

# Lettre des médiations

édition électronique en langue française

Numéro 4 - novembre 2017

## SOMMAIRE

### MEDIATION INTERENTREPRISES DANS LE MONDE FRANCOPHONE

**Editorial** par Françoise HOUSTY page 1

#### Articles

- Etat des lieux de la médiation interentreprises en France  
Sophie HENRY page 3
- Etat des lieux de la médiation interentreprises en Belgique  
Patrick VAN LEYNSEELE page 8
- Etat des lieux de la médiation interentreprises au Maroc  
Sylvain ALASSAIRE page 11
- Etat des lieux de la médiation interentreprises au Québec  
Louis MARQUIS page 17
- Etat des lieux de la médiation interentreprises en Suisse  
Jean GAY page 21

#### Point de vue

- Au-delà de la Médiation et de l'Arbitrage;  
Le Comité de Règlement des Différends,  
Un mode spécialement adapté aux besoins des acteurs de la  
construction  
Par Me Serge PISAPIA page 26
- Principe et résolutions des conflits interentreprises  
Sédjro A. L. HOUNTOHOTEGBE page 30
- La confidentialité :  
Principe directeur du processus de médiation en entreprise  
Laurent IZAC page 37

#### Témoignages

- Gilbert COUSTEAUX : Un magistrat raconte...  
Christiane WICKY page 45

#### Portrait

- Métamorphose et Hybridation:  
La vie singulière de Jean MIRIMANOFF  
Jean-Louis RIVAUX page 49

**Notes bibliographiques** page 52

**Informations** page 53

## Editorial

La « Lettre des Médiations » N°4 portant sur la Médiation interentreprises ne déroge ni à la forme ni à l'esprit de la revue électronique en abordant cette médiation comme ancrée dans le socle des principes et des valeurs qui sédimentent la communauté des médiateurs. Elle s'inscrit de plain pied dans la francophonie en un plaidoyer pour la diversité des visions et des pratiques de la médiation interentreprises dans les différents pays contributeurs (*France, Belgique, Suisse, Luxembourg, Maroc, Québec*). Au-delà de la langue, ce partage témoigne d'une communauté soucieuse de contribuer au déploiement de la médiation dans les pays francophones et de l'implication des médiateurs (contributeurs) œuvrant sans relâche.

L'originalité de ce volume tient non en un *bis repetita placent* en ce que la médiation commerciale *lato sensu* est présentée comme rapide, peu coûteuse et performante, mais bien plus dans la volonté d'ouvrir à d'autres axes de réflexion portant sur les ressorts psychologiques de la coopération, les facettes de la confidentialité et la créativité installant (ou inventant) un continuum médiationnel invitant à l'hybridation des Modes Amiables de Résolution des Différends.

Troublantes parfois, les réflexions ne pouvant s'absoudre du pragmatisme de la vie des Affaires, l'approche en est cependant dynamique. C'est bien en cela tout l'intérêt de la Lettre des Médiations que de pousser les lignes d'un concept pour plonger dans la complexité de la médiation interentreprises et enrichir une forme de médiation et des façons de faire en médiation qui, *in fine*, demeurent peu connues.

La Médiation interentreprises est un mode de résolution des différends qui impliquent principalement les acteurs des mondes industriel et marchand dans la recherche d'une solution négociée et mutuellement satisfaisante. Elle vise principalement les conflits rencontrés avec les partenaires commerciaux, financiers et entre associés. Elle se distingue dès lors de la médiation intra-entreprise qui s'intéresse à la relation de travail ( et qui fera l'objet de la LDM N°5) et de la médiation dite institutionnelle qui a pour fonction de réguler les litiges nés entre grandes entreprises (ou administrations entendues comme des organisations)

et qui en France notamment à donner naissance à la Médiation des Entreprises sous l'égide du Ministère de l'Économie et des Finances. C'est aussi pourquoi nous n'aborderons pas la médiation de projet qui malgré ses avancées dans la vie des entreprises, œuvre principalement en l'absence de conflit par une médiation préventive, si ce n'est anticipative.

Inspirée et séduisante la Médiation interentreprises, comme en témoignent les différents apports de nos amis francophones, peinent malgré tout à se développer et, quand il existe, ce développement se construit à des rythmes propres à une culture, une politique et/ou une visée économique.

Même balbutiante la médiation interentreprises a cependant le mérite, et la tâche ardue, de bousculer les codes normatifs et les routines sociologiques du traitement traditionnel des litiges en entreprise qui reste traditionnellement appuyés au Droit. Cela semble couler de source, la nécessité de la sécurité de la vie de l'entreprise passe et ce quel qu'en soit le lieu, par un verrouillage des dispositifs contractuels n'offrant aucune prise à l'imprévu.

Ce monde des juristes tant judiciaire que conventionnel est porteur de cette volonté comme le démontrent ici les personnages de nos portraits et l'expression des différents points de vue et témoignages. Au-delà il sera demain encore partie prenante au développement de la médiation interentreprises et de l'instauration de son « caractère réflexe » dès lors qu'il en aura saisi le sens et la finalité ouvrant alors à des pratiques plurielles, innovantes et collaboratives.

La médiation interentreprises doit en effet s'inscrire pleinement dans la transversalité des disciplines à la croisée des chemins de la discipline juridique et des sciences organisationnelles et humaines.

En conclusion nous pouvons exprimer notre idée que l'entreprise est à l'image d'une Société, diverse, multiple, colorée. C'est donc dans son aptitude à créer du mieux que l'Entreprise et la médiation interentreprises peuvent participer au bien commun. Cet angle de vue invite à voir dans l'Entreprise sa dimension politique et finalement à poser en son sein la question de la démocratie ferment de la médiation. Nous espérons à l'appui des propos de Michel Serres que ce numéro de la LDM œuvrera à penser autrement notre Monde en plein changement et surtout la transmission de l'information et du savoir en insufflant modestement la réflexion que ce qui importe est de comprendre sur ce que nous ferons ensemble de cette information et de ce savoir. Pensons l'impensable en pratiques plurielles et en pluralisme normatif

Nous avons donc avancé avec les différents contributeurs – qu'il en soit chaleureusement remerciés - à l'aune de la citation de Philippe Le Tourneau :

*« L'entreprise est une communauté et, à côté de la famille, une des cellules de base de notre société, un de ses indispensables corps intermédiaires. Comme telle, elle est un espace de liberté, de créativité, d'accomplissement de soi, de fraternité. »*

Françoise HOUSTY  
Médiateur - Médiateur de Justice  
Chargée d'Enseignement Université de Toulouse Capitole 1  
Chargée de la Pratique de la Médiation DU Médiation civile et  
Commerciale UTC1  
Directrice pédagogique du DEMF Institut Saint-Simon de Toulouse  
Déléguée régional ANM  
Président fondateur du Centre Méridional des Médiateurs DACCORD

Coordonatrice du numéro

[Notes bibliographiques](#)

[Retour sommaire](#)



Médiation interentreprises  
Nouvelles missions pour booster l'innovation

# MEDIATION INTERENTREPRISES DANS LE MONDE FRANCOPHONE

## Panorama de la médiation Interentreprises en France

Par Sophie HENRY  
CMAP

Concurrence déloyale, inexécution contractuelle, rupture brutale, conflit entre associés... Autant d'exemples de litiges qu'une entreprise peut être amenée à connaître au cours de son existence.

La longueur et le coût des procédures, l'aléa et le carcan d'une décision de justice obligent les entreprises à repenser leur politique de gestion des conflits,

Leurs contraintes économiques favorisent progressivement les modes amiables de règlement.

Elles optent de plus en plus pour la médiation, dans une perspective d'efficacité, d'optimisation des coûts et délais et de maîtrise de leur image.

Dans une étude réalisée en 2016 par le CMAP (Centre de Médiation et d'Arbitrage Paris) en partenariat avec Squaremic et Baro Alto, il apparaît que 90% des entreprises interrogées ont eu recours à la médiation au moins une fois sur les douze derniers mois et 77% d'entre elles jugent ce mode de résolution efficace.

### Un outil efficace pour les entreprises :

Il est vrai que les arguments abondent :

- Le coût : en moyenne 2.500€ par partie par médiation (avantage considérable pour les entreprises capables de mieux anticiper leur budget).
- La rapidité du processus : si en première instance un contentieux interentreprises met environ deux ans pour aboutir, en médiation une moyenne de 15 heures suffit pour trouver une solution. Ce gain de temps s'inscrit parfaitement dans l'accélération des échanges et la nécessaire réactivité du monde des affaires.
- La stricte confidentialité, indispensable entre acteurs économiques.
- La prise en compte de l'aspect psychologique : derrière l'entreprise, il y a toujours un dirigeant, la dimension émotionnelle ne doit donc pas être négligée

dès lors que la majeure partie des conflits nait d'une absence de communication.

- La créativité de la solution : les parties sont totalement maîtresses de la solution, ouvrant la voie à des possibilités d'accord originales et en tout cas optimales à leurs intérêts.
- La pérennisation des relations contractuelles : la médiation tend à préserver ou à renouer les relations commerciales (contrairement à un contentieux judiciaire où il y a nécessairement un gagnant et un perdant).
- La suspension des délais de prescription, la possibilité de faire homologuer l'accord par le juge judiciaire etc...

Ainsi, en 2016 au CMAP, 350 dossiers de médiation se sont ouverts (soit 15% d'augmentation par rapport à 2015) et 70% ont abouti à un accord (le taux de réussite passe à 82% dans le cadre des médiations conventionnelles).

Ce taux témoigne de l'intérêt d'abandonner la culture de l'affrontement par les acteurs économiques, au profit du compromis.

Si les avantages de la médiation pour les entreprises sont certains, force est de constater que sa mise en pratique n'est pas encore très développée, en comparaison avec le contentieux judiciaire. La médiation commerciale est un processus qui a été importé des pays anglo-saxons. Aux Etats Unis, en Angleterre ou au Canada, le juge renvoie le plus souvent les parties à trouver une solution amiable avant de trancher un litige. La question du coût du contentieux, extrêmement élevé dans ces pays incite aussi très fortement les parties dans cette voie.

Les Français, peut-être par leur culture latine, ont le goût du contentieux et aiment à aller devant le juge pour gagner, pour démontrer à leur adversaire qu'ils ont raison et qu'il doit « payer » dans tous les sens du terme.

Les magistrats et les avocats qui ont déjà une pratique professionnelle depuis au moins 10 à 20 ans et qui sont les principaux

prescripteurs de la médiation n'ont pas, durant leurs études de droit, été sensibilisés à la médiation. Ils ont été formés dans le culte du contentieux et de la décision de justice. Il est donc très difficile de les faire évoluer vers une culture des procédures alternatives.

Avant de s'interroger sur les perspectives de cette voie de résolution, nous ferons un bref rappel sur l'histoire, somme toute très récente de la médiation dans la législation

8 février 1995 : la médiation judiciaire est insérée dans le Code de procédure civile.

21 mai 2008 : directive 2008/52CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

21 mai 2013 : règlement UE du Parlement Européen et du Conseil relatif aux litiges de consommation.

11 mars 2015 : l'article 127 du Code de procédure civile prévoit que les parties doivent justifier d'une tentative de règlement amiable avant de saisir une instance judiciaire.

6 août 2015 : « loi Macron », qui prévoit que les litiges liés à l'exécution du contrat de travail pourront faire l'objet d'une médiation conventionnelle ;

20 août 2015 et 30 octobre 2015 : ordonnance et décret prévoient que toutes les entreprises se doivent, à compter de l'année 2016, de proposer aux consommateurs le recours à une médiation préalable à tout contentieux.

26 janvier 2016 : ouverture de la médiation collective.

18 novembre 2016 : création de liste de médiateurs dans le ressort de chaque cour d'appel, le recours à la médiation en matière administrative, l'obligation de justifier d'une tentative amiable avant toute saisine du tribunal d'instance sous peine d'irrecevabilité. L'obligation pour le médiateur de justifier d'une formation.

Pour mémoire, Il existe deux catégories de médiations :

**Les médiations conventionnelles** décidées par les parties en dehors de tout contentieux judiciaire. Les médiations conventionnelles peuvent être soit confiées soit directement à un médiateur personne physique, c'est la médiation *ad hoc*, soit à une institution de médiation, c'est la médiation institutionnelle. Pour évaluer le nombre de médiations conventionnelles, les chiffres manquent mais les (rares) enquêtes menées auprès des entreprises françaises confirment que le recours à la médiation reste aujourd'hui très limité (*source enquête AFJE CMAP*).

**Les médiations judiciaires** ordonnées par le juge dans le cadre d'une procédure judiciaire. Il n'existe pas au Ministère de la justice de recensement au niveau national du nombre de médiations ordonnées dans les tribunaux (*source : les chiffres clé de la justice 2016*). Certaines Cour d'appel comme celles de Paris, Grenoble, Pau ou Toulouse font connaître leurs activités de manière individuelle, et le nombre de médiations ne dépasse pas une centaine par an (*source : les annonces de la Seine n°21 5 mai 2014*).

Qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle, la pratique de la médiation reste encore très faible par rapport au contentieux judiciaire. Le CMAP est le seul centre en France à publier

ses statistiques, soit une moyenne de 350 dossiers par an. Il existe une cinquantaine de centres de médiation en France, mais ils ne publient pas de chiffres, on peut en déduire que le nombre de dossiers traités par an doit être peu élevé. Même si on opte pour une estimation optimiste du nombre de dossiers traités, ils ne doivent pas dépassés au niveau national 2000 à 3000 dossiers. On est donc très loin du contentieux judiciaire qui se chiffre à plusieurs centaines de milliers d'affaires.

Le juge dispose de surcroît d'un autre dispositif très semblable à celui de la médiation c'est la conciliation judiciaire. La loi prévoit qu'il « *entre dans la mission du juge de concilier les parties* » (*article 21 Code Procédure Civile*). La conciliation a la même vocation que la médiation puisqu'elle a pour objectif d'aider les parties à trouver une solution amiable. Le juge concilie lui-même les parties ou délègue son pouvoir à un conciliateur de justice (dont la liste est fixée par le président de la Cour d'appel). La médiation et la conciliation sont donc deux notions très voisines mais dont les conditions de mise en œuvre sont différentes :

- La conciliation est gratuite, la médiation est payante.
- La conciliation se déroule dans l'enceinte du tribunal, la médiation est conduite à l'extérieur du tribunal (ce qui écarte toute intimidation des parties du cadre judiciaire).
- Le médiateur est choisi par les parties, le conciliateur est imposé par le juge.
- La confidentialité est renforcée en médiation

La procédure de conciliation était jusqu'à ces dernières années très peu utilisée par les juges et par les conciliateurs délégués en matière commerciale. Un décret du 1er octobre 2010 a étendu aux tribunaux de commerce la possibilité de déléguer la mission de concilier du juge à un "conciliateur de justice". Au regard de ce texte, la conférence générale des tribunaux de commerce, qui représente l'ensemble des tribunaux de commerce en France a décidé de mettre à l'honneur la conciliation judiciaire en faisant valoir que les juges consulaires, juges bénévoles, avaient vocation à offrir aux entreprises un service gratuit de résolution des litiges par la voie de la conciliation.

L'État est globalement favorable à la mise en place de processus de modes alternatifs, facteurs de paix sociale.

## Le ministère de l'économie et des finances

Il a ainsi mis en place des dispositifs spécifiques pour la médiation commerciale :

## La Médiation du crédit aux entreprises :

Elle a été instaurée en 2008, au moment de la crise financière, pour aider les entreprises lorsqu'elles rencontrent des difficultés de financement ou d'assurance-crédit. Toutes les entreprises ont la faculté de saisir le médiateur qui aura pour mission d'analyser la situation financière de l'entreprise et intervenir auprès des établissements financiers pour évaluer les solutions de financement. Les médiateurs sont les directeurs de la Banque de France répartis sur tout le réseau national. Leur intervention est gratuite pour les entreprises et les établissements financiers. Ce service est très efficace et très prisé des entreprises. Plus de 40 000 entreprises ont saisi le médiateur du crédit depuis 2008 (*source : rapport du médiateur du crédit 2016*).

## La médiation des entreprises :

A la suite des États Généraux de l'Industrie qui ont mis en relief, en début 2010, le déséquilibre entre donneurs d'ordres et sous-traitants, une médiation des relations interentreprises industrielles et de la sous-traitance a été instituée par le Ministère de l'économie et des finances. Toutes les entreprises qui rencontrent des difficultés contractuelles ou relationnelles avec un partenaire commercial, et ce quel que soit leur taille ou leur secteur d'activité peuvent solliciter le médiateur. Ce médiateur a été rebaptisé le médiateur des entreprises en 2016 et a également pour mission la médiation des marchés publics. Il existe une quinzaine de médiateurs nationaux, anciens juges au tribunal de commerce ou anciens cadres d'entreprises ayant occupé des postes à responsabilité dans différents secteurs du paysage économique qui interviennent à titre bénévole et une trentaine de délégués régionaux, fonctionnaires recrutés au sein des Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE). La médiation des entreprises a traité près de 1000 dossiers en 2016 avec un taux de succès annoncé de 80 % (*source rapport du médiateur des entreprises 2016*).

Une charte des relations interentreprises a été créée et compte plus de 1500 entreprises signataires qui s'engagent à respecter 10 obligations de fournisseurs responsables. Ces entreprises signataires s'engagent également à instaurer au sein de leur organisation un médiateur interne. Il a pour mission d'assurer le lien entre le fournisseur et l'interlocuteur achat interne de l'entreprise en

cas de conflit. Il peut être saisi par le fournisseur ou par l'acheteur.

## Le ministère de la justice :

Préalablement à la loi J 21 il avait publié un rapport « la justice du 21<sup>e</sup> siècle valorisant la médiation judiciaire comme un outil de régulation du contentieux (*point 7*) ». Ce rapport a confirmé que le marché de la médiation est peu structuré. Il préconise d'initier une politique publique nationale qui pourrait être animée par un conseil national de la conciliation et de la médiation. « *Afin de recenser puis simplifier l'existant, de définir le statut et la place des médiateurs et des conciliateurs et de déterminer le financement des modes de règlement des conflits* ». Il préconise une meilleure formation des magistrats aux mécanismes de conciliation et de médiation et une modification du Code de procédure civile avec un pouvoir d'injonction du juge de recourir à la médiation et conciliation. La loi n'a repris que certaines des préconisations. La volonté politique du ministère de la justice apparaît jusqu'à présent très limitée pour promouvoir la médiation. Il n'y a toujours pas de statistiques faites au niveau national pour recenser l'activité judiciaire de médiation et les magistrats ne sont pas incités à développer la médiation judiciaire par leur hiérarchie. Sous l'impulsion du nouveau gouvernement de M. Edouard Philippe, la Chancellerie semble de nouveau sensibilisée au développement des MARD.

## Les centres de médiation en France :

La FNCM (Fédération Nationale des Centres de Médiation) recense plus d'une cinquantaine de centres de médiation adhérents sur l'ensemble du territoire français qui pratiquent la médiation commerciale.

Certains ont été créés sous l'impulsion des Barreaux (Toulouse, Nice, Rouen ...) d'autres avec l'appui des Chambres de Commerces et d'Industries régionales (Bordeaux, Grenoble, Montpellier ...) à l'instar du CMAP, premier centre créé par la CCI de Paris en 1995. Les acteurs économiques et judiciaires sont souvent impliqués dans le fonctionnement de ces centres. Outre les CCI et les Barreaux, les experts comptables, les notaires, les Tribunaux, les fédérations professionnelles participent à l'activité de ces centres.

Enfin des initiatives privées sont également répertoriées,

## Les formations à la médiation interentreprises :

Des centres et des associations proposent des formations dans le but d'acquérir la maîtrise du processus et de devenir médiateur.

On peut citer, sans être exhaustif et par ordre chronologique :

- Le DU de Médiation Civile et Commerciale de l'Université de Toulouse 1 Capitole (UTC)
- La FNCM : Fédération Nationale des Centres de Médiation
- L'IFOMENE : Institut de Formation à la Médiation et à la Négociation
- Le CMAP organise dans le même ordre des sessions en partenariat avec des grandes écoles (EDHEC, Centrale Paris ...) et des Universités de droit dont Versailles, Saint Quentin, Bordeaux, Aix-Marseille et a créé un diplôme universitaire avec l'Université Bretagne-Sud. Sa certification de médiateur interentreprises, en partenariat avec l'ESCP Europe, est également particulièrement reconnue.

De nombreuses Universités proposent désormais des formations à la médiation dans le cadre de Masters spécialisés.

## Une mobilisation des professions juridiques :

Les professions juridiques évoluent et intègrent la médiation dans leur formation et leurs pratiques.

Les avocats prévoient en formation initiale et continue des modules sur la médiation. Le Barreau de Paris est allé jusqu'à créer une Ecole des modes alternatifs l'IEMA. Le Centre National des Barreaux (CNB) a mis en place une plateforme, le Centre national des médiateurs avocats (CNMA) qui recense tous les avocats médiateurs, justifiant d'une formation et d'une expérience de la pratique de la médiation.

Les notaires ont également créé un site internet recensant tous les centres de médiation du notariat et se sont organisés pour former sur tout le territoire les notaires désireux de pratiquer la médiation.

Les huissiers de justice ont mis en place une plateforme intitulée Medicycs qui propose la résolution des litiges via la médiation.

Les magistrats se sensibilisent à la pratique de la médiation via des séances de sensibilisation et de formation continue proposées par l'ENM. Des référents médiation sont désignés dans le cadre des ressorts des Cours d'appel pour définir les conditions de mise en place de la médiation judiciaire dans les tribunaux (établissement d'une liste de médiateurs, création de permanences d'information à la médiation)

Les juges consulaires, via la Conférence générale des Tribunaux de commerce sont également sensibilisés à la pratique de la médiation mais privilégient le recours à la conciliation judiciaire.

Si il n'est pas toujours facile de faire changer les pratiques professionnelles des praticiens du droit, déjà en activité depuis longtemps, la nouvelle génération des juristes qui va être amenée à exercer et accompagner les entreprises dans la résolution de leurs conflits sera davantage informée de l'existence et du fonctionnement de la médiation et devrait favoriser une évolution des mentalités.

## Perspectives et développement :

Plus de 20 ans après ses premiers développements, la médiation interentreprises est aujourd'hui, plus que jamais, un outil incontournable pour les entreprises dans leur panel de gestion des conflits.

Les dernières évolutions législatives contribuent à son expansion, notamment en matière de consommation.

L'essor de la médiation implique une certaine démocratisation, qu'il convient de veiller à encadrer pour garantir la qualité du processus.

Avec la loi du 18 novembre 2016, le médiateur est désormais tenu de justifier d'une formation et les textes tendent à ce qu'il soit à long terme obligatoirement référencé sur une liste auprès des tribunaux.

Il est certain que la fonction de médiateur s'organise dans une optique de professionnalisation.

Si tout le monde s'accorde sur un tel encadrement, il doit cependant être redouté que la médiation devienne figée dans une réglementation étatique, au risque de la voir se dénaturer et perdre en spontanéité.

Le médiateur doit rester un vecteur, un facilitateur et non un sachant professionnel.

La Plateforme de la médiation française créée à l'initiative de l'Association Nationale des Médiateurs (ANM) et de sa présidente Gabrielle PLANES, à laquelle le CMAP appartient avec plusieurs associations dont la Fédération Nationale des Centres de Médiations, réfléchit dans le cadre d'une démarche à long terme pour être force de proposition vis-à-vis des pouvoirs publics.

Sans être limitatives, la culture de la concertation pourrait être favorisée avec les pistes de réflexion suivantes :

- Création d'un Conseil national de la médiation composée des acteurs de la

médiation destiné à analyser les pratiques au niveau national

- Mise en place d'un outil statistique d'évaluation du marché de la médiation,
- Institutionnalisation d'un service de médiation dans les juridictions
- Incitation des juges par la reconnaissance de la médiation dans le bilan de leurs performances,
- Sensibilisation obligatoire des prescripteurs de la médiation,
- Avantages fiscaux pour les entreprises qui trouvent un accord par la médiation
- Mise en place d'une campagne nationale pour faire connaître la médiation via les médias.

## Baromètre du CMAP <sup>1</sup>

Il ressort des dernières statistiques publiées que les problématiques liées à l'inexécution contractuelle, la rupture abusive et la concurrence représentent la majorité des dossiers (42%).

1 Créé en 1995 par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris le Centre est aujourd'hui un des leaders en France et l'un des principaux centres européens de gestion et de résolution des conflits commerciaux présidé par le Président de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, Monsieur Didier Kling. En 2015, l'AFJE (Association Française des Juristes d'Entreprises) et l'ACE (Avocats Conseils en Entreprises) ont rejoint le CMAP en devenant membres de son conseil d'administration et contribuent ainsi à la promotion de la médiation interentreprises. Il compte près de 130 médiateurs sont référencés en son sein. Ils doivent annuellement justifier du suivi d'une formation continue qui conditionne leur référencement.

23% concernent les litiges relatifs au droit des sociétés (conflits entre associés, garantie d'actif et de passif, fusion acquisition).

En dehors des litiges intra-entreprises (qui représentent 21% des dossiers), le centre traite également de questions de propriété industrielle ou de liquidation du patrimoine.

Les domaines sont très variés puisque 21% des dossiers concernent le secteur de l'immobilier, 16% celui de l'industrie et de l'énergie, 15% celui de la distribution et de la franchise, 10% la finance...

En outre les dossiers à forts enjeux financiers sont en augmentation (plus de 25% des dossiers ouverts en 2016 portent sur des différends supérieurs à 1M€), preuve de la confiance accordée par les entreprises à ce mode de résolution des conflits.

A chaque cas d'espèce, le centre est en mesure de répondre à la problématique en s'appuyant sur un panel de médiateurs dotés d'une expérience forte dans leur domaine d'activité. Au CMAP, les origines des médiateurs sont très diverses : juristes (avocats, professeurs de droit, anciens magistrats), acteurs du monde de l'entreprise (anciens directeurs de grands groupes, experts techniques et financiers reconnus...), ils ont tous au minimum dix ans d'expérience et une spécificité qui enrichit leur profil.

### La Médiation interentreprises par le Médiateur des Entreprises

chiffres – 2015/2016 – Sources site Ministère de l'Économie et des Finances :

**Alors qu'il ne traitait que 100 dossiers par an à sa création, le Médiateur des entreprises (précédemment Médiateur interentreprises) reçoit désormais près de 1000 saisines par an, dont 35% concernent le secteur public. Dans 75% des cas, les médiations aboutissent à un succès.**

#### QUI SAISIT LA MÉDIATION ?

TPE : 43 % des saisines  
 PME : 45 %  
 ETI : 6 %  
 Grandes entreprises: 1 %  
 Médiations collectives: 4 %  
 Secteur public et apparenté : 1 %

#### SECTEURS D'ACTIVITÉ (sur la base des saisines)

Commerce : 12 %  
 Construction/BTP : 7 %  
 Industrie : 15 %  
 Services: 31 %  
 Secteur public et apparenté : 35 %

Par ailleurs, la Charte Relations Fournisseur Responsables (RFR), qui valorise un ensemble de bonnes pratiques, compte aujourd'hui 1700 signataires, tandis que le Label RFR a été attribué à 37 organisations ayant fait la preuve de relations durables et équilibrées avec leurs fournisseurs.

Son action s'attache enfin à valoriser l'innovation, de la protection de la propriété intellectuelle, en partenariat avec l'INPI, au soutien de l'achat public innovant, en passant par le référencement des acteurs de conseil en CIR-CII, un dispositif qui a fait ses preuves, un an après sa création.

Source : « Renforcer la confiance entre les acteurs économiques » - Ministère de l'Économie et des Finances. Rapport 2015/2016 - www.le-mediateur-des-entreprise.fr

[Notes bibliographiques](#)

[Retour sommaire](#)

# La médiation interentreprises en Belgique

Par Patrick VAN LEYNSEELE

Avocat, arbitre et médiateur

## Le contexte « culturel » :

Belgique, terre de compromis, et par là, de médiation ? On pourrait le penser connaissant l'expression « compromis à la belge », perçue à la fois comme un bienfait - une solution est trouvée - et comme une nuisance - les solutions « manquent de corps » ou deviennent trop complexes à force de vouloir satisfaire les ambitions de tout le monde.

Ce qui est certain, c'est que l'esprit de compromis fait partie de la culture belge. Cela s'explique notamment par des raisons historiques, géographiques et culturelles: les Belges, qui occupent un territoire « carrefour » en Europe, ont toujours dû composer avec les puissances étrangères qui les entourent ou qui les avaient englobés, en tout ou en partie, au fil de l'histoire. Trouver des solutions avec son puissant voisin ou occupant était une nécessité vitale.

Le sens du compromis est aussi inscrit, depuis des décennies, dans un modèle de concertation sociale qui fonctionne assez bien : mise au point d'accords et de contrats de travail collectifs par le biais de toute une structure de commissions de concertation et de comités paritaires employeurs/employés ; conciliateurs sociaux nommés au sein du ministère de l'emploi pour aider à régler les conflits collectifs de travail, etc.

Il existe aussi depuis longtemps des systèmes de conciliation, d'ombudsman ou de médiations sous des formes diverses en matière de litiges avec les entités publiques ou ressortissant du domaine de la consommation.

S'ajoute à cela que la Belgique est la terre de rencontre par excellence entre les cultures germanique et latine, ce qui confronte le peuple belge à ses propres différences et contradictions et qui explique que pour les Belges, souvent plurilingues, le compromis est un mode de vie, pour ne pas dire un art de vivre (quoiqu'en pensent les partisans d'une partition du pays...)

