrique du Sud, Singapour, Hong Kong, etc.). En 2017, la « Global Pound Conference » a rendu un rapport présentant le résultat d'un sondage réalisé sur une période d'un an (entre 2016 et 2017) auprès de plus de 4 000 personnes.

L'étude a consisté à répartir les sondés en cinq groupes (parties, conseils, conseils adjudicateurs tels que juges et arbitres, conseils non adjudicateurs tels que les conciliateurs et médiateurs et les influenceurs tels que les enseignants ou représentants de gouvernement). Ces sondés ont répondu à 20 questions sur leur motivation à recourir à la médiation (par exemple l'efficacité du processus, la maîtrise de la solution, la réduction des coûts, etc.)¹⁹.

17. <https://www.cedr.com/>

18. <https://www.imimmediation.org/>

19. <https://www.imimmediation.org/research/gpc/series-data-and-reports/>.

Les principaux enseignements sont, sans surprise, que les parties perçoivent la médiation en priorité comme un moyen efficace de résoudre leurs conflits (65 %) et qu'ils attendent de leurs conseils davantage d'accompagnement dans la stratégie de résolution de leurs litiges. Il est toutefois intéressant de noter que les juristes d'entreprises sont perçus globalement comme des prescripteurs privilégiés de la médiation à la différence des avocats qui ne valoriseraient pas le processus à l'égard de leurs clients (70 % sont considérés comme des freins à la mise en place des processus).

Pour intéressant que soit ce sondage, il ne remplace pas un outil statistique centralisé, contrôlé et fiable qui permettrait de promouvoir la médiation et de mettre en évidence son efficacité. Il devrait cependant distinguer la médiation conventionnelle de la médiation judiciaire.

CHAPITRE II



ENJEUX DE POUVOIRS

1

LES ACTEURS

Le contentieux interentreprises sollicite inévitablement, pour chaque entreprise, divers acteurs internes et externes.

Au premier rang de ces acteurs, les décideurs. Il s'agit des dirigeants et plus généralement de ceux qui, au sein de l'entreprise, vont se trouver par capacité juridique ou par délégation, habilités à arrêter la stratégie de gestion de tel ou tel conflit et le mode de traitement qui paraîtra approprié. *In fine*, dans l'hypothèse d'une Médiation, les décideurs auront à donner leur avis et surtout leur accord sur la solution préconisée. Le nombre et le positionnement de ces décideurs sont variables selon la taille de l'entreprise, la complexité du litige et l'importance relative de celui-ci. Ainsi ces décisions seront prises par le dirigeant d'une TPE, le plus souvent en liaison avec son avocat, alors que dans les très grandes entreprises, si le contentieux est d'importance stratégique, ces décisions pourront être du ressort du conseil d'administration, sur la base d'un dossier présenté par la direction générale à la constitution duquel auront, en amont, participé la direction juridique et un bon nombre d'intervenants de diverses spécialités.

Dans la plupart des entreprises dotées d'une direction juridique, les juristes vont jouer un rôle central, voire moteur. Ils participeront en tout état de cause et à des degrés divers au processus de décision. Il arrivera souvent, lorsque la direction juridique a un positionnement adéquat, qu'elle bénéficie de l'autorité et de la confiance du management opérationnel, que ses préconisations quant au choix du mode de règlement et de la solution du litige soient suivies. Il est à cet égard fréquent de voir les responsables juridiques être les porte-parole de leur entreprise lors des séances de Médiation ou, pour le moins, de faire partie du groupe qui la représente.

Le contentieux interentreprises est aussi l'occasion d'impliquer dans le traitement du conflit des acteurs extérieurs à celle-ci. L'entreprise et sa direction juridique, lorsqu'elle existe, font généralement intervenir un avocat spécialiste du contentieux. Celui-ci a également un rôle déterminant dans la stratégie et la gestion du conflit avant, le cas échéant, d'avoir à plaider le dossier pour lequel il a été saisi.

Enfin, lorsque les voies amiables se révèlent sans issue ou, à tort ou à raison, qu'il y a été renoncé, d'autres tiers interviennent dans le conflit ; en premier lieu le juge ou l'arbitre. Leur présence potentielle, en raison

du pouvoir de décision dont ils sont dotés, plane sur la stratégie contentieuse et interfère inévitablement dans le choix du mode de règlement qui sera adopté *in fine*.

Dans les conflits interentreprises le pouvoir des acteurs est en jeu ; on pourrait même soutenir qu'il est questionné. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'écarter, au bénéfice de la Médiation, les modes traditionnels que constitue le recours aux juges ou aux arbitres, les risques liés à l'exercice du pouvoir par l'un des acteurs, ou au contraire à la perte d'un pouvoir, auront une incidence déterminante dans leurs comportements. Ils pourront constituer autant de freins à la mise en œuvre d'une possible Médiation.

2

LE POUVOIR EN QUESTION ?

a. Au sein de l'entreprise

■ Le décideur

L'objectif premier, la règle d'or pour la plupart des entreprises, consiste à éviter, voire échapper au contentieux. Le contentieux est généralement vécu dans l'univers de l'entreprise comme une pathologie ou un échec, un dysfonctionnement aux effets disruptifs, générateurs de temps perdu, de coûts et de risques. Aussi les entreprises déploient de grands efforts dans des logiques d'évitement, quitte à beaucoup sacrifier sur l'autel de leur tranquillité. Le lieu commun du mauvais arrangement a encore de beaux jours : la négociation directe est, et restera, le mode amiable de règlement des conflits le plus communément pratiqué, ce dont on ne peut que se féliciter.

L'échec est cependant possible. C'est alors à regret, mais fort d'une volonté décuplée par des discussions sans issue ou une négociation avortée, que l'entreprise et ses dirigeants s'engageront dans la voie de l'affrontement. Plus que jamais convaincus de la pertinence de leur point de vue, les décideurs exigeront que l'on saisisse le juge ou l'arbitre, puisqu'il le faut.

À ce moment, lorsque le conflit est noué, force est de constater que ceux qui, au sein de l'entreprise, pensent à la voie de la Médiation, sont relativement rares. Soit qu'ils n'en ont jamais entendu parler (cela nous a été dit), soit qu'ils croient savoir ce dont il s'agit mais considèrent que, malheureusement, la Médiation n'est pas du tout adaptée à leur affaire. En tout état de cause, comme bon nombre nous l'a déclaré, à quoi servirait-il de reprendre une négociation qui a échoué ; en présence d'un tiers de surcroît ! L'heure des compromis est passée ; il s'agit maintenant de vider l'abcès une fois pour toutes et de faire parler le droit.

Le pouvoir d'engager ou non une négociation en cas de conflit est une prérogative des décideurs, le plus souvent de la direction générale de l'entreprise. Cette décision, qui contient une dimension politique, est partie intégrante de son domaine réservé. Il ne s'agit pas d'un pouvoir que les décideurs sont disposés à abandonner facilement. Or la Médiation est trop souvent ressentie par eux comme une poursuite de la négociation sous l'égide d'un tiers. Abandonner à ce dernier, dans lequel on a une confiance limitée, le soin de conduire un processus dont on ignore l'aboutissement, mais dont on comprend qu'il obligera à des concessions, apparaît dès lors comme une démarche *a minima* superflue, voire incongrue, pour ne pas dire illégitime. Elle est perçue comme attentatoire au pouvoir dont on est détenteur. On se trouve ainsi au cœur d'une problématique qui explique sans doute le peu d'appétence de nombre de décideurs d'entreprises pour la Médiation.

Cette perception révèle une méconnaissance manifeste par une majorité de décideurs de ce qu'est réellement la Médiation et de ce qu'elle est susceptible d'apporter dans un conflit lorsque la phase de négociation directe a échoué. Le constat vaut aussi pour ceux, et ils sont nombreux, qui prétendent connaître la Médiation mais qui ne la pratiquent guère, voire pas du tout, au motif que leurs cas ne s'y prêtent pas. En réalité la plupart des différends auxquels les entreprises sont confrontées peuvent faire l'objet d'une Médiation. L'argument trop fréquemment mis en avant de l'inadaptation d'un différend à son traitement par voie de Médiation n'est-il pas la meilleure démonstration de la méconnaissance des apports de celle-ci ?

■ Le juriste d'entreprise

Longtemps le contentieux a constitué le pré carré du juriste d'entreprise, son aire de jeu favorite qu'il partageait avec les avocats de l'entreprise. Quand bien même le rôle et la reconnaissance de l'utilité du juriste en entreprise ont beaucoup progressé au fil du temps, ce constat du contentieux « chasse gardée » reste largement d'actualité pour nombre de juristes dans nombre d'entreprises. À l'inverse, par exemple, de la négociation des contrats ou des opérations de croissance externe, dans lesquels le juriste interne est aux côtés de nombreux autres acteurs de l'entreprise, le contentieux qui se situe en dehors du cours normal des activités de l'entreprise, lui conférant un avantage significatif. Le juriste se consacre au dossier ; il est le sachant. Plus le contentieux est complexe, plus la procédure est longue et semée d'embûches, plus l'enjeu est important, plus il bénéficie, en raison de l'hermétisme qui en résulte, d'une aura particulière, d'un prestige certain, source de motivation.

Le juriste d'entreprise comprend et admet volontiers qu'en cas de conflit les dirigeants souhaitent d'abord trouver une solution négociée, à laquelle il participera sans doute, mais en cas d'échec, l'idée de proposer une Médiation est rarement, tant s'en faut, un réflexe. Ce constat peut surprendre alors qu'il revient logiquement au juriste interne d'expliquer en quoi consiste une Médiation et de la proposer comme une solution simple, économe de temps, d'énergie et d'argent.

Les obstacles pour le juriste d'entreprise sont essentiellement de deux ordres.

Le premier résulte d'un réflexe d'autoprotection. Puisqu'il n'ignore pas que la Médiation souffre auprès des responsables opérationnels d'un *a priori* négatif, perçue comme une variante dégradée de la négociation. Il craint de plaider en faveur de celle-ci, d'être perçu comme à contre-emploi, lui le juriste, l'homme chargé de la défense des intérêts de l'entreprise. Il redoute de se voir reprocher son manque de caractère alors que le dossier est, bien sûr, imperdable.

Le second obstacle est affaire de statut. Que deviendrait son savoir-faire en procédures, en tactique judiciaire ? Faudrait-il renoncer aux longs conciliabules avec les avocats sur les options stratégiques possibles, aux débats sur les conclusions ou les mémoires, à la tension des audiences, aux présentations du dossier aux membres de la direction générale ? Son utilité ou son prestige n'en seraient-ils pas affectés ?

b. En dehors de l'entreprise

■ L'avocat

Avec l'arrivée des modes amiables et plus particulièrement de la Médiation dans l'univers du règlement des différends, l'avocat du contentieux d'affaires, formé et construit dans l'idée de défense, aguerri aux logiques d'affrontement dont les règles du jeu sont juridiques, se trouve confronté à une double perte de repères : l'une culturelle et l'autre qui met en cause son bagage technique. Il lui faut en effet muter dans un registre où le combat, ou simplement l'opposition, est banni et évoluer dans un registre où le droit est devenu non décisif dans la recherche de solutions. Au plan professionnel, on peut difficilement imaginer une remise en question plus radicale, plus existentielle. Les incidences sont effectivement nombreuses ; elles touchent au statut de l'avocat dans l'écosystème juridique, à son rôle auprès du client, tandis que la question économique, non la moindre, se trouve aussi posée.

En dehors d'une minorité, les avocats ont dans un premier temps opposé une sorte de résistance passive face à la Médiation. Au fil des années, le pragmatisme aidant, les ralliements se sont multipliés. En tout état de cause, le trop lent essor de la Médiation est plutôt perçu comme une aubaine. Les beaux jours du contentieux judiciaire ou arbitral sont loin d'être révolus.

■ Le juge

Dans le cadre judiciaire, il appartient au juge de proposer la Médiation. Peu le font. L'un d'entre eux, par une formule lapidaire, suggère une première explication : « De manière assez tribale, on préfère une friche sous son contrôle plutôt qu'un système fécond ». Cette réticence du juge à proposer la Médiation, qui est de fait un dessaisissement au profit d'un tiers, se traduit par un malaise aisément compréhensible et est une conséquence de l'intrusion des modes amiables dans sa sphère de

pouvoir. Ce malaise résulte directement de l'idée que le juge se fait de son office : son rôle consiste à trancher le litige qui oppose les parties. Aussi, hormis les convertis de la première heure, le recours à la Médiation est vécu comme un renoncement avec là aussi le sentiment d'être à contre-emploi, ou même de se rendre coupable d'un abandon de poste. Le juge hésite également à faire confiance à ce nouvel acteur qu'est le médiateur pour régler de manière satisfaisante le litige dont il a été initialement saisi.

La logique des listes de médiateurs inscrits auprès des juridictions a pour objet de réduire cette méfiance ; il n'est pas certain qu'elles y parviennent²⁰.

Le juge craint encore de proposer une image dégradée du service de la justice où la Médiation serait perçue par les justiciables comme un expédient facile utilisé pour évacuer une charge excessive et les critiques occasionnées par les lenteurs des procédures judiciaires.

3

L'EXERCICE DU POUVOIR

a. Le décideur et le pouvoir d'engager la bataille

La fonction du dirigeant est de décider. Il a le pouvoir d'engager la bataille et, lorsqu'il estime avoir épuisé les voies amiables et les pistes d'un compromis raisonnable, qui selon lui se limitent à une négociation directe d'entreprise à entreprise, alors il fait donner l'artillerie lourde, canonner les positions adverses afin d'amener le récalcitrant à la capitulation, la plus pitoyable possible.

Proposer une Médiation, à la condition que l'on connaisse l'existence de cette option, pourrait apparaître alors comme une initiative incongrue, un aveu manifeste de faiblesse, un faux pas tactique. D'ailleurs, un médiateur serait-il à même d'appréhender et de comprendre les multiples aspects du dossier, l'activité des entreprises, la genèse du conflit, sa prolifération, le contexte ? Bien peu de dirigeants d'entreprise le pensent. Faudrait-il alors livrer les éléments confidentiels de la vie de l'entreprise, de sa stratégie, de son « business model », de ses contrats, etc., à un tiers ? Certainement pas. Et puis, le succès d'une éventuelle Médiation serait loin d'être assuré. L'entreprise aurait alors à la fois perdu du temps et dévoilé prématurément des cartes dont elle aura le plus grand besoin dans le

20. Sur ce point, v. infra, p. 33 et s

cadre de la bataille judiciaire ou arbitrale à venir. Ainsi, pour des motifs contestables, la Médiation se trouve le plus souvent écartée par le décideur dans l'exercice de son pouvoir.

