

LA MÉDIATION COMMERCIALE

-Ses différents domaines d'application

-La médiation commerciale en droit comparé

Actes des colloques : « les deuxièmes assises internationales de la médiation judiciaire », Fort de France du 16-19 novembre 2011, colloque européen de Paris, mai 2012, « Regards croisés sur la médiation judiciaire », 11 mai 2012, troisièmes et quatrièmes assises internationales d'Aix-en-Provence 4-7 juillet 2012 et 4-6 juillet 2013

TABLE DES MATIÈRES

GEMME et CIMJ

Préface : Quelle Justice pour le XXIème siècle ? *Béatrice Blohorn-Brenneur, président de chambre honoraire, médiatrice du Conseil de l'Europe*

Avant – propos : La médiation ou l'unité dans la diversité, *Jaime O. Cardona Ferreira, premier président honoraire de la Cour Suprême du Portugal, professeur à l'université de Lusiada, président de Gemme.*

TITRE I : LA MÉDIATION COMMERCIALE ET SES APPLICATIONS

- La transposition en droit français des dispositions 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 et commerciale, *Gilles Malfre, magistrat, direction des affaires civiles et du Sceau, bureau du droit processuel et du droit social du ministère de la Justice*

1. Le processus de transposition de la directive 2008/52/CE mis en place par les autorités françaises
2. La transposition en droit français de la directive 2008/52/CE
 - 2.1. Les dispositions pour lesquelles le droit français était déjà conforme
 - 2.2. Les dispositions normatives de la directive restant à transposer

- Conciliation et médiation, *Jean-Bertrand Drummen, Président de la Conférence Générale des Juges Consulaires de France*

- Conciliation et médiation et temps de crise - les défis d'un tribunal de commerce, *Yves Lelièvre, Président du Tribunal de commerce de Nanterre*

1. Concernant les entreprises en difficultés
2. Concernant la résolution des litiges : la conciliation et la médiation

- Médiation et conflits des grands chantiers : les normes sécuritaires, *Jean-Bernard Dagnaud, médiateur, président de chambre honoraire au tribunal de Commerce de Bobigny*

- La médiation, une gestion réparatrice du risque environnemental, *Francis Casorla, avocat général honoraire à la Cour de cassation, conseiller d'Etat de la Principauté de Monaco*

- Médiation et règlement de conflits commerciaux impliquant le secteur public, *Peter Kamminga, professeur agrégé à l'université VU d'Amsterdam, stagiaire postdoctoral à l'Université Harvard Law School (PON) et médiateur.*

1. Introduction
2. Arguments pour l'utilisation de la médiation: les avantages pour les parties, la société et les juges
3. Arguments contre la médiation dans les cas complexes
4. La pratique des médiations complexes : la preuve que cela peut être fait.

- **L'action de groupe et la médiation collective**, *Sophie Henry, Secrétaire générale du CMAP*

TITRE II - LA MEDIATION COMMERCIALE EN DROIT COMPARE

- **Diversité et unité de la médiation judiciaire : est-elle dépendante et fonction de nos cultures ?**,
Dr. Paola Cecchi Dimeglio, Harvard Law School, Program On Negotiation

- **La médiation et les pays de droit anglo-saxon**, *Me Simon Wesley, avocat à la cour au Barreau de Lyon – 'non-practising' Solicitor (England & Wales)*

- Le contexte de la médiation au Royaume-Uni
- Le contexte de la médiation à Hong Kong
- Le contexte de la médiation en Australie
- Le contexte de la médiation aux Etats-unis
- Le contexte de la médiation à Singapour
- Le contexte de la médiation en Malaisie

- **La Chine : un nouveau système de médiation pour le règlement des litiges commerciaux. La médiation en connexion avec les tribunaux**, *Xiao Lin Fu Bourgne, avocate et médiatrice*

- L'organisation de la médiation en Chine
- Le fonctionnement du nouveau système
- Le pragmatisme et l'efficacité

- **Le Québec : la conférence de règlement à l'amiable en matière commerciale et plus particulièrement lors d'un recours collectif**, *l'honorable François Rolland, juge en chef de la Cour supérieure du Québec*,

- La conférence de règlement à l'amiable
- Le recours collectif

- **La médiation au sein du Conseil de l'Europe. Comment être à la fois ombudsman et médiateur ?** *Béatrice Blohorn-Brenneur, président de chambre honoraire, présidente de GEMME-France et de la CIMJ, médiatrice auprès du Conseil de l'Europe*

Synthèse, *Stephen Bensimon, directeur de l'Ifomene*

- 2013-2015 : l'Europe à l'heure de la nouvelle directive
- La médiation obligatoire ?! Expériences et questions

Le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME)

GEMME a été créé le 19 décembre 2003, sous la présidence de Guy Canivet, alors premier président de la Cour de cassation.

Interlocuteur auprès des institutions européennes, GEMME a le statut d'observateur auprès du Conseil de l'Europe.