Dans de nombreux cas le recours à des médiateurs plurilingues constitue un facteur important pour le déroulement harmonieux des médiations : lorsque, comme souvent, les parties ne parlent pas la même langue et ont l'anglais pour langue commune, il est particulièrement efficace d'avoir recours à un médiateur qui maîtrise à la fois la langue de chacune des parties et l'anglais afin de débusquer, d'éviter ou de résoudre les erreurs de communication et les malentendus. Pour

cette raison, et en raison de l'image d'une certaine neutralité que revêt la Belgique, il est fréquent de voir des médiations se dérouler à Bruxelles avec un médiateur belge, entre entreprises de pays différents autres que la Belgique : par exemple, un médiateur belge parlant le français et le néerlandais sera perçu comme acceptable pour des entreprises françaises et néerlandaises qui communiquent entre elles en anglais.

Enfin, si la Belgique peut s'enorgueillir d'avoir un système judiciaire réellement neutre et indépendant, celui-ci ne brille malheureusement pas par sa rapidité. En Belgique, la justice n'est pas chère, mais elle est désespérément lente, car surchargée et ne disposant pas de suffisamment de moyens (humains et matériels) ! Une enquête de la commission européenne révèle que la Belgique figure en deuxième place pour ce qui est du nombre de dossiers par 100 habitants introduits devant les tribunaux (ce qui laisse rêveur quant à cette réputation de « compromis à la belge... ! ) mais s'explique sans doute en partie par le fait que le recours à la justice est trop souvent vu comme un moyen dilatoire efficace et bon marché par ceux qui ne veulent pas faire preuve de volonté de régler leurs différends.

Tous ces facteurs devraient, sans nul doute, contribuer à faire de la Belgique une terre de prédilection pour le développement de la médiation, notamment interentreprise.

Dans la pratique, c'est à la fois vrai, et pas vrai !

## Le développement de la médiation commerciale :

Aujourd'hui, ce développement est réel, sans toutefois qu'il ne puisse être caractérisé de franc succès. La Belgique s'y est prise tôt et continue à déployer des efforts pour favoriser la résolution amiable des conflits.

Les premiers développements significatifs datent de 1998. Les deux ordres d'avocats de Bruxelles (l'un francophone, l'autre flamand) ainsi que la chambre de commerce de Bruxelles décident alors de créer un centre de médiation dénommé le « Brussels Business Mediation Center » (nom qui illustre déjà le sens du compromis puisque le nom n'est ni français ni flamand... !). Ce centre a pour vocation de servir de centre (de référence et d'organisation) de médiations, de former des médiateurs et de faire connaître et promouvoir

la médiation au sein des entreprises. Ce centre, re-nommé depuis « bMediation » (qui se prononce à l'anglaise), est aujourd'hui la référence principale en Belgique en matière de médiation commerciale.

En 2000 des « convaincus » (dont l'auteur des présentes lignes) rédigent une proposition de loi destinée à offrir un cadre réglementaire la médiation. Le projet traînera trois ans au parlement.

En 2001, une loi sur la médiation familiale est votée.

En 2004 le ministère de la justice reprend le projet de 2000. Cela débouchera sur une loi du 21 février 2005 mettant la médiation dans le code judiciaire (notre code de procédure civile). Cette loi servira notamment de modèle lors des travaux qui ont débouchés sur la directive européenne de 2008 (si bien que la Belgique ne devra pas adapter sa législation pour la mettre en conformité avec la directive). Le but du législateur de 2005 était de fournir un cadre ayant pour buts essentiels de :

- « rassurer » les juges en leur confirmant qu'ils ne se rendent pas coupables de déni de justice en invitant les parties à avoir recours à la médiation plutôt que de poursuivre le procès;
- donner force de loi à la confidentialité de la médiation et de prévoir le secret professionnel du médiateur ;
- permettre des « ponts » entre les procédures judiciaires et la médiation ;
- homologuer les accords conclus au terme d'une médiation, permettant que ceux-ci soient revêtus de la formule exécutoire, avec même valeur qu'un jugement, même si les médiations s'étaient déroulées en dehors de tout contexte judiciaire ;
- prévoir certains points « techniques » pour favoriser le recours à la médiation.

La loi, et la conscience de son existence et des bienfaits de la médiation qui graduellement s'est développée au sein de la magistrature, ont petit à petit « boosté » la médiation. Parallèlement à cela, d'autres instances se sont rendu compte de l'utilité de promouvoir ce mode de règlement des conflits, parmi lesquelles le CEPANI, connu depuis l'après-guerre comme « le » centre d'arbitrage belge en matière commerciale.

La deuxième décennie de ce siècle voit toutes sortes d'initiatives prises par les tribunaux, ou par les magistrats individuellement. Les tribunaux de commerce de Bruxelles, Liège, Namur, Gand et d'autres ont chacun développé des programmes destinés à encourager les entreprises à recourir à la médiation avant de poursuivre les procès entamés. Diverses formes de permanences de médiateurs en marge des audiences ont été mises sur pied pour informer les justiciables et les avocats; les magistrats ordonnent la comparution personnelle des

parties pour leur parler de médiation et se montrent, de manière générale et à des degrés divers, de plus en plus « interventionnistes » pour inciter les parties à tenter de régler les affaires à l'amiable lorsqu'ils considèrent que les caractéristiques du litige le justifient.

Enfin, différents tribunaux ont organisé des formations de magistrats destinées à encadrer et à encourager leurs efforts pour renvoyer les parties en médiation.

À ce stade, la loi prévoit que les magistrats peuvent « ordonner » la médiation mais qu'ils ne peuvent le faire qu'avec l'accord des parties. Rien de très contraignant donc... Il n'empêche que ce pouvoir, associé à l'autorité naturelle du magistrat (à qui les parties ont souvent du mal de dire « non » lorsqu'il « suggère » la médiation), porte ses fruits.

Un amendement de la loi, qui sera bientôt introduit pendant devant les instances parlementaires, devrait leur donner le pouvoir d'ordonner une médiation sans même devoir recueillir l'accord des parties : on peut forcer un âne d'aller à la rivière, en espérant qu'il y boive...

« Technique » controversée, certes, mais les statistiques qui existent dans les pays où cette pratique est en vigueur démontrent que, même lorsque les parties n'ont pas volontairement opté pour la médiation, le fait de se retrouver en présence d'un médiateur permet, dans 60 % des cas, d'aboutir à une solution. La mesure « coercitive » que la nouvelle loi permettra, si elle est appliquée intelligemment, devrait générer ce genre de résultat. C'est en tout cas le pari que fait le ministre de la justice, partisan convaincu des modes amiables de résolution des conflits. Les plus sceptiques n'y voient qu'un risque supplémentaire d'allongement de la durée des procédures et d'augmentation du coût du règlement des litiges.

Dire que la médiation commerciale est dorénavant un succès en Belgique serait prendre ses désirs pour des réalités. La pratique démontre que ce mode de résolution des conflits est encore trop peu utilisé. Il n'existe malheureusement pas de chiffres officiels ni fiables en la matière : pas de statistiques des médiations « ordonnées » par les tribunaux (le ministre parle de 5000, toutes matières confondues), pas de statistiques émanant d'autres autorités et aucun chiffre fiable des médiations qui se mettent en place dans un cadre purement conventionnel (et, par nature confidentiel, donc en dehors des « radars »).

Comme c'est le cas dans d'autres pays, il existe encore en Belgique un fossé entre, d'une part, le soutien en les encouragements

émanant des autorités et des institutions et, d'autre part, l'utilisation qui est faite de la médiation par les entreprises. La méthode est de plus en plus comprise par les décideurs – en tous cas sa non-connaissance tend fortement à disparaître – mais l'on constate encore une certaine « frilosité » à y avoir recours. En raison, sans doute, d'un état d'esprit décrit par une (mauvaise) traduction d'une expression flamande : « On n'aime pas ce qu'on ne connaît pas ».

Pourtant, les praticiens constatent déjà l'existence de « repeat players », tant entreprises qu'avocats et autres conseils : ceux qui en ont fait l'expérience y reviennent généralement.

## Quelques caractéristiques de la médiation (commerciale) :

### Types de médiation – agrément :

La loi belge se montre particulièrement favorable à la médiation. Elle distingue la médiation dite « volontaire » et la médiation « judiciaire ». La première s'entend de la médiation qui se fait en dehors de toute idée de procès déjà en cours. Dans le nouveau projet de loi, elle sera renommée « médiation extrajudiciaire ». La seconde est celle qui a lieu lorsqu'elle est « ordonnée » par un juge. Toutes deux ont lieu avec l'assistance d'un médiateur, qui n'est pas un magistrat mais un tiers neutre et indépendant, choisi par les parties et/ou désigné par le tribunal et rémunéré par les parties (ou dans le régime de l'assistance judiciaire).

Caractéristique de la loi belge est le fait que l'accord auquel les parties aboutissent aux termes de la médiation peut être entériné par un tribunal et ce, que la médiation soit « volontaire » ou « judiciaire ». Il faut, et il suffit, que deux conditions soient remplies (dont la première pourrait même disparaître avec la nouvelle loi) : (i) que les parties et le médiateur aient signé un « protocole de médiation », lequel doit contenir quelques indications, destinées notamment au juge de s'assurer que les parties ont compris la portée des engagements qu'elles prenaient en entamant une médiation<sup>1</sup>; et (ii) que le médiateur ait été un médiateur « agréé ».

La loi belge a organisé dès 2005 un système d'agrément par une « Commission Fédérale de Médiation ». Cette entité est

organisée au sein du ministère de la justice et est composée exclusivement de professionnels de la médiation. Sa tâche consiste à agréer les centres de formation des médiateurs et leurs programmes d'enseignement et, ensuite, les médiateurs eux-mêmes. Le but du législateur était de garantir des médiations de qualité, justifiant ainsi l'homologation des accords de médiation par les tribunaux sans pouvoirs de ceux-ci de remettre leur contenu en question, sauf contrariété à l'ordre public.

Ceci dit, la médiation ne devant pas être un mode de règlement des conflits empreint de formalisme et de réglementation, la médiation sous d'autres formes, notamment celles menées par des médiateurs non agréés, reste possible. Les accords sur lesquels elle débouche ne pourront toutefois pas être homologués, sauf si un procès était déjà en cours, auquel cas il peut alors y être mis fin par un simple jugement d'accord.

Dans la loi en préparation, il semblerait même que le recours à un médiateur agréé ne soit plus exigé pour les conflits interentreprises.

### « Modèle » de médiation :

La loi ne prévoit aucun mécanisme ou formes de médiation contraignante. Typiquement, le modèle utilisé par les médiateurs est celui de la médiation dite « facilitative ». Dans la pratique, toutefois, l'on s'aperçoit de plus en plus que les médiateurs, lorsque les parties le leur demandent, acceptent de s'écarter de ce modèle de totale neutralité et de réserve et qu'ils acceptent, lorsque cela s'avère nécessaire, d'orienter les parties par des avis, suggestions ou formules qu'ils estiment propices à la recherche d'une solution. Cette évolution se constate tout particulièrement en matière de litiges commerciaux.

Dans ceux-ci, la plupart du temps les parties sont assistées par leurs avocats qui, de manière générale, comprennent bien leur rôle de conseillers et se montrent efficaces pour aider leurs clients à résoudre les problèmes (plutôt que d'en créer !). La plupart des médiateurs commerciaux – souvent eux-mêmes avocats – insistent pour que les parties soient assistées, et pas seulement représentées, par leur conseil. L'interaction entre le médiateur et les conseils, toujours en présence des représentants des entreprises, permet bien souvent des avancées dans l'analyse des forces et

De plus en plus, des magistrats songent à « pénaliser » les parties qui se sont opposées à des tentatives de règlement amiable par le biais de condamnation au paiement des frais de justice

<sup>1</sup> . Ce protocole fixe notamment le mode de rémunération du médiateur (typiquement : un tarif horaire ou à la demi-journée)

faiblesses des dossiers et dans les propositions réciproques.

### Mécanismes particuliers :

La loi belge contient quelques dispositions « techniques » qui sont de nature à favoriser le recours à la médiation :

- lorsqu'un procès est entamé dans le cadre d'un différend portant sur un contrat qui contient une clause de médiation avant que la médiation ait eu lieu, le juge suspendra le procès si le défendeur le demande. C'est une forme « d'exécution forcée » d'une clause de médiation ;
- une simple lettre recommandée contenant une proposition de médiation pour résoudre un problème peut suspendre le cours de la prescription. Cette disposition permet d'éviter que des procès ne soient entamés seulement parce que le délai de prescription approche ;
- cette lettre est, en outre, considérée comme une mise en demeure qui fait courir les intérêts. Cela permet d'éviter les termes comminatoires, requis pour générer les effets d'une lettre de mise en demeure, mais qu'il vaut mieux éviter lorsqu'une tentative de recherche d'un règlement amiable est proposée ;
- la signature par les parties d'un protocole de médiation suspend le délai de prescription pendant le déroulement de celle-ci, jusqu'à un mois après qu'il ait été mis fin au processus ;
- l'homologation des accords conclus au terme d'une médiation est de nature à rassurer le créancier qui, en vertu de l'accord, a accepté un plan de paiement échelonné de la part de son débiteur. Il disposera ainsi d'un titre exécutoire lui permettant de mettre en œuvre immédiatement les mesures coercitives prévues pour une exécution forcée du jugement. L'homologation s'obtient en huit jours, sur requête unilatérale.

### L'avenir ?

L'accord du gouvernement en place (le « programme politique » élaboré lors de sa constitution en 2015) prévoit de favoriser le recours aux modes amiables de résolution des conflits. Le « plan de justice » élaboré par le ministre au début de son mandat le confirme. Le projet de loi évoqué ci-dessus en constitue l'un des éléments de concrétisation.

Si les pouvoirs accrus qui seront ainsi donnés aux magistrats sont utilisés intelligemment (et si les avocats n'opposent pas trop de résistance à sa mise en œuvre comme c'est encore malheureusement trop souvent le cas...) il y a tout lieu de penser que la médiation prendra un nouvel essor. De plus en plus, des magistrats songent à « pénaliser » les parties qui se sont opposées à des tentatives de règlement amiable par le biais de condamnation au paiement des frais de justice engendrés par le procès, s'ils estiment que celui-ci aurait raisonnablement pu être évité. Une certaine jurisprudence dans ce sens existe, même si elle est encore relativement « timide ».

Parallèlement à ces initiatives législatives et judiciaires, l'on constate dans le monde des entreprises une connaissance et compréhension accrue des mécanismes de résolution amiable des conflits et, en particulier, de la valeur ajoutée qu'un tiers neutre et indépendant peut apporter. De nombreuses fédérations d'entreprises et autres instances ont déjà mis ou songent à mettre en place diverses formes de médiation et/ou de conciliation, souvent sous le vocable « médiation » créant par-là malheureusement une certaine confusion terminologique. Tout cela témoigne, toutefois, d'une volonté du monde des entreprises de ne plus voir le recours judiciaire comme la seule solution pour mettre un terme aux conflits.

Les instances belges, et particulièrement la région de Bruxelles Capitale, veulent développer l'image de Bruxelles comme lieu de référence pour la résolution des conflits internationaux, mettant en avant les atouts dont le pays dispose : caractère central, image de neutralité, sérieux de ses professionnels, multilinguisme, homologation des accords, etc.

Un long fleuve tranquille dont le débit augmente...

[Retour sommaire](#)

## La médiation interentreprises au Maroc

Par Sylvain ALASSAIRE  
Médiateur CME / CMAP

Avant de présenter la dynamique de la médiation dans le secteur de l'entreprise au Maroc, et plus particulièrement la médiation interentreprises, nous soulignerons tout

d'abord la place de la médiation dans la sphère des rapports avec l'administration.

Lors des contentieux liés aux rapports conflictuels entre l'administration et ses usagers, les dynasties régnantes ont toujours

cherché à les régler au travers d'une institution indépendante<sup>1</sup>. Après avoir succédé à son père, Hassan II, le Roi Mohamed VI, dans une nouvelle vision de protection des droits de l'homme, a souhaité réformer et moderniser cette institution ; en 2001 avec l'institution de « Diwan al Madhalim » à laquelle succédera l'institution du Médiateur du Royaume en 2011. Depuis, le Médiateur du Royaume a été élevé au rang d'institution constitutionnelle dans la nouvelle Constitution de 2011. Le Conseil du gouvernement a adopté le 18 mai dernier un projet de loi portant réforme de l'Institution du Médiateur du Royaume prévoyant de renforcer la médiation institutionnelle. Cette évolution constante du statut de cet Ombudsman traduit, au-delà de son champ d'action, la place qui est donnée à la médiation au Maroc. Malgré cela, la médiation souffrait de l'absence d'un socle juridique général, gage de sa consécration<sup>2</sup>.

## Consécration de la médiation conventionnelle :

C'est en 2007 avec la promulgation de la loi n° 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du Code de procédure civile relatif à l'arbitrage que la médiation intégra le droit positif, lui conférant enfin la reconnaissance attendue<sup>3</sup>. Profitant de la nécessité de réformer l'arbitrage, le législateur a introduit une nouvelle section relative à la médiation conventionnelle. Cette réforme s'inscrit dans le cadre plus large de réforme du droit des affaires au Maroc. Sans procéder à une analyse approfondie des dispositions de la loi n° 08-05, il convient de relever les dispositions suivantes.

On notera tout d'abord que le législateur marocain ne définit pas la médiation. L'article 327-55 du code de procédure civile (« CPC ») énonce seulement que : « *Afin de prévenir ou régler un différend, les parties peuvent convenir de la désignation d'un médiateur chargé de faciliter la conclusion d'une transaction mettant fin au différend* ». Cet article a cependant le mérite de mettre en relief les trois critères fondamentaux de la médiation, à savoir le caractère volontaire du processus, l'intervention d'un tiers médiateur et la conclusion d'un accord (sous la forme d'une transaction) afin de mettre un terme au différend.

S'agissant du moment de la médiation, celle-ci peut être non seulement engagée dès les premières manifestations d'un différend mais également pour trouver une solution à un différend existant. Il est également possible de conclure un compromis de médiation au cours d'une instance judiciaire, le CPC restant silencieux sur le rôle du juge dans l'initiative d'un processus de médiation<sup>4</sup>. Soulignons que le CPC permet au juge saisi d'un litige sur un point où les parties ont prévu de recourir à la médiation, de déclarer irrecevable la demande judiciaire jusqu'à épuisement de la procédure de médiation. Cependant, il ne peut pas déclarer d'office l'irrecevabilité de la demande. En effet, il appartient à l'autre partie de faire valoir cette irrecevabilité.

Concernant le médiateur, il peut être une personne physique ou morale. Il doit accepter la mission qui lui est confiée par les parties et ne peut y renoncer que si ces dernières en sont d'accord, ou lorsque la durée est expirée, ou à la demande du juge en cas d'irrecevabilité de la procédure de médiation. Par ailleurs, le CPC ne prévoit aucune condition (diplôme, compétences, casier judiciaire,...) ni qualité (indépendance, neutralité, impartialité) pour être médiateur. Il est toutefois soumis au secret professionnel dans les conditions prévues par le code pénal. Le législateur a défini la mission du médiateur à sa plus simple expression, à savoir faciliter la conclusion d'une transaction pour mettre fin au différend. Ainsi définie, la mission peut s'entendre au sens large et conduire certains médiateurs à se comporter comme des conciliateurs ou des aviseurs, et ainsi ne pas favoriser la recherche d'une solution par les parties elles-mêmes. Le déroulement du processus de médiation est laissé à l'initiative du médiateur.

Quant à la durée de la médiation, celle-ci est fixée par les parties sans excéder trois mois à compter de la désignation du médiateur, ce délai pouvant être prolongé par les parties. Afin de faciliter le recours à la médiation, le législateur a prévu que les constatations du médiateur et les propos qu'il recueille ne soient évoqués ultérieurement devant un juge sauf si les parties en sont d'accord. De même, ils ne peuvent être utilisés dans une autre instance.

En cas de succès de la médiation, l'accord des parties prend la forme d'une transaction, définie comme un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation moyennant la renonciation de chacune d'elles à une partie de ses prétentions réciproques. La

1 <http://www.mediateur.ma/index.php/tr/decouvrir-l-institution/aperçu-sur-les-origines-de-l-institution>

2 La médiation est également présente au Maroc dans la sphère des conflits familiaux. Une étude réalisée en janvier 2007 sur le nouveau code de la famille met en relief la place de la médiation familiale ou des voisins comme mode de règlement utilisé pour résoudre les conflits conjugaux.

3 Dahir n° 1-07-169 du 30 novembre 2007 portant promulgation de la loi n° 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du Code de procédure civile, BORM n° 5584 du 6 janvier 2007 (version française).

4 Alors qu'il était prévu d'instaurer la médiation judiciaire à l'occasion du projet de réforme de la justice, elle n'a pas vu le jour et aucun indice ne laisse croire à l'instauration de la médiation judiciaire dans un avenir proche.

transaction est régie par le dahir des obligations et des contrats du 12 août 1913, l'équivalent du code civil français. La loi n° 08-05 ajoute que la transaction a, entre les parties, la force de la chose jugée. A défaut d'exécution, la transaction pourra être assortie de la mention d'exequatur par le juge afin d'en permettre son exécution forcée.

C'est au médiateur qu'il appartient de rédiger le projet de transaction qu'il soumettra ensuite aux parties. Après validation du projet, la transaction est signée par le médiateur et les parties. Compte tenu des effets de la transaction et de la responsabilité attachée à sa rédaction, on peut être surpris du choix du législateur d'en confier la rédaction au médiateur, qui n'a pas forcément les compétences requises pour rédiger un tel acte. A défaut de solution pour mettre fin à un litige, le médiateur devra délivrer aux parties un document de non transaction signé par ses soins.

Enfin, ne peuvent faire l'objet d'une médiation les différends exclus du champ d'application de la transaction, à savoir ceux portant sur les questions d'état (capacité, successions, testament...), l'ordre public, les droits personnels qui ne font pas objet de commerce et sur ce qui ne peut être l'objet d'un contrat commutatif entre musulmans.

Ceci dit, quels sont les impacts de la loi dans la sphère économique ?

## La médiation dans la vie des entreprises :

L'inscription de la médiation conventionnelle dans le droit positif a largement contribué à sa promotion dans plusieurs domaines.

### Domaines bancaires

Bank Al Maghrib<sup>5</sup> et le Groupement Professionnel des Banques du Maroc ont mis en place un processus de médiation en 2009 afin d'améliorer les relations entre les établissements de crédit et leurs clients (particuliers et entreprises). Afin de répondre à certaines critiques relatives, notamment au manque d'indépendance du médiateur bancaire, une nouvelle instance dénommée Centre Marocain de Médiation Bancaire (« CMMB »)<sup>6</sup> a été créée en 2013 sous la forme d'une association. Sa gouvernance repose sur un conseil d'administration, dont le Président est le Wali de Bank Al Maghrib, un comité de direction et le médiateur du CMMB. Le CMMB a pour mission le règlement à

l'amiable des différends entre les banques, les sociétés de financement et les associations de microcrédit (« établissements ») et leur clientèle à travers deux dispositifs de médiation, l'un institutionnel et l'autre conventionnel.

Le dispositif de médiation institutionnelle concerne les différends dont le montant en jeu ne dépasse pas un million de dirhams. Le recours est volontaire et gratuit. Le traitement des différends est assuré par le Médiateur du CMMB. Après examen, le Médiateur propose une solution aux parties. En cas d'accord des parties sur la solution proposée, le Médiateur rédige un accord transactionnel qui sera signé par les parties. En cas de refus de la solution proposée par l'une des parties, un procès-verbal constatant le désaccord sera établi par le Médiateur et remis aux parties.

La solution proposée par le Médiateur s'imposera toutefois aux établissements lorsque le montant en jeu ne dépasse pas les sommes suivantes :

- 200.000 dirhams pour les banques ;
- 100.000 dirhams pour les sociétés de financement ;
- 50.000 dirhams pour les sociétés de crédit à la consommation ;
- 5.000 dirhams pour les associations de microcrédit.
- Sont éligibles à ce dispositif, les différends ayant trait notamment :
  - aux comptes à vue, comptes à terme et comptes d'épargne ;
  - aux moyens de paiement ;
  - aux conditions de remboursement des concours financiers ;
  - à la délivrance de documents à la clientèle (mainlevée, tableau d'amortissement, attestation d'encours...);
  - au recouvrement des créances dans le cas où le non-paiement est dû à un cas de licenciement ou à une situation sociale imprévue, conformément aux dispositions de l'article 111 de la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur ;
  - aux difficultés de règlement, par les toutes petites et moyennes entreprises, des créances bancaires.

Sont toutefois exclues du champ de la médiation les questions inhérentes au recouvrement des créances des établissements.

Les différends dont l'enjeu est supérieur à un million de dirhams sont, quant à eux, soumis au dispositif conventionnel du CMMB, régi par les dispositions de la loi n° 08-05. Le recours est volontaire et à titre payant selon un barème fixé par le CMMB. Pour le traitement des demandes de médiation, le CMMB peut recourir à un médiateur externe.

Le secteur bancaire n'est pas le seul secteur ayant institué le recours à une médiation institutionnelle. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, la Fédération Marocaine des Sociétés

<sup>5</sup> La banque centrale marocaine.

<sup>6</sup> <http://cmmb.ma>.

d'Assurances et Réassurance (FMSAR) et la Direction des Assurances et de la Prévoyance Sociale du Ministère de l'Economie et des Finances ont également mis en place une structure avec les compagnies d'assurances en cas de litiges opposant leurs clients à une compagnie membre de la FMSAR. Le Médiateur des assurances a pour mission le traitement à l'amiable des litiges nés d'un contrat d'assurance ou d'assistance, dont le montant doit être de 5.000 dirhams au moins. Le recours au Médiateur des assurances est volontaire et gratuit.

Cependant, la charte de la médiation limite la médiation pour l'instant aux particuliers. Il importe quand même de relever ces principales modalités.

Après instruction du dossier, le Médiateur fait part aux parties de sa proposition de résolution du litige, et en cas de refus de la proposition, le Médiateur clôturera le dossier. Lorsque le montant du litige ne dépasse pas 50.000 dirhams, la proposition du Médiateur s'imposera à la compagnie d'assurances concernée. Si les litiges ne dépassant pas 5.000 dirhams et ceux opposant les entreprises à leur compagnie d'assurances sont exclus du bénéfice du processus de médiation, il toutefois possible aux parties de recourir à la médiation conventionnelle.

Ces médiations ont en commun d'avoir été créées à l'initiative des autorités de tutelle et des institutions représentant les professions, l'une dans le cadre d'une association et l'autre sous la forme d'une charte, et les médiateurs jouissent d'une très longue expérience dans leur secteur. Ils sont tenus à des exigences éthiques. S'inscrivant dans le processus habituel de la médiation institutionnelle, les deux médiateurs émettent des avis que les parties peuvent refuser. Toutefois, ils s'imposeront aux établissements et aux compagnies d'assurances lorsque les conditions de montant sont remplies.

### **Secteur public économique et entreprises publiques**

Adoptée une année avant l'adoption de la loi n° 08-05, la loi n° 54-05 relative à la gestion déléguée des services publics dispose que le contrat de gestion déléguée peut prévoir le recours à l'arbitrage en cas de survenance de litiges entre les parties contractantes. S'agissant des litiges entre le délégataire d'un service public et les usagers, le contrat de gestion déléguée doit prévoir une procédure de conciliation préalablement à tout recours arbitral ou judiciaire.

Il est intéressant de noter que la Cour des Comptes dans son rapport de 2014 sur la gestion déléguée des services publics locaux

souligne la nécessité de créer un organe indépendant auquel il pourrait être confié « le pouvoir de règlement non juridictionnel des litiges nés à l'occasion de la passation, de l'exécution et du contrôle des contrats de gestion déléguée [...] ».

De son côté, la loi n° 86-12 relative aux contrats de partenariat public privé, promulguée en 2014, énonce<sup>7</sup> que : « Le contrat de partenariat public-privé prévoit, pour le règlement des litiges, de recourir à des procédures de conciliation, de médiation conventionnelle, d'arbitrage ou judiciaire ». Le fait que le projet de loi ne mentionnait pas le recours à la médiation conventionnelle et qu'elle se retrouve dans le texte adopté souligne l'image positive que le législateur a de la médiation.

Par ailleurs, l'article 82 du décret n°2-14-394 du 2 juin 2016 approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux, introduit la possibilité de recourir à la médiation et à l'arbitrage en cas de différends entre un maître d'ouvrage et un entrepreneur. S'inscrivant dans cette dynamique, plusieurs entreprises publiques ont créé des fonctions de médiation en charge de la gestion des litiges entre elles et leurs clients ou fournisseurs.

C'est le cas de Lydec, opérateur de services publics, gérant la distribution d'eau et d'électricité, la collecte des eaux usées et pluviales et l'éclairage public dans la Région du Grand Casablanca, qui a mis en place un service de médiation afin d'examiner les réclamations de ses clients. Le rôle du médiateur est de prendre une décision en toute objectivité et de confirmer ou de faire évoluer la proposition initiale formulée par les services de Lydec<sup>8</sup>.

C'est également le cas du Groupe OCP, leader mondial sur le marché des phosphates et de ses dérivés. OCP SA, entreprise publique et maison mère du Groupe, a créé en 2016 le bureau de l'Ombudsman, dont les missions vont bien au-delà du règlement des différends par voie de médiation entre le Groupe OCP et ses parties prenantes<sup>9</sup>. C'est aussi un organe de développement et d'amélioration des bonnes pratiques de gouvernance au sein du Groupe OCP.

D'autres entreprises publiques ont créé en interne des fonctions de médiateur interne ou forment leurs cadres à la médiation interentreprises.

7 Article 27.

8 <https://client.lydec.ma/site/fr/web/guest/mediateur>.

9 <https://www.ombudsman-ocp.org/fr>.

## Domaine contractuel

Le législateur a également favorisé le recours à la médiation dans la sphère des relations contractuelles économiques dans divers secteurs.