Pour éclairer son choix et exercer à bon escient ce pouvoir, le dirigeant aurait grand intérêt à ce que ses équipes aient mené une analyse multicritère dépassionnée. Il en est rarement ainsi.

b. Le pouvoir des conseils

Au moment de choisir leur stratégie contentieuse, les décideurs de l'entreprise tireraient un grand bénéfice à prendre en considération plusieurs paramètres pour une appréciation du conflit la plus juste possible afin de mesurer l'intérêt éventuel d'une Médiation. Cela impose que soit conduite une évaluation, objective autant que faire se peut, des forces et faiblesses du dossier. Combien de contentieux ont été engagés, sur des coups de tête, au terme d'analyses sommaires aux conséquences calamiteuses ?

Il appartient aux conseils juridiques de l'entreprise, qu'ils soient juristes internes ou avocats, de procéder à cette évaluation. Ils sont par essence les experts du conflit et de ses ressorts. Ils sont seuls capables de délivrer la dimension juridique qui correspond aux faits de l'espèce et d'en mesurer les conséquences potentielles. Leur analyse, la plus exhaustive possible, ne sera pas seulement factuelle et juridique. Ils s'efforceront de replacer le conflit dans un contexte plus large. Les conseils devront notamment s'intéresser à la partie adverse et apprécier la valeur stratégique pour l'entreprise de leur relation.

Le contentieux invite les juristes à s'interroger sur les conditions qui ont prélué à la contractualisation de la relation avec la partie en conflit, sur la nature des obligations respectives, la manière dont celles-ci ont été comprises et exécutées et la façon dont la relation s'est déroulée jusqu'à la naissance du litige.

Enfin, les conseils vont devoir intégrer dans leur analyse :

- la durée prévisible du contentieux ;
- les ressources internes et externes qu'il conviendra de mobiliser ;
- les coûts directs ;
- les coûts indirects sur lesquels l'entreprise fait systématiquement l'impasse ;
- le risque financier maximum possible ;
- les conséquences de la perte d'une relation d'affaires pour l'entreprise (et les options de substitution possibles) ;
- l'aléa judiciaire ou arbitral susceptible d'affecter la conclusion du contentieux.

Au total, ils auront à évaluer de manière dynamique et exhaustive les conséquences du contentieux sur la marche de l'entreprise.

L'analyse multicritère est absolument indispensable. Le rôle des juristes auprès des dirigeants est ici déterminant. On peut dès lors s'étonner que cette démarche méthodologique soit aussi rarement menée et que la capacité d'éclairer utilement la décision qui résulte de leur expertise ne soit pas davantage mise à contribution. Au vrai, elle ne leur est pas demandée et, de manière plus surprenante, eux-mêmes ne la proposent guère.

Le premier frein pour les conseils réside dans le risque d'erreur. Les paramètres à considérer sont multiples et souvent complexes tandis que leur appréciation contient une large part de subjectivité. Dès lors, l'hésitation est de mise devant le risque majeur de la perte de crédibilité qu'entraînerait une recommandation ou un diagnostic qui se révélerait ultérieurement erronés. Le second obstacle à la mise en œuvre de cette approche méthodologique est le risque de nuancer, voire de contrarier l'enthousiasme des dirigeants au lieu de s'y associer et, surtout, de devoir expliquer les faiblesses d'un dossier que le management de l'entreprise n'est pas disposé à entendre.

Face à ces réticences, proposer la Médiation apparaît comme un exercice périlleux. Elle présente, dans ces contextes difficiles, un risque accru puisqu'une décision de justice ou une sentence arbitrale présente l'avantage de pouvoir blâmer le juge ou les arbitres, voire l'avocat, lorsque l'entreprise n'obtient pas le résultat attendu. À l'inverse, la Médiation implique un engagement actif et direct des représentants de l'entreprise. Dans l'hypothèse d'une Médiation, les initiateurs et les acteurs de la solution, les juristes, auront alors à l'expliquer et à l'assumer. Comment démontrer que l'accord trouvé au terme de la Médiation était la meilleure des solutions possibles ? Le responsable juridique de l'entreprise et/ou son avocat se trouveront souvent dans cette inconfortable position de responsabilité. Pour ne pas prendre ce risque, beaucoup ne la proposeront pas.

Ainsi, nous sommes bien au cœur du paradoxe tant de fois énoncé et jamais vraiment élucidé. D'un côté, impossible d'imaginer un mode plus efficace, plus pertinent que la Médiation conventionnelle pour régler un conflit et, de l'autre, un usage par trop sporadique de la part des entreprises pour des raisons qui tiennent aussi bien au risque de perte de pouvoir qu'à celui de son exercice.

Rappelons que le médiateur est un tiers choisi par les parties elles-mêmes, selon leurs critères quant à son profil et sa compétence, et qui va poser un regard nouveau et transversal sur les prétentions et les intérêts des différentes parties. Sa présence sera naturellement source d'évolution dans la phénoménologie du différend. Elle permettra aux parties d'exprimer des points de vue, des besoins, qu'elles n'auraient pas pu – ou pas osé – exprimer dans des négociations *inter partes*. La Médiation permet la libération de la posture et de la parole.

La présence du médiateur permet donc, sans jamais ôter leur rôle aux parties, de déclencher une dynamique nouvelle. Le nouveau système de communication qu'elle crée permet aux parties de faire évoluer leur vision du conflit.

En tout état de cause, faut-il le rappeler, les parties peuvent arrêter la Médiation à tout moment et demeurent jusqu'au bout maîtresses de la décision et les voies contentieuses restent possibles. Outil efficace et moderne, la Médiation est dénuée de risque pour l'entreprise.

CHAPITRE III



PIERRE ANGULAIRE : LE MÉDIATEUR

1

CHOISIR LE MÉDIATEUR

a. Choix par le juge

Contrairement à d'autres pays, la profession de médiateur n'est pas réglementée. Cela pose la question de la formation et de la labélisation des médiateurs.

Assurer l'essor de la Médiation imposait de rassurer les prescripteurs et les bénéficiaires potentiels de celle-ci. Un débat nourri en est résulté opposant globalement les partisans d'un encadrement aussi strict que possible, par le recours à la loi qui serait le meilleur moyen de favoriser le développement de l'amiable, et ceux adeptes du laisser-faire, ou du mouvement en marchant, pour lesquels il est absolument essentiel de ne pas casser un mode qui repose sur les principes de volontariat et de liberté. Il ne faut pas, selon ces derniers, reproduire le mauvais exemple de l'arbitrage et de son évolution.

Ces hésitations expliquent la voie moyenne et assez bancal choisie par le législateur dans le cadre de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 consistant à instaurer *a minima* une liste de médiateurs près les cours d'appel (L. n° 95-125, 8 février 1995, art. 22-1, A, créé ; L. n° 2016-1547, art. 8). Souhaitant conserver l'équilibre entre liberté offerte par la médiation et sécurité assurée aux professionnels de la justice, les listes n'ont été conçues que « pour l'information des juges » et les conditions pour y figurer sont textuellement limitées. Elles ne visent que la désignation d'un médiateur dans le cadre d'une procédure judiciaire même si, comme en matière d'expertise, la reconnaissance ainsi assurée pourrait servir une activité de Médiation conventionnelle.

Le décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017²¹ ajoute aux conditions légales contenues à l'article 131-5 du Code de procédure civile²². Les exigences posées sont limitativement énumérées. Il n'est ainsi pas possible d'exiger un diplôme de médiateur²³, la proximité géographique²⁴, ou au

21. Décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel. *Add.* Dépêche du 8 février 2018, n° SG-18-005/05.02.2018

22. À noter qu'il peut exister des exigences légales propres à certains domaines (décret n° 2015-1382 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de consommation : *JO* 31 octobre 2015, texte n° 42 ; décret n° 2015-1607 du 7 décembre 2015 relatif aux conditions de désignation des médiateurs d'entreprises : *JO* 9 décembre 2015, texte n° 66).

23. Cass. Civ. 2^e, 27 septembre 2018, pourvoi n° 18-60.091, à paraître.

24. Cass. Civ. 2^e, 27 septembre 2018, pourvoi n° 18-60.132, à paraître.

contraire l'éloignement géographique²⁵, du médiateur par rapport au siège du différend, ou encore une condition de résidence ou d'activité²⁶, l'inscription pouvant se faire auprès de chacune des cours d'appel. Le candidat à l'inscription ne doit pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire. Il ne doit pas non plus avoir été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs. Les cours d'appel peuvent évaluer l'aptitude des médiateurs au vu des pièces produites sans être tenues d'entendre les candidats²⁷.

Ces listes concernent les médiateurs (personnes physiques ou morales) en matière civile, commerciale et sociale, dont la candidature a été retenue après une demande d'inscription établie sur la base d'un formulaire auquel sont joints les justificatifs requis. Les juges demeurent néanmoins libres de désigner un médiateur non inscrit sur la liste de leur cour d'appel. Les médiateurs peuvent solliciter leur inscription sur les listes de plusieurs cours d'appel.

La condition principale, source de discussions, concerne la justification d'une formation **ou** d'une expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation (article 2, 3° du décret). Le texte ne précise en effet ni la qualité de la formation ni l'importance de l'expérience attendue. La Cour de cassation a eu pour l'heure l'occasion de confirmer des refus d'inscription justifiés par le caractère récent d'une formation non assortie d'expérience²⁸.

En pratique, les demandes d'inscription sur les listes ont fait l'objet de réponses assez disparates selon les cours d'appel dont la compréhension du critère de formation ou d'expérience révélant l'aptitude à la médiation n'est pas uniforme.

Ces difficultés font écho à celles rencontrées par la profession d'avocat qui a souhaité, par le biais de la création du Centre national de médiation des avocats (CNMA), sélectionner parmi ses membres ceux qui pourraient se prévaloir de la qualité de médiateur en vertu de critères précis et exigeants (200 heures de formation ou 140 heures assorties de pratiques). Le Conseil d'État vient cependant de censurer l'article 6.3.1 du Règlement intérieur national de la profession d'avocats (RIN) formalisant l'exigence en considérant que « le Conseil national des barreaux ne peut légalement fixer des prescriptions nouvelles qui mettraient en cause la liberté d'exercice de la profession d'avocat ou les règles essentielles qui la régissent et qui n'auraient aucun fondement dans les règles législatives ou dans celles fixées par les décrets en Conseil d'État prévus par l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971,

25. Cass. Civ. 2^e, 6 décembre 2018, pourvoi n° 18-60.169, à paraître.

26. Cass. Civ. 2^e, 18 octobre 2018, pourvoi n° 18-60.128, à paraître.

27. Cass. Civ. 2^e, 18 octobre 2018, pourvoi n° 18-60.119, à paraître.

28. Cass. Civ. 2^e, 27 septembre 2018, pourvoi n° 18-60.115, inédit ; Cass. Civ. 2^e, 27 septembre 2018, pourvoi n° 18-60.116, inédit.

ou ne seraient pas une conséquence nécessaire d'une règle figurant au nombre des traditions de la profession »²⁹.

Il existe indéniablement un décalage entre le souhait légitime de rassurer les prescripteurs de médiation et l'impossibilité de restreindre l'exercice d'une fonction selon des critères inadaptés à la réalité du marché existant ou aux besoins des entreprises.

La commission considère que l'intérêt de telles listes est limité³⁰. Elles peuvent rassurer certains magistrats, mais ils avaient déjà tout le loisir de développer leur réseau de médiateurs et/ou de faire appel aux organisations sérieuses et reconnues pour leur proposer les médiateurs adaptés à chaque situation d'espèce. En revanche, quelles certitudes auront les parties à un conflit sur les aptitudes réelles d'un médiateur dont le dossier aura été accueilli favorablement pour son inscription sur la liste ? S'agissant de la médiation conventionnelle, certains médiateurs mettront en avant leur inscription tandis que l'on peut penser que les critères retenus semblent insuffisants pour établir leur compétence réelle. Quant aux bénéficiaires, on peut douter de l'importance de l'existence de telles listes dans le choix d'un médiateur qui leur convienne.

b. Choix par les centres de Médiation

Les parties qui souhaitent recourir à la Médiation n'ont pas d'excuses : les organismes réputés sont facilement identifiables et joignables. Il existe des organismes de Médiation, installés de longue date, au professionnalisme incontestable tout comme des médiateurs de haut niveau. S'il y a, inversement, des organismes qui ne traitent pas suffisamment de dossiers pour acquérir la qualité liée à l'expérience, il apparaît bien que nombre de critiques formulées à l'encontre de la Médiation soient en réalité un mauvais procès.

L'expérience montre qu'il est souvent difficile pour les parties de se mettre d'accord sur le nom du médiateur, ou de trouver seules le médiateur dont elles ont besoin. Les parties cherchent à être rassurées sur la compétence du médiateur, que ce soit dans son expertise ou dans son expérience professionnelle et de sa maîtrise du processus de Médiation dans ses différentes étapes et donc d'une formation aux techniques de la Médiation. Ces difficultés les conduisent souvent à chercher auprès de centres de Médiation l'assistance nécessaire pour trouver le médiateur idoine.

29. CE, 25 oct. 2018, n° 411373, cons. 3.

30. Sur des limites déjà exprimées, P. Bertrand, « La liste des médiateurs dans chaque cour d'appel, nouvelle exigence de la loi J21 », *Gaz. Pal.*, 14 février 2017, n° 7, p. 17 ; B. Gorchs-Gelzer, « Regard critique sur le décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste de médiateurs auprès de la cour d'appel », *D. et proc.* 2017, 246 ; F. Vert, « Premières listes de médiateurs dans les cours d'appel : un dispositif légal perfectible », *Dalloz actualité*, 29 octobre 2018.

■ Exemple du CMAP

Le CMAP a constitué un panel de plus de 150 personnes (avocats, juristes d'entreprise, anciens magistrats, professeurs de droit, ingénieurs, experts, commissaires aux comptes, dirigeants d'entreprise, etc.) dont il exige dix ans minimum d'exercice professionnel et une formation obligatoire à la Médiation, qui doit être validée par un examen de certification de médiateur créée en partenariat avec l'ESCP Europe. Les médiateurs du CMAP suivent également chaque année une formation continue qui conditionne leur inscription sur les listes du centre.

Pour les aider à choisir leur médiateur, les parties sont consultées par le centre sur le profil recherché au regard de la typologie du litige, du domaine d'activité concerné, du caractère national ou international du dossier, et de tout autre critère qu'elles requièrent.