GEMME a pour vocation d'être présent dans les 28 pays de l'Union Européenne et les 4 pays de l'AELE.

GEMME regroupe des juges de carrière et du parquet et des juges élus, en matière civile, commerciale, prud'homale, pénale et administrative.

Des « membres associés » peuvent être admis : avocats, universitaires, médiateurs...

Les membres sont regroupés en sections nationales.

GEMME œuvre pour le développement et la qualité de la médiation et de la conciliation (colloques, inventaire et sélection des bonnes pratiques, échanges d'expériences, formations).

Le siège social de GEMME-France est à la cour d'appel de Paris, 34 Quai des Orfèvres, 75001 Paris.

Site internet : gemme.eu

La Conférence Internationale de la Médiation pour la Justice (CIMJ) International Conference of Mediation for Justice (ICOMEJ)

CIMJ-ICOMEJ a été fondée en 2010, à la suite des premières assises internationales de la médiation judiciaire qui se sont réunies à Paris, au palais du Luxembourg les 16 et 17 octobre 2009. Les 250 membres fondateurs, issus de 37 pays des cinq continents ont souhaité et gardé des liens entre eux et créer un réseau international des acteurs de la médiation.

CIMJ-ICOMEJ est représentée dans les cinq continents. Elle permet de faire connaître l'état de la médiation internationale et de souligner la démarche des juges et des gouvernants qui, bouleversant les habitudes du monde judiciaire, recherchent des voies nouvelles mieux adaptées à notre époque pour résoudre les conflits.

Cette association a déjà organisé plusieurs sessions de formation à la médiation internationale en Amérique du Nord et en Europe, ainsi que plusieurs colloques internationaux.

Son siège social est à la cour d'appel de Paris, 34 Quai des Orfèvres, 75001 Paris

A tous ceux qui ont apporté leur contribution à cette publication :

Stephen Bensimon
Béatrice Blohorn-Brenneur
Jaime Cardona Ferreira
Francis Casorla
Paola Cecchi-Dimiglio-Kamminga
Jean-Bernard Dagnaud
Jean-Bertrand Drummen
Xiao Lin Fu-Bourgne
Sophie Henry
Peter Kamminga
Yves Lelièvre
Bertrand Limon-Duparcmeur
Gilles Malfre
Xavier Peyrou
François Rolland
Jacques Salzer
Colette Sant
Simon Wesley

PREFACE

Quelle Justice pour le XXIème siècle ?

Béatrice Blohorn-Brenneur, président de chambre honoraire, médiatrice du Conseil de l'Europe, membre fondateur de Gemme, présidente de Gemme-France et de la Cimj (Quatrièmes assises internationales de la médiation, Aix-en-Provence, 5-7 juillet 2013)

On a demandé au Dalai Lama : « Qu'est ce qui vous surprend le plus dans l'humanité ? »

Il a répondu : « les hommes... Parce qu'ils perdent la santé pour accumuler de l'argent, ensuite ils perdent de l'argent pour retrouver la santé. Et à penser anxieusement au futur, ils oublient le présent, de telle sorte qu'ils finissent par non vivre ni le présent ni le futur. Ils vivent comme s'ils n'allaient jamais mourir... Et meurent comme s'ils n'avaient jamais vécu ».

Le 11 juillet 2013, madame Christiane Taubira, Garde des Sceaux, ministre de la justice, préconisait « de renverser la perspective : donner à chacun la capacité de conduire le règlement de son litige ; la règle doit être de proposer chaque fois un conseil, une transaction, une conciliation ou une médiation, le traitement juridictionnel devant être l'exception. »¹

On ne pouvait être plus explicite sur l'intention du gouvernement de donner la première place aux modes amiables de règlement des conflits. Ce n'est qu'après avoir tenté de régler elles-mêmes leurs différends que les parties peuvent envisager un autre mode de règlement des litiges : le procès. Le traitement juridictionnel devient l'exception.

Ce mouvement n'est pas seulement français : il est mondial. À la suite des premières assises de la médiation judiciaire qui se sont tenues à Paris les 16 et 17 octobre 2009, à l'initiative du GEMME, les participants ont réalisé, qu'au même moment de l'histoire de l'humanité, tous les pays du monde se tournaient vers la médiation comme mode de règlement des litiges. Cette culture du dialogue n'est pourtant pas encore acquise en pratique : n'avons-nous pas le réflexe naturel de nous précipiter vers les tribunaux avant de tenter de régler amiablement le conflit ?