Tout d'abord, en matière agricole. La loi n° 04-12 relative à l'agrégation agricole prévoit le recours à la médiation conventionnelle avant la mise en œuvre de toute autre procédure en cas de différend pour l'exécution d'un contrat d'agrégation agricole<sup>10</sup> et ce, dans les conditions prévues par la loi n° 08-05. Toutefois, le législateur a dérogé à la loi n° 08-05. D'une part, en rendant obligatoire le recours à la médiation et en frappant de nullité tout contrat d'agrégation agricole ne contenant pas de clause de médiation et, d'autre part en imposant à la médiation un délai maximal d'un mois. Il est vrai que ce délai peut s'expliquer par l'objet même des contrats d'agrégation agricole. Particularité du dispositif de médiation, dans le cas où le médiateur n'est pas désigné dans le contrat d'agrégation agricole, le litige est alors soumis à un organe de médiation, composé de différents représentants du secteur agricole et des services du département chargé de l'agriculture.

Plus récemment en 2016, le législateur, à l'occasion d'une modification des dispositions du code de commerce introduites en 2011 régissant les délais de paiement entre commerçants, a introduit la possibilité de recourir à la médiation dans le cadre de litiges en la matière. Cette introduction n'apporte pas grand-chose d'un point de vue pratique et juridique dans la mesure où les parties pouvaient déjà librement recourir à la médiation par l'effet même de la loi n° 08-05. Elle a toutefois le mérite d'être alignée sur la finalité même de la réglementation sur les délais de paiement : le paiement des fournisseurs dans des délais courts, et en cas de litige la médiation en est certainement le meilleur garant.

Par ailleurs, le code de commerce contient un article inattendu relatif aux contrats de crédit-bail. Alors que le code de commerce a été promulgué en 1996, période où les modes de règlement à l'amiable des différends n'étaient pas un sujet d'actualité, il énonce que les contrats de crédit-bail doivent prévoir les modalités de règlement à l'amiable des différends pouvant surgir entre les cocontractants. D'autre part, cet article ne concerne que les contrats de crédit-bail alors que d'autres contrats commerciaux sont régis

par le code de commerce et qu'une telle clause aurait également pu être introduite pour eux.

## La place de la médiation dans la vie des entreprises : quel constat ?

Dix ans après la promulgation de la loi n° 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du Code de procédure civile, plusieurs constats s'imposent.

En premier lieu, l'introduction de la médiation conventionnelle dans le droit positif et plus particulièrement au sein du code de procédure civile mais non dans une loi spéciale, met en relief la place de la médiation conventionnelle dans l'ordre juridique marocain et, plus particulièrement, consacre l'articulation entre le mode judiciaire et le mode amiable de règlement des conflits<sup>11</sup>.

En deuxième lieu, la dynamique de la médiation initiée par l'adoption de la loi n° 08-05, véritable matrice de la médiation, s'est amplifiée par l'introduction du recours à la médiation dans plusieurs lois et la création d'instances de médiation institutionnelle. Elle s'est également nourrie de la création de plusieurs centres de médiation ou de l'élargissement de centres d'arbitrage au sein d'organismes fédérant les opérateurs économiques notamment à Casablanca : le Centre de Médiation pour l'Entreprise (CME) créé en 2009 à l'initiative de la Chambre Française de Commerce et d'Industrie du Maroc (CFCIM), le Centre euro-méditerranéen de médiation et d'arbitrage (CEMA), lancé en 2009, devenu Casablanca International Mediation & Arbitration Centre (CIMAC), le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Casablanca, créé à l'initiative de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de Casablanca (CCISC) en 2001. De son côté, la Confédération Générale des Entreprises du Maroc (CGEM) ayant constaté les effets préjudiciables des conflits collectifs du travail, a instauré avec les entreprises et les organisations syndicales un mécanisme conventionnel de médiation sociale afin de résoudre les conflits collectifs<sup>12</sup>.

Malgré ce bouillonnement, force est de constater que la médiation n'a pas encore trouvé totalement sa place chez les entreprises. Dans un entretien mis en ligne sur le site lematin.ma le 12 février 2014, Joumana Cobein, chef du bureau Maghreb de la Société

<sup>10</sup> Contrat conclu entre un agrégateur et des agrégés pour la réalisation d'un projet lié au développement d'un ou plusieurs segments d'une filière végétale et/ou animale, portant sur la production et/ou le conditionnement et/ou l'emballage et/ou le stockage et/ou la transformation et/ou la commercialisation des produits de ladite filière.

<sup>11</sup> Les modes alternatifs de règlement des conflits, Loïc Cadet et Thomas Clay, Connaissance du droit, 1re édition 2016, Dalloz, p.11.

<sup>12</sup> <http://www.cgem.ma/fr/actualite-cgem/la-cgem-promeut-son-dispositif-de-mediation-sociale-1575>.

Financière Internationale précise que selon les chiffres recensés par la SFI auprès de centres de médiation, 2.124 cas de litiges commerciaux ont été soumis à la médiation à juin 2013, dont plus de 80 % ont été résolus. Cela est faible au regard de l'engorgement des tribunaux de commerce et des conflits qui traînent en longueur, envenimant les relations interentreprises.

Les raisons principales en sont certainement un manque d'implication des pouvoirs publics dans la promotion de la médiation, le recours naturel aux tribunaux par les entreprises, la présence ancienne de l'arbitrage au Maroc<sup>13</sup>, une information insuffisante sur les avantages de la médiation, la circonspection des entrepreneurs et de leurs avocats sur le rôle et la capacité du médiateur à les aider à trouver une solution à leurs différends.

Le constat est corroboré en matière de médiation bancaire par les propos du Médiateur bancaire dans le premier rapport d'activité de 2015 du CMMB dans lequel il précise que : « *Depuis le lancement officiel du Centre Marocain de Médiation Bancaire en Juin 2014, la médiation bancaire, en trois semestres d'exercice n'a pas encore atteint sa vitesse de croisière, mais s'est frayée, lentement mais sûrement, son chemin dans le paysage bancaire et financier marocain en tant qu'instrument alternatif de règlement des conflits entre les clientèles physique / morale et les établissements de crédit agréés au Maroc* ». Toujours en matière de médiation bancaire, la revue « *challenge.ma* » souligne dans un article publié le 13 juin 2016 que le concept commence à prendre, mais que le chemin à parcourir pour que le réflexe de médiation pour le règlement des litiges à l'amiable s'installe dans les habitudes, est encore long. Elle relève qu'en deux ans d'activité, le médiateur a reçu 685 dossiers dont 90 % des dossiers dénoués concernent largement les particuliers et les TPME et que le recours des TPME à la médiation progresse, alors que celui des grandes entreprises demeure assez timide.

En matière d'assurance, selon une information postée le 30 mai 2017 sur le site Flm.ma, le Médiateur de l'assurance, a annoncé avoir reçu 94 réclamations en 2016.

En dehors de ces chiffres, il n'existe pas de statistiques fiables dans la mesure où les centres de médiation restent réticents à

communiquer le nombre de cas de médiation qu'ils traitent et que des médiations sont conduites par des médiateurs individuels.

## Comment consacrer la place de la médiation interentreprises au Maroc ?

Actuellement, ce sont les centres de médiation qui mènent ce travail de sensibilisation et de promotion sous la forme de formation à la médiation commerciale ou de conférences. Mais il faut certainement aller plus loin dans ce travail en expliquant plus en détail les méthodes et les outils à disposition des médiateurs pour mener à bien leur mission. Les pouvoirs publics doivent également encourager le recours à ce mode amiable de résolution des conflits et avancer sur la médiation judiciaire. Chaque fois que cela est possible, le législateur doit continuer à introduire le recours à la médiation dans toutes les nouvelles lois intéressant la vie économique, aider en cela par le Conseil Economique, Social et Environnemental (CESE) qui n'hésite pas à encourager le recours aux modes amiables de règlement des conflits. De même, dans un avis rendu en 2014 sur le projet de loi modifiant les dispositions légales applicables à la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA), le CESE a estimé que le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits, à savoir la médiation et l'arbitrage, doit être envisagé, afin d'accélérer le traitement des dossiers. Allant plus loin, il a précisé qu'un accompagnement juridique des acquéreurs devra être mis en place au niveau des centres de médiation et d'arbitrage dans la mesure où les promoteurs disposent de l'expertise juridique nécessaire. Malheureusement la proposition n'a pas été retenue par le législateur, qui a privilégié la voie de l'arbitrage en cas de conflit lié à la conclusion de la vente. Ceci est dommage pour deux raisons ; d'abord les litiges liés à la VEFA sont nombreux et se prêtent parfaitement à leur résolution par voie de médiation, mais surtout parce que le législateur pourrait être taxé d'inconstant dans la promotion de la médiation.

Les entreprises recourront à la médiation si toutes les parties prenantes mènent des actions de sensibilisation et de formation et que l'environnement légal favorise l'introduction de la médiation interentreprises.

[Retour sommaire](#)

# La médiation interentreprises au Québec : Une analyse expérientielle et qualitative

Par Louis MARQUIS

Fondateur de la Chaire PRD de Sherbrooke

## INTRODUCTION

La médiation interentreprises constitue l'un de ces très nombreux sujets d'intérêt qui naissent jour après jour, au Québec en prévention et règlement des différends (PRD). En l'occurrence, deux grands traits permettent de la caractériser dès le départ : il s'agit, sur le plan de la recherche, d'un sujet nouveau et, dans la réalité de tous les jours, d'un secteur d'activités en émergence. Cette jeunesse, à la fois épistémologique et factuelle, explique la méthodologie adoptée en l'occurrence pour dresser le panorama de la médiation interentreprise au Québec.

Cette méthodologie comporte deux dimensions qui s'entrecroisent. La première est d'ordre expérientiel: elle signifie que les matériaux à la base de l'analyse sont concrets et tirés de ce que nous avons vécu sur le terrain à titre de médiateur depuis plus de vingt-cinq ans. La seconde dimension est d'ordre qualitatif : à défaut de pouvoir compter sur des statistiques, des mesures ou des chiffres, l'idée d'apprécier et d'interpréter « l'expérientiel » s'est imposée à nous. Le résultat de cet entrecroisement méthodologique permet de représenter la médiation interentreprise à travers la transformation de la justice civile au Québec. C'est là, à notre avis, le panorama le plus juste et clair que l'on peut faire de la médiation interentreprise dans le contexte québécois.

Appliquée à l'objet de la présente étude, la justice civile comprend les règles et les processus qui permettent de mettre fin aux conflits, aux différends ou aux désaccords, qu'ils soient petits, grands, simples ou complexes, entre des entreprises. En d'autres mots, la justice civile a pour mission d'établir une connectivité entre des droits qui existent, d'une part, et des entreprises qui sont titulaires de ces droits, d'autre part, lorsqu'il y a un problème. Traditionnellement, lorsque cette connectivité était brisée entre des entreprises, le cadre d'intervention consistait en ceci : on faisait appel à un manuel de référence, c'est-à-dire le Code de procédure civile, à un réparateur, qui était le tribunal, et à un mode de réparation, soit un jugement. Or, et c'est là le point central qui ressort de notre analyse, il y a une transformation de ce cadre traditionnel dont le catalyseur est la nécessité, pour les entreprises québécoises, d'avoir accès à une justice de qualité. Et à l'intérieur de ce train en

marche, la médiation occupe une place de choix. Plus particulièrement, la transformation dont il est question repose sur des acquis et elle affiche un dynamisme alimenté par des défis.

## LES ACQUIS :

Les acquis sont doubles. D'un côté, il y a prise de conscience et, de l'autre, concertation.

### Une prise de conscience :

Le premier acquis loge dans les esprits. Il s'agit d'une prise de conscience qu'on s'en va vers autre chose lorsqu'il est question de savoir comment trancher les litiges entre les entreprises. Certes, cette conscience est présente depuis déjà un certain temps. Sauf que, dans ses plus récents développements, elle a reçu un caractère officiel, un caractère qui vient la consolider tout en lui procurant un nouvel élan essentiel pour que la transformation de la justice civile se poursuive et que la médiation continue à élargir son champ d'application dans les matières qui intéressent les entreprises.

D'où ce caractère officiel provient-il ? Deux exemples d'officialisation méritent une attention particulière.

Il y a, d'abord, un exemple de nature législative. Il ressort du deuxième alinéa de la disposition préliminaire du Code de procédure civile du Québec (ci-après, « Code ») où il est énoncé que le Code vise à *permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends*. C'est ce message qui vient colorer la philosophie du Code et officialiser le fait qu'il met de l'avant une vision plus large et audacieuse que jamais de la justice civile. Ce même message inclut de façon univoque la médiation. En effet, le Code la décrit comme l'un des trois principaux modes de prévention et de règlement des différends au deuxième alinéa de l'article 1.<sup>1</sup> De plus, le Code lui réserve un titre complet, à l'intérieur du livre VII, à partir des articles 605 et suivants.

Le second exemple d'officialisation de la prise de conscience est de nature judiciaire. Il émane d'un discours éloquent de l'honorable François Rolland, alors qu'il était juge en chef de la Cour supérieure du Québec. L'honorable Rolland parlait du changement de culture et du

<sup>1</sup> L'art. 1 al. 2 stipule ceci dans sa première phrase : « Ces modes privés sont principalement la négociation entre les parties de même que la médiation ou l'arbitrage dans lesquels les parties font appel à l'assistance d'un tiers. »

virage majeur opérés par le nouveau Code, entré en vigueur le premier janvier 2016. Plus précisément, il déclarait que le Code impliquait de « faire autrement, ce qui veut dire penser et travailler dès le départ dans une perspective de prévention et de règlement des différends ».<sup>2</sup> L'honorable Rolland ajoutait plusieurs principes directeurs au sujet du faire autrement. Or, ces principes correspondent à autant de caractéristiques fondamentales de la médiation. En résumé, ces principes sont les suivants : un, c'est se parler et négocier; deux, c'est créer la confiance entre les parties, échanger l'information; trois, c'est faire de la place à l'autre et être sensible non seulement aux besoins de son client, mais également à ceux de son vis-à-vis; quatre, c'est aller au-delà des solutions uniquement basées sur une logique de droits; et cinq, c'est faire participer le client à l'élaboration de la solution et à sa mise en œuvre, en gardant toujours en vue, que c'est lui le premier intéressé dans la démarche.

En somme, il y a du mouvement : des voix officielles le reconnaissent et encouragent celui-ci.

### Une concertation :

Le deuxième acquis est celui de la concertation. Il est fondé sur le fait que, désormais, il n'y a plus de discrimination ni de hiérarchie entre les acteurs processuels. Au contraire, c'est la légitimité de tous qui prévaut, y compris celle de la médiation interentreprise. Cette légitimité trouve son assise dans le Code considéré dans toute sa globalité. Le Code vu ainsi, il s'en dégage une règle de base qui consiste à poser qu'en toutes circonstances, il faut choisir le processus approprié. Cette règle est renforcée par le fait que juges, médiateurs et arbitres agissent maintenant en complémentarité et qu'ils se respectent mutuellement. Ainsi, il y a très peu d'interférences des tribunaux dans les processus d'arbitrage et de médiation. Aussi, chacun de ces acteurs est ouvert à ce que les autres innovent et, donc, alimentent la transformation de la justice civile. Dans cette perspective d'acquis de la concertation, la médiation interentreprise bénéficie d'une autonomie qui la rend attrayante aux yeux des utilisateurs, ceux-ci n'ayant pas à craindre qu'elle soit victime d'un interventionnisme judiciaire. Du coup, son potentiel de plein développement à venir passe d'un stade de possibilité à celui de probabilité.

<sup>2</sup> Discours prononcé lors de la 7<sup>e</sup> Table ronde sur la justice participative, Barreau de Montréal, 13 novembre 2014, à la page 3.

## LES DÉFIS :

Les deux acquis tout juste présentés sont très précieux. Pourquoi? Parce que ce sont les bases à partir desquelles les défis qui s'annoncent, autant pour la justice civile dans son ensemble que pour la médiation interentreprises en particulier, sont une source de motivation additionnelle chez les intéressés. Ces défis sont au nombre de cinq

### Le savoir du Code :

Le premier défi, c'est celui de la densité du savoir porté par le Code et son caractère inédit en bonne partie. En d'autres mots, le défi initial a trait à la lourdeur ou à la profondeur de ce qu'il y a à apprendre. La disposition préliminaire et les articles 1 à 7 de Code en sont des illustrations parfaites. Prenons le second alinéa de la disposition préliminaire. Il prévoit ceci : « le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes ». Plus loin, le premier alinéa de l'article 2 exprime ce qui suit : « les parties qui s'engagent dans une procédure de prévention et de règlement des différends le font volontairement ». Et dans la phrase qui suit, on retrouve des termes tels transparence, information, coopérer, solution.

Bref, la disposition préliminaire et les articles 1 à 7 sont le socle de la justice civile différente promue par le nouveau Code, une différenciation qui se trouve à irriguer tout le processus de la médiation interentreprises au Québec. Or, ce socle, il est fait de fondements et de principes qui ne tiennent pas de la science infuse. Ils tiennent de la science qui s'apprend. Énonçons-les en rafale, fondements d'abord, principes ensuite. Un, dans leur ensemble, la prévention et le règlement des différends décrivent une vision de la justice, fort utile sur les plans de l'interprétation et de la cohérence du droit. Deux, cette vision n'est pas alternative. Au contraire, elle s'intègre pleinement au droit et au système judiciaire. Trois, au sein d'une société, la prévention des différends est toute aussi importante que leur règlement. Ces dimensions sont d'égale valeur. Quatre, l'expression prévention et règlement des différends se décompose en de nombreux processus, chacun ayant ses facettes propres et son utilité. Elle combine ainsi prospective et pragmatisme. Cinq, cette même vision possède la flexibilité voulue pour être teintée des particularismes nationaux québécois tout en favorisant l'émergence de principes généraux qui dépassent les frontières. Elle est

donc un agent de cosmopolitisme. Six, le terme différend présente, par rapport à celui de conflit, les avantages de la souplesse et de la polyvalence. En d'autres mots, un différend couvre des situations plus nombreuses et diversifiées que ne le fait un conflit, rendant ainsi plus vraisemblable l'émergence d'une véritable culture de prévention et de règlement.

Faisons de même avec les principes. Un, en prévention et en règlement des différends, les parties jouent un rôle actif et décisif. Si tel est le cas, c'est en vertu du principe d'auto-détermination. Deux, le principe d'auto-détermination a besoin, afin de se manifester complètement, d'un diffuseur d'informations. Ce diffuseur est la communication. Entre des parties, c'est par son entremise que l'échange des idées peut être réel, que le dialogue peut s'avérer fécond et que, finalement, la participation à une démarche de prévention ou de règlement peut prendre tout son sens. Trois, dans chaque situation donnée, la sélection des normes applicables à la procédure, au fond ou utiles à une fin quelconque doit être appropriée. Pour satisfaire à ce critère, les parties sont appelées à se livrer à un exercice de sélection appropriée. Quatre, il se dégage des trois premiers principes une dynamique à découvrir, celle de la coopération, qui suppose une conception des rapports juridiques fondée sur la collaboration et la confiance. Cinq, la prévention et le règlement des différends sont un appel à l'imagination et un tremplin vers la créativité. Voilà l'essence du principe d'idéation. Et six, les comportements qu'adoptent des parties et les solutions qu'elles élaborent doivent invariablement être guidés par le principe de justice.

Tout cela est captivant, ambitieux, fort. Mais tout cela a sa part d'inattendu, de changement, de contact avec des réalités émergentes. Qu'est-ce que la prévention en droit ? Qu'est-ce qu'un différend en droit ? Qu'est-ce que la communication en droit ? Qu'est-ce que la coopération en droit ? Il serait présomptueux de penser que la médiation interentreprises a déjà les réponses à ces questions. À l'instar de ce qui se passe dans les autres secteurs de la prévention et du règlement des différends, elle est encore à assimiler ces nouveaux concepts et à en intégrer l'application dans son fonctionnement.

### Un nouveau paradigme :

Le second défi va de pair avec le premier. Il consiste à dire qu'on n'empile pas les paradigmes, une affirmation qui requiert quelques explications. Réduit à sa plus simple expression, un paradigme est une façon de penser. Et comment passe-t-on d'un

paradigme à un autre ? Le scientifique américain Thomas Kuhn, après analyse, a conclu ainsi : on passe d'un paradigme à un autre par une révolution. Il faut en quelque sorte désapprendre sur ce qu'on savait pour, ensuite, apprendre sur autre chose.<sup>3</sup>

Or, lorsqu'on lit les propos du Ministre de la justice à l'occasion de l'entrée en vigueur du Code, c'est ce à quoi il conviait tous et chacun, c'est-à-dire à une nouvelle façon de penser. En effet, lorsqu'on lit qu'un Code nous fera passer d'un siècle à un autre, lorsqu'on découvre que la justice civile sera originale, voire inconnue en comparaison avec celle qui nous était familière, on est en face d'un nouveau paradigme.<sup>4</sup> Avec toutes les difficultés que cela suppose. Il suffit de prendre le cas de l'avocat qui accompagne l'entreprise en médiation: il a étudié un Code de procédure civile, il a travaillé des années en le portant sous le bras et là, on lui dit de penser autrement. Le réflexe, et il est normal, serait plutôt qu'il mette cette nouvelle façon de penser sur la précédente, qu'il cherche à établir une continuité entre elles, à faire des recoupements. Mais ce n'est pas possible ou, en tout cas, ce n'est pas recommandé car on n'empile pas les paradigmes. L'avocat de l'entreprise doit désapprendre, puis apprendre sur la justice civile différente et la médiation qu'incarnent cette philosophie de prévention et de règlement des différends. Minimale, il faut avoir à l'esprit qu'il s'agit là d'un passage qui commande des efforts et une réelle volonté de respecter l'enseignement de Kuhn<sup>5</sup> : Une révolution, ça reste une révolution.

### La justice sur mesure :

Le troisième défi est celui de la justice sur mesure. Pour y parvenir, il est nécessaire de disposer de souplesse et c'est justement ce que prévoit le deuxième alinéa de l'article 1 du Code. Après avoir fait référence aux trois piliers que sont la négociation, la médiation et l'arbitrage, il indique que « les parties peuvent aussi recourir à tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquats, qu'il emprunte ou non à ces modes que sont la négociation, la médiation et l'arbitrage. »

Déjà, il existe une pluralité de modes ou de processus. Et voilà que le Code laisse la porte ouverte à ce que tous continuent d'être raffinés et que d'autres soient inventés. Par ailleurs, quand on considère plus particulièrement le juge, là aussi on se rend compte que, sujet à quelques contraintes, il est appelé à faire du sur mesure. Tous les pouvoirs en matière de

<sup>3</sup> Kuhn T. (1962), La structure des révolutions scientifiques, trad. fr. 1983, rééd. Flammarion, coll. « Champs », 1992.

<sup>4</sup> Voir le communiqué de presse du Ministère de la Justice du Québec du 20 février 2014.

<sup>5</sup> Thomas Samuel Kuhn, 1962 dans « La structure des révolutions scientifiques » y

gestion d'instance qu'il possède, dont celui prévu au deuxième alinéa de l'article 9 du Code de favoriser la conciliation des parties si la loi lui en fait devoir, si les parties le demandent ou y consentent, si les circonstances s'y prêtent ou s'il est tenu une conférence de règlement à l'amiable, pointent dans cette direction. S'il est heureux que cette souplesse, autant pour le juge que pour les autres acteurs, prévale, c'est parce qu'elle est de nature à répondre à ce que les entreprises veulent, au besoin qu'elles expriment de plus en plus lorsqu'elles choisissent de participer à une médiation. Concrètement, cela veut dire que les entreprises, les avocats et les tiers prennent vraiment soin, avant de débiter le processus de médiation, d'exprimer leurs attentes, d'établir comment le processus se déroulera, etc. Et c'est ce qui fait que, d'un dossier à l'autre, on prend une page blanche plutôt que de suivre un kit déjà prêt.

Cependant, pour assurer à grande échelle le succès de la justice sur mesure lorsqu'il est question de médiation interentreprises, les outils à la disposition des entreprises et de leurs conseillers devront être raffinés. Présentement, il existe certains guides plus ou moins détaillés, mais ce sont, pour la plupart, des outils 1.0. Ils sont plus descriptifs de la médiation qu'autre chose. Il s'avère nécessaire de passer à des versions 2.0, à l'instar d'outils comme le protocole de considération désormais répandu dans la pratique.<sup>6</sup> Il s'agit d'un instrument destiné à déterminer si l'obligation de considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement des différends avant de s'adresser aux tribunaux, laquelle est prévue au troisième alinéa de l'article 1 du Code, est satisfaite ou pas. C'est un protocole dans la mesure où il se veut logique et complet, c'est-à-dire qu'il comporte cinq étapes auxquelles sont associées une série de questions. En conclusion, la justice sur mesure, pour être une réalité vraie dans la médiation interentreprises, va devoir pouvoir compter sur ce genre de règles plus détaillées, plus fines, plus opérationnelles, qui sont complémentaires à la souplesse offerte par le Code.<sup>7</sup> Cela est d'autant plus vrai que, encore aujourd'hui, bien qu'elles expriment le désir d'être servies sur mesure, les entreprises et leurs conseillers en sont souvent à leur première expérience de médiation, d'où leur besoin d'être pleinement renseignés sur les options offertes par ce processus.

<sup>6</sup> Marquis L., (2015), Droit de la prévention et du règlement des différends. Principes et fondements, Éditions R.D.U.S. aux pages 58 et suivantes.

<sup>7</sup> Voir l'exemple du guide de la CCI intitulé Gestion efficace de l'arbitrage, publié en 2015.

## Le rehaussement du sentiment de justice :

Le quatrième défi consiste à rehausser le sentiment de justice chez les entreprises.

Il est généralement reconnu que peu de litiges ou de différends entre les entreprises sont gérés par la justice civile dans son ensemble. Et quand ils le sont, la reconnaissance générale est que le taux de satisfaction devrait être amélioré. C'est un défi essentiel à relever parce qu'il est agréablement observable que la justice civile se démocratise. Ainsi, on voit en médiation toutes sortes de problèmes qui demeureraient en dehors de la gestion de la justice civile dans le passé en raison des coûts, des délais et d'autres facteurs. Maintenant, les petites et moyennes entreprises sont plus enclines à inclure des clauses de médiation dans leurs contrats, à confier à des médiateurs le soin de régler avantageusement les problèmes auxquels elles font face, et c'est tant mieux. Mais il ne faut pas décevoir cette demande nouvelle. Il faut en profiter pour rehausser le sentiment de justice. En médiation, cela s'avère assez ou plus facile, en raison du facteur participation des personnes. En effet, quasi invariablement, les entreprises qui participent à la résolution de leur problème ont un sentiment de justice meilleur ou positif. Par contre, en face d'une sentence arbitrale ou d'un jugement, c'est plus difficile. La raison tient à ce que, règle générale, les parties ne lisent pas le jugement ou la sentence qui les concerne et, quand elles le font, elles ne comprennent pas, alors que, pourtant, c'est essentiellement à elles qu'on s'adresse. Ce déficit d'attention ou de compréhension est moins présent dans la médiation interentreprises étant donné le rôle actif joué par les parties dans l'élaboration et la rédaction de la transaction qui scelle leur entente.

## Le facteur temps :

Le cinquième défi concerne le facteur temps. Il est remarquable de constater que les entreprises sont prêtes à payer pour un système judiciaire de qualité, tout comme elles sont prêtes à payer pour une justice privée de qualité. Cependant, en tout état de cause, il ne faut jamais oublier une chose : c'est que les entreprises aux prises avec un différend vivent avec un mal, avec une maladie. Pour employer un langage savant, il y a une pathologie dans leur environnement. Or, la meilleure façon de guérir une entreprise d'une pathologie, c'est de la soigner tout de suite.

Il reste qu'à cet égard, on demeure loin du compte quand on considère le temps

nécessaire pour mettre un terme à un différend en matière de justice civile. Malgré bien des efforts, ces dernières années, pour réduire les délais dans l'administration de la justice civile, il y a des exemples assez intrigants d'enflure temporelle. Par exemple, un dossier de vices cachés était entendu, il y a vingt-cinq ans, en une journée d'audition. Le même dossier, aujourd'hui, prend de trois à cinq jours, ce qui fait qu'inévitablement, il va être entendu plus tard.

Cela étant dit, il y a des signaux positifs que ce défi du facteur temps puisse être relevé. Ils sont au nombre de quatre :

- la prise de conscience au cœur du premier défi – le savoir du Code - s'accompagne d'une autre prise de conscience. Celle-ci requiert que la justice civile se place en mode urgence, qu'elle se place en mode première ligne, c'est-à-dire qu'elle sache réagir dès que possible en face d'un différend. Même la médiation interentreprises, qui se veut intrinsèquement porteuse d'efficacité et de célérité, n'a pas encore pleinement déployé cette faculté d'agir en urgence;
- il y a une saine concurrence entre les acteurs de la justice civile, née de la volonté de gagner la confiance des utilisateurs. Ainsi, les entreprises, sensibles aux délais, vérifient quelle instance sera en mesure de répondre rapidement à leurs besoins. Et, en dépit du fait qu'elles aient à payer un médiateur privé, c'est bien souvent vers lui qu'elles se tourneront si, par exemple, l'option de la conférence de règlement à l'amiable offerte par le tribunal est postérieure dans le temps au début anticipé de la médiation;
- le passage d'un mode de facturation à taux horaire à un mode de facturation basé sur la valeur ajoutée que procure un service juridique dans un dossier. Sur ce plan, la

médiation interentreprises se distingue avantageusement dans le marché, en raison de ses attributs d'efficacité et de solution mutuellement satisfaisante;

- les entreprises sont désormais proactives et exigeantes par rapport au facteur temps. Lorsqu'elles ont besoin d'un tiers, tel un médiateur, la première question qu'elles lui posent est, typiquement : êtes-vous disponible? Cela diminue, par conséquent, l'impact négatif du temps sur la pathologie en cause.