Après s'être assuré de l'absence de conflits d'intérêts du médiateur, le CMAP propose alors deux options pour la désignation :

- Elles choisissent un médiateur parmi une liste de noms répondant aux critères souhaités ;
- Si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord, ce qui est la plupart du temps le cas, le médiateur, pris sur la liste ayant été soumise aux parties, est alors désigné par la commission de médiation du centre présidée par un magistrat honoraire à la Cour de cassation.

En pratique, il est intéressant de noter que les critères de sélection des profils ne sont pas les mêmes pour les parties dès lors qu'elles n'ont en réalité pas la même vision de la problématique du dossier. Par exemple, lorsqu'une partie préférera un profil de juriste, l'autre insistera sur la nécessité de faire appel à un expert technique. Dans tous les cas, le centre prend en considération tous ces éléments.

c. Choix par les parties : la recherche de l'oiseau rare

Tout un chacun peut s'improviser médiateur ; certains le font. La Médiation en souffre. La question qui taraude les entreprises, celle qui les fait hésiter à engager un processus de Médiation, est simple : est-il possible de trouver la bonne personne, celle qui saura faire basculer la logique de conflit en logique de solution ?

Ainsi la question du profil du médiateur est, à juste titre, centrale. Elle constitue une préoccupation légitime et inévitable pour toutes les entreprises à l'heure d'opter pour la Médiation comme mode de règlement d'un différend et d'exposer devant ce tiers les ressorts de leur conflit.

Le médiateur est porteur d'une responsabilité. Si sa compétence ne garantit nullement l'aboutissement d'un accord, son incompétence sera le plus souvent consacrée par un échec. N'est pas médiateur qui veut.

Certes les meilleurs centres de Médiation, ceux qui disposent d'un large éventail de médiateurs, vont aider les parties à identifier la personne

idone en fonction des critères qu'elles posent. Ceci étant, *in fine*, les parties s'accordent et décident. À l'heure du choix elles mènent leur réflexion autour de trois critères : l'expérience, la technicité et la personnalité.

■ **Expérience**

Les entreprises qui recourent à la Médiation n'ignorent pas qu'il revient au médiateur de conduire un processus à l'intérieur d'un cadre dont il pose les règles et dont il est le gardien. Pour ce faire, le médiateur doit être respecté et imposer une forme d'autorité ; juste ce qu'il faut. Il lui appartient en effet de laisser les parties occuper le terrain afin qu'elles construisent la solution qui leur convient. Pour que cet exercice soit mené à bien, la compétence du médiateur, fruit de son parcours professionnel et des situations auxquelles il a été confronté, la qualité de sa formation de médiateur ainsi que son expérience pratique de la Médiation devront être systématiquement prises en compte.

■ **Technicité**

Immanquablement, au moment du choix du médiateur se trouve posée la question des compétences spécifiques que celui-ci doit réunir. La réponse peut faire l'objet d'âpres et longues discussions entre les parties après qu'elles se sont mises d'accord sur le principe d'une Médiation. Les divergences sur les qualités attendues du médiateur révèlent à la fois la compréhension qu'elles se font respectivement de la nature du litige qui les oppose, mais aussi du terrain sur lequel chacune pense être le mieux positionnée.

Le critère de technicité ou d'expertise recouvre plusieurs aspects. Il peut s'agir tantôt d'une solide connaissance du secteur d'activité dans lequel s'inscrit le litige, de son environnement, ou du type de contrat dont l'application a causé sa survenance, du droit applicable, du pays dans lequel le contrat s'exécute ou encore de la maîtrise de la langue qui organise la relation des parties. Ces critères se cumulent souvent, de manières différentes et selon des degrés d'importance variable en fonction des situations.

Le dilemme le plus fréquent réside dans la pondération à opérer entre les expertises technique, de l'environnement secteur et juridique. Ces trois types d'expertises, qui idéalement se complètent, ne se retrouvent pas si fréquemment parmi les médiateurs.

L'expertise technique réside dans la connaissance des technologies, des produits, de leur mode de fabrication, mais aussi du langage utilisé par les professionnels du secteur (savoir souvent hermétique pour les profanes), tandis que l'expertise résultant de la connaissance de l'environnement du secteur d'activité se rapporte au contexte économique dans lequel les parties évoluent. Il concerne aussi bien la connaissance des concurrents et partenaires des entreprises en conflit que celle de leurs fournisseurs et clients. Cette maîtrise relative à l'expertise technique ou au secteur d'activité constitue indéniablement un atout qui

crédibilise le médiateur aux yeux des parties. Elle concourt à asseoir plus facilement son autorité et, dans certains cas, lui permet de déterminer plus rapidement le nœud du litige et sa nature, d'en apprécier l'importance et d'avoir une fine compréhension des points de vue exprimés.

L'expertise juridique est également un facteur important. Tous les conflits interentreprises contiennent une dimension juridique, plus ou moins marquée. Force est de constater que, dans tous les cas, le juridique organise le conflit. Il en est un des éléments structurants, au cœur du rapport de force dont il est l'expression. Cependant la dimension juridique est rarement l'élément déclencheur du conflit ; elle en est l'expression et la représentation formelle. Ainsi le non-respect d'une disposition dans un contrat n'intervient jamais par la volonté délibérée de commettre un manquement. Ce manquement traduit une divergence de fond : une rupture des intérêts en présence, une divergence stratégique, économique, financière ou commerciale, lesquels trouveront leur traduction en termes juridiques.

Mais le débat juridique appartient au juge ou à l'arbitre ; il n'est pas et ne doit pas devenir le terrain du médiateur. Celui-ci n'est pas en position de trancher la question juridique. Telle est l'essence de la Médiation. Pour espérer rapprocher les parties, le médiateur va devoir les guider de manière à ce qu'elles abordent de bonne foi le fond de leur querelle, la cause réelle de leur différend, en dehors des considérations ou des qualifications juridiques. C'est dans la démarche de construction de la solution au conflit que la dimension juridique tend à perdre de son importance. À défaut, le facteur juridique, s'il ne s'efface, à toute chance de demeurer un élément perturbateur dans la progression du processus de Médiation. Dès lors la question de savoir qui a davantage raison en droit devient largement secondaire, pour ne pas dire sans objet. Pour le médiateur la seule question qui vaille est celle de savoir s'il est possible de parvenir à une solution raisonnable et équitable et si les parties sont dans l'état d'esprit de la rechercher.

En somme, en Médiation, le bagage juridique est utile mais il n'est pas déterminant.

Nombre de spécialistes de la Médiation considèrent d'ailleurs que les expertises techniques, métiers, environnement d'affaires, ou juridiques ne sont nullement indispensables et que le plus important tient d'abord à la personnalité, à l'équation personnelle du médiateur et à sa maîtrise du processus de Médiation.

La commission partage cet avis.

■ **Personnalité**

Les aptitudes liées à la personnalité du médiateur, plus rarement évoquées que l'expérience ou la technicité car plus difficiles à cerner sans doute, ne sont pas moins décisives, pour ne pas dire qu'elles le sont davantage.

D'ailleurs certaines parties avouent privilégier ce critère. Elles cherchent alors à apprécier chez le médiateur la connaissance des hommes, attestée par son parcours et, le cas échéant, par sa réputation, lesquels constituent selon elles un gage de crédibilité amplement suffisant. Ces qualités sont le fruit d'une alchimie difficile à définir. Elles concourent à ce que l'on pourrait appeler la présence, fruit d'un ensemble hétéroclite dans lequel on trouverait pêle-mêle : la voix, la gestuelle, la manière de s'adresser aux parties d'où ressort, à divers degrés, une autorité naturelle, une capacité à générer un climat de confiance, ou encore à désamorcer une tension excessive. Ces caractéristiques peuvent aussi concerner la faculté du médiateur à apprécier rapidement les situations de manière pertinente, à comprendre la psychologie des personnes en présence, leur mode de fonctionnement et, *in fine*, à s'adapter continûment aux différentes situations auxquelles il est confronté tout au long de la Médiation.

À l'aune des entretiens menés par la commission on peut se demander si la réponse à cette question du critère privilégié par les parties au moment du choix ne réside pas dans leur niveau de pratique et de compréhension de ce qu'est véritablement la Médiation. On pourrait soutenir que plus la pratique de la Médiation est importante, mieux elle est comprise dans ses fondements et principes, moins l'expertise, technique, métier ou juridique, apparaît indispensable aux parties, lesquelles privilégient alors l'expérience et la personnalité du médiateur. À l'inverse, des parties moins aguerries à l'exercice de Médiation, qu'habite le doute sur la pertinence de ce mode de règlement ou qui hésitent quant à la confiance à accorder au médiateur, vont avoir tendance à vouloir trouver dans l'expertise technique appropriée au cas d'espèce une garantie, une sécurité par rapport au processus qu'elles maîtrisent moins.

Au total, les parties auraient, dans la quasi-totalité des cas, intérêt à rechercher un compromis raisonnable entre les trois critères expérience/technicité/personnalité.

Une fois choisi, le médiateur sait qu'il doit aussi s'efforcer de faire preuve d'équilibre et de sagesse. Il lui appartient d'être patient et ne pas pousser les feux avant l'heure, mais savoir saisir dans l'instant les opportunités. Il n'impose rien, mais il peut éclairer, aiguiller et stimuler l'imagination des parties. Dans cet exercice d'équilibriste, il ne saurait être trop flexible ou trop rigide, ni trop faible ou trop fort. Mais, le cas échéant, tour à tour l'un ou l'autre.

En somme, le médiateur idéal est un oiseau rare.

Loi de concerner simplement le mode de fixation et le *quantum* des honoraires, cette question porte sur le rôle du médiateur, sa perception par les parties et la nature même de la prestation.

Bon nombre de médiations judiciaires ou institutionnelles concernant des personnes physiques ou de petits litiges ont pour contrepartie le versement d'un honoraire très faible, voire d'aucun honoraire. Elles relèvent du désir des pouvoirs publics ou des institutions concernées d'offrir aux justiciables un service efficace, gratuit et qui désengorge les tribunaux. Elle vise aussi à promouvoir les modes amiables auprès d'une population qui les méconnaît. Cette politique présente beaucoup d'avantages au plan de l'intérêt public, mais l'inconvénient de véhiculer l'idée que la médiation est soit une contrainte, soit un service peu coûteux et, partant, de peu de valeur.

S'agissant de la Médiation entre entreprises, la question est celle de la juste valeur de la prestation. L'honoraire reçu par le médiateur doit-il, peut-il dépendre du résultat de la Médiation ? Des montants en jeu ? Le principe de neutralité est-il remis en cause par de tels modes de rémunération ?

La commission a pu constater que le spectre des points de vue sur la rémunération du médiateur est extrêmement large. On peut néanmoins tracer quelques tendances assez claires. Lorsque nos interlocuteurs appartenaient au monde judiciaire ou institutionnel, ils avaient tendance à considérer que la rémunération du médiateur devait en tout cas être très modeste, d'aucuns prêchant pour la gratuité. Nos interlocuteurs directeurs juridiques de grands groupes ou dirigeants d'entreprise, eux, avaient tendance à considérer que l'honoraire du médiateur était marginal au regard des enjeux des litiges auxquels ils sont confrontés. Pour certains, même, un honoraire trop modeste pourrait être l'indication d'un manque d'expérience du médiateur ou d'appréciation par ce dernier des enjeux. Par-delà même la question de la rémunération du médiateur, le coût de la Médiation, s'il est trop faible, peut donc altérer la perception de sa valeur.

a. Fondements de la rémunération du médiateur

■ En médiation judiciaire

Dans la médiation judiciaire, le juge fixe le montant de la rémunération du médiateur « à l'issue de sa mission »³¹. Cette formulation devrait permettre au magistrat de décider du quantum de l'honoraire du médiateur

31. Article 131-13 du Code de procédure civile.

en fonction des prestations réellement effectuées. Dans la pratique, le juge fixe le montant d'une provision dès la nomination du médiateur. Ce montant vise à être « à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible »³² du médiateur et ce afin de limiter les éventuelles contestations liées au montant de l'honoraire ou de son recouvrement. Ce modèle a été construit sur celui des experts. En pratique, on constate une grande disparité, tant dans les montants d'honoraires retenus que dans les modalités de règlement. De fait, cette pratique, prévue par le législateur, exclut la prise en compte du résultat de la médiation.

À la lumière des entretiens que la commission a pu avoir avec différents intervenants, il apparaît que certains magistrats s'en remettent entièrement aux parties pour déterminer, avec le médiateur, le montant de l'honoraire ou sa méthode de calcul, tandis que d'autres ont une vision très précise de ce qu'il doit être et l'imposent aux parties.

■ En Médiation conventionnelle

Dans une Médiation, la rémunération du médiateur relève du seul accord entre les parties et le médiateur. Deux cas de figure se présentent : la Médiation se fait sous l'égide d'un centre de Médiation ou bien est *ad hoc*, c'est-à-dire sans l'intervention de quiconque autre que les parties et leur médiateur.

Centre de Médiation. Lorsque les parties s'adressent à un centre de Médiation pour tenter de régler leur différend, elles adhèrent *ipso facto* à son règlement de Médiation qui lui-même prévoit les différentes règles et modalités de rémunération des médiateurs.

L'avantage ici est la transparence et la prévisibilité qui procurent aux parties le sentiment que la rémunération du médiateur sera juste puisqu'identique pour toutes celles qui s'adressent à ce centre.

Médiation *ad hoc*. Dans une Médiation *ad hoc*, la rémunération du médiateur fait partie des nombreux points qui sont discutés en amont par les parties ou leurs conseils avant la signature de la lettre de mission ou de la convention de Médiation.

Plus le médiateur pressenti a d'expérience et de notoriété, plus il lui sera facile de faire accepter son mode de rémunération ainsi que le *quantum*.

Finalement, les modalités de fixation, de règlement et de partage des honoraires du médiateur, ainsi que des frais qu'il est susceptible d'encourir, sont systématiquement incluses dans la convention de Médiation.

b. Détermination de la rémunération du médiateur

■ La base : la rémunération du temps passé

La rémunération au temps passé est le mode de calcul de l'honoraire

32. Article 131-6 du Code de procédure civile.

du médiateur le plus fréquemment adopté dans les Médiations commerciales.

Comme c'est le cas pour les honoraires d'avocats, cette méthode de calcul a pris le pas sur toute autre essentiellement par son caractère lisible, objectif et équitable. Bien entendu, le taux horaire peut varier en fonction de la complexité du litige, de l'expertise ou de l'expérience du médiateur et d'autres facteurs comme, par exemple, le caractère international, multilingue ou multiculturel de la Médiation. De même, en cas de co-Médiation, la pratique est différente selon qu'elle soit demandée par le médiateur ou par les parties ; dans le premier cas, l'honoraire sera en général identique et dans le second, dédoublé.