### CONCLUSION :

Ce panorama de la médiation interentreprises au Québec a débuté par une qualification du sujet comme étant jeune et en émergence. Une affirmation placée en parallèle d'une autre, suivant laquelle le domaine tout entier de la prévention et du règlement des différends (PRD) est présentement fertile en avancées de toutes sortes. Pour avoir été un observateur attentif de l'évolution de ce domaine dans les dernières années, et toujours animé de la volonté de contribuer à cette même évolution, nous en venons donc à une conclusion en forme d'optimisme sur l'avenir de la médiation interentreprise au Québec. Les acteurs, qu'ils soient universités, chambres professionnelles, praticiens, entreprises, système judiciaire, gouvernements ou autres, sont là et affichent présents. La médiation interentreprises au Québec est ainsi une autre histoire à suivre, autant pour elle-même que pour mesurer son impact sur la poursuite du développement de l'expertise québécoise en prévention et en règlement des différends (PRD) et de la transformation de la justice civile.

[Retour sommaire](#)

## La médiation interentreprises en Suisse

Par Jean GAY

avocat/médiateur FSM et CSMC

La médiation interentreprises et la médiation intra entreprise traitent l'une et l'autre du conflit au sein d'une entité commerciale. La première gère le conflit au sein de la société tandis que la seconde s'occupera des litiges divisant deux ou plusieurs entreprises. Notre propos touche cette seconde catégorie et l'on parle alors fréquemment de « médiation commerciale ». Après avoir brièvement délimité le champ d'activité de cette médiation commerciale, nous rappellerons toujours succinctement comment la Suisse traite aujourd'hui ces litiges. Nous tenterons ensuite de déterminer les différentes sources de médiation commerciale avant de se pencher sur

l'organisation pratique de cette médiation commerciale dans notre pays. L'on constatera enfin le succès encore très mitigé de ce processus et tenterons tout à la fois d'en établir les raisons et de proposer des esquisses de solutions.

### La médiation commerciale, quid ?

La notion de médiation commerciale est plus étendue que celle juridique, de droit commercial. Cette dernière ne vise que les sociétés commerciales à proprement parler et s'attache à en définir les particularités et le fonctionnement. La médiation commerciale

s'attache en revanche à la gestion de tous litiges impliquant deux ou plusieurs sociétés ou personnes et touchant leurs rapports. L'on voit d'emblée que la sphère juridique est beaucoup plus large puisqu'elle relève du droit des obligations en général et les contrats proprement dits, vente, location, mandat, etc.. C'est en résumé toute la partie dite en Suisse du droit des obligations qui concerne la médiation commerciale.

## Le traitement en Suisse du conflit commercial :

Tout conflit susceptible d'être géré par la médiation commerciale relève en droit suisse des tribunaux étatiques ordinaires qui, s'ils sont saisis, traiteront du dossier selon la procédure ordinaire prévue par le Code de Procédure Civil.

Cette procédure rend obligatoire dans de nombreux domaines, au nombre desquels celui du droit commercial, les préliminaires de la conciliation. La procédure au fond est ainsi précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité ad-hoc de conciliation<sup>1</sup>. Conciliation et médiation sont, en Suisse tout au moins, des notions qui ne se recoupent pas ou peu. La différence, à nos yeux essentielle, réside dans la méthodologie utilisée. Contrairement au médiateur, le conciliateur privilégie le résultat et se focalise sur la problématique juridique. La recherche des intérêts n'est en tous les cas pas la première priorité, celle-ci étant bien la compatibilité de la solution transactionnelle avec la norme légale<sup>2</sup>.

Bien évidemment les justiciables peuvent renoncer à la justice étatique au profit d'une méthode alternative au nombre desquelles, bien sûr, l'arbitrage et la médiation.

Jusqu'à la mise en vigueur du code de procédure civile unifié du 19 décembre 2008 (ci-après CPC), les cantons seuls légiféraient en matière de procédure. Ces codes cantonaux, à quelques très rares exceptions près, ne contenaient aucune disposition sur la médiation. Conscient de la nécessité de développer le recours à la médiation<sup>3</sup>, le législateur fédéral a introduit dans le CPC diverses dispositions visant à favoriser le recours à ce processus<sup>4</sup>. Ces dispositions ne visent qu'à favoriser le recours à la médiation

et non à en régler le processus, ce afin de laisser à cette alternative la souplesse et l'absence de formalisme qui en font l'attrait. En substance, la médiation remplacera la procédure de conciliation si les parties en font la demande. Ces mêmes parties (ou leurs avocats) peuvent durant toute la procédure au fond déposer une requête commune visant à ouvrir une procédure de médiation et, enfin, le tribunal peut, également en tout temps, conseiller aux parties de procéder à une médiation. Ces dispositions sont aujourd'hui à la base d'un nombre important de médiation commerciale comme nous allons le voir.

## Les différentes sources de médiation commerciale :

L'on peut actuellement distinguer trois grandes sources pour la médiation commerciale, le bouche à oreille ou la médiation « spontanée », la médiation suggérée par les dispositions du CPC et enfin l'introduction dans les contrats de clause compromissoire.

### La médiation « spontanée ».

C'est là une part importante des médiations commerciales dans notre pays. Ces médiations sont initiées, avant toute procédure judiciaire, par les parties elles-mêmes, spontanément ou sur les conseils de leurs avocats. Les justiciables ont eu personnellement une expérience antérieure positive ou s'appuient sur celle d'une de leurs connaissances/relations d'affaires. Leurs avocats ont également déjà eu recours avec succès à ce processus ou ont été formés – ou simplement sensibilisés - à celui-ci<sup>5</sup>.

### La médiation suggérée par les dispositions du CPC.

Il s'agit là sans conteste d'une nouvelle source importante de médiation commerciale. A nouveau avocats et magistrats interviennent de plus en plus en vue de pousser les entreprises en conflit à soumettre leur litige à la médiation.

### La clause compromissoire.

Rappelons tout d'abord pour le non juriste qu'une clause compromissoire est une convention ou encore une simple disposition contenue dans une convention plus générale au terme de laquelle les parties s'engagent à recourir à un/des tiers neutre(s), indépendant(s) et impartial (ux) afin d'arbitrer et/ou médier tous les litiges pouvant naître

<sup>1</sup> Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), articles 202 à 212, in <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20061121/index.html>

<sup>2</sup> Le lecteur désireux d'approfondir ces notions lira avec intérêt l'excellent article de l'ancien juge genevois Jean Mirimanoff « conciliation et médiation : pour en finir avec un psychodrame familial » in [http://www.gemme.ch/rep\\_fichier/gemme\\_mediation\\_et\\_conciliation.pdf](http://www.gemme.ch/rep_fichier/gemme_mediation_et_conciliation.pdf)

<sup>3</sup> Message du 28 juin 2006 du Conseil Fédéral relatif au code de procédure civile suisse, page 6870 ss in <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2006/6841.pdf>

<sup>4</sup> Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), articles 213 à 218, in <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20061121/index.html>

<sup>5</sup> Un nombre important d'avocats se forment aujourd'hui à la médiation en suivant une des formations approfondies mises sur pied par des instituts universitaires pour la plupart, dans le cadre de leurs programmes de formations continues. Notons également que l'ECAV, école d'avocature du canton de Genève, sensibilise ses élèves à l'accompagnement des justiciables en médiation et en négociation.

dans le cadre du contrat. Ce tiers peut être ou non nommément désigné dans la clause initiale. Cette clause peut régler le processus ou réserver une décision ultérieure sur ce point. L'arbitrage recourt à la clause compromissoire depuis des temps immémoriaux. Ce recours est plus récent en matière de médiation. Point intéressant, il est de plus en plus fait usage de clauses mixtes prévoyant tout d'abord le recours à la médiation et, en cas d'échec de celle-ci ou de non aboutissement dans un certain délai, le passage à l'arbitrage. De nombreuses institutions préconisent aujourd'hui l'insertion de telles clauses dans les contrats commerciaux et proposent des textes précis pour la plupart des situations<sup>6</sup>.

Il n'existe pas à notre connaissance de statistiques précises concernant l'importance de ces trois sources. Celles-ci nous apparaissent actuellement d'égales valeurs.

## L'organisation pratique de la médiation commerciale en Suisse :

La profession de médiateur n'est pas protégée en Suisse. Si, ce faisant, tout un chacun peut s'intituler médiateur et professer es-qualité, il existe toutefois aujourd'hui deux grandes associations régissant la profession et fédérant ses pratiquants. La médiation en général est ainsi gérée par la fédération suisse de médiation (FSM). Cette fédération regroupe tous les champs d'activité<sup>7</sup> à l'exception de la médiation commerciale.

Cette dernière a sa propre association, la chambre suisse de médiation commerciale (CSMC)<sup>8</sup>.

En raison de la structure fédéraliste de notre pays, la CSMC est une fédération composée de 5 chambres distinctes jouissant d'une certaine autonomie. Trois chambres réunissent les médiateurs commerciaux alémaniques (Suisse centrale, canton de Zurich, canton de Berne) tandis qu'une chambre a son siège dans le canton du Tessin et regroupe les médiateurs de langue italienne. La dernière chambre, la section suisse romande, a son siège à Genève et est composée des médiateurs francophones.

Au total, un peu plus de 150 médiateurs sont réunis au sein de la CSMC dont 49 (état

au 1<sup>er</sup> octobre 2017) dans la section romande. Une partie très importante de ces membres, de l'ordre des deux tiers, a une formation initiale d'avocat et pratique le barreau simultanément à la médiation. Pour être admis au sein de la chambre et autorisé à porter le titre de médiateur commercial le candidat devra entre autre justifier d'une formation suffisante, soit d'un minimum de 120 heures dont au minimum 40 affectées à la médiation commerciale proprement dite. Le but de cette accréditation est de « démontrer aux tiers que la personne accréditée a acquis une formation correspondant aux standards internationaux, en particulier dans le domaine de la médiation commerciale, et qu'elle a acquis et continuellement approfondi, une expérience dans l'économie et l'administration, lui permettant de travailler en tant que médiateur commercial professionnel ». L'accréditation doit être renouvelée tous les trois ans, le candidat devant certifier à chaque échéance d'une formation continue suffisante selon des critères précis. Le candidat, une fois accepté, voit son CV publié sur le site de l'association dans la section qu'il aura choisie. Il devra encore faire état de ses affinités et choisir ses spécialités de prédilection dans une liste composée de pas moins de 15 objets<sup>9</sup>! Enfin, le site mentionnera ses langues de travail.

Cette longue description a pour but de permettre au public de choisir en connaissance de cause le médiateur le mieux à même de s'occuper de son dossier. La chambre met encore à disposition du public sur son site un règlement de médiation ainsi que des clauses de médiation<sup>10</sup>.

Parallèlement à la CSMC, certaines chambres de commerce et d'industrie cantonales se sont intéressées depuis quelques années à la médiation en vue de proposer ce processus à leurs membres parallèlement ou en lieu et place de l'arbitrage. C'est ainsi qu'elles proposent leur propre règlement de médiation. En vertu à nouveau du fédéralisme, ces chambres collaborent plus ou moins intensément avec les sections de la CSMC. Le rapport est assez étroit en Suisse romande entre la chambre de médiation et les chambres de commerce francophones prônant la médiation<sup>11</sup>. Ainsi, lesdites chambres proposent systématiquement à leurs membres de recourir à un médiateur CSMC, celui-ci en

la médiation commerciale ne « décolle » toujours pas réellement

6 Citons toujours pour la Suisse les clauses type de la chambre suisse de médiation commerciale et celles, plus élaborées, des chambres de commerce  
file:///C:/Users/Jean/Downloads/CSMC\_clauses\_de\_m\_diation.pdf  
<https://www.ccg.ch/Services/Mediation/Clause-modele>

7 Y compris depuis 2016 la médiation familiale

8 Voir son site : <http://www.skwm.ch/index-fr.php?frameset=61>

9  Travail  Construction, Planification, Métiers du bâtiment  Banque/Finance

Héritages/Successions  Choses publique, politique, administration publique  Arts et métiers, commerce, PME

Informatique, Télécommunications  Domaine international  Bail, Voisinage, Immeubles  ONG

Environnement, protection de l'environnement  Assurances, Responsabilité civile  Entreprises, Industrie,

Service, Coopération  Santé/Sport  Propriété intellectuelle

10 Voir note 6

11 Il s'agit des chambres vaudoise, genevoise et neuchâteloise.

contrepartie s'engageant à appliquer le règlement de médiation CCI. Les chambres de commerce et d'industrie romandes et la CSMC section romande collaborent pour le surplus en vue de la promotion de la médiation<sup>12</sup>.

## Le succès encore mitigé de la médiation commerciale en Suisse :

Il convient toutefois de constater que, malgré tous ces efforts et ces organisations empreintes de sérieux et compétence, la médiation commerciale ne « décolle » toujours pas réellement. Aucune statistique officielle n'est à disposition, mais l'on peut estimer le nombre de médiation pour la Suisse Romande à une petite centaine par année, en mains d'un tout petit nombre de médiateurs accrédités. En bref, le recours au processus de médiation, en matière commerciale, est encore extrêmement confidentiel.

Ce constat est étonnant à plus d'un titre. En effet, le législateur a tenté de promouvoir cette alternative par des dispositions topiques dans le nouveau code de procédure civile, dispositions ciblées et intelligemment rédigées<sup>13</sup>. Celles-ci ont porté leur fruit dans d'autres domaines concernés par la médiation, au nombre desquels la médiation familiale qui connaît un très réjouissant essor. La promotion de la médiation par les personnes et associations intéressées à son développement, en particulier la CSMC et les chambres de commerce et d'industrie, s'est faite sans relâche depuis de nombreuses années. Mais alors, que se passe-t-il donc ? A bien y réfléchir, les raisons de ce manque d'engouement sont multiples. Elles relèvent aujourd'hui encore de la méconnaissance au sens large du processus et de quelques dernières – mais importantes – barrières techniques.

Commençons par ces dimensions techniques. L'un des handicaps de la médiation commerciale était, jusqu'à la mise en vigueur du CPC, l'absence de caractère exécutoire de tout accord de médiation intervenu hors procédure<sup>14</sup>. L'article 347 CPC permet de remédier à cet inconvénient. En substance, les parties ayant abouti, hors procédure, à un accord peuvent faire authentifier celui-ci par un notaire. L'acte authentique que rédige l'officier public et au

terme duquel il atteste que l'accord intervenu, dont il a repris les clauses, est compris et confirmé par les parties ; a les effets d'un accord homologué par le juge, soit donc a force exécutoire. Cette nouvelle a sans conteste développé sensiblement l'efficacité de la médiation « spontanée », soit la médiation hors procès.

Le problème de la prescription n'est toutefois toujours pas réglé. Rappelons à nouveau pour le non-juriste que toute créance se prescrit à l'échéance d'un certain délai, qu'en d'autres termes, ce délai passé, l'obligation prescrite ne peut plus être réclamée en justice<sup>15</sup>. Une telle issue peut être évitée notamment par l'ouverture d'un procès ou par renonciation à se prévaloir de la prescription. L'ouverture d'une médiation n'interrompt toutefois pas la médiation. Ainsi les parties doivent-elles en être conscientes comme être au fait de l'éventuel problème de prescription dans leur dossier.

Rien ne règle par ailleurs le sort de la procédure en cours si une médiation est demandée au milieu de celle-ci. Le juge n'a ainsi pas l'obligation de la suspendre. Le médiateur doit ainsi, à notre sens, refuser d'intervenir en médiation tant et aussi longtemps que la suspension n'a pas été prononcée<sup>16</sup>. Le problème technique essentiel est à notre avis structurel. La promotion de la médiation commerciale par les associations concernées, associations de médiation, chambres commerciales et autres, doit encore être améliorée ; non pas tant au niveau publicitaire ou à celui des efforts promotionnels. Beaucoup a été fait et continue à se faire sur ces points. Nous pensons plutôt à la professionnalisation des systèmes en place. Il y a lieu à notre sens de mettre en place des institutions performantes offrant aux entreprises ayant potentiellement besoin de médiation les infrastructures nécessaires à l'instar de ce qui se fait en matière d'arbitrage<sup>17</sup> voire, en France, de médiation<sup>18</sup>. La médiation commerciale reste par ailleurs méconnue et, aussi, mal perçue. Citons quelques causes principales mais non exhaustives.

Il existe une confusion certaine entre médiation et aveu de faiblesse. La réticence de l'homme d'affaires d'entamer un processus de médiation est fréquent pour ne pas dire constant. Elle s'explique à, notre sens, par la culture du rapport de force. Négocier (sur

<sup>12</sup> Citons notamment les petits déjeuners mensuels de la médiation à Genève mis sur pied par les deux chambres et proposant des thèmes en lien direct avec la médiation commerciale.

<sup>13</sup> Cf. supra page 2

<sup>14</sup> Un accord entre deux ou plusieurs parties a « force exécutoire » lorsque la partie à qui il donne des droits peut obtenir l'exécution forcée de ceux-ci. L'homologation d'un accord par le juge lui donne cette force exécutoire. Le juge ne peut toutefois homologuer un accord que si celui-ci porte sur une procédure ouverte. En d'autres termes, en l'absence d'un procès, pas d'homologation et donc pas de force exécutoire.

<sup>15</sup> Imaginons à titre d'exemple une médiation commerciale dans laquelle A réclame à B une certaine somme d'argent ensuite d'un dommage qu'il a subi du fait de la défectuosité d'une machine propriété de B. Le délai de prescription est d'une année. A a subi son dommage le 1er janvier 2017. La médiation débute le 1er octobre et tout porte à croire qu'elle ne sera pas terminée le 31 décembre...

<sup>16</sup> Comment en effet négocier sereinement en médiation et, simultanément, se jeter l'approbre devant les tribunaux ?

<sup>17</sup> Voir chambre d'arbitrage internationale de Paris (<http://www.arbitrage.org/>)

<sup>18</sup> Voir chambre de médiation et d'arbitrage de Paris (<http://www.cmap.fr/>)

positions) est toujours envisageable mais pas médier ; c'est s'exposer pour beaucoup à une spirale infernale. La confusion peut aussi prendre une tournure plus psychologique. Le chef d'entreprise décide sur pièces et rapports. Il n'a que faire de l'élément humain<sup>19</sup>. A ces confusions s'ajoute le malaise de l'avocat lorsque, comme encore hélas souvent, il ne connaît pas ou peu le processus et est mal à l'aise avec ce dernier. Il y a donc, dans de nombreux cas, peur. Une peur qui se matérialise par une agressivité plus ou moins violente et aboutit à un rejet du processus ou, au mieux, à un blocage si celui-ci est engagé.

On peut aussi citer une autre raison qu'est la méconnaissance de l'avocat. Tel est le maître mot. La médiation commerciale ne se développera que si le médiateur fait l'effort dans chaque situation de rassurer, expliquer et comprendre. Expliquer le processus, en quoi son côté étonnant voire dérangeant peut être efficace, faire le pari de cette efficacité, négocier avec les parties un temps déterminé (court mais pas trop !) pour voir les premiers résultats, comprendre les peurs et réticences, les reformuler et négocier les solutions. Avant même de commencer la médiation proprement dite, il y a donc lieu de rendre le processus intellectuellement accessible puis par petites touches de provoquer l'adhésion à celui-ci. Aller trop vite en besogne amènera à l'échec mais il en est de même d'une approche trop lente !

La collaboration entre avocats et médiateur(s) est à l'évidence une clé principale de succès. L'exercice et la préparation du « qui fait quoi » est donc de toute première nécessité. Une confiance respective de ces deux gestionnaires du litige est par ailleurs indispensable. Trop de médiateurs, trop d'avocats négligent ces points cruciaux avec pour conséquence l'échec assuré.

### Conclusion :

Au moment de conclure, je dirais que beaucoup a été fait. L'effort a d'abord porté sur la formation. Les principaux « dispensateurs » ou pourvoyeurs de médiation commerciale, juges et avocats, ont été approchés. Des sensibilisations et formations ont été

dispensées. L'effort doit bien sûr être poursuivi mais le résultat, satisfaisant, est là. L'on n'arrivera jamais à convaincre tous ces praticiens du bien-fondé de ce processus. La proportion de sympathisants est aujourd'hui bonne et encore une fois le courant passe. L'accent doit à mon sens porter sur la nécessité de la collaboration entre les professions, entre surtout l'avocat et le médiateur. L'étude du « qui fait quoi » est essentielle et peut-être certains praticiens – qu'ils viennent une fois encore du milieu du barreau ou de celui de la médiation – ne sont-ils pas assez au fait sur ce point. En bref, s'il y avait un point de formation sur lequel insister encore c'est sur celui-là que j'axerais aujourd'hui l'essentiel de mes efforts. Tout a été dit, redit et dit encore aux responsables industriels et commerciaux. J'ai dans mes nombreuses conférences à ces auditoires toujours rencontré une oreille aussi attentive que polie. Un intérêt culturel, visant à appréhender une théorie nouvelle, mais non personnel. La médiation, peut-être mais pour les autres ! Cet industriel, le moment du conflit venu, a oublié la médiation. Et puis, comme exposé, c'est un processus pour les faibles. L'effort, en bref, doit aujourd'hui porter ailleurs. Dans la mise à disposition du public de structures plus professionnelles et en rapport avec le besoin réel du justiciable d'aujourd'hui. Ce n'est pas tant le processus que nous offrons qui a des carences que la manière de l'offrir. Pourquoi la médiation devrait-elle échouer là où l'arbitrage rencontre le plus grand succès ? Je suis pour ma part convaincu que, bien « vendue » et gérée, notre processus décollera enfin. A l'instar en France du CMAP et, en matière d'arbitrage de la CCI, mettons au point une structure d'accompagnement performante. Offrons au justiciable un soutien « clé en main » calqué sur les modèles précités et accompagnés d'une clause de substitution médiation-arbitrage dès l'échéance d'un certain laps de temps. La médiation, alors, aura enfin droit de cité. Tel est mon vœu le plus cher, convaincu que je suis de l'efficacité de cette alternative. Et telle est également ma certitude.

[Retour sommaire](#)

19 Le trait peut sembler caricatural au médiateur familial ou de quartier. Mais il n'est pas un médiateur commercial qui n'a pas entendu des propos de ce genre : « moi, monsieur, je gère x salariés que je dois payer chaque 30 du mois dans une conjoncture des plus difficile. Alors, le côté émotionnel, je suis payé, pour en faire abstraction... »

## POINT DE VUE

# Au-delà de la Médiation et de l'Arbitrage; Le Comité de Règlement des Différends, Un mode spécialement adapté aux besoins des acteurs de la construction

Par Me Serge PISAPIA  
LL.B., LL.M., C.Med., C.Arb.

Serge Pisapia est avocat, membre du Barreau du Québec ainsi que médiateur et arbitre agréé par l'International Mediation Institute (IMI), l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada (ADR Institute of Canada), l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (IMAQ) et la Dispute Resolution Board Foundation américaine. Après avoir cumulé plus de vingt ans d'expérience en gestion de projets comme dirigeant d'une firme de BTP, il agit, depuis 2003, comme expert indépendant en prévention et règlement des différends reliés à l'exécution des travaux de construction.

### Mise en contexte

Le texte que je cite souvent afin d'énoncer de façon, à la fois succincte, claire et exhaustive, le contexte dans lequel s'articulent les besoins des différents acteurs de la construction en matière de prévention et règlement de leurs différends (PRD) contractuels, est cette introduction formulée par le Comité canadien des documents de construction (CCDC)<sup>1</sup> aux règles de médiation et d'arbitrage<sup>2</sup> qu'il suggère d'incorporer dans les conditions générales de ses contrats de construction type :

*« Les différends, dans l'industrie de la construction, sont monnaie courante. La multiplicité des parties en cause et la complexité technique des grands projets rendent presque inévitable l'apparition de désaccords. Le coût de la résolution des différends importants est un lourd fardeau, même pour les grandes entreprises. Les retards apportés au règlement des différends causent de sérieux problèmes de trésorerie aux entreprises de moindre envergure et aux sous-traitants. L'acrimonie engendrée par un système basé sur la confrontation peut affecter sérieusement la qualité des relations d'affaires, parfois de façon permanente. Si on ajoute ces facteurs au problème d'encombrement des tribunaux, il est facile de comprendre l'insatisfaction des maîtres d'ouvrage, des entrepreneurs et des professionnels à l'égard des avocats, des juges et des tribunaux et il est facile de comprendre pourquoi les divers acteurs de l'industrie de la construction recherchent activement des façons plus efficaces de gérer les conflits de construction. » (Mon soulignement)*

### Les modes de PRD les mieux connus; la médiation et l'arbitrage :

Ces « façons plus efficaces de gérer les conflits » proposées par le CCDC, se retrouvent dans ce *continuum* classique du règlement des différends composé d'abord de

la négociation suivie de la médiation puis finalement de l'arbitrage<sup>3</sup>.

Ma pratique exclusive des dernières quinze (15) années en matière de PRD dans le domaine de la construction au Québec m'a amené à constater que ces modes, tels qu'appliqués selon leur modèle classique, n'ont pas connu l'engouement auquel il aurait été normal de s'attendre de la part des acteurs de cette industrie.

À mon avis, deux raisons principales expliquent que ces derniers se soient quelque peu détournés de ces modes à la recherche d'une autre solution; la première est l'emphase mise sur la prévention des différends avant même de traiter de leur règlement et la deuxième est l'absence de consensus quant aux pouvoirs à accorder aux tiers choisis pour diriger le processus de règlement.

Au sujet de la prévention, bien que les contrats-type du CCDC prévoient la nomination d'un médiateur de projet dans les trente jours de la signature du contrat, ils précisent toutefois que celui-ci n'interviendra que lorsqu'un différend aura déjà été dénoncé par une partie et qu'il n'aura pas pu être réglé par la négociation directe avec l'autre partie. Il arrive souvent, qu'à ce moment, les parties aient déjà commencé à cristalliser leurs positions et que leur relation ait commencé à en pâtir.

Il demeure toutefois que ce principe de l'intervention d'un médiateur de projet, choisi de concert par les parties dès le début des travaux, et appelé à intervenir dans des délais très serrés, pendant le cours de l'exécution des travaux, correspond à un besoin fondamental souvent exprimé par les acteurs de la construction, soit cet impératif de régler les différends « en temps réel » au fur et à

<sup>1</sup> Créé en 1974, le CCDC est composé de membres bénévoles provenant de maîtres d'ouvrage des secteurs public et privé, de l'Association canadienne de la construction, de l'Association des ingénieurs-conseils du Canada, de Devis de construction Canada et de l'Institut royal d'architecture du Canada, lequel a travaillé en étroite collaboration avec l'Association canadienne du barreau canadien pour l'élaboration de ses contrats-type.

<sup>2</sup> Règles de médiation et d'arbitrage pour les différends relatifs aux contrats de construction, CCDC40 2005

<sup>3</sup> Partie 8 - Règlement des différends - contrats-type du CCDC

mesure de l'avancement des travaux et ce, afin d'éviter un l'effet « boule de neige » des réclamations de fin de projet.

C'est la véritable incarnation du concept de « *standby neutral* », soit cette définition qu'en donne un expert américain<sup>4</sup>; « *a dedicated neutral who is ready to help resolve matters on a moment's notice and who, unlike any other player on the construction team, has only one client: the project* ».

Puis, sous réserve de la possibilité pour les parties de consentir, advenant une impasse dans la médiation, à ce que le médiateur émette une recommandation non-contraignante de règlement<sup>5</sup>, le rôle du médiateur de projet n'est pas celui de trancher le différend. En cela, il diffère de l'« *adjudicator* » britannique dont la fonction, prévue par la loi<sup>6</sup>, est précisément celle de rendre une décision qui liera les parties jusqu'à la fin du projet. Ce manque de pouvoir décisionnel du médiateur est souvent invoqué par les parties pour justifier le peu d'entrain qu'elles ont à investir temps et argent dans un processus dont la finalité n'est pas assurée.

D'un autre côté, l'arbitrage, par lequel le ou les tiers sont choisis pour rendre une décision finale, exécutoire et sans appel, a lui aussi quelque peu perdu la cote auprès des intervenants de la construction justement parce que sa finalité impose que le processus soit régi par les règles strictes de droit et de procédure ce qui, à moins d'une volonté expresse des parties et une expertise adéquate du ou des arbitres, a trop souvent pour effet de reproduire les inefficacités, en termes de coûts et de temps, du processus judiciaire.

Les acteurs américains puis mondiaux de l'industrie ont développé, depuis maintenant bientôt quarante ans, un autre mode de règlement des différends ayant pour double fonction de prévenir les différends puis de les régler « en temps réel », pendant la réalisation du projet, par le biais d'une évaluation impartiale généralement non-contraignante; c'est le Comité de Règlement des Différends (CRD)<sup>7</sup>.

## Qu'est-ce qu'un CRD?

Je référerai ici à la Préface du *Règlement relatif aux Dispute Boards* de 2015 de la

Chambre de commerce internationale (CCI) laquelle utilise la désignation anglaise du CRD:

« Un « *dispute board* »<sup>8</sup> est un organe permanent généralement mis en place à la signature ou au commencement de l'exécution d'un contrat à moyen ou long terme afin d'aider les parties à éviter ou à surmonter tout désaccord ou différend pouvant survenir dans le cours de leur relation contractuelle. Fréquents dans les projets de construction, les *dispute boards* se rencontrent aussi dans d'autres domaines tels que les contrats en matière de recherche et de développement ou de propriété intellectuelle, les accords de partage de la production et les conventions d'actionnaires.

(...)

L'une des principales innovations de cette version 2015 (du Règlement) est de détailler les trois fonctions de base des *dispute boards*, afin de mettre en lumière l'importance d'approches tant informelles que formelles des différends. Le Règlement prévoit maintenant explicitement que le *dispute board*, lorsqu'il décèle un désaccord potentiel, peut (1) encourager les parties à le surmonter par elles-mêmes. Si cela s'avère impossible, ou si le désaccord est trop profond, le *dispute board* peut (2) apporter une assistance informelle afin d'aider les parties à parvenir à un accord ou (3) se prononcer sur le différend en rendant une recommandation ou une décision à l'issue d'une procédure de soumission formelle. Chacune de ces fonctions est d'égale valeur pour aider à réduire le risque et le coût d'une interruption du contrat des parties. »

Ce sont ces fonctions résolument proactives du CRD se déployant « en temps réel », tout au long du projet, qui font que ce mode n'en est pas un seulement de règlement, mais aussi de prévention des différends. C'est d'ailleurs cette innovation à laquelle la CCI réfère dans sa préface puisque le « *dispute board* » traditionnel, tel que celui prévu aux contrats-type de la Fédération internationale des ingénieurs-conseil (FIDIC) par exemple, n'avait pas cette fonction de prévention des différends.

## Composition d'un CRD.

Tout comme pour le médiateur de projet mentionné plus haut, il est très important que le CRD soit constitué dès le début du projet afin qu'il puisse pleinement assumer son rôle préventif. Certains donneurs d'ouvrage commettent l'erreur de ne mettre en place un CRD que lorsque surviennent des différends qui ne se règlent pas par la négociation. Non seulement, il peut être plus difficile pour les parties alors en conflit de s'entendre sur le choix des membres du CRD, mais ces derniers ne pourront pas bénéficier de la connaissance personnelle, à la fois des différents intervenants du projet que de son évolution, laquelle ils auraient nécessairement acquis s'ils avaient été activement impliqués dès la « première pelletée de terre ».

<sup>4</sup> Kenneth C. Gibbs, « Five Tips on Educating Your Clients About Project Neutrals », JAMS Global Construction Solutions, Fall 2008, p.2 (<http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/GEC-Newsletter/JAMS-GEC-News-2008-Fall.pdf>).

<sup>5</sup> Article 11.3 des Règles CCDC40 susmentionnées

<sup>6</sup> Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996.

<sup>7</sup> C'est aussi la désignation de ce mode employé dans certains contrats de construction publics au Québec alors que la Chambre de commerce internationale (CCI) a plutôt choisi de conserver la désignation anglaise « *Dispute Review Board* » dans la version française de son Règlement relatif aux *Dispute Boards* de 2015 (Publication ICC 873-1 FRA). La *Dispute Resolution Board Foundation* américaine utilise, quant à elle, la désignation « *Dispute Resolution Board* ».

<sup>8</sup> Selon les définitions de la CCI, le « *dispute board* » est le terme général qui comprend les « *Dispute Review Boards* » (DRB) et les « *Dispute Adjudication Boards* » (DAB), le premier ayant un pouvoir de recommandation non-contraignante et le second un pouvoir d'adjudication.

Les règles de fonctionnement du CRD<sup>9</sup> de même que le modèle de contrat tripartite qui en lie les membres aux parties du contrat de construction principal devraient être incluses aux documents d'appel d'offres du projet de façon à ce que chacune des parties soit bien informée de ses obligations et responsabilités en rapport avec ce processus. Rappelons que comme tout mode de prévention et règlement privé des différends, le CRD est un processus purement consensuel dont l'entière adhésion et participation des parties est cruciale à son bon fonctionnement.

Le CRD est composé d'un ou trois membres choisis et rémunérés à parts égales par les parties au contrat de construction. Ces membres sont indépendants de l'équipe de projet et doivent être libres de tout type de conflit d'intérêts. Ce sont généralement des experts du domaine ayant une longue expérience de la gestion de travaux de construction et formés dans la prévention et le règlement des conflits. On y réfère parfois comme un « comité de sages ».

En effet, contrairement au « Professionnel » du projet, c'est-à-dire l'Architecte ou l'Ingénieur généralement mandaté et payé par le donneur d'ouvrage pour préparer le concept et surveiller les travaux, ce tiers est choisi et rémunéré par les deux parties au contrat de construction.

Comme la plupart des différends sur un projet de construction résultent de l'interprétation des plans, devis et autres documents contractuels préparés par le « Professionnel » et que celui-ci est également désigné dans les contrats de construction comme le premier arbitre des différends, il s'ensuit très souvent un problème de perception de conflit d'intérêts auprès des parties au différend. Problème qui, évidemment n'existe pas dans le cas de tiers neutres, qu'ils soient membres d'un CRD ou médiateur de projet

Qui plus est, le « Professionnel » du projet est d'abord et avant tout choisi pour son expertise technique. Sa mission première est celle de concevoir un projet qui répond à la fois aux besoins fonctionnels de son client ainsi qu'aux normes de qualité technique applicables et de s'assurer que sa réalisation soit conforme à son concept ainsi qu'aux normes techniques et règles de l'art en vigueur. Non seulement il n'est généralement pas formé pour interpréter des documents contractuels ni pour prévenir et régler des différends mais telles ne sont pas ses préoccupations premières d'autant plus que le

« Professionnel » est rarement appelé à assumer les conséquences financières du règlement de ces différends.

L'introduction de tiers neutres spécialistes en prévention et règlement des différends permet donc au « Professionnel » du projet de se libérer de cette fonction de « *dispute resolver* » afin de se concentrer pleinement et exclusivement sur sa véritable mission, soit le succès technique du projet<sup>10</sup>.

## Fonctionnement d'un CRD.

La particularité du CRD est donc son implication active dans le déroulement du projet, du début jusqu'à sa toute fin. En effet, les membres du CRD restent constamment informés de l'évolution du projet, en assistant à certaines réunions périodiques de chantier avec les différents décideurs du projet et en ayant accès à toute la documentation du projet.

Étant donné la possibilité qu'ils aient à émettre une recommandation relative à un différend, les membres du CRD ne peuvent pas, contrairement au médiateur de projet, s'entretenir en privé avec l'un ou l'autre des membres de l'équipe de projet, lors de ces visites de chantier ou en tout autre moment.

En restant ainsi activement impliqués tout au long des travaux, les membres du CRD peuvent déceler des situations potentiellement conflictuelles et intervenir, en encourageant une meilleure communication et collaboration entre les intervenants pour les amener à les régler pour ne pas que ces situations dégénèrent en différends formels.

Ils peuvent également, à la demande d'une partie, émettre des opinions informelles (« advisory opinions »), très souvent verbalement, lors même des réunions de chantier et après délibération entre eux sur le champ.

L'expérience grandissante de ce modèle de CRD vécue par les opérateurs dans la dernière décennie, enseigne que son caractère prioritairement préventif fait en sorte que rares sont les différends qui dépassent ce stade préliminaire de résolution sur les projets où de tels CRD sont mis en œuvre.

Puis, si, malgré les efforts préventifs du CRD et la négociation directe entre les parties, un différend subsiste, l'une ou l'autre des parties peut alors demander qu'il soit soumis à un processus un peu plus formel de règlement consistant en une audition devant le CRD réuni spécifiquement à cette fin.

9 La Dispute Resolution Board Foundation (DRBF), tout comme la Chambre de commerce internationale (CCI) et l'American Association of Arbitration (AAA), publient un ensemble de règles détaillées sur leurs sites web respectifs.

10 L'American Institute of Architects (AIA) a d'ailleurs reconnu ce principe en introduisant le concept d'Initial Decision Maker (IDM), dans ses documents normalisés de 2007. Cet IDM est un tiers autre que l'architecte du projet, lequel est le premier appelé à trancher des différends contractuels et dont la décision peut être révisée par une médiation, un arbitrage ou même un procès subséquent.

Préalablement à cette audition, les parties soumettent au CRD un exposé écrit de leurs prétentions accompagné de la documentation pertinente à son soutien. Au moment de l'audition, chaque partie présente ses arguments appuyés des témoignages des personnes ayant une connaissance directe des faits. Il n'y a pas d'interrogatoires ni de contre-interrogatoires durant ce processus et les membres du CRD peuvent poser toutes les questions qu'ils jugent nécessaires pour faire une évaluation éclairée.

Bien que, sous cet aspect, le CRD puisse ressembler davantage à l'arbitrage, le processus est beaucoup moins formel puisque l'exposé des parties n'est pas assujéti aux règles de preuve ni de procédure, l'exercice se concentrant davantage sur la recherche des faits et des dispositions contractuelles qui s'y appliquent. Aussi, les membres du CRD ne sont pas limités à la seule preuve déposée devant eux et peuvent demander aux parties d'élaborer sur des points qu'elles n'auraient pas pensé soulever.

À la fin de l'audition, laquelle dure généralement au plus une journée, les membres du CRD procèdent à leurs délibérations puis émettent, dans un délai généralement très court, leur recommandation écrite, détaillée et motivée. Tel que mentionné précédemment, cette recommandation ne lie pas les parties mais elles peuvent avoir décidé au préalable que ladite recommandation puisse être déposée dans tout recours ultérieur ce qui, dans la majorité des cas, motive grandement les parties à trouver une solution négociée. En effet, quel décideur (juge ou arbitre) dans un recours subséquent écarterait une opinion exprimée par un ou trois experts d'expérience, choisis par les parties et ayant une connaissance approfondie du projet et de son évolution?

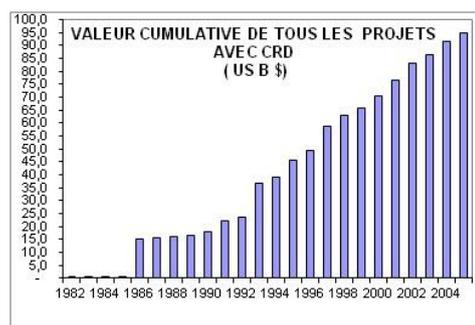
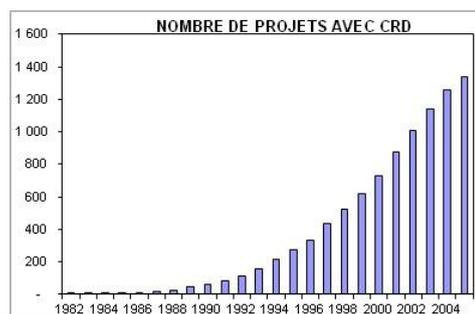
Dans la majorité des cas, les membres du CRD sont appelés à se prononcer sur le bien-fondé d'une réclamation, laissant aux parties le soin de négocier entre elles les aspects reliés au *quantum* (i.e. montant de leur réclamation). Une règle fondamentale des CRD est que toute recommandation doit être faite à l'intérieur des limites fixées par le contrat de construction principal, contrairement à la médiation où les parties peuvent s'entendre elles-mêmes sur une solution qui déborderait le cadre du contrat.

## Développement des CRD.

Le premier CRD, selon le modèle américain, a été mis en œuvre en 1975 lors de la construction du deuxième forage du tunnel

Eisenhower de l'autoroute I-70 au Colorado. Ce mode nouveau de prévention et règlement des différends était l'une des recommandations incluses au rapport du comité national américain sur la technologie des tunnels intitulé « *Better Contracting for Underground Construction* » émis un an auparavant, en 1974.

Or tel que le montrent les graphiques qui suivent publiés par la « *Dispute Resolution Board Foundation* » (DRBF) l'essor des CRD a véritablement pris son envol au milieu des années 1990 à partir de quand le nombre de projets qui les ont utilisés a triplé en l'espace de 10 ans.



Les statistiques<sup>11</sup> accumulées par la DRBF depuis 1982 révèlent les données impressionnantes suivantes quant à l'utilisation des CRD en Amérique du Nord;

- ✓ Les valeurs des projets sur lesquels un CRD a été mis en place se retrouvent sur une fourchette allant de un (1) projet de plus de 1 milliard de USD jusqu'à six (6) projets de moins de 1 million de USD en passant par cent (100) projets de moins de 5 millions de USD;
- ✓ Sur 58 % de ces projets, aucun différend ne s'est rendu jusqu'au stade de l'audition par le CRD;
- ✓ 98.7% des projets ont été complétés sans que les parties aient du avoir recours à un processus subséquent de règlement des différends;
- ✓ Les principaux donneurs d'ouvrage américains qui utilisent les CRD sur presque tous leurs projets sont les différentes autorités de transports tels que le *California Department of Transportation* (Caltrans) et le *Florida Department of Transportation* (FDOT). Caltrans utilise des CRD d'une personne (« Dispute

<sup>11</sup> [http://www.drb.org/database\\_intro.htm](http://www.drb.org/database_intro.htm)

Review Advisor ») sur tous ses projets supérieurs à trois (3) millions de USD mais inférieurs à dix (10) millions de USD et dont la durée est supérieure à cent (100) jours alors que FDOT, lui, réfère chacun de ses projets de moins de dix (10) millions de USD à un CRD régional.

- ✓ Les CRD sont utilisés sur une panoplie d'autres types de projets d'infrastructures publics, de tous les paliers de gouvernement, y compris des projets de bâtiments.

## Conclusion

Le CRD est un mode de prévention et de règlement des différends (PRD) distinct qui emprunte à la fois du « partnering », de la médiation, de l'évaluation neutre, de l'adjudication et de l'arbitrage. Il a été développé par les acteurs de l'industrie de la construction en réponse à leurs besoins spécifiques, dont celui principal de prévenir

puis régler les différends « en temps réel » au cours de l'exécution de leurs projets. Il démontre bien la créativité et la flexibilité propres aux modes de PRD qui peuvent être conçus ou adaptés « sur mesure » selon les besoins des parties et les caractéristiques de leur projet.

Pour reprendre un principe fondamental de la médiation, on pourrait même dire qu'un tel mode résulte de l'« empowerment » des acteurs de la construction qui ont ainsi décidé de s'approprier le règlement des inévitables différends inhérents à la réalisation de leurs projets, d'une façon qui en minimise l'impact négatif et qui leur évite le déploiement considérable de ressources, tant matérielles, humaines et de temps, requises pour les faire trancher par les tribunaux.

[Retour sommaire](#)

# Prévention et résolution des conflits interentreprises : Le principe de coopération pour un changement de perspective des protagonistes

Sèdjro A. L. HOUNTOHOTEGBÉ

Professeur, Faculté de droit - Université de Sherbrooke

## Introduction

Cette brève réflexion porte son intérêt sur le principe de coopération dans les modes amiables de prévention et de résolution des conflits interentreprises, en particulier en contexte de médiation organisationnelle. Elle trouve sa genèse dans un paradoxe qui peut être résumé dans les propos ci-après. De première part, la théorie de la négociation<sup>1</sup> soutient que seule la coopération entre les protagonistes permet l'atteinte d'un accord optimum, autrement dit une entente qui maximise l'ensemble des gains collectifs et qui est considérée comme la solution efficiente, car aucune autre combinaison ne produirait une entente qui serait collectivement meilleure. De seconde part, en contradiction avec la proposition précédente, des études suggèrent que les acteurs adoptent spontanément un comportement non coopératif dans les négociations, y compris lorsque cela est contraire à leurs intérêts<sup>2</sup>.

Partant de cette prémisse, il peut être logiquement soumis que malgré le fait que deux organisations en occurrence des entreprises décident de prévenir ou de régler un conflit par la médiation par exemple qui est un mode amiable de prévention et de résolution des conflits, il existe des chances que le processus aboutisse à un échec entre autres parce que les protagonistes n'auront pas adopté un comportement suffisamment coopératif ou qu'ils n'auront pas fait montre d'une attitude collaborative.

Il convient alors de formuler l'interrogation suivante : Quels sont les facteurs qui inhibent ou qui catalysent la coopération dans un processus de médiation interentreprises? Cette question permettra d'identifier quelques-unes des raisons qui font que la coopération n'est pas de mise ou se trouve stimulée entre des entreprises dans leurs interactions alors qu'elles choisissent un processus amiable pour prévenir ou régler un conflit entre leurs organisations.

Avant d'aller plus avant, il convient de préciser la notion de coopération. Le substantif féminin coopération se voit conférer plusieurs définitions dont les éléments essentiels peuvent être résumés ci-après. Tout d'abord

1 Howard RAIFFA, *The art and science of negotiation*, Boston, Harvard University Press, 1982; Robert AXELROD, *Donnant-Donnant, Théorie du comportement coopératif*, Paris, Odile Jacob, 1992; Murat YILDIZOGLU, *Introduction à la théorie des jeux*, Paris, Dunod, 2003; John VON NEUMANN, Oskar MORGENSTERN, *Theory of games and economic behavior*, Princeton, Princeton University Press, 1944.

2 Marwan SINACEUR, « Comportements de négociation, gains et coopération, résultats expérimentaux et conjectures », *Communication et organisation* [En ligne], 16 | 1999, consulté le 30 septembre 2017. URL : <http://communicationorganisation.revues.org/2289> ; DOI :10.4000/communicationorganisation.2289

dans sa construction, le mot coopération est formé du préfixe « co » qui signifie « avec », « ensemble », de « concert », accolé au radical « operatio » dont le sens est « travail », « ouvrage », « sacrifice ». La coopération peut prendre le sens d'action de participer avec au moins une autre personne à une œuvre ou un ouvrage commun. Il s'agit d'un acte délibéré, pour cette raison elle renvoie à l'idée de préférer un résultat collectif à un gain individuel.

La coopération est un principe crucial en médiation et d'une manière générale dans les procédés amiables de prévention et de résolution des conflits. Elle soulève des enjeux véritables tant en ce qui concerne les processus sans tiers intervenant comme la négociation interentreprises que dans les processus où un tiers impartial intervient telle la médiation interentreprises. De prime abord, il faut relever que la coopération est contre-intuitive dans les relations interentreprises, les protagonistes seront d'autant moins enclins à coopérer que l'antagonisme dû à l'existence d'un conflit aura tendance à exacerber l'esprit de compétition. En contexte de médiation par exemple, il importe dès le départ de la stimuler plutôt que de s'attendre à ce qu'elle apparaisse spontanément de protagonistes individualistes et calculateurs qui bien qu'étant des organisations cherchent avant tout à maximiser leurs gains individuels. La suite du propos démontrera que certaines postures des entreprises en médiation peuvent être qualifiées d'inhibiteurs de coopération (I) et d'autres attitudes vont plutôt avoir tendance à jouer le rôle de catalyseurs de coopération (II).

## Les inhibiteurs de coopération interentreprises

De prime abord, il convient de relever que dans les modes amiables de prévention et de résolution des conflits, quels que soient les protagonistes du différend, qu'il s'agisse d'individus, d'entreprises ou de tout autre type d'organisations, c'est toujours des personnes physiques qui interagiront dans le processus. Ce facteur ne peut être sous-estimé quand vient le temps d'analyser la dynamique de ces processus. De plus, le contexte de compétition interentreprises accentuera une tendance à la maximisation du gain individuel des protagonistes, néfaste pour la coopération dans les processus de prévention et résolution des conflits (I.1.). Par ailleurs, le fait que les organisations vont généralement non pas considérer intrinsèquement la valeur de leur gain, mais le comparer à celui de l'autre

constitue également un facteur inhibant la coopération (I.2.).

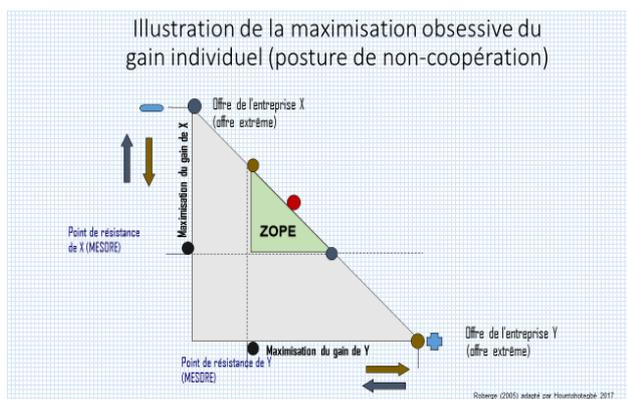
### La maximisation obsessionnelle du gain individuel

Il est maintenant admis dans le domaine des modes amiables de prévention et de résolution des conflits que la coopération ou les comportements coopératifs ne sont pas innés chez les protagonistes, qu'ils doivent être appris et stimulés. La tendance naturelle ou spontanée dans les processus de médiation par exemple qu'il s'agisse d'acteurs individuels ou organisationnels est la mise en œuvre de stratégies de non-coopération ou distributives qui privilégient une logique compétitive ou de confrontation. Le raisonnement des acteurs est souvent teinté de différents biais cognitifs et manichéens. Il y aura une tendance à qualifier le comportement de l'autre et parallèlement à se voir en protagoniste vertueux pour s'attribuer les plus grands mérites. Par ailleurs, le conflit existant a pu faire naître une certaine crainte et souvent il s'est installé de la méfiance entre les entreprises impliquées dans le processus de médiation.

Il a été mis en évidence, que peu importe, les configurations de négociation (bilatérale, multilatérale), les protagonistes au lieu d'opter naturellement pour des solutions équitables et justes collectivement dans une situation donnée, auraient plutôt tendance à pencher vers la maximisation de leurs gains individuels au détriment des autres protagonistes<sup>3</sup>. Cet état de fait s'applique également aux contextes d'interactions entre entreprises. Autrement dit, dans une médiation entre deux entreprises, qu'elle soit préventive ou pour régler un conflit, chaque entité va plutôt pencher vers des postures extrêmes les favorisant outrageusement au préjudice chacune de l'autre plutôt de tenter de rechercher immédiatement un point d'équilibre bénéfique pour tous. A priori rationnelle et compréhensible, il est démontré que cette posture stratégique est contre-productive dans les processus amiables de prévention et de règlement des conflits<sup>4</sup>. En effet, les stratégies à l'individualisme exacerbé en médiation ont pour conséquence qu'elles recèlent une probabilité plus élevée d'échec du processus malgré l'existence d'une zone d'entente potentielle contre une concession marginale. Autrement dit, bon nombre de processus amiables de prévention et de résolution de conflits interentreprises, n'aboutissent pas à un

<sup>3</sup> Marwan Sinaceur, « Comportements de négociation, gains et coopération, résultats expérimentaux et conjectures », Communication et organisation [En ligne], 16 | 1999, consulté le 30 septembre 2017. URL : <http://communicationorganisation.revues.org/2289> ; DOI :10.4000/communicationorganisation.2289

<sup>4</sup> Marwan Sinaceur, « Comportements de négociation, gains et coopération, résultats expérimentaux et conjectures », Communication et organisation [En ligne], 16 | 1999, p.3 et s. (consulté le 30 septembre 2017).URL:<http://communicationorganisation.revues.org/2289>;DOI:10.4000/communicationorganisation.2289.



accord alors qu'il aurait été potentiellement plus bénéfique pour les protagonistes de conclure une entente quel qu'elle soit ou même avec des gains minimes plutôt que pas d'entente du tout ce qui signifie aucun gain du tout<sup>5</sup>. Il est possible de noter dans ces circonstances l'existence dans les organisations d'une sorte de biais psychologique qui entraîne comme une dissonance cognitive qui fait qu'une entreprise obsédée par l'idée de gagner seule ainsi que la maximisation de son gain individuel est prête à accepter de tout perdre.

Bien que la compétition entre entreprises soit un fait avéré, il est difficilement compréhensible que cette compétition entraîne dans une médiation une absence totale de coopération au point qu'un des acteurs pourrait préférer le plus grand gain possible pour lui quitte à faire perdre la face ou humilier l'autre, pire, soit prête à prendre le risque de ne rien gagner du tout parce qu'elle ne vise que la maximisation de son gain individuel.(cf. encadré ci-après)

#### L'influence de l'écart entre les gains des protagonistes

Un autre facteur inhibiteur de la coopération dans les processus amiables de prévention et de résolution des conflits interentreprises est la valeur accordée au gain de l'autre par chaque protagoniste. Le milieu entrepreneurial en est un de lutte pour la conquête de parts de marché, de négociations serrées pour la conclusion de contrat ou encore de recherche et de maximisation du profit. Toutefois, faut-il concevoir que l'étalon de cette recherche de bénéfice soit le gain de l'autre? Il y a là la marque d'une nuance non négligeable qu'il convient de saisir. Dans les lignes qui vont suivre, l'analyse montrera que dans une médiation par exemple, la trop grande focalisation par une des entreprises ou même les deux sur les gains que ferait chacun à l'issue du processus peut agir tel un inhibiteur

de coopération et donc d'entente bénéfique pour tous.

Sans que cette tendance soit propre aux modes de prévention et règlement des conflits interentreprises, des études démontrent que dans une médiation entre entreprises, il existe une forte probabilité qu'une entente soit rejetée par l'une des entreprises impliquées dans le processus, bien qu'elle puisse être considérée objectivement comme une bonne entente. La raison viendrait du fait que l'entreprise qui reçoit la proposition d'entente considère comme trop important le gain que recueillerait l'autre entreprise lors de la conclusion de l'entente. Dans l'hypothèse où chaque société ignorerait ce que gagne l'autre, le pourcentage d'acceptation des ententes s'accroît considérablement. Cela signifie que tant dans les processus amiables de prévention et de résolution des conflits interindividuels ou interentreprises, en plus de la maximisation de leurs gains propres, les protagonistes prêtent particulièrement attention aux gains de leur vis-à-vis et se montrent sensibles aux écarts de gains entre eux. Plus cet écart est important, plus la probabilité d'entente diminue. Même en contexte interorganisationnel, les protagonistes apprécient subjectivement les résultats d'un processus amiable de prévention et de résolution de conflits telle la médiation. La perception que les protagonistes peuvent avoir du gain plus ou moins important de l'autre a une influence sur la valeur accordée à ses propres gains. Un tel effet sera sans doute exacerbé dans les contextes de relations interentreprises dans lesquels l'interaction sera souvent fortement concurrentielle.

On ne peut s'empêcher de relever le côté irrationnel de la décision de ne pas conclure d'accord lorsqu'elle est fondée uniquement sur l'importance du gain que la même entente rapporterait à l'autre protagoniste. L'on peut dès lors avancer qu'à partir d'une démarche rationnelle, soit la comparaison avec autrui afin d'évaluer ses propres gains, l'on aboutit à des décisions et des comportements irrationnels se manifestant par un refus total de collaboration avec l'autre entreprise avec laquelle il y a conflit dans le cadre d'une médiation par exemple. Cette posture est dans certaines hypothèses proprement déraisonnable, car une entreprise ne devrait pas refuser de conclure une entente et de faire un gain tout simplement parce qu'elle estime que le gain l'autre entreprise protagoniste du processus serait trop important. Bien que la prise en considération du gain de l'autre entreprise est utile pour apprécier la valeur des concessions que l'on a faites, la valeur d'une entente

<sup>5</sup> Marwan Sinaceur, « Comportements de négociation, gains et coopération, résultats expérimentaux et conjectures », Communication et organisation [En ligne], 16 | 1999, p.3 et s. (consulté le 30 septembre 2017.URL:<http://communicationorganisation.revues.org/2289>.DOI:10.4000/communicationorganisation.2289).

devrait s'apprécier eu égard des bénéficiaires qu'elle rapporte à celui qui l'accepte.

La première de cet article identifiait quelques facteurs inhibiteurs de la coopération dans une médiation interentreprises. Ce qui semble manquer pour stimuler sans doute la coopération interentreprises dans ces contextes c'est que les entreprises aient une vision claire des gains potentiels qu'engendrera une collaboration étroite dès l'entame du processus, qu'elles communiquent d'une manière franche et efficace aussi qu'elles adoptent une attitude cohérente tout au long du processus afin de ne pas envoyer des messages contradictoires ou brouillés à l'autre protagoniste. Toutefois comme il sera exposé dans la deuxième partie de l'article d'autres facteurs peuvent jouer le rôle de catalyseur de la coopération.

## Les catalyseurs de coopération interentreprises

À la suite de ce survol de quelques facteurs inhibiteurs de la coopération dans les processus amiables de prévention et de résolution des différends, il est pertinent d'explorer à présent ceux qui sont susceptibles de la stimuler. Dans cet objectif, il est soumis que la théorie du « solidarisme procédural » recèle le potentiel de faire naître un contexte propice à la prévention ou au règlement amiable de conflits interentreprises (II.1). De même, bien que le présent article, s'intéresse aux relations interentreprises en particulier, on soutiendra que l'interaction individuelle entre les représentants des organisations et l'ombre de l'avenir ont une influence décisive pour améliorer la coopération dans les processus de prévention et résolution amiables de conflits notamment en médiation interentreprises (II.2).

### Le solidarisme procédural pour stimuler la coopération

Pour tenter de donner un premier aperçu de la théorie du « solidarisme procédural », il peut être affirmé qu'elle est inspirée de la théorie du solidarisme contractuel développée en droit classique des obligations, mais trouve dans le contexte des processus amiables de prévention et de résolution des conflits un terrain beaucoup plus propice et donc plus approprié pour sa pleine expression.

En droit des obligations, la théorie du solidarisme contractuel est cette école de pensée qui soutient une vision plus sociale du droit que la théorie libérale du volontarisme contractuel pur. L'un des précurseurs de la théorie du solidarisme contractuel fut René

Demogue qui pour illustrer son idée soutenait que les contractants forment en quelque sorte une microsociété, ce qui justifierait que chacun travaille en vue de l'atteinte des buts communs à l'identique de sociétés civiles ou commerciale. Il soutient qu'à l'antagonisme des positions du créancier et du débiteur se substituerait la convergence ou la réunion de leurs intérêts et donc un devoir de collaboration<sup>6</sup>. La recension de la littérature juridique favorable à la théorie du solidarisme contractuel permet de comprendre qu'elle est une doctrine qui érige en principe du droit des contrats les exigences de loyauté, de solidarité et de bonne foi et prône l'obligation pour les contractants de collaborer<sup>7</sup>. Deux auteurs québécois dans un article sur le solidarisme contractuel en matière de contrat de cautionnement en fournissent une vision éclairante. Ils affirment que le solidarisme contractuel est : « une volonté d'avoir une conduite irréprochable à l'égard de son partenaire. Cela se traduit par la prise en charge des intérêts de chaque contractant dans une conception réflexive de l'engagement non pas au regard de ses intérêts propres, mais de l'entente globale. »<sup>8</sup> Le Pr Denis Mazeaud quant à lui résume le solidarisme contractuel dans le triptyque suivant : « Loyauté, solidarité, fraternité »<sup>9</sup>. Voilà qui donne une idée des postulats de la théorie du solidarisme contractuel.