L'avantage de l'honoraire au temps passé est sa traçabilité. L'inconvénient est son imprévisibilité puisque les parties ne peuvent savoir combien de temps la Médiation prendra.

■ **L'alternative : la rémunération forfaitaire**

La rémunération forfaitaire consiste à convenir d'un montant fixe, versé au médiateur avant le début de la Médiation pour l'intégralité de ses prestations, quel que soit le temps qu'il y consacre, pendant une période de temps donnée, ou en fixant un nombre d'heures maximum.

L'avantage de cette méthode sur la rémunération au taux horaire est la visibilité qu'elle offre aux parties qui savent exactement combien va leur coûter la Médiation. Elle permet aussi d'inciter les parties à consacrer la meilleure attention à la Médiation puisque, faute d'implication de leur part, elles peuvent avoir dépensé le montant intégral de l'honoraire forfaitaire sans aucun bénéfice pour elles. Enfin, elle contribue à renforcer l'efficacité de la Médiation en l'enserrant dans des bornes de temps claires.

Le forfait tente d'échapper à la logique quantitative liée au calcul du temps pour se déporter sur le caractère qualitatif de la prestation. Mais, à l'évidence, le qualitatif est plus difficile à apprécier que le quantitatif ; davantage encore par anticipation.

Les parties auront souvent tendance à considérer que leur conflit est simple et que sa résolution sera rapide. Il sera alors délicat pour le médiateur de soutenir le contraire et donc de proposer un montant forfaitaire qui pourrait apparaître comme trop élevé aux parties.

Une solution consiste à avoir recours à un « filet » qui consiste à définir, en pourcentage, un différentiel, en plus ou en moins, susceptible de justifier une révision du forfait à la hausse ou à la baisse. Il s'agira d'un différentiel de temps par rapport à l'estimation initiale ayant conduit à la définition du montant forfaitisé. Ainsi la notion de temps que l'on croyait avoir évacuée réapparaît...

Il n'y a pas de formule miracle et, en tout état de cause, les parties doivent se poser la question du mode de rémunération et l'évoquer avec

le médiateur afin de retenir la formule avec laquelle ils se sentiraient le plus confortable.

■ **Le tabou : la rémunération au résultat**

La question taboue, la question qui fâche, est celle d'une rémunération plus importante pour le médiateur dans le cas où la Médiation qu'il dirige se conclut par un accord.

Il ne s'agit pas ici du rapport entre le montant des honoraires et celui des enjeux du litige, d'ores et déjà accepté et pratiqué. Ni l'exigence d'impartialité, ni celle de l'indépendance ou même de la neutralité du médiateur ne nous semblent incompatibles avec la prise en compte du montant du litige dans la détermination de sa rémunération.

Plus complexe est la question de l'honoraire de résultat. Un médiateur peut-il demander et recevoir une rémunération complémentaire du seul fait que les parties parviennent à un accord entre elles ? Mieux, ou pire, sa rémunération peut-elle être exclusivement liée à l'existence d'un accord ?

Au sein même de notre commission, des positions divergentes sont apparues sur cette question. Ce qui indique bien la sensibilité de cette question.

Précisons tout d'abord que, dans la pratique de la Médiation conventionnelle, tous les cas de figure semblent exister. De l'opposition radicale des parties – ou du médiateur – à un quelconque honoraire de résultat à l'application d'un honoraire de résultat exclusif de toute autre rémunération imposé ou accepté par les parties.

Les opposants à l'honoraire de résultat, et ils sont nombreux, posent comme argument principal que cette méthode de rémunération du médiateur va directement à l'encontre de la neutralité qui doit être la sienne, principe pourtant reconnu comme essentiel et structurant pour toute Médiation. Plus l'intéressement du médiateur à la conclusion d'un accord entre les parties serait important, plus le risque serait grand de voir ce dernier pousser indûment les parties à s'entendre, fut-ce au mépris de leur intérêt réel. Ce risque serait d'autant plus grand qu'une des parties serait en position de dépendance, économique ou d'une autre nature, vis-à-vis de l'autre ou qu'elle ne serait pas conseillée par un avocat. L'intérêt économique personnel du médiateur pourrait prendre le pas sur d'autres considérations. Le médiateur pourrait ne plus prêter l'attention nécessaire aux conflits latents, souvent humains, relationnels, irrationnels qui fondent la qualité ou la pérennité d'un accord.

La question se pose également de savoir si l'honoraire de résultat exclusif de toute autre rémunération devrait être prohibé. Outre que la question de l'impact de ce mode de rémunération sur la neutralité du médiateur se pose avec une acuité renforcée, il peut aussi aboutir à une situation où le médiateur ayant bien fait son travail, les parties pourraient différer la concrétisation de leur accord, évitant ainsi de lui payer quoi que ce soit.

Les partisans de l'honoraire de résultat font valoir qu'il serait inéquitable de ne pas rémunérer le fait de faire gagner un temps et des économies considérables aux parties en faisant émerger un accord là où elles n'y parvenaient pas, parfois depuis fort longtemps, et dans des cas où un contentieux aurait pour elles des conséquences négatives considérables.

La commission conclut que la Médiation reposant sur les principes de liberté et de souplesse, les parties pourront convenir du mode de fixation et de règlement des honoraires qui leur conviennent, mais que leur attention doit être attirée sur les risques d'impact d'une rémunération au résultat sur la neutralité du médiateur.

CHAPITRE IV



MÉDIATION : LIBERTÉ ET SÉCURITÉ

1

LIBERTÉ ET ADAPTABILITÉ

Les parties sont totalement libres d'organiser comme elles le souhaitent le processus lui-même.

Les parties peuvent ainsi choisir le cadre de leur discussion : réunion plénière, restreinte à certaines parties, unilatérale avec le médiateur, etc. Elles peuvent également, toujours avec l'aide du médiateur, faire évoluer ce cadre, soit qu'il ait été commencé par des réunions unilatérales pour aller vers des réunions plénières ou, tout au contraire, que les réunions plénières soient remplacées par des réunions unilatérales avec le médiateur pour éventuellement, de façon conclusive, revenir à des réunions plénières.

Les parties, avec l'aide du médiateur, peuvent ainsi organiser la Médiation en sorte de donner un maximum de chances à celle-ci d'aboutir.

Ce libre choix est également celui du médiateur qui pourra, guidé par son expérience, modifier et faire évoluer le cadre de la Médiation.

De la même façon, et sous la confidentialité qui préside à toute Médiation, les choses dites ou les documents émanant d'une partie pourront ou non être communiqués à l'autre partie. Le médiateur ne pourra être le vecteur de la révélation qu'avec l'accord exprès de la partie révélant.

Cette révélation à l'autre partie n'est d'ailleurs pas toujours nécessaire, mais la chose aura été exprimée par une partie et, connue du médiateur, elle lui permettra d'exercer au mieux son office pour amener les parties à trouver un accord.

Tout au contraire, une partie pourra souhaiter que la chose soit révélée à l'autre partie, mais que cela soit fait par le truchement du médiateur et avec les mots de celui-ci, permettant ainsi une autre forme de communication.

Le nombre des médiateurs est également libre. On voit immédiatement l'intérêt de cette pluralité de médiateurs notamment en matière de Médiation internationale lorsque les cultures sont éloignées, ou qu'il existe des sujets complexes notamment techniques, chacune des parties pouvant avoir alors le sentiment d'être mieux comprise et le collège des médiateurs ayant ainsi plus de facilité à amener les deux parties à un accord.

Enfin, dernière des libertés mais non la moindre, chacune des parties, ainsi d'ailleurs que le médiateur, peuvent décider à tout moment d'arrêter la Médiation.

Ainsi, en matière de Médiation, toutes les formes peuvent être imaginées permettant d'adapter au mieux le processus aux différends à traiter, aux circonstances ainsi qu'à la personnalité propre de chacune des parties. C'est ainsi tout le champ des possibles qui s'ouvre pour donner la meilleure chance à une solution d'être élaborée et acceptée.

2

EFFICACITÉ

La Médiation, comme tout mode amiable, a l'avantage de laisser une totale liberté dans la conclusion ou non d'un accord. C'est là une des différences essentielles avec l'arbitrage, par nature contraignant. En outre, l'accord de Médiation est construit par les parties en fonction leurs besoins réels dans un contexte global qu'elles ont pris en compte. Il ne s'agit pas d'accepter un avis ou une recommandation venant de l'extérieur, mais bel et bien de construire un accord sur mesure.

Lorsque l'accord est conclu, il a la force obligatoire d'un contrat et en suit le régime. En cas de concessions réciproques, le contrat est qualifié de transaction, ce qui permet d'empêcher toute nouvelle action en justice ayant le même objet (article 2052 C. civ.).

« La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet ».

En cas de contresignature des avocats, l'acte acquiert même une force probatoire renforcée puisqu'il ne pourra être attaqué que par une procédure de faux. En vertu de l'article 1374 du Code civil, il fait en effet foi de l'écriture et de la signature des parties, tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause. Il évite donc toute procédure de vérification d'écriture et de signature.

« L'acte sous signature privée contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait foi de l'écriture et de la signature des parties, tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause ».

La procédure de faux prévue par le Code de procédure civile lui est applicable.

Cet acte est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ».

L'acte pourrait même être enregistré pour obtenir date certaine (article 1377 C. civ.).

Enfin et surtout, il est possible aux parties de faire de l'acte un équivalent juridictionnel en lui conférant la force exécutoire. L'acte vaut alors titre exécutoire au sens de l'article L. 111-3 1° du Code des procédures civile d'exécution :

« Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire, ainsi que les accords auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire ».

La souplesse qu'offre la Médiation tient à ce que rien n'oblige les parties à faire une demande d'homologation de l'accord car, en cas d'exécution instantanée ou pour préserver la réconciliation obtenue, il est possible de se contenter de la force obligatoire. Le choix de recourir ou non à l'homologation est ainsi laissé à leur libre appréciation.

Les parties peuvent ainsi saisir le juge qui serait normalement compétent pour statuer sur le fond du litige pour homologuer l'accord (article 1565 CPC).

Elles peuvent le faire conjointement mais une partie peut également saisir le juge avec l'accord exprès de l'autre (article 1534 CPC). Il est dès lors recommandé de prévoir dans l'accord un mandat conféré à l'une des parties pour saisir le juge d'une demande d'homologation. En ce cas, la personne ayant donné mandat ne pourrait plus exercer de recours contre la décision du juge homologuant l'accord.

Les parties peuvent également prévoir un tel mandat dès la rédaction de la clause prévoyant le recours à une Médiation en cas de différend. Le risque d'une telle approche, cependant, est qu'elle pourrait dissuader une partie de s'engager par avance dans un processus dont la finalité serait perçue par elle comme étant nécessairement la reconnaissance judiciaire. Or, le principe même de la Médiation est de résoudre des différends sans intervention du juge, l'homologation devant rester une simple faculté.

L'homologation du juge n'implique pas un contrôle au fond de celui-ci qui ne peut en modifier les termes. Le juge contrôle uniquement l'existence de l'acte et sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs³³.

Lorsque l'accord a été rendu exécutoire par une juridiction ou une entité d'un autre État de l'Union européenne, il est même reconnu et déclaré

33. Cass. Civ. 2^e, 26 mai 2011, pourvoi n° 06-19.527, *Bull.* 2011, II, n° 120 ; D. 2011, 2150, Chron. J.-M. Sommer, L. Leroy-Gissinger, H. Adida-Canac et O.-L. Bouvier ; *RTD Civ.* 2011, 559, note P.-Y. Gautier.

exécutoire en France en application des articles 509-2 à 509-7 du Code de procédure civile (article 1535 CPC)³⁴. Il constitue un titre exécutoire européen.

Ainsi, la solution que les parties auront choisie pour elles-mêmes aura la même efficacité qu'un jugement si elles le souhaitent.

3

CONFIDENTIALITÉ

La Médiation se déroule dans le respect de la confidentialité des échanges, indispensable à son déroulement serein.

Cette confidentialité est indispensable au recours à la Médiation.

Le constat a été fait lors des auditions menées par la commission que trop d'entreprises redoutent encore de recourir à la Médiation par crainte d'atteinte à la confidentialité. Elles veulent être rassurées sur la préservation de leurs secrets.

Elles veulent aussi se préserver contre toute atteinte à leur image ou leur réputation. C'est là un attrait fort de la Médiation.

Surtout, il convient que la parole soit libérée dans le cadre de la négociation afin de trouver un accord adapté. L'efficacité de la tentative de Médiation dépend de la confiance des parties dans leur liberté de parole qui leur est garantie par la confidentialité offerte par la Médiation.

En pratique, un engagement formel de confidentialité est conclu par les parties, mais aussi toute personne les assistant en Médiation qui ne serait pas tenue au secret de par ses fonctions.

Cet engagement peut résulter de l'adhésion au règlement du centre de Médiation sollicité ou d'une convention de Médiation conclue entre les parties et le médiateur.

Cette confidentialité est garantie par l'article 1531 du Code de procédure civile :

« La médiation et la conciliation conventionnelles sont soumises au principe de confidentialité dans les conditions et

34. V. Art. 6 de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008.

selon les modalités de l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 susmentionnées ».

Cet article 21-3 de la loi du 8 février 1995 dispose :

« Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité.

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 ou arbitrale sans l'accord des parties ».

S'agissant des avocats, l'exigence de confidentialité découle de leur déontologie. L'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel auquel il est soumis est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps.

En vertu des dispositions de l'article 2.2 du Règlement intérieur national des avocats, le secret professionnel qui s'impose dans toutes relations entre avocats et clients couvre en toutes matières, dans le domaine du conseil ou de la défense, tous les supports quels qu'ils soient (consultations, correspondances, notes d'entretiens et de façon générale toutes les informations ou confidences reçues par l'avocat dans l'exercice de sa profession).

Quant aux parties, elles sont tenues tant par l'engagement formel de confidentialité que par l'article 1531 du Code de procédure civile. Tout élément invoqué en justice en violation de cette confidentialité irait en outre à l'encontre du principe de loyauté dans l'administration de la preuve reconnu par la Cour de cassation³⁵.

Il convient cependant de rappeler que deux exceptions, aisément compréhensibles, tempèrent l'exigence de confidentialité.

La première concerne la présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne.

La seconde tient à la nécessité de révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la Médiation pour sa mise en œuvre ou son exécution.

Il faut en outre préciser que la loyauté de la preuve, en ce domaine comme dans d'autres, peut céder face au droit à la preuve dès lors que les parties ne disposent d'aucun autre moyen pour établir leur droit.

35. Cass. Ass. Plén., 7 janvier 2011, pourvois n° 09-14.316 et n° 09-14.667, *Bull.* 2011, n° 1.

Afin d'en juger, la Cour de cassation procède à un contrôle de proportionnalité. Certes, le principe de loyauté de la preuve peut céder face au droit à la preuve. La Cour de cassation a en effet reconnu l'existence d'un réel droit à la preuve permettant, lorsqu'aucun autre moyen ne permet d'établir la preuve, de passer outre une garantie fondamentale dès lors que l'atteinte qui lui est portée est proportionnée au but poursuivi.³⁶

Toutefois, cette limite n'est pas de nature à remettre en cause l'intérêt de la Médiation.

D'abord, parce que sauf à remettre en cause la force obligatoire des contrats, la jurisprudence sur le droit à la preuve restera nécessairement limitée par l'exigence de proportionnalité.

Ensuite, et surtout, ces limites à l'exigence de confidentialité sont communes à tous les modes amiables. Elles ne sont pas propres à la Médiation qui, bien au contraire, offre un renfort de protection.

La confidentialité attachée à la Médiation demeure, quoi qu'il en soit, plus rassurante pour les entreprises que la conciliation qui est pourtant privilégiée devant les tribunaux de commerce. En effet, tant le profil sociologique des conciliateurs, qui sont d'anciens juges consulaires, que leur proximité physique avec la juridiction sont souvent perçus comme des menaces pour la confidentialité.

4

DROIT AU JUGE

Une tentative de Médiation se fait avec l'assurance que le droit au juge ou à l'arbitre est préservé. La volonté du législateur de favoriser les modes amiables s'est en effet accompagnée d'une série de mesures visant à rassurer les parties.

Le délai de prescription est ainsi suspendu en vertu de l'article 2238 du Code civil lorsque, après la survenance du litige, les parties décident de recourir à la Médiation ou du jour de la première rencontre avec le médiateur.

36. V. Cass. Civ. 1^{ère}, 25 février 2016, pourvoi n° 15-12.403 : « Vu l'article 9 du code civil, ensemble les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code de procédure civile ; attendu que le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi. »

« 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 [...].

Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée ».

Lorsque la Médiation a été prévue avant la survenance du litige, dans une clause de Médiation préalable figurant au contrat, le délai de prescription est de même suspendu puisque la convention est alors un empêchement à agir en justice au sens de l'article 2234 du Code civil.

« La prescription ne court pas contre celui qui est empêché d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure ».

Enfin, lorsque la Médiation est mise en place alors que le juge est déjà saisi, le délai de prescription a été interrompu par la demande en justice en vertu de l'article 2241 du Code civil et ne reprendra son cours que lorsque l'affaire aura trouvé sa solution finale.

« La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion.

Il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure ».

La Médiation peut dès lors être menée sans crainte de perdre son droit au juge.

En outre, le temps de la Médiation ne doit pas être perçu comme un temps perdu, que celle-ci aboutisse ou non à un accord. En effet, en cas d'absence d'accord, le dialogue qui aura pu être noué permet souvent à tout le moins de décanter le litige. La procédure à suivre pourra ainsi être améliorée et accélérée par une sorte de pré-mise en état contractuelle de l'affaire.

CHAPITRE V



TENTATION DE LA MÉDIATION OBLIGATOIRE

Forts du constat que la médiation est un processus efficace et constitue une alternative sérieuse au contentieux, certains se sont intéressés à l'idée de rendre le processus obligatoire.

L'objectif serait ici double, d'une part créer un « réflexe médiation » chez le justiciable qui ayant, fut-ce par la contrainte, expérimenté avec succès la médiation, serait convaincu de son efficacité et y recourrait ensuite spontanément. D'autre part, rendre la médiation obligatoire aurait pour effet, mécaniquement, de désengorger les tribunaux puisqu'un certain nombre de ces litiges y trouveraient nécessairement une issue favorable, même si c'était une minorité d'entre eux.

1

EN FRANCE

C'est dans cet esprit que le législateur français a commencé à mettre en place des systèmes de médiation obligatoire.

Ainsi le juge peut, à peine d'irrecevabilité, imposer aux parties le recours à une mesure de conciliation, médiation ou procédure participative pour des litiges de voisinage et des petits litiges³⁷.

Le projet de loi de programmation de la justice 2018-2022 a également pour objectif de généraliser le pouvoir d'injonction du juge de recourir à la médiation à tous les stades de la procédure, y compris en appel ou en référé. Ainsi, le projet actuel d'article 22-1 de la loi du 8 février 1995³⁸ disposerait que : « En tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, le juge peut, s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un médiateur qu'il désigne et qui répond aux conditions prévues par décret en Conseil d'État. Celui-ci informe les parties sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation »³⁹.

Une expérimentation a également été mise en place depuis le 1er avril 2018, jusqu'en novembre 2020 visant à tester l'efficacité d'une médiation obligatoire dans deux types de litiges : le contentieux social (contestation des décisions relatives au revenu solidarité, à l'allocation personnalisée au logement) et le contentieux de la fonction publique (recours contentieux formés par certains agents publics contre certaines décisions ad-

37. Loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, article 4. Les modalités d'application de cet article sont fixées par décret pour définir les enjeux financiers concernés.

38. Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

39. Article 2 du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

ministratives par un décret du 16 février 2018)⁴⁰.

Une telle expérimentation existe aussi pour certains aspects du contentieux familial, auprès de onze tribunaux de grande instance. L'article 15 de la loi du 13 décembre 2011 dispose que « la saisine du juge par les parents aux fins de modification d'une décision fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, devra être précédée, sous peine d'irrecevabilité, d'une tentative de médiation familiale ». Cette expérimentation a été reconduite et étendue pour une durée de trois ans par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

Enfin, certains proposent :

- l'obligation de justifier d'un préalable loyal de discussion voire de négociation avant de saisir le juge, préalable qui pourrait être sanctionné l'irrecevabilité de la demande ;
- la suppression de l'article 700 du Code de procédure civile pour celui qui n'aurait pas accepté de participer loyalement à une négociation pour tenter de résoudre amiablement le litige ;
- la priorité de traitement, par le juge, des litiges ayant fait l'objet d'un MARD qui n'a pas abouti⁴¹.

2

EN EUROPE

► Le Royaume-Uni a opté pour une médiation purement volontaire. Un mécanisme a néanmoins été mis en place afin d'inciter (fortement) les résolutions amiables des litiges : la partie qui refuse, de manière déraisonnable, une proposition de médiation pourra être sanctionnée ultérieurement par le juge⁴² ;

► en Allemagne⁴³, les Länder ont la possibilité d'adopter des règles prévoyant des phases obligatoires de conciliation et médiation pour certains types de litiges seulement, qui sont les litiges en matière civile d'un montant inférieur à 750 euros, de conflits de voisinage et d'atteintes à la réputation ou à l'honneur. Mais de manière générale, le re-

40. Décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux.

41. J.-E. Robiou du Pont, « Pour la médiation obligatoire », *Dalloz actualité*, 28 mars 2017.

42. Civil Procedure Rules Part 44. Voir aussi England and Wales Court of Appeal, *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust* [2004], 11 May 2004.

43. Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, §15 a) (loi de mise en œuvre du Code de procédure civile).

cours à la médiation est facultatif ;

- ▶ en Belgique, il n'existe aucune obligation de recourir à la médiation. Le juge peut inviter les parties à s'orienter vers la médiation ;
- ▶ en Slovénie⁴⁴, le juge a la faculté d'inviter les parties à se rendre à une session informative de médiation, à laquelle seule l'assistance est obligatoire. Les parties n'ont pas l'obligation de s'engager dans une médiation, mais doivent attendre cette session informative. Le rôle du juge est d'informer les justiciables, de contrôler et d'encadrer le travail des médiateurs. Les statistiques pour ce pays sont très positives : 800 médiations en 2008, contre 2 735 en 2014 ;
- ▶ l'Italie est le seul pays qui a rendu obligatoire la médiation en matière civile et commerciale de manière généralisée, comme préalable à la saisine du juge⁴⁵. Ce texte a été adopté en 2010, mais a été annulé sous la pression des avocats italiens par le Conseil constitutionnel italien en 2012⁴⁶. La législation a été revue depuis et les italiens ont alors opté pour une réunion d'information préalable obligatoire⁴⁷ tout en maintenant la médiation obligatoire pour certains domaines et typologies de litiges⁴⁸ qui doit se faire nécessairement devant un organisme référencé par le ministère de la Justice.

Il apparaît ainsi clairement que la majorité des pays européens ont renoncé à imposer de manière générale la médiation obligatoire, mais ont opté pour une obligation ciblée par typologie de litiges et au regard des enjeux financiers et c'est la voie qu'a choisie le législateur français.

Cette tendance a pour risque de créer un sentiment de rejet de la médiation par les justiciables avant même que les atouts du processus aient été compris et expérimentés.

La piste d'une réunion d'information obligatoire sur le processus de médiation, préalablement au recours au juge serait plus prometteuse. Tout en respectant la volonté des parties sur le choix de recourir ou non à la médiation, un travail de sensibilisation est engagé. L'exemple de la Slovénie prouve son efficacité. En France, elle est ainsi expérimentée avec succès par la Cour d'appel de Versailles en chambres sociales.

44. B. J. Hrastnik, « Mediation in Slovenia », in *Mediation in the EU*, Oxford, 2012.

45. Décret législatif n° 28 du 4 mars 2010, mettant en œuvre l'article 60 de la loi n° 69, du 18 juin 2009, relative à la médiation en vue de la conciliation des litiges civils et commerciaux, GURI n° 53, du 5 mars 2010 (décret 28/2010).

46. Corte costituzionale, 24 octobre 2012, arrêt n° 272/2012.

47. Décret 69/2013 du 21 juin 2013.

48. Contentieux bancaire, assurance, succession, responsabilité médicale, baux commerciaux.

3

POSITIONS DES JURIDICTIONS EUROPÉENNES

La CJUE et la CEDH ont été saisies à plusieurs reprises de la question de la conformité d'une médiation obligatoire avec les principes généraux du droit européen tant les conséquences d'une telle médiation sur le droit le plus élémentaire et fondamental d'effectivité de l'accès au juge se posent avec acuité. C'est en effet sur ce point que le caractère obligatoire de la médiation pose sans doute le plus de difficultés.

■ CJUE

Saisie sur une question proche qui était celle d'un mécanisme de conciliation obligatoire dans des litiges opposant des consommateurs et des professionnels en matière de télécommunications en Italie, la Cour de justice a considéré, dans une décision du 18 mars 2010⁴⁹, que le recours à un système de conciliation obligatoire n'était pas, en lui-même, contraire au droit de l'Union européenne. Selon la Cour, les droits fondamentaux, et notamment la protection juridictionnelle effective, ne sont pas des prérogatives absolues et peuvent comporter des restrictions à condition qu'elles répondent à des objectifs d'intérêt général. Dans cette affaire, la Cour a considéré que la réglementation imposant un préalable de conciliation obligatoire n'était pas disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis.

Elle a également admis ultérieurement la médiation obligatoire, dans une affaire concernant un litige de la consommation, en émettant cependant plusieurs conditions⁵⁰ selon lesquelles une telle procédure :

- ne doit pas aboutir à une décision contraignante pour les parties ;
- ne doit pas entraîner de retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel ;
- doit suspendre la prescription des droits concernés ;
- ne doit pas générer de frais, ou des frais peu importants, pour les parties ;
- ne doit pas constituer l'unique moyen d'accès à la procédure de conciliation ;
- ne doit pas empêcher de demander et d'obtenir des mesures provisoires dans les cas exceptionnels où l'urgence de la situation l'impose.

■ CEDH

La Cour européenne des droits de l'Homme a également admis la légalité d'un mécanisme amiable préalable obligatoire dès lors qu'il ne porte pas

49. CJUE, 18 mars 2010, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA et autres*, C-317/08.

50. CJUE, 14 juin 2017, *Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli contre Banco Popolare Società Cooperativa*, C-75/16.

d'atteinte substantielle au droit au juge : « Ne constitue pas une entrave substantielle au droit d'accès direct au juge l'obligation imposée par la loi de tenter de trouver une solution amiable, préalablement à toute demande devant une juridiction civile, à peine d'irrecevabilité, si par ailleurs le processus amiable suspend le cours de la prescription et qu'en cas d'échec, les parties disposent d'une possibilité de saisir le juge compétent »⁵¹.

4

CONCLUSION

Notre commission considère, elle, que la médiation obligatoire est une fausse piste, un leurre.

La Médiation doit, par essence, demeurer un processus volontaire. Chaque partie doit exprimer son adhésion au processus et son souhait de s'y engager. C'est d'ailleurs ce que reflète la directive européenne 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale⁵². L'imposer reviendrait à contraindre les parties et constituerait un réel paradoxe.

Comme le relève l'un de nos interlocuteurs, qui plus est magistrat de son état : « La médiation étant fondée sur la volonté des parties, il est contraire à sa nature d'en faire un préalable obligatoire à toute action judiciaire. La réussite du processus suppose que les parties soient convaincues dès le départ de l'intérêt que présente la médiation pour les conduire à trouver un accord. Contraindre les parties à tenter un processus de médiation ferait de ce processus un passage obligatoire, systématique et purement formel qui s'apparenterait aux tentatives préalables obligatoires de conciliation dans les conseils de prud'hommes ou les tribunaux d'instance dont l'objectif n'est pas atteint »⁵³.

Imposer la médiation aurait pour effet de la judiciariser, lui faisant perdre par là même son intérêt propre, mais aussi potentiellement d'augmenter les coûts et le temps de la procédure, si les parties ne manifestent pas une volonté sincère de participer au processus et veulent vraiment une décision judiciaire. L'expérience de la conciliation obligatoire devant le Conseil des prud'hommes est un exemple fort de l'inefficacité de la contrainte⁵⁴. Le rapport Agostini et Molfessis souligne ainsi le risque d'en faire un passage purement formel⁵⁵.

51. CEDH, 26 juin 2015, Momčilovič c. Croatie, req. n° 11239/11.

52. Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JOCE L. 136 du 24 mai 2008.

53. F. Vert, « Le rapport Magendie sur la médiation : enjeux et perspectives », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, n° 3, 1^{er} juillet 2010, p. 779.