Cependant, certains auteurs reprochent au solidarisme contractuel l'idée que par une vision trop sociale et fraternelle de la relation contractuelle incluant les relations interentreprises, cette théorie ne prendrait pas suffisamment en compte le fait que le contrat tend d'abord à satisfaire les intérêts souvent antagonistes de chacune des parties. Il est aussi reproché au solidarisme contractuel de porter atteinte à la fois à la force obligatoire des contrats et à la sécurité contractuelle<sup>10</sup> par l'extrême élargissement de la notion de bonne foi. Le monde des affaires par exemple n'en est pas un de charité ou de sentiment et la bonne foi doit être interprétée de manière restrictive. L'idée soutenue est que dans le cadre de relations contractuelles comme dans les relations interentreprises la bonne foi impose tout au plus de la loyauté, mais pas un devoir général de coopération désintéressée ou altruiste notamment par la prise en compte

<sup>6</sup> René DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. 6, « II. Effets des obligations », Paris, Rousseau, 1931, n° 3, p. 9.

<sup>7</sup> COLLOQUE « Le solidarisme contractuel Mythe ou réalité ? », Centre d'Études Juridiques et Politiques (CEJEP) | Université de La Rochelle, 2002.

<sup>8</sup> André Bélanger et Ghislain Tabi, « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement » (2006) 47:3 C. de D. 429, p.462.

<sup>9</sup> D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », dans

M.-A. FRISON-ROCHE et autres (dir.), *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*,

Paris, PUF, 1999, p. 604, à la page 609.

<sup>10</sup> Christine LeBrun, *Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat*, Montréal, LexisNexis, 2014, p. 29 n° 79.

des intérêts du cocontractant ou n'inclut pas un devoir de s'apporter mutuellement assistance<sup>11</sup>.

Pourquoi malgré ces critiques s'inspirer de la théorie du solidarisme contractuel pour fonder la théorie du « solidarisme procédural » ci-après proposée comme catalyseur de la coopération ? La raison immédiate est qu'à rebours de ces analyses du solidarisme contractuel en droit des obligations, il peut être posé que ce n'est pas tout à fait ni la même idée qui est soutenue ni le même contexte dans lequel on se trouve lorsqu'est proposée l'idée de « solidarisme procédural » comme fondement théorique au principe de coopération dans les processus de médiation interentreprises.

En tout premier lieu, lorsqu'il est question de coopération dans les modes amiables de prévention et de résolution de conflits interentreprises, il faut comprendre qu'on n'est plus strictement parlant ni dans la formation ni dans l'exécution d'un contrat, mais dans un processus destiné à prévenir ou résoudre un conflit né d'une relation contractuelle ou extracontractuelle préalable. L'objet du processus est tout autre et il ne peut ni se comprendre ni se concevoir sans coopération. Seule, la coopération donne tout son sens à un processus de prévention et de règlement amiable et assure aux protagonistes ensemble les plus grands gains. Les mêmes raisons font qu'il peut être soutenu qu'il faudrait tout mettre en œuvre afin que se crée un contexte de « solidarité procédurale » fondé sur la collaboration, la compréhension mutuelle et la prise en compte des intérêts réciproques des entreprises engagées dans le processus de médiation interentreprises le cas échéant.

En peu de mots, la théorie du « solidarisme procédural » pourrait être définie comme ce cadre conceptuel des processus amiables de prévention et résolution des différends fondé sur le principe de coopération, qui transcende les obligations de loyauté et de ne pas nuire par la substitution d'une dynamique collaborative à celle d'affrontement. Suivant cette définition, bien qu'inspirée du solidarisme contractuel, la théorie du « solidarisme procédural » paraît trouver dans le domaine des modes amiables de PRD à cause de l'esprit propre à ces processus un terrain plus propice à son rayonnement et peut y servir d'assise théorique au principe de coopération. Il est une théorie idoine en l'espèce, car il recèle le potentiel de changer la perspective d'affrontement présent dans les contextes d'antagonisme d'intérêts dans lequel se

trouvent généralement les protagonistes dans les modes amiables de PRD par celle de coopération en même temps qu'il sert de catalyseur à la collaboration interentreprises.

Le contexte sera le plus souvent celui d'entreprises qui décident volontairement de tenter de régler un différend né ou éventuel par des processus souvent non autoritaires, fondés sur la bonne volonté et l'intermédiation d'un tiers impartial et sans pouvoir de décision. L'on comprend que ces processus n'auront aucune chance d'aboutir s'il y a absence de coopération sous-tendue par le « solidarisme procédural ». S'il est mis de côté les cas où ces processus peuvent être détournés de leur objectif, seule une collaboration franche, la prise en compte véritable des intérêts de son vis-à-vis permettront la mise en œuvre d'un processus créatif, dynamique et potentiellement propice à l'élaboration d'une entente à valeur ajoutée. Dans les modes amiables de PRD, la bonne foi n'implique pas seulement, comme dans une relation contractuelle classique, l'obligation de se comporter loyalement et l'absence d'intention de nuire au cocontractant, c'est sans doute là que les modes amiables de prévention et de résolutions des conflits se distinguent très nettement de la simple relation contractuelle. Il s'agit d'une étape autre de la relation entre les protagonistes, celle où les entreprises tentent de prévenir ou de résoudre un conflit par un processus amiable, coopératif, collaboratif et basé sur la maximisation des intérêts collectifs des acteurs. Le « solidarisme procédural » implique que les entreprises protagonistes du conflit ne devraient pas s'engager dans les modes amiables de PRD pour se combattre, d'autres forums et d'autres processus sont plus appropriés pour l'affrontement. Il signifie que devrait se nouer entre les entreprises engagées dans les modes amiables de PRD une sorte d'alliance objective, il recommanderait même fortement qu'elles se considèrent très rapidement comme des partenaires embarqués dans le même bateau qui doivent œuvrer ensemble pour arriver à bon port, qu'elles identifient le plus tôt possible leurs intérêts communs autres que la seule volonté d'éviter un procès et qu'elles collaborent pour atteindre les buts communs qu'elles auront préalablement identifiés.

Faut-il le rappeler, la médiation est un processus qui repose essentiellement sur la bonne volonté des protagonistes. Tout l'art et la science du tiers intervenant, le médiateur, sont de réussir à transformer le contexte d'antagonisme entre les acteurs en un contexte de coopération et il est proposé ici que la théorie du solidarisme procédural

<sup>11</sup> Christine LeBrun, Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat, Montréal, LexisNexis, 2014, p.29 n° 81 citant Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, Droit des obligations, 5e éd., vol. 1, « Contrat et quasi-contrat », Paris, Litec, 2010, n° 334, p. 205.

pourrait notamment l'y aider. En effet, la théorie du solidarisme procédural tel que soumis dans cet article pourrait servir de soubassement théorique au déploiement de toute une palette de méthodes et de techniques de gestion des conflits dont fait partie l'approche intégrative de résolution des problèmes. Le médiateur en s'appuyant sur la théorie du solidarisme procédurale doit entre autres tenter d'aider les protagonistes à transiter de leurs positions, expressions rigides de leurs prétentions vers leurs intérêts, expressions rationalisées de leurs véritables besoins et motivations.

Il ne faut cependant point se leurrer, il est évident que si les entreprises en conflit engagées dans un processus de résolution à l'amiable de leur différend ne sont pas disposées à composer avec la dynamique propre de la médiation, si elles ne sont pas prêtes à adopter une mentalité intégrative, si elles ne conçoivent pas un instant d'envisager le point de vue de l'autre, en un mot si pour la médiation pour elles c'est tout ou rien, le processus est voué à l'échec. Cela dit, la pertinence de la théorie du solidarisme procédural et son potentiel transformateur demeurent intacts.

### L'importance des relations interindividuelles et l'ombre de l'avenir

L'un des paradoxes des modes amiables de résolution des conflits est que même dans des contextes interentreprises d'extrême compétition, il arrive tout de même que des comportements et des attitudes de coopération s'installent. Quelques propositions peuvent être faites pour expliquer ce phénomène.

D'emblée, il ne faut pas perdre de vue que même dans les processus de prévention et de résolution amiable de conflits interentreprises soit dans des contextes d'interaction organisationnelle, telle la médiation, c'est tout de même des individus qui sont les acteurs agissant dans ces processus. Afin de stimuler la coopération, il est indispensable de ne pas négliger les interactions entre les représentants des entreprises et d'accorder de l'importance à l'avenir.

Bien que le mot interaction soit d'usage courant, les divers emplois qu'il connaît n'impriment pas à la notion d'interaction son trait essentiel. Il devient alors utile d'en circonscrire l'essence. Le terme interaction ne bénéficie pas d'une définition unique. La notion d'interaction peut être définie comme un ensemble de rapports et relations d'influence mutuelle constitué d'échanges simultanés et réciproques de messages nécessitant la coprésence des protagonistes. Cette définition

de l'interaction permet de percevoir que l'interaction est une sous-dimension de la communication. Il ne peut être nié que la médiation interentreprises constitue elle-même un processus de communication, l'interaction représente alors un élément central de toute médiation. L'interaction entre les organisations protagonistes d'une médiation pour augmenter les chances de coopération doit notamment être transparente. La transparence peut être définie comme la qualité d'une personne dont les pensées et les sentiments sont faciles à comprendre, à deviner. Dans une acception proche, elle désigne aussi la qualité d'une institution qui informe complètement sur son fonctionnement, ses pratiques. En médiation, on retiendra dans une conception large de la transparence qu'elle qualifiera les attitudes, les comportements facilement compréhensibles, intelligibles des acteurs du processus. C'est l'expression extérieure d'un état d'esprit qui exprime la cohérence entre les intentions et les actes.

Il apparaît que la stabilité des interlocuteurs même dans le contexte interentreprises est un catalyseur de coopération. Si malgré une relation interentreprises qui dure dans le temps les interlocuteurs changent trop fréquemment, en cas de conflit, il sera difficile d'atteindre dans une médiation une coopération optimum entre les organisations. Tandis que la stabilité des interlocuteurs est un gage de comportements coopératifs puisqu'avec le temps, les protagonistes se connaissent mieux, la confiance s'installe. Cette confiance a le potentiel de créer de la sympathie entre les protagonistes et facilitera l'instauration de comportements coopératifs tant pour prévenir la survenance de différends que le règlement de conflits éventuels. En effet, la sympathie génère de la bienveillance et même parfois de l'altruisme, cet état de fait aura tendance à changer les paradigmes des protagonistes et leurs stratégies respectives vers l'adoption d'une seule et même stratégie à savoir la coopération qui présente l'avantage d'assurer des gains à tous les protagonistes du mode amiable de prévention et de résolution des conflits, telle la médiation.

La stabilité des interlocuteurs produit donc une interaction beaucoup plus propice à la coopération interentreprises dans un objectif de prévention et de règlement amiable des conflits. Chaque interlocuteur des différentes organisations détient en quelque sorte la mémoire des interactions passées et une certaine assurance de continuité de relations futures.

La potentialité de relations futures avec la même entreprise ou le même interlocuteur doit

aussi être retenue comme un catalyseur de la coopération. Les entreprises qui ont la certitude qu'elles devront continuer à collaborer sous diverses formes ne peuvent pas adopter la même attitude en médiation que si elles n'avaient plus jamais d'interaction. Ce facteur change considérablement la dynamique du processus. Si deux entreprises entament un processus de médiation avec la certitude de ne plus jamais avoir de relation, il est fort probable qu'elles adopteront une attitude de coopération minimale voire de non-coopération totale. Les conséquences d'un défaut de collaboration sont pour elles minimes hormis le risque d'échec du processus. Les conséquences d'actes non coopératifs se trouvent amplifiées avec des risques élevés de représailles de l'autre entreprise et même une possibilité d'escalade avec l'assurance de pertes et dommages mutuels. L'ombre de l'avenir à travers le fait que les entreprises savent qu'elles poursuivront une interaction sur une période plus ou moins longue influe sur les attitudes comme un catalyseur de comportements collaboratifs inter-organisationnels dans les processus amiables de résolution des conflits.

### Conclusion

Au seuil de cette étude, il était relevé le paradoxe entre les bénéfices potentiels de la coopération dans les processus amiables de prévention et résolution des conflits, telle la médiation et une sorte de penchant naturel des entreprises à la compétition et aux stratégies de non-coopération. L'occasion fut saisie de faire une brève analyse des facteurs inhibiteurs et catalyseurs de la coopération dans les processus de médiation interentreprises.

En guise de synthèse, quelques points saillants méritent d'être rappelés. Le contexte organisationnel est un contexte hypercompétitif dans lequel la coopération n'est pas innée, mais doit être stimulée. Comme facteur inhibiteur, de la coopération a été identifiée la recherche obsessive de gains individuels. Les entreprises obnubilées par la poursuite de leur seul intérêt et les bénéfices individuels privilégieront généralement une posture compétitive dans une médiation avec une approche distributive du processus. Le gain perçu de l'un est corrélativement associé à une perte de l'autre. La méfiance entre les organisations est omniprésente ce qui tend à ne pas favoriser les actes de collaboration et donc un climat de coopération. Le deuxième

facteur inhibiteur de la coopération identifié est l'influence de la perception de l'écart entre les gains des protagonistes. La comparaison que les entreprises opèrent dans un processus de médiation entre leur gain et celui de l'autre protagoniste aurait tendance à les conduire à des choix irrationnels. En contexte de médiation interentreprises, une des entreprises pourrait refuser une offre objectivement bonne pour elle en raison du fait qu'elle considère que cette offre avantage trop l'autre protagoniste. Elle préfère alors tout perdre plutôt que tout en gagnant, l'autre fait un gain beaucoup plus important.

Cela dit, dans la médiation interentreprises la coopération peut tout de même s'instaurer entre les organisations notamment par des éléments qualifiés de catalyseurs de coopération. Il est suggéré dans la deuxième partie de l'article que le cadre théorique du « solidarisme procédural » est l'un de ces catalyseurs de coopération. Il peut servir d'assise conceptuelle à la coopération dans la médiation interentreprises. Le « solidarisme procédural » permet le dépassement des antagonismes pouvant exister entre les entreprises dans une médiation organisationnelle en substituant une dynamique collaborative à celle d'affrontement. Il opère un renversement de la perspective des processus amiables de prévention et résolution des conflits et stimule la coopération. Un autre catalyseur de coopération en médiation interentreprises soumis par l'article consiste dans la qualité des relations interindividuelles et l'ombre de l'avenir. Le propos relève que même en contexte de relation interentreprises, il importe de prêter une attention particulière aux interactions interindividuelles qui constituent le baromètre d'un climat coopératif dans les processus de prévention et résolution amiables des conflits. Finalement, l'ombre de l'avenir, l'éventualité de relations futures participent grandement à ce que des entreprises en médiation privilégient un comportement de coopération plutôt qu'un comportement de compétition.

Finalement, qu'il s'agisse des inhibiteurs ou des catalyseurs de coopération, il ne faut jamais oublier que l'échec ou la réussite d'un processus de résolution amiable de conflits repose principalement sur la volonté des protagonistes, dans le cas d'espèce il s'agit des entreprises aux prises avec le différend.

[Retour sommaire](#)

# La confidentialité : Principe directeur du processus de médiation interentreprises

Par Laurent IZAC,

Maître de Conférences, Université de TOULOUSE

## Préambule :

Le principe déontologique de confidentialité qui pèse sur le Médiateur et la nécessité de maintenir cette dernière au cœur du déroulé d'un processus de Médiation est assurément une préoccupation transverse de l'essence même de toutes médiations.

En revanche cette confidentialité se pare d'une dimension cardinale dès lors qu'elle s'inscrit dans la vie des Affaires et dès lors que seront en médiation traitées, discutées et solutionnées des conflits dont le risque de destruction d'une économie et des emplois ne peut être éludé.

La vie des Affaires en ce qu'elle met en scène des relations multiples et des modes opératoires complexes, conduit alors à mettre en exergue dans un espace de médiation les contextes concurrentiels, les tentations procédurières et les comportements déloyaux propres à nourrir des volontés guerrières ou à alimenter les espoirs de chute de son principal rival.

La confidentialité – principe ici non négociable - qui irriguera la totalité du processus de médiation et qui sera tenu comme un vecteur de conduite commun et partagé favorisera l'instauration d'une confiance tout aussi cardinale à la progression et l'amélioration de la vie des Affaires. Il est en effet crucial que les personnes puissent s'exprimer librement et sans la crainte que leurs dires soient divulgués et exploités hors de la médiation.

Pour illustrer le propos et avant de dérouler les réflexions de fond, prenons l'exemple simple et fréquent de deux sociétés ou prestataires individuels qui désirent collaborer de manière continue et permanente, en vue de développer une activité ou un produit, les deux entreprises vont mettre ici en commun ressources, forces et stratégies afin d'atteindre un objectif commun et la relation partenariale ainsi définie va permettre aux entrepreneurs de prospérer par une définition antérieure de la nature des échanges et du prix de la prestation en contrepartie d'obligations réciproques conformes au droit positif.<sup>1</sup> Il en va ainsi, par

exemple pour une société qui serait dépourvue de force commerciale spécifique *par exemple un spécialiste d'un type de clients ou de réseaux déterminés qui a un focus étroit de son marché.*

On peut également évoquer la situation d'un constructeur aéronautique et de l'un de ses sous-traitants qu'un différend oppose s'agissant de la facturation de certaines pièces détachées dont les caractéristiques ont été modifiées lors de la mise en production afin de réduire la consommation en carburant de l'appareil. Pris par l'urgence de ne pas retarder les livraisons (de lourdes pénalités de retard étant prévues au contrat de vente des appareils), les partenaires s'étaient avant tout concentrés sur les éléments techniques assurant l'optimisation recherchée. Or, l'évaluation des incidences financières qui avait été remise à plus tard est aujourd'hui à l'origine d'un différend entre les parties.

Le recours à la médiation et le principe de confidentialité qu'elle recèle apparaissent en ce cas particulièrement précieux. Non seulement la médiation tendra à préserver la relation entre les partenaires mais la confidentialité qu'elle offre aux parties leur permettra d'avancer en confiance dans la recherche d'un terrain d'entente. Des éléments financiers propres à chacune des parties, le détail de certains procédés de fabrication pourront être « mis sur la table » pour nourrir la recherche d'une solution pérenne, solutionnant cette difficulté et offrant une base de référence pour des contrats ultérieurs. Mais la confidentialité permettra encore de cacher aux yeux des tiers (concurrents, clients, presse, etc.) l'existence même de ce différend. Les partenaires apparaissant ainsi parfaitement unis comme il est de coutume entre eux.

Mais pour mieux voyager dans le pays de la Médiation Entreprise, plongeons au fond de la question.

« **Secret de trois, secret de tous** ». Ce proverbe bien connu résume assez bien la précarité du secret. Celui-ci se fragilise d'autant plus que le cercle des personnes se trouvant dans la confiance s'élargit. En règle générale, celui qui détient un secret ou une information qu'il ne veut voir divulguer, la conserve pour lui seul. Enfermé dans le coffre-

« Secret de trois, secret de tous ».

<sup>1</sup> Il est à noter que dans ce type de relation sera en amont conclu un contrat de partenariat qui posera les modalités pratiques, l'objet et le périmètre de ce dernier et qui inclura quasi systématiquement une clause de confidentialité (ou NDA).

fort de son silence, le secret pourra ainsi être tenu à l'abri des tiers. Mais il peut arriver que, par nécessité ou envie, il confie son secret à quelqu'un d'autre. En ce cas, l'information ainsi confiée, livrée sous le sceau de la confiance, prend un caractère confidentiel. Celui qui fait désormais partie du cercle des personnes informées ne doit pas, à son tour, révéler ce qu'il sait. Le proverbe nous met cependant en garde contre le risque pris. A présent détenteur du secret, celui qui a été placé dans la confiance se trouve être également, dans les faits, maître du secret. Pour que le secret demeure préservé, il faut que la confidentialité soit maintenue. C'est à cet égard que, si cette confidentialité lui apparaît légitime, le droit pourvoit naturellement à sa préservation.

Dans le cadre d'un litige, la dimension confidentielle de certaines informations présente bien souvent une importance essentielle. Chacune des parties détient des informations qu'elle ne souhaite évidemment pas livrer à l'autre parce que ce serait, sinon, lui offrir des « armes » contre elle. Chaque partie et son conseil se trouvent ainsi dans un cercle de confidentialité<sup>2</sup> dont elle exclut naturellement l'autre. La logique du procès tend alors à la confrontation des prétentions, lesquelles s'appuient sur des éléments de fait et de droit. On sait qu'en vertu de l'adage *probatio incumbit actori*, les éléments de fait doivent être prouvés par celui qui s'en prévaut. Il est alors logiquement hors de question pour une partie de décharger l'autre du fardeau de la preuve en lui offrant les informations nécessaires ou en reconnaissant la véracité d'un certain nombre de faits jouant à son détriment<sup>3</sup>.

Le processus de médiation rompt fondamentalement avec cette logique. En mettant en présence les parties, le médiateur va s'efforcer d'engager un dialogue entre elles afin que leurs points de vue, au départ incompatibles, se rapprochent suffisamment pour qu'une solution puisse être trouvée. Cette solution sera non seulement le fruit de l'accord des médiés mais aussi le produit de leur dialogue. Ce sont les médiés eux-mêmes, avec l'aide du médiateur, qui vont construire la solution. Or, pour aboutir à cette solution, il est indispensable d'alimenter le processus de discussion. Il faut que les points de vue respectifs évoluent, ce qui implique la reconnaissance de certains faits, la révélation de certaines informations jusqu'alors détenues secrètes, ou même simplement niées, par le médié concerné. C'est à cette occasion que le médié peut avoir le sentiment de prendre un

risque. Se référant, plus ou moins consciemment à la logique du procès, il peut être réticent à fournir ce qui lui semble être des « armes » pour l'autre partie. Livrer de tels éléments revient en quelque sorte à se livrer soi-même. C'est-à-dire, peut-il craindre, à se placer à la merci de l'autre partie. La confidentialité du processus de médiation joue alors un rôle décisif puisqu'elle assure aux médiés que les révélations qu'ils pourraient faire à cette occasion ne pourront être utilisés en dehors de celle-ci. Le processus de médiation élargit ainsi le cercle de confidentialité qui englobe désormais médiés et médiateur. Il est donc certain que le secret est devenu celui de trois... Secret de trois, secret de tous ?

Pour contredire le proverbe, le droit doit imposer la confidentialité comme l'un des principes directeurs du processus de médiation. En effet, il ne faut pas oublier que celui-ci peut échouer. Ce qui, dans certains cas, conduira le combat judiciaire à reprendre de plus belle. Mais, même en cas de réussite, la révélation de certains éléments exposés lors de la médiation pourrait être dommageable à l'une ou l'autre des parties. C'est pour cela que la confidentialité est appelée à jouer un rôle central pour maintenir l'intérêt original que présente le processus de médiation. Dans le contexte d'un différend entre deux professionnels, la confidentialité sera d'autant plus attendue que le « secret des affaires » apparaît comme une composante naturelle des relations interentreprises. En effet, pour envisager la médiation comme mode amiable de règlement d'un différend commercial, il est indispensable que ce procédé garantisse aux parties le respect d'un cadre minimal sur lequel elles pourront compter. Si l'issue heureuse du processus n'est pas assurée, du moins emprunter la voie de la médiation doit-elle garantir qu'un certain nombre de principes devront être respectés. La confidentialité en fait partie parce qu'elle participe de la maîtrise attendue par les parties faisant le choix de ce mode de résolution de leur différend. Maîtresses de l'élaboration d'une solution tout comme de poursuivre ou d'interrompre le processus, elles entendent également maîtriser les conséquences de la médiation, qu'elle aboutisse à un échec ou à une réussite. A défaut, le choix de la médiation apparaîtrait comme inutilement risqué et ne pourrait donc être sérieusement envisagé.

Malgré ce rôle cardinal, la confidentialité n'a pourtant été que récemment consacrée par le droit français comme un principe directeur du processus de médiation. En effet, si la médiation est certes apparue dans la

<sup>2</sup> Les règles déontologiques de l'avocat lui imposent le "secret professionnel".

<sup>3</sup> L'aveu reste toujours possible. Mais il est souvent le fruit d'une maladresse ou d'une imprudence.

législation française en 1995, c'est en étant tout à la fois maladroitement mêlée à la conciliation et uniquement abordée sous le seul angle judiciaire<sup>4</sup>. Il aura ainsi fallu attendre un peu plus d'une quinzaine d'années supplémentaires pour que le droit positif traite enfin de la médiation de façon spécifique et lui consacre un cadre commun accueillant aussi bien ses formes conventionnelle que judiciaire<sup>5</sup>.

Cette consécration légale conduit tout d'abord à s'interroger sur les fondements du principe de confidentialité dans le processus de médiation (I). Outre l'affirmation du principe désormais acquise, il faut ensuite établir de quelle façon ce même droit français l'entoure d'un certain nombre de garanties destinées à en assurer l'effectivité (II).

## Les fondements du principe de confidentialité :

Affirmer qu'il existe un principe général de confidentialité requiert de caractériser les fondements de celui-ci. Ce sont, en premier lieu, les textes qui prennent le soin d'édicter ce principe en matière de médiation (A). Mais, au-delà des textes, on peut aussi trouver dans la logique originale de la médiation la justification fondamentale du principe de confidentialité (B).

### Les textes :

Au regard de la question qui nous intéresse, le droit positif de la médiation résulte des dispositions de l'ordonnance du 16 novembre 2011 prise pour transposer la directive du 21 mai 2008, laquelle vise à développer la médiation en matière civile et commerciale pour solutionner les litiges transfrontaliers. Si l'orientation transfrontalière du texte communautaire n'est guère surprenante, on pourrait en revanche s'étonner de ce que le texte français pose également un cadre général de la médiation. En réalité, le Gouvernement a fort opportunément saisi la possibilité ouverte par le 8<sup>e</sup> considérant de la directive qui permet d'en transposer également les orientations pour le règlement amiable des différends internes. C'est ainsi que l'ordonnance a fait le choix de favoriser la résolution amiable des litiges par les parties, avec l'aide d'un tiers, le médiateur<sup>6</sup>.

Il résulte de l'ordonnance de 2011 que la confidentialité concerne désormais également la médiation conventionnelle puisque la loi du

8 février 1995<sup>7</sup> a été modifiée de façon à poser un cadre général de la médiation. En la matière, il convient de rappeler que, jusqu'alors, la médiation judiciaire faisait figure de précurseur puisque cette exigence résultait déjà de l'art. 131-14 du CPC<sup>8</sup>. Désormais, aussi bien en médiation conventionnelle que judiciaire, « 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 »<sup>9</sup>. A cet égard, il faut se garder d'une éventuelle méprise qui consisterait à croire que la confidentialité ne s'imposerait qu'au médiateur. Si le texte ne se réfère qu'aux « constatations du médiateur », de même et surtout qu'aux « déclarations recueillies au cours de la médiation », c'est dans le but de définir le champ d'application matérielle du principe de confidentialité. Ce serait faire fausse route que d'en déduire également que se trouverait ainsi réduit le champ d'application des personnes tenues par le principe de confidentialité. En effet, si ce dernier s'impose au premier chef au médiateur et aux médiés – les plus en contact par définition avec ces éléments – il ne fait aucun doute que toute autre personne ayant pris part au processus de médiation, par exemple des tiers sollicités à participer à la médiation parce que leur présence était nécessaire à la résolution efficace du différend, serait tenue au titre de ce même principe de confidentialité. En d'autres termes, pénétrer le cercle de la médiation, c'est aussi pénétrer le cercle de la confidentialité. Ainsi défini, c'est ce même principe de confidentialité qui est donc affirmé par l'art. 21-3 de la loi de 1995 que l'ordonnance de 2011 a introduit dans ce texte afin de le rendre également applicable à la médiation conventionnelle. Toutefois, en comparaison avec le CPC, le libellé du texte introduit dans la loi de 1995 présente des différences qui appellent deux observations.

Tout d'abord, l'alinéa 2 de l'art. 21-3 de la loi de 1995 adopte une rédaction plus large que celle de l'art. 131-14 du CPC. En effet, le texte législatif interdit non seulement toute utilisation à l'occasion d'une instance judiciaire ou arbitrale, mais aussi toute divulgation aux tiers. La confidentialité se trouve ainsi élargie *erga omnes*.

Ensuite, ce même texte législatif ajoute une réserve importante puisqu'il admet que les parties puissent convenir d'écartier la confidentialité. Certes, avant l'ordonnance de

<sup>4</sup> Loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, dont les articles 21 à 25 traitent en commun du chapitre consacré à « la conciliation et la médiation judiciaires ».

<sup>5</sup> Ordonnance du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive européenne du 21 mai 2008.

<sup>6</sup> Rapp. au président de la République relatif à l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011, portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile, §1 : JO 17 nov. 2011, p. 19283.

<sup>7</sup> Loi n°95-125 du 8 février 1995, préc.

<sup>8</sup> Ce texte a été introduit par le décret du 22 juillet 1996 pris pour l'application de la loi de 1995 dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance de 2011. Il n'a pas été depuis modifié.

<sup>9</sup> Art. 21-3 de la loi du 8 février 1995.