La liberté doit toujours être préservée en médiation. Aussi la commission s'associe parfaitement aux propos tenus par un groupe de travail constitué par le Président Magendie il y a plus de dix ans :

« S'il apparaît nécessaire pour assurer le développement de la médiation, de la structurer a minima – les initiatives individuelles ayant trouvé leurs limites – en revanche, il serait contre-productif de la rigidifier et de l'enfermer dans une codification. Ce mode alternatif de règlement des litiges, où l'équité a toute sa place, ne peut être assimilé à une procédure dès lors que l'aspect informel de la médiation doit être préservé pour en sauvegarder sa spécificité : à savoir la souplesse et l'adaptabilité. Ce serait également contraire à la nature même de la médiation fondée sur la liberté et la responsabilisation de ses acteurs, de l'instaurer comme un préalable obligatoire à toute saisine du juge du fond »⁵⁶.

En réalité, la médiation judiciaire apparaît déjà dans les faits comme une médiation imposée qui ne répond plus au critère de liberté au niveau des parties. En effet, devant le juge aucune partie ne refuse la médiation qu'il propose ou qu'il impose. Plus grave, et nouvelle atteinte au principe de liberté des parties, il arrive souvent que ce soit le juge qui choisit le médiateur ! Les parties courbent alors l'échine une seconde fois.

Dès lors, la médiation judiciaire ne correspond pas, selon nous, à la définition de la Médiation qui forme le socle de ce rapport.

54. Le taux de réussite des bureaux de conciliation en matière prud'homale semble constamment baisser comme l'illustrent plusieurs rapports statistiques : 9 % en 2013 (source : InfoStat Justice, Août 2015, n° 135), 7 % pour 2014 (source : les notes de l'Institut des politiques publiques, novembre 2017) et 5,6 % en 2016 (source : Florence Mehrez, « Les affaires aux prud'hommes ont chuté de 15 % en 2017 », *Dalloz actualité*, 8 juin 2018).

55. « Le Groupe est sensible à certaines réserves exprimées. Il est nécessaire d'éviter que le caractère préalable obligatoire du recours à un mode amiable ne se transforme en une simple formalité, dont les parties justifieraient par une attestation ». V. Rapport des Chantiers de la Justice n° 3, *Amélioration et simplification de la procédure civile*, réf. F. AGOSTINI et N. MOLFESSIS, Janvier 2018, p. 25.

56. J.-Cl. Magendie (dir.), *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, Rapport issu du groupe de travail sur la médiation, 2008, p. 12.

RECOMMANDATIONS



1

SENSIBILISATION ET FORMATION

La méconnaissance de la Médiation et de ses mécanismes ainsi que les enjeux de pouvoir mal placés, relevés dans le présent rapport, pourront être minimisés par une meilleure sensibilisation des décideurs des entreprises, qu'il s'agisse des directions générales, des directions opérationnelles ou, et peut-être surtout, des directions financières et des contrôleurs de gestion.

Cette sensibilisation pourrait prendre la forme de modules de formation dispensés soit en interne, par les directions juridiques, soit à l'extérieur de l'entreprise, par des centres de Médiation⁵⁷.

2

OBLIGATION DEONTOLOGIQUE D'INFORMATION

Le Règlement intérieur national des avocats devrait être amendé pour faire de l'information sur la Médiation une obligation déontologique pour l'avocat.

Cette obligation aurait un double objectif : permettre au client en situation de contentieux de choisir en pleine connaissance la voie judiciaire ou la voie de la Médiation, d'une part, et protéger l'avocat contre la perception par le client d'une faiblesse de sa part s'il propose une Médiation d'autre part.

57. V. Annexe IV, p. 80.

3

CRÉATION D'UN OUTIL STATISTIQUE CENTRALISÉ

L'objectif consiste à cerner, avec un niveau suffisant de fiabilité, le nombre de Médiations menées dans l'hexagone et leur efficacité. Il pourrait être atteint assez facilement par la création d'un outil statistique national nourri par les centres de Médiation et les médiateurs eux-mêmes sur la base du volontariat, en dehors de toute intervention ou participation étatique.

La liste des centres participant et fournissant les données serait publique. Chaque centre serait doté d'un droit d'accès sécurisé à l'outil.

Les informations de base devant constituer la base de données devraient comprendre :

- la nature de la Médiation (interentreprise, intra-entreprise, autre) ;
- le montant de l'enjeu financier classé par tranches (cinq ou six au maximum) ;
- l'existence de procédures judiciaires ou arbitrales au moment où les parties ont décidé de tenter une Médiation ;
- le résultat de la Médiation.

4

AMENDEMENT DE L'ARTICLE 1534 DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

L'article 1534 du Code de procédure civile permet à l'une des parties signataires d'un protocole d'accord transactionnel à l'issue d'une Médiation de solliciter, auprès du juge, l'homologation de celui-ci à la condition d'avoir préalablement obtenu l'accord exprès de l'autre partie⁵⁸.

La commission propose la suppression de cette obligation d'accord préalable afin que la demande d'homologation puisse avoir un caractère unilatéral. En permettant ainsi à chaque partie de renforcer l'accord résultant de la Médiation, la sécurité juridique de cette dernière et la confiance que peuvent lui accorder les parties s'en trouveraient d'autant renforcées.

58. Article 1534 du Code de procédure civile : « La demande tendant à l'homologation de l'accord issu de la médiation est présentée au juge par requête de l'ensemble des parties à la médiation ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des autres ».

CONCLUSION



La Médiation, telle que définie dans le présent rapport⁵⁹, a déjà amplement fait la démonstration de son efficience. Rapide, d'un coût modéré, confidentielle, souple, simple, non violente, non obérante et surtout efficace, elle est particulièrement adaptée aux besoins et aux attentes des entreprises au XXI^e siècle tandis que le contentieux judiciaire y répond de moins en moins.

Nous espérons avoir montré dans ce rapport que les raisons pour lesquelles elle n'a pas encore développé son plein potentiel tiennent principalement, d'une part, à la méconnaissance qu'en ont beaucoup des acteurs du monde de l'entreprise et, d'autre part, aux enjeux de pouvoirs ou de statuts, souvent inconscients et en tout cas non dits, qui interagissent au moment où elle pourrait, où elle devrait être envisagée.

Nous formons le vœu que les juristes et les avocats convaincus de son utilité, avant ou après la lecture de ce rapport, prennent le temps et la peine d'expliquer aux dirigeants d'entreprise qui ne l'auraient pas lu, tout l'intérêt qu'elle représente pour l'entreprise, notamment si l'on raisonne en termes de coût financier, mais aussi en termes d'économies de temps, d'énergie et de capital relationnel.

La Médiation pourra alors devenir le principal instrument de règlement des différends pour les entreprises. Elles y gagneront beaucoup, mais aussi les tribunaux qui seront moins engorgés, les avocats qui seront considérés par leurs clients comme des apporteurs de solutions et plus généralement leurs partenaires contractuels. Chacun y trouvera ainsi son compte, ce qui est bien le fondement même de la Médiation.

59. *V. supra*, p. 13.

ANNEXES



1 HISTOIRE DE LA MÉDIATION

Ce texte est issu de la remarquable thèse de Mme Cardinet : *La Médiation en France, aujourd'hui, et ses applications dans le secteur scolaire : ses références, ses significations, ses pratiques.*⁶⁰

La première apparition d'un mot dans une langue, en littérature, est un bon point de repère : qu'un écrivain l'emploie signifie, à moins qu'il ne l'ait construit pour les besoins de son discours, qu'il a puisé dans le vocabulaire alors en usage autour de lui, ne serait-ce que dans un domaine particulier.

Le nouveau dictionnaire étymologique et historique cite, au XIII^e siècle, Jean de Meung, le continuateur du *Roman de la Rose* commenté par Guillaume de Lorris, comme premier utilisateur des mots médiation et médiateur dans la littérature française, et donne en même temps, en nommant le bas latin comme origine, l'assurance qu'il ne s'agissait pas d'une construction nouvelle de l'auteur.

■ Médiateur :

- ▶ 1265, Jean de Meung, du bas latin *mediator*, média, s'interposer et *medius* qui est au milieu.

Une origine latine est ainsi proposée. L'utilisation de termes ayant *med-* pour racine et signifiant quelque chose comme intermédiaire, ne semble jamais s'être perdue, au moins dans certains domaines spécifiques.

La construction des mots avec le suffixe *-tor* évoque une action. Le médiateur agit, l'objet de son action est révélé par la racine *-med*. Le médiateur est celui qui agit au milieu ou sur le milieu. Quel est le sens de la racine *med-* commune à plusieurs mots latins ?

■ La racine latine *med-* à travers les significations de *medio* et de *medius*

Le verbe *medio*, qui n'a pas fait naître de verbe en français, peut être à l'origine du verbe *medialter* signalé en usage au X^e siècle.

60. A. Cardinet, *La médiation en France, aujourd'hui, et ses applications dans le secteur scolaire : ses références, ses significations, ses pratiques*, dir. G. Avanzini, Lyon 2, 1998.

- **Medio-are (medius) :**
 - ▶ partager en deux,
 - ▶ intransitif,
 - ▶ être à son milieu, à moitié,
 - ▶ s'interposer ;

- **Medius, a, um (e et i bref) :**
 - ▶ qui est au milieu → central,
 - ▶ qui constitue le milieu d'un objet,
 - ▶ en parlant du temps, intermédiaire,
 - ▶ dans le sens de moyen :
 - ▶ entre deux extrêmes,
 - ▶ entre deux partis, deux opinions,
 - ▶ dans le sens : participant à deux choses contraires :
 - ▶ médiateur, ce qui est au milieu d'un tout et qui, alors, participe à la fois d'un pôle et de l'autre, d'où l'utilisation faite par Tite-Live (59 av. J.-C. – 17 ap. J.-C.), amène l'idée qu'il puisse tenir de deux opposés, à la fois de l'un et de l'autre : « *Medium erat in Anco ingenium et Numae et Romuli memor* », le caractère d'Ancus tenait le milieu, participant à la fois de celui de Numa et de celui de Romulus, dans *Ab urbe condita libri* 45, 1, 32, 4.

On remarque, enfin, que Virgile, dans l'*Énéide*, en 29 avant J.-C., utilise le mot *medius* pour désigner celui qui s'offre comme médiateur de paix, et non *mediator*.

La racine contient, on le voit, en elle-même, dès le départ, des possibilités d'ambiguïté dues à l'idée abstraite et non concrète de milieu, qu'elle exprime en fait, dans l'absolu.

Une autre piste de réflexion et d'ambiguïté est donnée par le linguiste Émile Benveniste, qui retrouve dans cette racine latine *med-*, le verbe *medeor* : guérir, au sens de ramener l'ordre là où il y avait perturbation (d'où vient médecin), et la met en parallèle avec la racine grecque, qui signifie prendre soin. Puis il la rapproche d'une racine irlandaise, qui porte le sens de « je juge », et amène l'idée d'autorité, de pouvoir de discernement, autre nature de l'ordre. Chez les Osques (peuple de l'Apennin central à la langue proche du latin), le principal magistrat municipal s'appelait le *meddix* : la racine est ainsi reliée à *iudicium*. Dans une autre série de formes, il voit le grec *medomai* : méditer, réfléchir, inventer, donc peser mentalement, sens partagé avec latin *meditor*. Mais il cherche surtout, par mise en relation de ces diverses significations, à en extraire la notion d'une « mesure », qui permettrait de résoudre un certain nombre de problèmes dans leur domaine d'application particulier. Cela l'amène à considérer les ressemblances dans leurs dérivés, entre les deux termes juridiques *med-* et *ius-* (d'où vient justice). Ce sont progressivement les évolutions des notions de droit et de justice, dans chaque pays, qui amèneront leur différen-

tion et les significations divergentes de leurs dérivés.

Ainsi, l'utilisation de médiateur et médiation dans les civilisations antiques, dont on connaît particulièrement les contextes philosophique, théologique et juridique, apparaît clairement comme à la source de leur emploi en français. Le choix de la construction « *media-tor* », celui qui agit au milieu, s'est fait dans un contexte où existaient déjà les notions d'*intemuntius*, le messenger, de *conciliator*, celui qui était favorable, *medius*, le médiateur de paix. Sa naissance doit donc répondre à un besoin que ne couvraient pas ces mots. La racine est claire : elle désigne celui, ou ce, qui est au milieu et/ou partage en deux.

L'ancien français garde ces deux pôles : le *mediator* représente la division et/ou le lien. Au I^{er} siècle de notre ère, cette construction a été réalisée pour traduire une notion apparue dans cette langue dès le III^e siècle avant J.-C. : *mesites* est soit l'arbitre, celui qui départage ; soit l'intermédiaire, celui qui intercède et relie. Sa fonction est, alternativement et d'une façon complémentaire, tout à la fois, l'agent de liaison, le négociateur, le conciliateur des contraires et l'arbitre.

Cette notion avait pris son origine dans le Moyen-Orient encore plus lointain, où elle signifiait cette fonction particulière de lien, absolument nécessaire parce que les deux parties à lier étaient trop éloignées l'une de l'autre : la ou les divinités, et le peuple des hommes. À la fois ascendante et descendante, elle ne pouvait être remplie que par quelqu'un de nature humano-divine, d'abord représenté par un demi-dieu, puis par le roi, plus tard par le clergé.

À l'aube de notre ère, il y a, dans le domaine juridico-social, médiation, le plus souvent à la demande d'au moins une des parties, là où il y a ou avait conflit, ou risque de conflit, là où il y a problème de communication, de compréhension. La médiation se fait par intercession, médiation unilatérale, ou (r)établissement d'une communication, médiation bilatérale.

Est médiateur celui qui intervient dans ce différend ou cette difficulté, en étant reconnu comme ayant autorité pour le faire, par sa nature, sa fonction ou ses connaissances de la situation du problème. Lorsqu'il s'agit de différends entre êtres humains, il sépare les belligérants, déplace le problème du domaine de l'émotion à celui de la raison, propose des solutions, restaure la justice sans faire référence à la loi, mais aux valeurs morales, avec l'idée de réparation s'il y a eu préjudice.

Le médiateur est nécessaire en cas de trop grand écart entre les conceptions des uns ou des autres, pour les réduire. On attend de sa présence la paix rétablie de façon durable, le différend effacé par retournement de la compréhension de la situation par les différents protagonistes. Sa présence même est signe de médiation, la parole vient en second lieu, c'est en cela qu'il se distingue de l'ambassadeur

ou du négociateur commercial, ou encore du simple arbitre. Il y a chez le médiateur quelque chose, dans sa nature, qui le différencie des autres fonctions proches. Il garde un rôle propositionnel qui peut être très important.

En résumé de cette étude philologique :

Si une tradition de la notion et des pratiques de médiation est ancrée très loin dans les origines de notre civilisation, il semble que ce soit dans la théologie chrétienne qu'elle se soit conservée avec le plus de force : y prédomine l'idée d'un médiateur dont la nature particulière lui permet d'assurer ce rôle et dont la fonction est double : lier, dans le sens ascendant et descendant, des parties trop éloignées pour établir seules ce lien.

Sur le plan juridique, la notion glisse vers l'entremetteur de paix, dans un contexte de conflit, et les mots « intermédiaire » et « différend » lui sont accolés. Le terme, sans disparaître tout à fait, est supplanté par les notions de négociation ou d'arbitrage, qui correspondent d'ailleurs plus justement aux pratiques qu'ils recouvrent. Il faut rappeler, ce qui donne sans doute un début d'explication au phénomène, que les pratiques pour gérer les relations sociales ne sont pas les mêmes, en Europe occidentale, que celles qui avaient force de loi dans le bassin méditerranéen antique ou dans les pays moyen-orientaux, où étaient établis principalement des nomades, et qui sont le berceau de la notion de médiation sur le plan social. C'est visiblement à partir de la fin du XVIII^e siècle que la notion abstraite de médiation apparaît. Elle se développe parallèlement à l'usage du terme pour nommer les interventions d'un tiers entre des protagonistes en conflit ou en risque de conflit. La notion de tiers reste prégnante puisque la médiation, dans sa forme abstraite, sert à relier ce qui ne peut l'être spontanément. L'opposition médiat/immédiat est induite par l'origine étymologique, même si elle n'est pas explicitée par les textes anciens comme tel. Il y a une grande cohérence dans ces différents emplois. On attend du médiateur le maintien ou la création de relations entre des personnes, des partis, des idées trop opposés pour les nouer sans sa présence. Si elle peut s'appliquer à des notions, des pensées, des abstractions, le mode interpersonnel n'est pas la seule forme possible pour la médiation. Le rôle de la parole est de plus en plus prégnant par rapport à la nature du médiateur. Là où celle-ci suffisait, le discours, pour expliquer, pour convaincre, pour communiquer, prend la place. On attend de la médiation un changement qui se révélera par les liens établis.

Bien que le Code de procédure civile donne une définition de la médiation et de la médiation judiciaire, nous avons pensé qu'il pouvait être utile de donner aux lecteurs de ce rapport un aperçu des nombreuses autres définitions des différentes formes de médiation ou de certains termes propres à la médiation ou voisins de la médiation. Ces définitions sont multiples, juridiques et de valeur inégale dès lors que certaines sont institutionnelles et d'autres purement doctrinales. Cette sélection non exhaustive a pour unique objet de montrer à la fois ce qui les réunit, mais également ce qui les différencie.

■ **Arbitrage** : bien que la France soit dotée d'un corpus législatif et jurisprudentiel parmi les plus sophistiqués en matière d'arbitrage, le Code de procédure civile n'en donne aucune définition. Voici la nôtre : « Mode conventionnel de règlement des litiges opéré par le recours à une ou plusieurs personnes privées, le ou les arbitres, qui exerce(nt) la mission juridictionnelle qui leur a été confiée par les parties. La sentence rendue n'est pas susceptible d'appel. L'arbitrage est dit international lorsqu'il met en cause des intérêts du commerce international ».

■ **Conciliateur de justice**

- ▶ Personne privée qui, a la demande du juge ou des parties⁶¹, a pour mission de faciliter le règlement amiable du litige pour lequel il est saisi. Il s'agit souvent d'anciens magistrats consulaires.
- ▶ Personne qui « a pour mission de rechercher le règlement amiable d'un différend dans les conditions et selon les modalités prévues au Code de procédure civile »⁶² (articles 129-2 et suivants).

■ **Conciliation conventionnelle** : les parties peuvent conventionnellement faire appel à un conciliateur à qui elles confient une

61. La conciliation est obligatoire pour tous les litiges faisant l'objet d'une déclaration au greffe (article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle) d'un montant inférieur à 4 000 euros sous peine d'irrecevabilité qui peut être prononcée d'office par le juge. Le projet de la Loi de programmation et de réforme de la justice renvoie à un décret pour élever le montant à 5 000 euros et ajoute à cette disposition les conflits de voisinage (article 2).

62. Article 1 alinéa 1 du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice.

mission qui vise à trouver une solution au conflit qui les oppose. Cette pratique permet aux parties de s'affranchir des règles ou du processus de la médiation, par exemple en demandant au conciliateur d'émettre un avis.

■ **Conciliation judiciaire** : pratique principalement répandue au sein des juridictions commerciales et tribunaux d'instance. Le juge estime si le contentieux qui lui est présenté mérite un règlement amiable. « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties » (article 21 du CPC). La conciliation peut s'engager à tout moment au cours de l'instance judiciaire, à l'initiative du juge, lorsque celui-ci considère le moment favorable. Il peut remplir lui-même ce rôle ou déléguer son pouvoir de conciliation à un conciliateur qu'il choisit⁶³. Le juge qui constate la conciliation des parties rédige un procès-verbal de conciliation. Le conciliateur délégué rédige un constat d'accord qu'il signe et fait signer par les parties.

■ **Conciliation prud'homale** : le Code du travail contient des dispositions spécifiques qui confèrent à la conciliation un caractère nécessaire et obligatoire. La conciliation constitue une étape préalable avant l'engagement du processus judiciaire.

■ **Dispute adjudication Board (ou Dispute Review Board)** : il s'agit d'un mode de règlement fréquemment présent dans les contrats de projets longs et complexes. Les parties s'engagent en premier lieu à soumettre leurs litiges à un ou trois experts (le panel), qu'elles choisissent ou dont le choix est confié à une autorité indépendante. Elles demandent à cet expert ou à ce panel d'émettre une recommandation ou, plus rarement, de décider d'une solution. Dans ce dernier cas cette décision pourra ultérieurement être remise en cause devant un tribunal arbitral. Les documents et informations échangés durant cette procédure de DAB ou DRB peuvent être utilisés dans le cadre de procédures judiciaires ou arbitrales ultérieures.

■ **Médiateur des entreprises** : institué par décret du 14 janvier 2016 dans sa forme actuelle le médiateur des entreprises est un service public placé sous l'autorité du ministre de l'Économie et des Finances. Toute entreprise, publique ou privée, qui rencontre des difficultés notamment dans ses relations commerciales avec un tiers peut s'adresser à lui. Il a pour rôle de les aider à résoudre leurs difficultés contractuelles ou relationnelles. Son intervention est gratuite pour les parties.

63. Les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance. La conciliation est tentée, sauf disposition particulière, au lieu et au moment que le juge estime favorables. Les parties peuvent toujours demander au juge de constater leur conciliation (articles 127, 128 et 129 du Code de procédure civile).

N.B. Le terme médiation est dans ce cadre employé dans le sens d'intermédiaire qui, fort de son autorité, est chargé de réconcilier les parties en conflit. Telle n'est pas la définition de la médiation retenue par notre commission.

■ Médiation

- ▶ La définition légale de la médiation est donnée par l'article 1530 du Code de procédure civile : « La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de 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. »

D'autres définitions ne mélangent pas la conciliation et médiation et s'attachent à mettre en avant soit l'objectif de cette dernière, soit les caractéristiques du processus lui-même.

À titre d'exemples :

- ▶ « La médiation est un processus amiable, volontaire et confidentiel de résolution des différends. Son objectif est de proposer aux parties en conflit l'intervention d'un tiers indépendant et impartial formé à la médiation, qui les aide à parvenir à une solution négociée optimale et, en tout cas, conforme à leurs intérêts respectifs, mettant fin au litige. Le médiateur n'est ni un juge, ni un arbitre, mais plutôt un « catalyseur » dont la mission est de faciliter et permettre les négociations entre les parties, afin de les aider à trouver elles-mêmes une solution à leur différend. Il n'a donc pas vocation à trancher le litige »⁶⁴.
- ▶ « La médiation est un processus structuré, organisé et balisé de rétablissement de la communication et du dialogue entre les parties, conduit par tiers neutre, le médiateur, qui doit amener les parties au rétablissement du dialogue, de façon à trouver par elles-mêmes la solution du conflit. Le médiateur s'intéresse au conflit et non au litige, contrairement au conciliateur. En cela la médiation réclame une démarche volontaire des parties, du temps, et elle exclut que pour en gagner, le médiateur propose aux parties une solution au litige, contrairement à ce que peut faire un conciliateur »⁶⁵.

64. Site Internet du CMAP

65. V. Larribau-Terneyre et A. Lecourt (dir.), *Réflexion sur la notion et le régime de la médiation au sein des modes amiables de résolution des différends à partir des expériences de médiation dans les ressorts des cours d'appel d'Aquitaine, de Paris et de Lyon*, rapport pour la Mission de recherche droit et justice, juillet 2017, p. 199-200.

- ▶ Dans le cadre du présent rapport, notre commission a utilisé la définition suivante : « La médiation est un processus par lequel deux ou plusieurs personnes morales ou physiques faisant partie d'un système relationnel confient à un tiers indépendant, neutre et impartial (et parfois à deux) la tâche de les aider à résoudre un différend existant entre eux lorsque la communication au sein de ce système est devenue dysfonctionnelle ».

■ Médiation conventionnelle

- ▶ La médiation conventionnelle survient à l'initiative des parties (bien souvent de leurs conseils). Les parties choisissent de confier à un tiers, le médiateur, le soin de guider leurs efforts pour régler le différend qui les oppose. Le processus de médiation peut être engagé à tout moment, avant la saisine du juge ou d'un arbitre, ou en cours de procédure. L'accord de médiation conventionnelle peut être homologué sur requête présentée au juge par l'ensemble des parties ou par l'une d'entre elle avec l'accord exprès de l'autre ou des autres (article 1534 CPC). Par cette demande les parties demandent au juge de donner force exécutoire à leur accord.

- **Médiation de la consommation** : les professionnels proposant aux consommateurs la vente d'un bien ou d'un service ont l'obligation de les informer qu'ils disposent du droit à recourir gratuitement à un médiateur de la consommation en vue de la résolution amiable de tout litige susceptible de survenir à l'occasion de cette vente⁶⁶. Dans ce cadre le professionnel se doit notamment de communiquer les coordonnées du ou des médiateurs dont il relève de manière lisible et visible. Les médiateurs de la consommation doivent être agréés par la commission d'évaluation et de contrôle de la médiation. Aux yeux des auteurs du présent rapport, le médiateur de la consommation s'apparente cependant davantage à un conciliateur qu'à un médiateur.

Voici la définition qu'en donne le ministère de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics sur son portail⁶⁷ : « La médiation de la consommation désigne un processus de règlement extrajudiciaire des litiges, par lequel un consommateur et un professionnel tentent de parvenir à un accord pour résoudre à l'amiable un litige qui les oppose, avec l'aide d'un tiers, le médiateur. À défaut d'accord amiable entre les parties, le médiateur leur propose une solution pour régler le litige. Il s'agit donc d'une alternative à l'action judiciaire souvent longue et coûteuse. Le consommateur garde néanmoins la possibilité de saisir le juge si la médiation n'aboutit pas ».

66. V. Règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 ; Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 ; Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 ; Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

67. <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso>

■ Médiation familiale

- ▶ « La médiation familiale est un temps d'écoute, d'échanges et de négociation qui permet de prendre en compte de manière très concrète les besoins de chacun (enfants, tiers, grands-parents, parents, héritiers, etc.). Elle a pour finalité d'apaiser le conflit et de préserver les relations au sein de la famille. C'est un processus structuré et confidentiel de résolution amiable des différends familiaux qui a pour but de parvenir à une solution mutuellement acceptable »⁶⁸.
- ▶ Processus par lequel un tiers impartial, le médiateur familial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision s'efforce, dans le domaine familial, d'aider les personnes concernées (la famille dans toute sa diversité) à préserver, reconstruire ou organiser entre elles des relations apaisées. Dans le droit de la famille la médiation est un préalable obligatoire avant toute saisine du juge. La médiation familiale est apparue en 2002 dans le cadre de la loi sur l'exercice de l'autorité parentale et en 2004 en matière de divorce. Un diplôme d'État de médiateur familial a été créé en 2003⁶⁹.

■ Médiation judiciaire

- ▶ La médiation judiciaire est prévue par l'article 131-1 du Code de procédure civile en ces termes : « 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 ».

Là encore, d'autres définitions, doctrinales ou jurisprudentielles, apportent un éclairage différent ou des précisions utiles.

- ▶ La médiation judiciaire est un « mode conventionnel de règlement des litiges intervenant dans le cadre d'une instance judiciaire, par lequel le juge, saisi d'un litige et après avoir recueilli le consentement des parties, désigne un tiers chargé, sous son contrôle et contre rémunération, de confronter leurs points de vue respectifs et de les aider à trouver une solution au litige qui les oppose »⁷⁰.
- ▶ « La médiation judiciaire consiste à confier à un tiers impartial, qualifié et sans pouvoir de décision sur le fond, "le médiateur", la mission d'entendre les parties en conflit et de confronter leurs points de vue au cours d'entretiens, contradictoires ou non, afin

68. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F34355>

69. Décret n° 2003-1166 du 2 décembre 2003, portant création d'un diplôme d'État de médiateur familial.

70. Définition de J. Joly-Hurard, vice-présidente placée auprès du premier président de la Cour d'appel de Versailles, auditrice du premier grade à la Cour de cassation, in « Conciliation et médiation judiciaires », Thèse soutenue en 2002 sous la direction de Serge Guinchard – Paris 2.

de les aider à rétablir une communication et à trouver elles-mêmes des accords mutuellement acceptables »⁷¹.

■ **Modes alternatifs de règlement de différends (MARD)**: acronyme pour Modes alternatifs de règlement des différends (équivalents : MARL pour Litiges ou MARC pour Conflits). La notion de mode alternatif de règlement des différends est une notion générique qui, dans son acception actuelle, recouvre différents modes ayant en commun de permettre aux parties de tenter, avec ou sans l'aide d'un tiers, de rechercher conjointement une solution amiable et conventionnelle en confrontant leurs points de vue et leurs prétentions respectifs. Elle désigne l'ensemble des modes de règlement amiable des différends en tant qu'alternative au procès judiciaire ou arbitral. Il s'agit essentiellement de la conciliation et de la médiation.