2011, la confidentialité déjà présente dans la médiation judiciaire pouvait être levée. En effet, l'art. 131-14 du CPC admettait que l'accord des parties vienne justifier la recevabilité ultérieure d'un élément de preuve recueilli lors de la médiation. Mais, en pratique, un tel accord demeurerait rare et ne se concevait surtout qu'a posteriori. Désormais, dans le cadre d'une médiation conventionnelle, il est acquis que la confidentialité s'impose également. Cela à moins d'un accord contraire des parties qui pourra fort bien avoir été convenu par avance.

L'essentiel est donc que, si l'on met de côté le caractère supplétif de la confidentialité dans la forme conventionnelle de la médiation, laquelle se justifie par son origine purement volontaire<sup>10</sup>, le texte issu de l'ordonnance de 2011 présente l'avantage d'élargir substantiellement le domaine du principe de confidentialité.

En définitive, il convient d'insister sur le fait que, si la lecture des textes révèle une différence de rédaction entre les dispositions de la loi de 1995 et celles du CPC, cette variation rédactionnelle ne traduit en rien une différence de force de la confidentialité dans la médiation, qu'elle soit conventionnelle ou judiciaire. Deux raisons nous semblent accréditer cette idée.

En premier lieu, il faut garder à l'esprit l'orientation du texte du CPC. Celui-ci s'inscrit naturellement dans une logique d'action judiciaire. En conséquence, c'est en contemplation de cette perspective judiciaire que le principe de confidentialité y est affirmé. Il serait donc inexact de penser que ses rédacteurs ont entendu restreindre son champ d'application au seul contexte procédural en permettant implicitement la divulgation à des tiers d'informations révélées lors de la médiation judiciaire. Outre la *ratio legis*, il convient de rappeler qu'il n'appartient pas au pouvoir réglementaire de revenir sur les principes législatifs. Ce serait d'ailleurs lui faire un mauvais procès que de feindre de le croire. En effet, la rédaction actuelle de la loi de 1995 étant postérieure à celle de l'art. 131-14 du CPC<sup>11</sup>, le maintien de la lettre de ce dernier manifeste implicitement sa conformité au principe législatif de confidentialité. Le texte du CPC doit ainsi être compris comme étant un rappel circonstancié du principe législatif.

En second lieu, la médiation, qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle, obéit à une logique propre et originale qui commande que la confidentialité y soit le plus largement présente. C'est ce second élément qui mérite de plus amples développements.

### La logique originale de la médiation :

Au-delà des textes, c'est plus encore la logique originale de la médiation qui apparaît comme justifiant la présence d'un principe directeur de confidentialité au sein d'un tel processus.

La médiation tend à rapprocher le point de vue des parties de telle sorte que leur dialogue aboutisse à trouver ensemble une solution à leur différend. Pour qu'il y ait un véritable dialogue, il est indispensable que la parole soit libre. Il faut que celui qui livre une information, qui exprime qu'il est prêt à admettre telle ou telle concession qu'il prétendait jusqu'alors inconcevable, puisse le faire sans craindre que sa bonne volonté ne se retourne contre lui. Or, il est évident que la confidentialité des

---

Pour qu'il y ait un véritable dialogue, il est indispensable que la parole soit libre

---

échanges est une garantie essentielle de cette liberté de parole. Pour pouvoir parler sans

crainte de voir ses propos réutilisés à son détriment, il faut être certain que la discussion restera confidentielle.

Le rôle du médiateur est ici décisif. Facilitateur de ce rapprochement de points de vue, il peut s'entretenir individuellement avec chacun des médiés. Le médié, seul ou accompagné de son conseil, pourra alors confier au médiateur certains éléments qu'il ne souhaite pas (encore) révéler ou reconnaître devant l'autre. Cette possibilité offerte par le processus de médiation est certes formellement contraire au principe du contradictoire. Mais cela ne pose guère de difficulté puisqu'à l'occasion d'une médiation il n'est pas question de convaincre le médiateur. Celui-ci n'est investi d'aucun pouvoir de décision ou de proposition. Ce n'est pas un juge, ni même un conciliateur.

En revanche, la confidentialité des échanges individuels entre médié et médiateur assure à nouveau cette liberté de parole indispensable au processus de médiation. S'il ne s'agit pas encore ici d'un dialogue entre médiés, puisque l'entretien individuel conduit à les séparer, il est cependant question de faciliter celui-ci. En pouvant, sous le sceau du secret, livrer certains éléments au médiateur, le médié libère sa propre parole, tout en donnant au médiateur certaines clés de lecture indispensables pour la compréhension du contexte sous-jacent du différend. Bien

<sup>10</sup> Il serait donc paradoxal de dissuader le recours à la médiation conventionnelle en brisant inutilement la liberté contractuelle.

<sup>11</sup> La rédaction actuelle de l'art. 21-3 de la loi du 8 février 1995 résulte de l'ordonnance du 16 novembre 2011 tandis que l'art. 131-14 du CPC est issu du décret du 22 juillet 1996 pris pour l'application de cette même loi de 1995.

souvent, en effet, le litige n'est que la cristallisation apparente d'un différend plus profond qui n'est jamais ouvertement révélé aux yeux des tiers. En mettant le médiateur dans la confiance, chaque médié lui permet d'affiner sa perception des forces souterraines qui nourrissent le différend et qui forment autant de « points durs » de la discussion à venir. Chaque entretien individuel est ainsi une forme de préfiguration d'une partie du dialogue à instaurer entre les médiés. D'un point de vue très concret, les entretiens individuels ont pour but de lancer ou de relancer un dialogue qui semble avorter sur des résistances que les médiés ne sont pas encore, à ce moment-là, prêts à surmonter ensemble. Cette fragmentation du dialogue, par médiateur interposé, appelle également confidentialité puisque, par définition, c'est à l'auteur de la confiance qu'il revient de lever lui-même le secret ou d'autoriser son dépositaire à en faire autant. Il résulte de ce procédé que le ou les cercles de confidentialité sont à géométrie variable même si, au final, la logique de la médiation commande qu'une part suffisante d'entre eux accueille en leur sein les médiés et le médiateur. Il est en effet indispensable que suffisamment d'éléments constructifs, réciproquement livrés entre médiés, alimentent leur dialogue.

Élargi aux médiés et au médiateur, le cercle de confidentialité n'en conserve pas moins toute sa force. A cet égard, on se rend compte que la question du fondement substantiel de la confidentialité au sein du processus de médiation n'est pas qu'une simple question rhétorique parce qu'elle en éclaire le domaine d'application. En effet, la *ratio legis* des textes évoqués – c'est-à-dire garantir aux médiés que les révélations faites durant la médiation ne se retourneront pas contre eux – exclut une application systématique du principe de confidentialité. Il nous semble que la confidentialité ne devrait s'imposer que lorsqu'il serait déloyal de profiter de la confiance que l'un des médiés a pu placer dans ce processus de règlement amiable.

Ainsi, on peut se poser la question de la confidentialité d'un document qui aurait été divulgué lors d'une médiation et que l'une des parties souhaiterait tout de même produire ensuite à l'occasion d'une action en justice. On pourrait penser qu'a priori le document ne devrait jamais pouvoir être utilisé. Or, à l'analyse, il peut s'avérer que ce document, même s'il n'avait pas été révélé par l'autre partie, aurait cependant pu être découvert et obtenu (par des moyens licites) en l'absence de médiation. En pareil cas, refuser le document lors d'un procès ultérieur reviendrait

à contrevenir au principe du droit d'accès à un tribunal<sup>12</sup>. Cet autre principe fondamental du droit judiciaire privé doit donc être conjugué avec celui de la confidentialité dans la médiation.

Le domaine de la confidentialité ainsi précisé, encore faudra-t-il que l'effectivité de ce principe soit garantie.

## Les garanties du principe de confidentialité :

Comme tout principe, fût-il affirmé par la loi, la confidentialité du processus de médiation ne peut se traduire dans la réalité que si son respect est assuré par l'existence d'un certain nombre de sanctions.

Or, il est d'une importance majeure que ce principe de confidentialité soit respecté puisqu'il est une des conditions *sine qua none* pour que les médiés puissent avoir une confiance suffisante dans le processus de médiation. La crainte que la confidentialité ne soit pas respectée, le simple doute quant à son effectivité sont en effet de nature à saper cette confiance des médiés et donc à obérer gravement les chances d'aboutir. La croyance dans le respect de la confidentialité est ainsi la base du cercle de confiance élémentaire dont a besoin la médiation pour que le dialogue puisse s'instaurer.

A cet égard, les textes relatifs à la médiation pourraient apparaître décevants en raison de leur relatif silence quant aux sanctions applicables en cas de violation du principe de confidentialité.

En effet, seule l'irrecevabilité est implicitement évoquée par les textes<sup>13</sup> afin de venir barrer le chemin à la production d'un élément de preuve recueilli lors de la médiation.

Pour autant, au côté de cette première mesure, c'est au sein du droit commun que l'on peut également trouver d'autres sanctions applicables en cas de violation du principe de confidentialité. Il s'agit de la responsabilité, aussi bien dans ses formes civile, pénale que disciplinaire.

Aussi, ce sont donc deux ordres de sanctions qui peuvent être utilement sollicitées. Une sanction procédurale au travers de l'irrecevabilité de la preuve produite en violation du principe de confidentialité (A). Une sanction de fond au titre de la responsabilité de l'auteur de cette violation (B).

<sup>12</sup> C'est cette solution, que nous approuvons, qui est prônée dans le rapp. au Prés., §16  
<sup>13</sup> Art. 21-3 de la loi du 8 février 1995, Art. 131-14 du CPC.

## L'irrecevabilité :

Implicitement prévue par les textes, l'irrecevabilité constitue une sanction procédurale en ce sens qu'elle peut être soulevée à l'occasion d'une procédure en justice<sup>14</sup> afin de faire échec à la production d'un élément de preuve provenant des échanges réalisés lors de la médiation.

C'est, tout naturellement, dans l'hypothèse d'un échec de la tentative de médiation qu'un tel procédé déloyal sera le plus susceptible de se présenter<sup>15</sup>.

Il y a en effet une déloyauté évidente à user d'un élément de preuve révélé<sup>16</sup> à l'occasion d'un processus pourtant régi par un principe de confidentialité.

Le principe de cette irrecevabilité affirmé, il restera cependant à établir l'origine frauduleuse de la preuve contestée pour en obtenir le rejet.

On peut à ce propos faire deux observations.

Tout d'abord, comme nous l'avons évoqué, le principe de confidentialité dans la médiation ne doit pas conduire à priver de la possibilité d'utiliser un élément de preuve que la partie concernée aurait pu sinon produire à défaut de médiation. On pense à un élément de preuve dont elle disposait déjà ou qu'elle aurait pu raisonnablement découvrir même en l'absence de révélation lors de la médiation. C'est ici le principe du droit d'accès à un tribunal qui vient en contre point marquer les limites du domaine du principe de confidentialité propre à la médiation.

Ensuite, l'origine de la preuve litigieuse relevant du fait juridique, elle pourra être établie par tout moyen par la partie désireuse d'en obtenir le rejet. De ce point de vue, il pourra être utile pour le juge d'user de présomptions afin d'accueillir la demande d'irrecevabilité lorsqu'elle apparaîtra fondée sur des éléments suffisamment sérieux. On pense par exemple à un élément de preuve dont on aura du mal à imaginer comment il aurait pu être obtenu ou découvert en l'absence des confidences échangées lors de la médiation<sup>17</sup>. Le médiateur pourrait-il être lui-même sollicité afin de faire la lumière sur ce

point<sup>18</sup>? Nous pensons qu'une réponse positive pourrait être apportée à cette question dès lors que c'est justement le juge qui exigera son témoignage afin de faire obstacle à un procédé frauduleux<sup>19</sup>.

La liberté de la preuve quant à l'origine de l'élément de preuve litigieux permettra également d'envisager le recours à un certain nombre de précautions préalables à l'échange d'informations « sensibles » lors de la médiation. A l'image de ce qui se pratique notamment lors des négociations contractuelles, il sera possible de dresser une liste des pièces échangées lors de la médiation et ainsi couvertes par le principe de confidentialité. En pratique, un tel procédé ne sera réellement envisageable que pour des médiations commerciales. En effet, outre que ces médiations impliquent des protagonistes généralement habitués à ce genre de précaution, elles exigent souvent d'évoquer certains points relevant du secret des affaires. Dans le droit fil de cette idée, il sera également concevable d'assortir ce procédé d'une clause pénale d'un montant suffisamment dissuasif. Certes, de prime abord, cette dernière technique peut sembler heurter l'esprit consensuel propre à la médiation. Mais tout sera question de contexte et d'avancée dans le processus de médiation. Ainsi, par exemple, la divulgation d'ultimes éléments nécessaires à l'établissement final d'un accord pourra être facilitée par cette précaution supplémentaire.

C'est d'ailleurs ce dernier procédé qui ouvre sur d'autres perspectives de sanction en cas de violation du principe de confidentialité dans la médiation.

## La responsabilité :

Le manquement au principe de confidentialité constitue assurément une faute qui, en tant que telle, appelle les sanctions attachées à la responsabilité. En effet, hormis les cas dans lesquels la loi admet que la confidentialité soit levée, les personnes tenues par celles-ci doivent s'abstenir de toute révélation, divulgation ou même indiscretion quant aux éléments ainsi protégés.

A défaut, la faute commise pourra être sanctionnée par la responsabilité de son auteur. Selon la qualité de ce dernier et en fonction du contexte, ce seront la responsabilité civile, pénale mais aussi disciplinaire qui pourront être envisagées.

La responsabilité civile tout d'abord s'impose comme la mesure sanctionnatrice la

<sup>14</sup> Il faut entendre cette expression au sens large. C'est-à-dire, outre le procès devant une juridiction étatique, un éventuel arbitrage, une procédure ordinaire ou bien encore disciplinaire. Le texte fait d'ailleurs référence à une « instance ». Ce qui accredité ainsi l'idée d'une conception large du domaine de l'irrecevabilité.

<sup>15</sup> On doit noter que le juge semble parfois oublier le principe de confidentialité de la médiation. On trouve ainsi un arrêt de la Cour de cassation (Cass. Soc., 3 décembre 2014, arrêt n° 13-18743) qui approuve les juges du fond de s'être référés au « compte-rendu d'intervention du médiateur ».

A la décharge du juge, il est vrai que, jusqu'à son abrogation par la loi du 6 août 2015 dite « Loi Macron », l'art. 24 de la loi du 8 février 1995 pouvait faire douter de la possibilité d'organiser une véritable médiation conventionnelle en cas de litige interne du travail. Du moins, ce même article écartait le principe de confidentialité dans ce cas.

Il reste que l'idée même d'un « compte-rendu » du médiateur interpelle...

<sup>16</sup> Peu importe l'origine de la révélation. Qu'elle émane d'un médié ou d'un tiers quelconque intervenu lors de ce processus, c'est le contexte de cette révélation qui la fait entrer dans le champ de la confidentialité.

<sup>17</sup> Très concrètement, comme l'y autorise l'art. 198 du CPC, le juge pourra s'appuyer sur l'attitude de la partie concernée ainsi que sur les explications fournies pour apprécier la vraisemblance de l'origine alléguée.

<sup>18</sup> Ce que les québécois désignent par le néologisme de « contraignabilité » du médiateur.

<sup>19</sup> Conformément à l'art. 10 du C. civ. « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ». Certes, comme nous l'évoquerons à propos de la question de la responsabilité du médiateur, celui-ci peut être considéré comme tenu par le secret professionnel. Ce dernier constituant alors un obstacle à l'application de ce texte. Mais ce secret professionnel ne saurait toutefois concerner l'hypothèse visée qui est celle de l'origine de l'élément de preuve contesté, et non de son contenu.

plus générale quant aux personnes concernées. En effet, la faute de divulgation correspond, sans conteste, à la notion générique de faute reçue par le code civil<sup>20</sup> et justifie en conséquence la réparation du préjudice causé à celui ou ceux qui comptaient sur le respect de la confidentialité.

Comme nous l'avons évoqué, il faut considérer que le principe de confidentialité s'impose à toutes les personnes ayant participé au processus de médiation et qui, à ce titre, ont pu pénétrer tout ou partie du cercle de confiance.

Les auteurs d'un manquement à la confidentialité pourront donc être assez variés puisqu'il pourra s'agir aussi bien du médiateur, des médiés, de leurs conseils, que d'un expert dont l'avis a pu être sollicité, ou bien encore d'un tiers intervenu dans le processus.

Dans toutes les hypothèses, c'est à l'aune du préjudice causé que les dommages et intérêts infligés à l'auteur de la faute de divulgation devront être calculés. Dans certaines circonstances et à un certain moment du processus, une clause pénale pourra donc être judicieusement insérée dans la convention de médiation. Sur ce point, il faut noter qu'une telle convention peut aussi se concevoir dans le cadre d'une médiation judiciaire dès lors qu'elle ne fait qu'accompagner celle-ci sans remettre en cause, ni les pouvoirs du juge, ni l'ordre public procédural. Il va de soi que l'efficacité de ce procédé reste doublement relatif. Il faut en effet tenir compte, d'une part, de l'effet du même nom s'agissant des personnes concernées<sup>21</sup> et, d'autre part, du pouvoir de modération que la loi reconnaît au juge en la matière<sup>22</sup>.

Il n'en demeure pas moins que l'effet dissuasif de cette stipulation pourra être de nature à prévenir certaines tentations. C'est avant tout en contemplation de celui-ci que l'insertion d'une clause pénale peut être envisagée.

La responsabilité pénale ensuite ne se conçoit, quant à elle, que dans un cadre plus étroit. En effet, le principe de légalité pénale oblige à identifier un texte répressif sanctionnant spécialement le manquement à la confidentialité. C'est au titre de la violation du "secret professionnel" que l'art. 226-13 du code pénal prévoit pareille mesure. Ce texte dispose que « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission*

*temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ». Outre les conseils des parties dont les règles professionnelles imposent le respect de ce secret, il nous semble que le médiateur est également concerné en raison des fonctions et de la mission qu'il exerce. Pour s'en convaincre, il suffit de relever le fait que l'art. 21-3 de la loi de 1995 prévoit justement les hypothèses particulières dans lesquelles il est fait exception au principe de confidentialité. Or, ces exceptions, même si elles ne recouvrent pas exactement celles prévues par le code pénal, s'en inspirent très largement. Il en va ainsi des « *raisons impérieuses d'ordre public ou de[s] motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne* » visées par la loi de 1995, que l'on peut directement rapprocher, dans le code pénal, des « *privations ou de sévices (...) qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique* »<sup>23 24</sup>.

La responsabilité disciplinaire doit enfin être évoquée. A l'image de la sanction pénale, la sanction disciplinaire n'est envisageable qu'à l'égard d'un certain nombre des participants à la médiation. En effet, semblable sanction ne se conçoit que si l'auteur de la faute de divulgation appartient à une structure, un corps ou une institution dotée de règles déontologiques dont fait justement partie le respect de la confidentialité. On pense immédiatement aux conseils éventuels des médiés. Ces derniers, de par leur appartenance ordinale, sont soumis aux règles déontologiques propres à la profession d'avocat. Celles-ci comportent naturellement le respect du "secret professionnel". C'est-à-dire, en la matière, le respect de la confidentialité inhérente au processus de médiation.

Mais outre les conseils des médiés, une sanction disciplinaire est également possible à l'encontre du médiateur fautif. Il n'est pas rare en effet que le médiateur soit affilié à un "centre de médiation" prenant généralement la forme juridique d'une association. La qualité de membre de cette association le soumet alors au respect d'un certain nombre de règles parmi lesquelles figurent les principes fondamentaux de la déontologie du médiateur. On rappellera que le « *Code de déontologie du médiateur et de la médiation en France* »,

23 Art. 226-14 1° du C. pénal.

24 Au surplus, on notera que l'ancien art. 24 de la loi de 1995, antérieur à l'ordonnance de 2011, disposait que « le conciliateur et le médiateur sont tenus à l'obligation du secret à l'égard des tiers » (c'est nous qui soulignons). Le remplacement du terme « secret » par « confidentialité » ne marque assurément pas un changement sémantique mais très certainement un choix plus politique : le terme « secret » pouvant être susceptible de revêtir une connotation péjorative ou gênante pour les médiés tandis que la « confidentialité » demeure d'un sens plus neutre.

20 Art. 1240 et 1241 du C. civ.

21 L'effet relatif des conventions limitant leur efficacité aux parties, il sera donc pertinent de faire contresigner la convention par toutes les personnes intervenant dans le processus.

22 Art. 1152 du C. civ. renuméroté art. 1231-5 à compter du 1er octobre 2016.

élaboré sous l'égide de la Fédération Française des Centres de Médiation<sup>25</sup>, a été adopté par nombre d'associations de médiateurs, et que le respect de celui-ci est systématiquement exigé dans tout "centre de médiation" sérieux.

C'est donc dans l'hypothèse, très courante en pratique, d'une médiation institutionnelle qu'une sanction disciplinaire pourra être prononcée à l'encontre du médiateur ayant manqué au principe de confidentialité.

S'agissant de la teneur de la sanction disciplinaire, elle variera selon la gravité de la faute. Allant du blâme à l'exclusion définitive, (Celle-ci est expressément prévue par l'art. 3-2 du « Code de déontologie du médiateur ») en passant par la suspension temporaire.

De ce point de vue, il est donc notable que la médiation institutionnelle puisse être un gage de sérieux parce qu'elle assoit la pratique du médiateur dans un cadre disciplinaire de nature à prévenir d'éventuels manquements. La confiance des médiés dans le processus en sort ainsi renforcée.

### Conclusion :

On peut affirmer que c'est de cette confiance dont il est donc toujours question lorsque l'on s'interroge sur la teneur et l'effectivité du principe de confidentialité dans le processus de médiation.

En faisant le choix de consacrer la confidentialité comme un principe directeur du processus de médiation, le droit français ne déroge pas à cette idée.

En effet, il existe un lien direct entre, d'une part, la présence et le respect de cette confidentialité et, d'autre part, la confiance et donc l'attrait que peut présenter le choix de la médiation afin de prévenir ou de régler un différend.

Dans le cadre d'une médiation commerciale, cette même confidentialité s'avère d'autant plus importante qu'en ce domaine les parties sont souvent très attentives au respect du « secret des affaires ».

A cet égard, comme nous l'avons évoqué, le médiateur est susceptible de jouer un rôle tout à fait particulier en participant activement au respect de la confidentialité grâce à l'éclairage qu'il pourrait apporter quant à l'origine d'une information litigieuse. Cela dans un cadre procédural strict ; c'est-à-dire, si d'aventure le juge le lui demandait au motif que l'une des parties prétendrait être victime d'une violation de la confidentialité de la médiation.

On ne peut parler librement que si l'on sait pouvoir le faire dans une certaine confiance, c'est-à-dire sans avoir à craindre notamment que ses propos puissent être ultérieurement retournés contre soi. C'est précisément de cela dont le principe de confidentialité doit être le garant au sein de la médiation.

Cette confiance, appelée par le processus de médiation et nourrie par l'action du médiateur, devra permettre de libérer la parole des médiés afin de faire apparaître le substrat du différend jusqu'alors resté dissimulé sous le conflit. Sans cela, il ne saurait y avoir de réussite durable en médiation.

Gageons que la médiation, par le principe de confidentialité et les règles du jeu qu'elle impose, peut être un facteur de moralisation de la vie des affaires propice au développement de relations commerciales saines, confiantes et durables.

[Retour sommaire](#)



## TEMOIGNAGE



### Gilbert COUSTEAUX Un magistrat raconte.....

*Président de la chambre commerciale de la cour  
d'appel de Toulouse*

Entretien par Christiane WICKY

#### Parcours de magistrat...

##### **A quel moment vous êtes-vous intéressé à la médiation ?**

*J'ai eu un parcours varié puisque j'ai commencé en 1979 comme juge d'instruction à LORIENT, puis à BAYONNE, avant d'être maître de conférences à l'Ecole nationale de la magistrature ; puis conseiller à la cour d'appel de Toulouse. Après j'ai été inspecteur des services judiciaires et j'ai ainsi eu l'occasion de me rendre dans une cinquantaine de juridictions. Forcément, j'ai entendu parler de l'expérimentation mise en place à la cour d'appel de Grenoble par Béatrice BRENNER qui, dès 1997, alors que la loi introduisant la médiation judiciaire dans le code de procédure civile date du 8 février 1995 et le décret d'application du 22 juillet 1996, a proposé des médiations à la chambre sociale qu'elle présidait. En 2004 j'ai été nommé à Toulouse premier vice-président avec comme attribution principale les référés. C'est là que j'ai commencé à appliquer en même temps l'article 12 du code de procédure (« le juge tranche le litige conformément aux règles de droit applicables ») et l'article 21 du même code (« il entre dans la mission du juge de concilier les parties »). Il m'est arrivé de proposer des médiations à l'audience aux parties et avocats présents, une vingtaine par an, avec un taux d'accord pour aller en médiation de la moitié. J'avais adhéré à l'association GEMME (Groupement européen des magistrats pour la médiation) qui regroupe actuellement près de 450 membres dont 4/5 de magistrats, en fonction dans plus de 20 pays. Ayant trouvé sur le site internet de l'association ([www.gemme.eu](http://www.gemme.eu)) le protocole de création d'une unité de médiation dans une juridiction de la région parisienne, j'ai proposé au président du TGI de Toulouse d'en créer une, puis au président de la juridiction consulaire toulousaine de procéder de même au sein de sa juridiction. J'ai enfin été nommé en 2010 président de la chambre commerciale à la cour d'appel de Toulouse. J'ai proposé au premier président la création d'une troisième unité de médiation.*

##### **Quel est le rôle de ces unités ?**

*Les unités de médiation sont des structures légères, dans un souci d'efficacité, composées de deux magistrats, de deux avocats-médiateurs, d'un greffier et, particularité, d'un universitaire en raison des liens privilégiés existant entre le Palais et l'Université. Ces liens ont conduit d'ailleurs à la mise en place d'un diplôme universitaire sur la médiation proposant 150 heures de formation, évaluations comprises, la huitième promotion est en cours de formation en 2017. Elles sont chargées d'implanter la médiation dans les juridictions et de promouvoir toutes initiatives à l'égard des magistrats, avocats et justiciables. Elles facilitent le recours à la médiation en définissant des procédures d'information, de repérage et de traitement. L'unité de médiation du tribunal de grande instance de Toulouse est particulièrement active. C'est ainsi que ses membres :*

- *diffusent aux magistrats divers modèles, en s'inspirant du kit mis au point par l'association GEMME,*
- *rencontrent des magistrats pour tenter de les convaincre de mettre en œuvre la médiation,*
- *leur proposent d'assister à des séances de médiation, avec bien évidemment l'accord des parties et de leurs conseils,*
- *organisent des permanences par les médiateurs judiciaires lors des deux audiences hebdomadaires de référé au tribunal de grande instance, permanences au cours desquelles les médiateurs échangent avec les avocats présents sur les avantages d'une mesure de médiation*

*Ces listes annuelles présentent un immense avantage : celui d'exister et de permettre ainsi le choix de médiateurs. Un magistrat, pourtant favorable au principe de la médiation, ne sait pas comment procéder et, en premier, qui nommer comme médiateur ainsi que l'article 131-6 du Code de Procédure Civile le prévoit : la décision, qui ordonne une médiation, mentionne l'accord des parties, désigne le*

médiateur. La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle dispose qu'il est établi, pour l'information des juges, une liste de médiateurs dressée par chaque cour d'appel dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat.

#### **Les médiateurs retenus sont-ils des professionnels du droit ?**

La liste est complétée tous les ans par les nouvelles candidatures. Elle compte actuellement une trentaine d'inscrits. Majoritairement mais non exclusivement, ce sont des avocats. Cependant sont également inscrits un DRH, un huissier de justice, un expert-comptable... La liste contient une majorité d'avocats, car un centre de médiation non pluridisciplinaire a été créé en 2000 par le barreau toulousain. En revanche, un avocat toulousain a créé depuis quelques années une association pluridisciplinaire dans laquelle les avocats sont minoritaires. C'est une association pour la médiation conventionnelle.

#### **Et vous, faites-vous la promotion de la médiation ?**

Je prends plus de temps à vendre la médiation qu'à gérer mes dossiers de médiation. Comme je préside la chambre commerciale, j'ai pour habitude de dire que je suis le VRP de la médiation sur la cour d'appel de Toulouse. Je voyage dans et hors du ressort de la CA. Je suis intervenu à la chambre de commerce et d'industrie. J'ai la cour d'appel avec une évoqué la médiation avec un autre club ROTARY. Je suis intervenu, un colloque organisé par le Conseil une réflexion sur l'introduction de la administratif. Je suis allé à Monastir, à la demande de la CEPEJ

Il n'y a pas de moment privilégié pour proposer la médiation

reçu des directeurs financiers à médiatrice. J'ai également médiateur lors de la réunion d'un avec un collègue parisien, dans d'Etat qui souhaitait organiser médiation dans l'ordre

(Commission européenne pour l'efficacité de la justice), pour expliquer ce que nous faisons en matière de médiation à des collègues tunisiens. Pour poursuivre sur le VRP, j'ai l'habitude de dire que je représente une marque étrangère, venant du Canada, la marque JP (justice participative) et que je place un produit dénommé MJ (médiation judiciaire).

#### **Avez-vous suivi une formation à la médiation ?**

A l'époque il n'y avait aucune formation aux modes alternatifs. L'ENM dispense depuis quelques années dans le cadre de la formation initiale un enseignement sur les MARD. De même, la consultation du site de la formation continue permet de constater qu'elle propose actuellement plusieurs modules de formation en matière de médiation, notamment une formation diplômante pour devenir médiateur.

## **MISE EN PLACE DE LA MEDIATION INTER ENTREPRISE A LA COUR D'APPEL DE TOULOUSE :**

#### **Comment fonctionne la médiation à la chambre commerciale?**

Quand la chambre se voit attribuer un dossier nouveau, j'en prends connaissance sous l'angle procédural, mais aussi pour décider éventuellement d'une proposition de médiation. Pour des raisons tenant à l'élaboration de statistiques annuelles, j'ai commencé la sélection et les propositions en janvier 2012. Une fois les dossiers sélectionnés, quand l'avocat de l'intimé se constitue, le greffe adresse par la voie postale aux parties et à leurs avocats par le réseau privé virtuel avocat, une lettre précisant l'intérêt de la médiation dans leur affaire. Cette correspondance donne aussi des informations sur la durée de la mesure (3 mois renouvelables) ainsi que sur le montant de la consignation préalable (750 € par partie). Elle indique le caractère confidentiel de la médiation et mentionne la date de la réunion de présentation de la proposition de médiation. J'en tiens une tous les mois et demi environ. A cette réunion où sont évoqués entre 20 et 30 dossiers, j'explique ce qu'est la médiation, en me faisant parfois accompagner par un médiateur. Comme ces réunions ont lieu depuis 5 ans et demi, les avocats sont de moins en moins nombreux. Pour évoquer la dernière réunion, les réponses écrites sont intervenues dans 24 sur 25 dossiers (7 acceptations et 17 refus). Mais, bien qu'ayant répondu via le RPVA, des avocats sont présents, d'autant qu'ils savent que si leur confrère constitué dans le même dossier est présent, je leur laisse choisir le médiateur qui interviendra. En quelque sorte, je contractualise la médiation.

#### **Une fois l'accord obtenu, que faites-vous ?**

L'ordonnance, prise le lendemain de la réunion, désigne le médiateur, fixe le montant de la consignation préalable et le délai pour la verser, la date de fin de mission, sauf prorogation ainsi que la date de la première audience de mise en état utile après cette date. Le greffe adresse une copie de l'ordonnance et du jugement dont appel au médiateur désigné. Il m'est arrivé de proposer l'utilisation de la visioconférence pour la première réunion afin que les parties en discussion aient un réel pouvoir de décision.

**Ne pensez-vous pas que c'est un peu tard d'orienter en médiation des parties dont l'une a obtenu un jugement qui lui est favorable ?**

*Il n'y a pas de moment privilégié pour proposer la médiation. On s'aperçoit que c'est au niveau des cours d'appel, en particulier dans les chambres commerciales (la négociation étant l'âme du commerce) que des actions sont mises en place alors que le même dispositif pourrait – devrait - être mis en œuvre en première instance. Pourquoi ? Peut-être, parce qu'en application du décret du 1er octobre 2010, le premier président dans chaque cour d'appel désigne un conseiller chargé de suivre l'activité des conciliateurs de justice et des médiateurs et de coordonner leur action dans le ressort de la cour d'appel.*

**Quels résultats avez-vous obtenus ?**

*En cinq ans et demi j'ai ordonné près de 220 médiations.*

*Entre le 1er janvier 2012 et le 31 décembre 2016, 926 dossiers civils et commerciaux ont été sélectionnés sur les 2052 dossiers nouveaux, soit 45 %. Les dossiers sélectionnés sont principalement ceux dans lesquels les parties conservent des relations : relations entre bailleur et preneur, droit des sociétés, litiges entre associés parfois membres d'une même famille, droit des transports, paiement de factures entre deux sociétés, ainsi que ceux dont l'intérêt du litige est inférieur à 10 000 euros. Il doit être rappelé que l'article 3.7.1 du Code de déontologie des avocats européens, publié par le conseil des barreaux européens (CCBE) mentionne que « l'avocat doit essayer à tout moment de trouver une solution au litige du client qui soit appropriée au coût de l'affaire et il doit lui donner, au moment opportun, les conseils quant à l'opportunité de rechercher un accord ou de recourir à des modes alternatifs de règlement des litiges ». Et, il doit être précisé que ce code est intégré au règlement Intérieur National de la profession d'avocat, socle de la déontologie des avocats français. Toutes les affaires ne sont pas éligibles à la médiation.*

*Entre janvier 2012 et décembre 2016, 193 accords ont été obtenus pour la mise en place d'une mesure de médiation, soit 21% des dossiers sélectionnés. Sur les 177 mesures achevées, 74 réussites, 91 échecs, et 12 caducités pour défaut de versement par l'une des parties de la consignation, soit, hors caducité, 45% de réussite. Les dossiers ayant abouti à un accord au cours de ces cinq années portent sur 3,60 % des affaires nouvelles. Le coût moyen des médiations, calculé sur 127 d'entre elles, est de 890 euros, sur la base d'un tarif horaire unifié de 250 euros HT.*

**ACTIONS POUR DEVELOPPER LE RECOURS A LA MEDIATION :****Comment sensibiliser les magistrats et les avocats ?**

*J'ai proposé à mes collègues d'assister à des médiations que j'ai ordonnées et c'est ainsi que le juge des loyers commerciaux du TGI de Toulouse a assisté deux fois à des réunions de médiation. J'ai constaté que ce magistrat a alors plus facilement proposé des médiations. L'objectif poursuivi est simple : faire en sorte que les collègues de première instance prennent la main en proposant les médiations qui sont proposés en appel. Et pour les avocats c'est pareil. S'ils refusent l'offre de médiation c'est souvent par méconnaissance. Je leur propose également d'assister à des médiations. Pour sensibiliser à la médiation, les conférences ont leur rôle, mais rien ne vaut la présence des magistrats et avocats en tant qu'observateurs lors d'entretiens de médiation. Il faudrait aussi rendre obligatoires les conférences et formations car l'on constate que les participants sont déjà sensibilisés et favorables à ce mode de règlement des différends.*

**Comment arrivez-vous à faire sauter les réticences ?**

*S'agissant d'une procédure avec représentation obligatoire, rares sont les parties à assister aux réunions de proposition de médiation, Ce sont les avocats qui arrivent à convaincre leurs clients d'accepter la médiation. Nous avons aussi mis en place des formations à l'accompagnement à la médiation à destination des avocats afin qu'il n'y ait pas de débordement et que l'avocat ne prenne pas la place de son client au cours de la médiation.*

**Pensez-vous que le coût de la médiation puisse être un frein à son acceptation ?**

*Je ne le pense pas. Les médiations que j'ordonne ont un coût moyen inférieur à 1000 euros à diviser par deux. 500 € pour tenter une mesure amiable cela ne me semble pas énorme, surtout qu'en termes de résultat, une médiation sur deux aboutit.*

*Les réticences et résistances rencontrées sont le fruit à la fois d'a priori sur le rôle de chacun (le juge tranche, l'avocat défend son client) et de méconnaissance de ce qu'est réellement la médiation.*

*Pour lutter contre ces freins je vois trois actions principales : une information auprès du public par l'intermédiaire des CDAD (Conseil Départemental d'Accès au Droit) présidée par les président des TGI ; une formation continue obligatoire pour les magistrats (Il faut aussi se féliciter de la formation annuelle des magistrats référents mise en place par Philippe Bertrand qui présidait jusqu'à l'été dernier la chambre commerciale de la cour d'appel de Pau, avant de prendre sa retraite); la mise en place d'unités de médiation au sein des juridictions.*

## LA PERENNISATION DES DISPOSITIFS MIS EN PLACE :

### Comment passer de la volonté d'un magistrat à celle de l'institution ?

*Il apparaît indispensable que toutes les actions entreprises pour développer le recours à la médiation soient le résultat d'une démarche collective. L'implantation et le développement de la médiation ne peuvent pas dépendre de quelques juges et disparaître à leur départ. Il est nécessaire de les institutionnaliser avec la mise en place de structures pérennes.*

*Un poème de Fernando Pessoa, sous l'hétéronyme d'Alberto Caeiro, tiré du « Gardeur de troupeaux » (1946) illustre cette impérieuse nécessité:*

*La diligence est passée dans la rue, et puis s'en est allée ;  
La rue ne s'en est trouvée ni plus belle ni même plus laide.  
Ainsi de toute action humaine dans le vaste monde.  
Nous ne retirons rien et rien nous n'ajoutons ; on passe et on oublie ;  
Et le soleil est toujours ponctuel chaque matin.*

*Je pars à la retraite dans 3 mois et j'espère que mon successeur sera motivé par la médiation, parce qu'il est arrivé à une collègue, qui pratiquait à haute dose la médiation commerciale en première instance, de se heurter, une fois nommé conseillère à la chambre commerciale d'une cour d'appel, à l'opposition de son président de chambre à la proposition de médiations. Je me suis assuré que l'un de mes collègues, Conseiller à la chambre commerciale, prendra le relais mais, c'est sous la réserve que le nouveau président de chambre lui donne le feu vert.*

*Pour éviter cette difficulté, une solution consisterait dans la création d'un service de médiation dans chaque juridiction ; un service commun à toutes les chambres avec un greffier affecté, pas nécessairement à temps plein, qui gérerait toutes les propositions de médiation et toutes les médiations ordonnées jusqu'à l'ordonnance de fin de mission du médiateur en cas d'échec ou l'ordonnance de désistement ou d'homologation de l'accord en cas de réussite.*

*En réalité, la charge de la gestion des propositions et des médiations ne pèse pas tant sur les magistrats que sur les greffes, ce qui explique la réticence de certains fonctionnaires. J'ai eu la chance de travailler avec une greffière qui a accepté de s'impliquer dans le projet. Certains greffiers ont une vision à court terme de ce que peut représenter la charge de travail induite par la mise en place d'une procédure de proposition de médiations. Ils ne voient pas que les médiations qui aboutissent génèrent un gain de temps important par la réduction de la phase de mise en état et la suppression de la phase de jugement.*

### Et l'institutionnalisation de la médiation par des directives ministérielles aux chefs de cour ?

*Le ministère de la justice n'est pas forcément à la hauteur de ce qui devrait être l'une de ses missions prioritaires quand on sait qu'il n'y a toujours pas de bureau véritablement dédié aux MARD à la direction des affaires civiles et du Sceau. L'idéal serait bien sûr la création dans toutes les juridictions d'une chambre de la médiation composée de magistrats spécialisés. Mais, quand on connaît les difficultés dans lesquelles les juridictions se débattent en raison des vacances de postes de magistrats et aussi de fonctionnaires, il ne sert à rien de rêver.*

*Il vaudrait mieux imposer la médiation obligatoire sous certaines conditions. J'ai évolué sur cette question ; j'avais pour habitude de dire que le premier principe fondamental c'est la liberté d'adhésion des parties. Mais, quand une personne décide d'en attirer une autre en justice, si le demandeur a le choix de le faire ou non, le défendeur ne l'a pas, il doit se défendre. Donc, si on impose au défendeur de rencontrer un médiateur avant d'exposer sa position à un juge, porte-t-on réellement atteinte à sa liberté ? Je ne pense pas. Je serais favorable à des expérimentations limitées dans le temps comme en Italie : sur 4 ans ils expérimentent la médiation obligatoire pour certains contentieux (notamment, les baux commerciaux, la copropriété, les successions). J'attends avec impatience les résultats de cette expérimentation qui prendra fin en décembre 2017. En réalité, en sélectionnant tous les dossiers de baux commerciaux, je pratique en quelque sorte la proposition obligatoire de médiation. Mais, j'aurais aimé pouvoir faire injonction aux parties de rencontrer un médiateur. Le texte de mars 2015 par lequel l'assignation doit préciser les mesures envisagées pour un règlement amiable du différend est resté au milieu du gué. Que prévoit ce texte s'il n'y a pas eu de mesure amiable, que le juge peut proposer aux parties une médiation, ce qu'il peut faire depuis 1995... J'aurais préféré que le juge puisse faire injonction aux parties de rencontrer un médiateur.*

### Pensez-vous qu'une culture de médiation se met en place ?

*Indéniablement, on progresse depuis la directive européenne, mais la véritable avancée serait, à mon sens, obtenue par l'instauration d'une médiation obligatoire à titre expérimental pour certains contentieux. Je peux mesurer aussi cette avancée auprès des avocats par l'accueil bien plus ouvert que par le passé réservé aux propositions de médiation.*

[Notes bibliographiques](#)

[Retour sommaire](#)

## PORTRAIT

# Métamorphose et Hybridation: La vie singulière de Jean MIRIMANOFF

Par Jean Louis RIVAUX



Aujourd'hui, vous allez découvrir, avec le portrait de Jean Mirimanoff, un acteur et un penseur qui apporte aux tableaux vus dans les précédentes éditions, une coloration tout à fait spéciale : celle d'une personne qui se décrit, avec une touche d'humour, comme un « caméléon ».

On connaît des tâches plus faciles que de peindre les couleurs changeantes d'un animal célèbre pour ses qualités d'adaptation. Alors, sans attendre, sortons le grand jeu, le jeu des couleurs vives et contrastées, celles qui nous seront indispensables !

### Le parcours atypique d'un homme complexe :

Si ses débuts n'ont rien de particulier – brevet d'avocat en 1969 - la séquence suivante est, déjà, plus remarquable : il sera d'abord, pour une durée de cinq ans, Conseiller Juridique au Comité International de la Croix-Rouge (CICR), à Genève. C'est pour cet organisme qu'il participe à la rédaction des protocoles additionnels aux conventions de Genève, qui seront adoptés en 1974 et 1976, pour les présenter à la Conférence diplomatique sur le droit international humanitaire (CDDH). Disons, dès maintenant et sans vouloir anticiper, que les idéaux de la Croix-Rouge l'inspireront, toute sa vie, pour ce qui est de l'éthique. La Confédération Helvétique l'emploie, ensuite, trois ans à Berne, à l'Office de la Propriété Intellectuelle.

La phase ultérieure durera trois décennies ; il intègre, alors, le cadre de la magistrature à Genève : Premier substitut, , Président du tribunal des baux et loyers, Président de chambre du tribunal de première instance, pour devenir, par la suite, Président de la Commission de Conciliation en matière de baux et loyers (Organisme indépendant de la Justice, auquel il est très attaché, et on comprendra pourquoi, quand on verra, ci-après, quelle est la fonction de cette commission).

Parallèlement à ses activités professionnelles, il poursuit sa formation à la médiation, en mettant ses pas dans les pas de ceux qu'il appelle « ses maîtres », comme Jacques Salzer, Thomas Fiutak ou Steve Goldberg, ce qui ne l'empêche pas d'entretenir des contacts réguliers avec Jean-Pierre Bonafé-Schmitt et Michèle Guillaume-Hofnung entre bien d'autres.

Ce déroulement classique d'une carrière professionnelle, Jean Mirimanoff va l'interrompre, à l'automne 2007, en donnant sa démission de magistrat, un acte fort, qu'il commente en ces termes : « *une démission à valeur symbolique, elle répond à une logique, celle de mon parcours atypique en tant que magistrat, accordant à la voie amiable la priorité* ».

Parcours atypique dont il convient, dès maintenant, de décrire et de comprendre « *la logique* », en éclairant la face cachée de cette décision. Comme nous allons le voir, cette césure s'explique par une série de facteurs :

Rappelons, en premier lieu, ses premières réflexions sur l'esprit et les principes de la médiation sur lesquels il a commencé de réfléchir à partir du Droit International Humanitaire, ainsi que la pratique qu'il a développée à la Commission des baux et loyers, son « laboratoire ».

Vient ensuite la prise de conscience des limites de la Justice, qu'il a pu mesurer en tant que magistrat, mais également dans sa vie privée (en réfléchissant sur des affaires de « divorces », précise-t-il, « *dont le mien, avec le recul du temps* »).

Lui succède un second déclic, lorsqu'il découvre son penchant, de plus en plus fort, pour la conciliation, « *constat des succès et satisfactions autour des conciliations familiales et de baux et loyers..* ».

Enfin, « *le défi de la nouveauté* » en face « *d'un monde judiciaire replié sur soi* » qui n'a pas su comprendre le geste d'un collègue.

*Un acte fort, en définitive, mais aussi un acte courageux...*

## Après la rupture : l'extension du domaine de la médiation.

C'est à partir de ce socle commun de la médiation qu'il va décliner les autres outils d'intervention que nous verrons ci-après. Rappelons, rapidement, les éléments constitutifs de ce qui constitue l'esprit de la médiation : confidentialité, volonté des protagonistes de rechercher des solutions mutuellement avantageuses, leur liberté tant de s'engager que de désengager. Le médiateur lui-même est là comme tiers, garant du cadre et du processus, neutre, sans pouvoir, sauf celui de diffuser l'esprit de la médiation. « *L'esprit de la médiation se fonde sur la croyance en la capacité des personnes à trouver en soi les forces et les ressources pour se sortir d'une situation conflictuelle* », écrit-il. Une forme de justice qui se veut amiable et durable et qui donne tout le pouvoir aux parties.

C'est donc l'esprit de la médiation (à comprendre comme étant un concept, et non pas une pratique, avec ses codes et ses processus) qui va gagner du terrain, malgré les apparences.

Car, concrètement, peut-on appliquer (et même, dans certains cas, plaquer) les codes et les processus de médiation – au sens littéral du terme – à toutes les situations ? Non, répond, en substance, Jean Mirimanoff : parfois, il faut recourir à la conciliation, dans d'autres cas, à d'autres types de processus, y compris, dans certains cas, à des processus hybrides qui les combinent les uns aux autres, selon les situations. Cette réponse nous permet de comprendre pourquoi il élargit désormais sa palette à plusieurs autres moyens utilisés par la RAD/ADR (résolution amiable des conflits/alternative dispute resolution) selon la méthode de l'orientation préalable, un outil de base dans la gestion des conflits.

Précisons ce qu'il faut entendre par cette expression :

Pluralité de modes, d'approches et d'interventions possibles dans plusieurs domaines de conflits : commerciaux, familiaux ou immobiliers, en suivant, selon les cas, des processus différents : soit comme médiateur, soit comme conciliateur, soit comme curateur, soit comme conseiller en gestion des conflits.

Attardons-nous, quelques instants sur les conflits commerciaux (25% des activités de Jean Mirimanoff) : les outils proposés aux entreprises sont particulièrement pertinents, puisqu'ils permettent de trouver des solutions adaptées au contexte, en tenant compte de

tous les facteurs, économiques mais aussi sociaux, juridiques ou personnels, tout en diminuant les coûts directs ou indirects du conflit.

Mais, quel que soit le domaine d'application, la méthode s'adapte aux parties : Au fil des ans, il a, en effet, acquis la conviction que, lorsque surgissent des conflits, « *les moyens pour les résoudre sont liés aux solutions escomptées* ». C'est ce qui l'amène à présenter « *des profils différents et néanmoins complémentaires* ». Selon cette approche, les attentes des personnes physiques ou morales sont donc essentielles. Ce sont elles, qui déterminent, en dernier ressort, le choix des armes, si l'on peut employer un tel mot, dans un tel contexte.

« *Autant de profils différents pour le tiers* » profils qui seront adoptés après une phase initiale « *d'aiguillage vers le mode le plus adéquat* ». Voilà ce qui, à ses yeux, est la raison d'être d'« *une pratique diversifiée* ».

A titre d'exemple, avant d'employer quelque méthode que ce soit, il lui faudra savoir si les clients veulent, en premier lieu, éviter des pertes financières que causerait un conflit prolongé, ou gagner du temps, ou bien « *rechercher des solutions techniques ou juridiques* », comme on vient de le voir ci-dessus, dans le domaine des relations commerciales. Tous ces éléments donnent lieu à une analyse préalable, analyse qui permet de dégager les critères de sélection du « *mode de résolution approprié* ».

Refus, donc, de se cantonner dans un seul mode, volonté d'impliquer les parties dans le choix du mode et si possible aussi dans le contenu de la solution.

On pourrait dire aussi, en paraphrasant ce que dit l'Évangile à propos du sabbat : C'est la méthode qui doit être au service de l'homme et non l'homme au service de la méthode.

On comprend mieux le sens particulier du mot « *caméléon* », tel que l'emploie Jean Mirimanoff : un intervenant protéiforme disposant d'une pratique à géométrie variable, qui utilise d'ingénieuses combinaisons évolutives, sans renier l'esprit de la médiation, utilisant même la comédiation lorsque cela est nécessaire, comme dans certaines affaires familiales, qui requièrent la présence d'un comédiateur ou celle d'une comédiatrice.

L'avantage de cette souplesse, aussi bien sur le plan pratique que sur le plan conceptuel, est de contourner habilement l'écueil de la spécialisation. Jean Mirimanoff ne s'est pas spécialisé dans le domaine de la famille, dans celui de la relation concurrentielle entre les entreprises ou n'importe quel autre type de conflit, il n'exclut rien, pour autant cependant

qu'il estime pouvoir répondre aux attentes des parties et correspondre à la situation qui lui est présentée. Il reconnaît avoir décliné de ce fait nombre de mandats.

. Qui serait assez aveugle pour ne pas voir, dans une telle attitude, une ouverture sur l'avenir et une invite discrète à la réflexion : les pratiques de la régulation sociales, telles que nous les connaissons aujourd'hui, ne sont-elles pas figées et inadaptées ? Pourquoi ne seraient-elles pas susceptibles d'évolution ?

## Le temps de l'apaisement : Engagements et investissements :

Parmi les multiples activités, il faut signaler celles dans lesquelles il est profondément impliqué, soit la promotion de la médiation :

- celle de membre du Groupe de Travail sur la médiation (CEPEJ GT MED) pour le compte d'un organe du Conseil de l'Europe : la Commission Européenne pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ), où il siège en tant qu'expert qualifié. Cet organisme fournit aux Etats-membres des recommandations dans divers domaines, mais en particulier en matière de médiation. La participation à ce groupe de travail prend des allures de défis, quand on sait que les juges civils, dans l'Union Européenne, orientent 1% seulement des dossiers vers la médiation. Mais cette situation alarmante est aussi une source de motivation pour Jean Mirimanoff.

- celle de formateur (ateliers, séminaires ou conférences), principalement essentiellement pour un public de magistrats ou d'avocats: deux fois cette année à Thun (Canton de Berne), et parfois à l'étranger, en France, en Hongrie, en Russie. En ce qui concerne ce dernier pays, on trouvera sur le site « [mediationgeneve.ch](http://mediationgeneve.ch) » le contre-rendu de son intervention en octobre 2014, à Saint-Pétersbourg, sur le thème « *le conflit et sa gestion : vers un changement de paradigme ?* », au cours de laquelle il résume

la démarche médiatrice en une phrase qui est peut-être une des clés de sa philosophie : « *la personne humaine est au cœur de la médiation et la médiation est au cœur de la personne humaine* ».

- celle d'intervenant en tant que Membre du Gemme (Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation), c'est à ce titre, qu'il a fourni des prestations en France, en Espagne et en Italie ; et la liste n'est pas limitative.

Mais Jean Mirimanoff aime aussi écrire et coécrire, et c'est dans ses livres que l'on trouve l'expression la plus accomplie de sa pensée.

Nous n'en citerons que quelques-uns :

La résolution amiable des différends en Suisse, chap. sur les Processus hybrides, Berne, Staempfli, 2016.

Dictionnaire de la résolution amiable des différends, Bruxelles, Larcier, 2015.

Médiation et Jeunesse, Bruxelles, Larcier, 2013

Je voudrais mettre une touche finale à ce portrait, en lui ajoutant un dernier trait, peut-être plus inattendu, mais qu'une revue comme la nôtre attachée à la francophonie, ne peut laisser de côté : Jean Mirimanoff écrit beaucoup et, surtout, il sait écrire.

Je n'en donnerai que deux exemples :

Son texte intitulé « *conciliation et médiation : pour en finir avec un psychodrame familial* » (2006), qui est un petit chef-d'œuvre, tant pour sa clarté d'exposition que pour la précision de son contenu.

Je ne résiste pas, non plus, au plaisir de vous rappeler l'existence d'une lettre ouverte (publiée en 2015 et accessible sur la toile), légère comme la plume dans sa forme, elle est acérée comme le glaive pour le fond. Elle se camoufle sous un titre anodin : « *Médiation judiciaire au civil : la parente pauvre de la justice* ».

Eloquence pure, sans hybridation. On attend les prochaines publications.

[Retour sommaire](#)



## Notes bibliographiques

### EDITORIAL

- BOLTANSKI Luc, THEVENOT Laurent, De la justification, Les économies de la grandeur, Gallimard, 1991.
- BOLTANSKI Luc, CHIAPELLO, Le nouvel esprit du capitalisme, Gallimard, 1999
- Dans un contexte de crise financière et économique, l'Etat a pris en charge l'intégration de la médiation dans les relations des entreprises à la suite des États généraux de l'industrie qui ont révélé un déséquilibre dans les relations entre clients et fournisseurs. Créée en avril 2010, la Médiation Interentreprises alors placée sous l'égide du ministre du redressement collectif se nomme désormais la Médiation des Entreprises rattachée au ministre de l'économie et des finances et œuvre en la personne de Pierre PELOUZET. Seront assimilées à cette médiation de l'État la médiation du crédit aux entreprises et des Marchés Publics. Pour plus d'informations : <https://www.economie.gouv.fr/mediateur-des-entreprises>
- URY W.L., BRETT J., GOLDBERG S.B., Designing an Effective Dispute Resolution System, Negotiation Journal October 1988
- SERRES Michel, La petite Poucette, Editions Le Pommier 2012
- FAGET Jacques, L'impensé de la médiation : contre-culture ou soft power ?; EMPAN 2008/4 n°72, Editions ERES 2008 p 74
- LEROY Etienne, La voie étroite de la médiation, entre les ordonnancements imposés et négociés de régulation des différends, Revue Négociation 2007/2 p 107 à 117
- LE TOURNEAU Philippe. (1993- p 101), « La rencontre du management et du discours chrétien sur l'entreprise », Histoire, gestion et management, ESUG - Université de Toulouse I, pp.101-117. Ancien Professeur de droit à l'Université de Toulouse I

[Retour sommaire](#)

### MEDIATIONS DANS LE MONDE FRANCOPHONE

#### *Panorama de la médiation Interentreprises en France*

- L'observatoire des stratégies de médiation pour les règlements des conflits réalisé par le CMAP, squaremetric et Baro Alto en janvier 2017.
- FNCM
- Baromètre du CMAP
- Rapport du médiateur des entreprises
- Chiffres clés du ministère de la justice

[Retour sommaire](#)

### TEMOIGNAGE

#### *Gilbert COUSTEAUX, Un magistrat raconte.....*

- Le juge judiciaire et la médiation commerciale, in Conciliation et médiation devant la juridiction administrative, Actes du colloque du Conseil d'Etat du 17 juin 2015, Editions L'Harmattan, 2015
- La médiation - contribution française au 19e congrès international de droit comparé -Vienne - avec Sylvaine Poillot Peruzzetto, in Revue internationale de droit comparé - avril/juin 2014
- Intervention à l'Académie de législation sur le juge et la médiation (mai 2014) : <http://dai.ly/x1x8tlk>
- Le rôle du juge dans la médiation, in Construction européenne : approche pratique, Editions Lamy, Collection Lamy Axe Droit, 2012
- La justice en France - in Les essentiels - Milan – 2008

[Retour sommaire](#)



## APPEL A CONTRIBUTEURS

Nos prochains champs d'étude sont :

- La médiation de consommation
- La médiation pénale
- La médiation de santé

Si, dans le monde francophone, vous avez :

- Des connaissances sérieuses en ces domaines dans votre pays,
- une analyse fine,
- une compétence pratique,

Faites acte de candidature auprès du comité de rédaction à l'adresse [letmed@numericable.fr](mailto:letmed@numericable.fr) ou prenez contact avec nos correspondants (cf. encart ci-dessous)



## Correspondants

Belgique

TIMMERMANS Joëlle (Le souffle) [souffle@skynet.be](mailto:souffle@skynet.be)

Brésil

LOPES Juliano Alves () [julianoalveslopes@hotmail.com](mailto:julianoalveslopes@hotmail.com)

Canada

CHARBONNEAU Serge (ROJAQ) [s.charbonneau@rojaq.qc.ca](mailto:s.charbonneau@rojaq.qc.ca)

Luxembourg

DEMARET Paul (Centre Médiation) [paul.demaret@mediation.lu](mailto:paul.demaret@mediation.lu)

Suisse

GAY Jean (conflict.ch) [jeanlgay@conflits.ch](mailto:jeanlgay@conflits.ch)

[Retour sommaire](#)

## La lettre des médiations

### Groupe de rédaction

BONAFE-SCHMITT Jean-Pierre  
 initiateur de « La Lettre des Médiations »  
 BEN MRAD Fathi  
 GRAND Pierre  
 GUYOT-SUTHERLAND Sheila  
 RIVAUX Jean-Louis  
 WICKY Christiane

### Correspondants

Ils sont à votre disposition pour vous présenter notre projet de la « Lettre des Médiations » dans le monde francophone  
 CF. encart

### Participation à ce numéro

HOUSTY Françoise - coordinatrice du numéro  
 ALASSAIRE François  
 GAY Jean  
 HENRY Sophie  
 HOUNTOHOTEGBE S. Axel Luc  
 IZAC Laurent  
 MARQUIS Louis  
 PISAPIA Serge  
 RIVAUX Jean-Louis  
 VAN LEYNSEELE Patrick  
 WICKY Christiane

### Maquette

PICON Denis

### Directeur de publication

BONAFE-SCHMITT Jean-Pierre

### Editeur

Association la Lettre des Médiations

ISSN non exigé

### Contact

Courriel : [letmed@numericable.fr](mailto:letmed@numericable.fr)

Courrier : J-P BONAFE-SCHMITT - Lettre des Médiations - 45 rue Smith - 69002 Lyon - France

La diffusion de la lettre et la reproduction des articles sont permises à la condition de mentionner la source et en l'absence d'utilisation commerciale.

Les numéros sont disponibles sur

<https://jpbsmediation.wordpress.com/category/lettre-des-mediations-archives/>

La Lettre de la Médiation est un site de débat et le contenu des articles et opinions exprimées par leurs auteurs ne représentent pas nécessairement celles de la Lettre des Médiations

Prochain numéro

LA MEDIATION  
 INTRA-ENTREPRISE