■ **Procédure participative**: procédure qui consiste en la conclusion d'un contrat entre les parties en conflit par lequel celles-ci s'engagent à œuvrer conjointe et de bonne foi⁷² entre elles à la résolution amiable de leur différend. L'assistance d'un avocat est obligatoire. Les délais de prescription sont légalement suspendus pendant toute la durée de la procédure.

■ **Transaction**: accord par lequel les parties mettent un terme à un différend en acceptant, dans le cadre d'un contrat, de consentir des concessions réciproques (article 2044 du Code civil). L'accord ainsi intervenu est revêtu de l'autorité de la chose transigée⁷³.

71. Définition de la Cour de cassation et du GEMME, *BICC Hors-série : La médiation*, disponible sur : https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/mediation_8925.html.

72. Article 2062 du Code civil.

73. Article 2052 du Code civil : « La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet ».

3

LISTE DES TEXTES FONDAMENTAUX SUR LA MÉDIATION

	MÉDIATION	CONCILIATION
TEXTES	Conventionnelle : art. 1532-1535 CPC Judiciaire : art. 131-1 à 131-15 CPC	Art. 127 à 130 CPC
DÉFINITION	Processus structuré 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 choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence	Processus structuré 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 choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence
CARACTÈRE OBLIGATOIRE	NON Sauf : ■ médiation familiale à titre expérimental devant 11 TGI pour demander le changement de l'autorité parentale ou de l'obligation à contribuer à l'entretien des enfants	NON Sauf : ■ en matière sociale devant le CPH ou en matière de divorce
	Exception figurant à l'article 2 du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : sauf lorsqu'une demande est relative à un conflit de voisinage ou tend au paiement d'une somme d'argent n'excédant pas un montant à définir par un décret en Conseil d'État. À peine d'irrecevabilité pouvant être relevée d'office, la saisine du tribunal de grande instance doit être précédée d'une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative. Le texte prévoit cependant des exceptions.	

CONDITIONS	JUDICIAIRE : Durée de 3 mois renouvelable une fois	JUDICIAIRE : Durée de 3 mois renouvelable une fois Recourir à un conciliateur de justice (statut D. 20 mars 1978)
PRISE EN CHARGE PAR L'AIDE JURIDIQUE	OUI	OUI
EFFETS SUR LES DÉLAIS	Conventionnelle : Suspension du délai de prescription (article 2238 C. civ.) Judiciaire : interruption des délais pour déposer les conclusions ou faire appel incident si prononcée par le juge (article 910-2 CPC) Aucun effet sur le délai de péremption	Extrajudiciaire : Suspension du délai de prescription (article 2238 C. civ.) Aucun effet sur le délai de péremption
DEMANDE D'HOMOLOGATION DE L'ACCORD AMIABLE	Ensemble des parties ou Une partie avec l'accord exprès des autres (article 1534 CPC)	Ensemble des parties ou Une partie avec l'accord exprès des autres (article 1541 CPC)

4

ÉTAT DES LIEUX SUR LA FORMATION À LA MÉDIATION

Les formations sont très variées tant dans les programmes que dans les volumes horaires. Certaines formations sont diplômantes et d'autres non. Il en résulte sinon une confusion, du moins une importante disparité dans la formation.

Par ailleurs, les modalités d'établissement des médiateurs sur les listes élaborées par cour d'appel sont très floues⁷⁴. Plusieurs affaires ont d'ailleurs été soumises à la Cour de cassation qui s'est prononcée en faveur d'une lecture stricte des conditions posées par les textes⁷⁵.

De même, la tentative du Conseil national des barreaux d'obliger les avocats voulant exercer comme médiateurs à être inscrits auprès du Centre national de médiation des avocats (CNMA) s'est heurtée à une décision négative du Conseil d'État⁷⁶.

■ Pour les magistrats et les personnels des greffes⁷⁷

Les magistrats ne peuvent proposer la médiation que s'ils en connaissent le fonctionnement. Or, cette connaissance par la formation apparaît perfectible. En formation initiale, les magistrats n'y sont sensibilisés que depuis 2017. La formation a donc le mérite d'exister, mais pourrait être renforcée. La formation continue existe de plus longue date, mais se heurte à une difficulté liée à l'opportunité pour les magistrats d'y assister, faute de temps.

■ Pour les avocats

L'enseignement en droit dans la plupart des universités repose sur la culture du contentieux et les MARD y tiennent une place réduite

74. V. Décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel. Sur ce point, v. également P. Bertrand, « La liste des médiateurs dans chaque cour d'appel, nouvelle exigence de la loi J21 », *Gaz. Pal.*, 14 février 2017, n° 7, p. 17 ; B. Gorchs-Gelzer, « Regard critique sur le décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste de médiateurs auprès de la cour d'appel », *D. et proc.* 2017, 246 ; F. Vert, « Premières listes de médiateurs dans les cours d'appel : un dispositif légal perfectible », *Dalloz actualité*, 29 octobre 2018.

75. Quatre arrêts : Cass. Civ. 2^e, 27 septembre 2018, pourvoi n° 18-60.116, inédit ; Cass. Civ. 2^e, 27 septembre 2018, pourvoi n° 18-60.091, à paraître ; Cass. Civ. 2^e, 27 septembre 2018, pourvoi n° 18-60.132, à paraître ; Cass. Civ. 2^e, 27 septembre 2018, pourvoi n° 18-60.115, inédit.

76. Conseil d'État ; N° 411373. Mentionné aux tables du recueil Lebon

77. Ministère de la Justice, op. cit. : proposition 4.3.1.3 Intégrer les mard dans les programmes de formation des magistrats et personnels de greffe.

alors qu'ils devraient figurer dans les programmes et être enseignés en tant que partie intégrante de la procédure civile. La réforme du CRFPA est allée en ce sens en intégrant à la procédure civile les modes alternatifs de résolution des litiges⁷⁸. Cette avancée doit aller encore plus loin, notamment en intégrant des cours de négociation.

Dans les écoles des barreaux, ils sont souvent absents des programmes de formation initiale⁷⁹. En formation continue, l'offre est plus diversifiée et les barreaux proposent des modules de formation pour les avocats en exercice qui ne sont malheureusement pas obligatoires. Le barreau de Paris a certes créé en 2013 l'EIMA, l'École internationale de la médiation et de l'arbitrage. Malgré tout cette formation continue n'est pas obligatoire.

■ Pour les notaires

Il n'existe pas de module spécifique sur la médiation ni, plus largement, sur les modes amiables de résolution des différends dans le cadre de la formation initiale des notaires. En revanche, des formations à la médiation proposées par des instituts privés peuvent être validées au titre de la formation continue par le Conseil supérieur du notariat. Il convient de noter cependant que ni l'ADSN ni l'INAFON, principaux organismes de formation des notaires, ne proposent de telles formations. Les centres de médiation des notaires (17 au total sur le territoire national) peuvent proposer une formation, mais il n'y a pas au niveau national de coordination pour que tous les notaires soient formés. Il n'existe qu'une sensibilisation qui devrait se renforcer.

■ Pour les entreprises

Dans les écoles de commerce et d'ingénieurs, la médiation est encore peu présente dans les modules de formation initiale, même si certaines ont choisi de l'intégrer dans les programmes, elle reste optionnelle⁸⁰, alors même que ce sont les futurs managers et opérationnels qui seront aux commandes des entreprises demain. S'ils ne sont pas sensibilisés à ce processus, la culture du contentieux ne changera pas.

Les syndicats professionnels comme le MEDEF, la CGPME, les fédérations, les organisations au service des entreprises (réseaux, clubs, etc.) ne semblent pas davantage très impliqués à faire connaître la médiation à leurs adhérents.

78. Article 5 de l'arrêté du 17 octobre 2016 fixant le programme et les modalités de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats.

79. À noter toutefois l'HEDAC qui intègre un module de médiation obligatoire en formation initiale. L'EFB assure quant à elle une très brève formation d'initiation à la médiation et offre la possibilité d'une formation complémentaire payante.

80. Liste non exhaustive : ESSEC, EM Lyon, Skema, Toulouse Business School, EM Normandie, HEC et EDHEC en partenariat avec le CMAP, Centrale Paris en partenariat avec le CMAP.

La médiation n'est pas encore un processus très connu des responsables de formation dans les entreprises. Aujourd'hui, il revient aux professionnels de prendre l'initiative de s'intéresser à la médiation et de rechercher une offre de formation. Par ailleurs, lorsque les juristes sont, dans les entreprises, convaincus des bienfaits de la médiation, il existe des programmes *ad hoc* de formation interne à l'entreprise pour les besoins des décideurs.

Pourtant, les offres de formation sont très nombreuses tant par les universités (sous forme de DU ou de master II)⁸¹, que par des organismes de formation privés en formation continue. En revanche, les centres d'enseignement et les organisations représentatives des acteurs de la médiation sont peu investis sur la nécessité de les former à la médiation. Il revient donc aux professionnels de se saisir de la question et de se former.

81. Liste non exhaustive : Paris II, Paris Nanterre, Lyon 2, Institut catholique de Paris, La Rochelle, Toulouse 1 Capitole, Tours, Paris 3 Sorbonne Nouvelle, Nice Sophia Antipolis, Lille, Clermont-Ferrand, Paris Descartes, Montpellier, Luxembourg, etc.

5

EXEMPLE DE CONVENTION DE MÉDIATION DE LA FÉDÉRATION NATIONALE DES CENTRES DE MÉDIATION (FNCM)

■ 3 – Confidentialité

Les Parties souscrivent au fait que la médiation est un processus totalement confidentiel, ce qui a les conséquences suivantes :

- ▶ « Le Médiateur » ainsi que tous les participants qui pourront être associés au processus de médiation doivent préserver la confidentialité de l'ensemble du processus ainsi que de tout renseignement divulgué au cours de celui-ci ;
- ▶ La confidentialité couvre tous les documents et échanges dont « Le Médiateur » a connaissance, y compris en dehors des séances plénières et séparées, et ce dès les échanges et correspondances préparatoires à la présente convention ;
- ▶ Une des Parties ne pourra à aucun moment exiger du « Médiateur » qu'il l'informe des propos échangés avec l'autre Partie pendant la médiation, à moins d'avoir été mandaté expressément par « Les Parties » ou par la « Partie » concernée par ces propos ;
- ▶ « Les Parties s'engagent à ne pas demander au « Médiateur » à venir témoigner devant un tribunal ou dans toute autre procédure.

6

CHARTE DU MÉDIATEUR (CMAP)

CHARTE DU MÉDIATEUR 2019

1

INDÉPENDANCE, NEUTRALITÉ ET IMPARTIALITÉ DU MÉDIATEUR

Le médiateur doit être indépendant, neutre et impartial à l'égard des parties. Le cas échéant, il doit leur faire connaître, ainsi qu'au Secrétaire général du CMAP, les circonstances qui, aux yeux des parties, seraient de nature à affecter son indépendance et/ou son impartialité. Il ne peut alors être confirmé ou maintenu dans sa mission qu'après décision de la Commission de médiation et avec l'accord écrit de toutes les parties.

Le médiateur désigné par la Commission, signe une déclaration d'indépendance.

Si au cours du processus de médiation, le médiateur constate l'existence d'un élément de nature à mettre en cause son indépendance et/ou son impartialité, il en informe les parties. Sur accord écrit de celles-ci, il poursuit sa mission. Dans le cas contraire, il suspend la médiation. La Commission de médiation procède alors au remplacement du médiateur.

2

LA MISSION DU MÉDIATEUR

L'article 7 du règlement de médiation précise que « le médiateur aide les parties à rechercher une solution négociée à leur différend. Dans la loyauté et le souci du respect des intérêts de chacune des parties, il est maître des modalités d'exécution de sa mission. S'il l'estime utile, il peut entendre les parties séparément ».

Le médiateur n'est investi d'aucune autorité autre que celle résultant de la confiance que les parties lui témoignent.

Il n'est ni juge, ni arbitre, mais recherche, avec les parties, une solution négociée par le rapprochement de leurs points de vue.

Le médiateur s'engage à respecter le règlement du CMAP, notamment en ce qui concerne les délais.

Le médiateur s'engage à sonner au CMAP les feuilles de présence (avec l'ensemble des coordonnées des participants aux réunions de médiation) ainsi que la feuille de validation des honoraires.

3

LE MÉDIATEUR ET LES PARTIES

Pour organiser sa mission, le médiateur prend contact avec les parties dans les meilleurs délais à compter de son acceptation de mission.

Il recueille l'accord des parties sur la possibilité pour lui, s'il l'estime opportun, de s'entretenir séparément avec chacune d'elles. Dans cette hypothèse, il s'engage à respecter un équilibre entre les parties.

Le médiateur analyse avec chaque partie sa position dans le litige et s'assure de la parfaite compréhension par chacune d'elles de la position de l'autre.

A cette fin, il peut suggérer des pistes de réflexion, mais, en aucun cas, le médiateur ne doit chercher à imposer une solution, en particulier à une partie manifestement en situation de faiblesse. Il tient compte,

dans sa démarche, de l'équité mais aussi de l'attente des parties au regard des conventions conclues.

En cas de succès de sa mission, le médiateur invite les parties à formaliser leur accord par écrit. Il ne signe pas ce document auquel il n'est pas lui-même partie. Toutefois, à la demande des parties, il peut apposer sa signature pour attester la matérialité de l'accord. Il fait alors précéder sa signature de la mention « en présence de M. X, médiateur désigné par le CMAP ».

4

LE SECRET ET LA CONFIDENTIALITÉ

Le médiateur est tenu au secret dans le cadre du litige qui lui a été soumis, qu'il s'agisse de l'existence ou de tout autre aspect de la médiation.

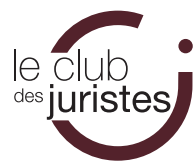
Le secret est général, absolu et illimité dans le temps. Le médiateur ne peut en être relevé que dans les conditions prévues par la loi.

5

FIN DE LA MISSION DU MÉDIATEUR

Le médiateur s'interdit d'entretenir des relations d'intérêt professionnel avec l'une ou l'autre des parties pendant l'année qui suit l'achèvement de sa mission.

Une fois l'accord signé ou l'échec constaté, la mission du médiateur s'achève. À partir de cette date, le médiateur ne peut intervenir à quelque titre que ce soit relativement au litige ou à sa résolution, sauf à la demande de toutes les parties et après en avoir informé le Secrétariat Général du CMAP.





4, rue de la Planche 75007 Paris
Tél. : 01 53 63 40 04

www.leclubdesjuristes.com

RETROUVEZ-NOUS SUR