Or, comment imaginer, après un procès, reprendre des relations commerciales comme s'il ne s'était rien passé? Le fournisseur que l'on avait choisi n'était-il pas le meilleur et n'est-il pas périlleux de le quitter ? La publicité de la décision judiciaire ne peut-elle nuire à l'image de l'entreprise ou à la commercialisation du produit ? Comment évaluer le montant des dommages-intérêts réclamés par son entreprise pour perte de profit du fait de la résiliation unilatérale du contrat par une autre entreprise, sans faire connaître au juge, et donc à l'adversaire, la marge bénéficiaire de son entreprise sur la vente des produits ? Or, ces renseignements font partie des secrets commerciaux indispensables pour se préserver de la concurrence. Une culture d'affrontement où chacun cherche, par la force, à faire plier son « adversaire », à « gagner contre l'autre », est une Justice révolue.

Les échanges commerciaux doivent obéir à une éthique dont le but est de servir l'humanité et non point de l'asservir dans le dessin unique d'amasser toujours plus d'argent.

La médiation entraîne une prise de conscience. Elle contourne les limites de la décision judiciaire, évite l'aléa, le coût, la rigidité des règles de preuve et de procédure, la publicité des débats et la lenteur des procès. Elle maintient les relations contractuelles et facilite l'exécution de la solution finalement adoptée.

La mondialisation des échanges commerciaux bouleverse les cultures et la manière de résoudre les conflits. On se référait jusqu'ici à la loi et au juge pour régler les litiges. La rigidité, le coût, la

¹ Lettre de transmission du rapport déposé le 31 mai 2013 sur « la prudence et l'autorité, l'office du juge au XXIème siècle » et les recommandations de l'IHEJ

longueur et la publicité des procès, imposent au monde moderne la prise en compte d'autres critères : souplesse, rapidité, confiance et confidentialité. Ce sont les fondements mêmes de la médiation. Ainsi sont jetées les bases d'une Justice moderne et plus harmonieuse, respectueuse des relations commerciales indispensables au développement du commerce international. La Justice du XXIème siècle doit être capable de résoudre les problèmes que suscite son fonctionnement si elle ne veut pas être une Justice décadente.

Par la médiation, tous les acteurs vont participer à la construction du modèle dans lequel ils veulent vivre. La médiation est plus qu'une technique de communication ; elle va au-delà du simple processus de résolution des litiges. Elle prend en compte l'être humain, va au secours de ceux qui ont l'esprit en déroute pour les remettre debout sur le chemin. Ils pourront ainsi repartir dans la vie la tête haute et le cœur allégé. La médiation leur rend leur dignité ; elle les bouleverse, donne un sens à la vie : c'est une mission d'humanité.

Le but des colloques organisés par les deux associations GEMME et CIMJ-ICOMEJ est de répandre une culture de pacification du conflit en permettant à chacun de s'expliquer dans la sérénité et l'écoute de l'autre pour trouver des solutions « avec » l'autre, entre « partenaires » qui ont des intérêts communs.

Les principaux colloques organisés depuis 2011 sont :

- les deuxièmes assises internationales de la médiation judiciaire à Fort-de-France, les 16 et 17 octobre 2011,
- le colloque européen au Palais-Bourbon, à Paris, le 11 mai 2012,
- les troisièmes assises internationales de la médiation à Aix-en-Provence, du 4 au 6 juillet 2012.
- Les 4èmes assises internationales de la médiation à Aix-en-Provence, du 4 au 6 juillet 2013

Ces manifestations ont réuni des magistrats, avocats et médiateurs internationaux. Les principales interventions concernant la médiation commerciale en France et en droit comparé ont été reprises dans le présent livre.

AVANT - PROPOS

LA MEDIATION OU L'UNITE DANS LA DIVERSITE

*Jaime O. Cardona Ferreira, premier président honoraire de la Cour Suprême du Portugal, professeur à l'Université de Lusiada, président de Gemme.
(Troisièmes assises internationales de la médiation judiciaire, Aix-en-Provence, 5-7 juillet 2012)*

Je vais vous dire deux mots, un subjectif et un autre objectif, en tant que président de Gemme, et en ma qualité beaucoup plus importante d'ami et de compagnon de route.

Le mot subjectif est adressé à la personne de Madame Béatrice Brenneur. Elle me rappelle un écrivain mozambicain qui a dit qu'une vie sans cause est une vie sans effet. À mon avis, l'alternative de cette affirmation est beaucoup plus importante : une vie dédiée à des causes est une vie avec des effets ! Dédiée à la Justice pacificatrice, Béatrice Brenneur a une magnifique capacité non seulement de penser mais, aussi, de réaliser.

Et c'est dans cette ligne de direction qu'elle a fondé le Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation dont nous allons célébrer, en 2013, le 10ème anniversaire. Gemme est un exemple de l'unité dans la diversité. Cela veut dire qu'au sein de cette association européenne se joignent et travaillent des personnes de plusieurs pays, qui ont des cultures et des sensibilités différentes et qui sont unies par un objectif commun : obtenir, avec la médiation, une Justice humaine, dans un délai raisonnable.

De cette façon, très brièvement, je joins le mot subjectif au mot objectif.

Pour moi, juge, **la Justice est une valeur, la raison d'être de tous les systèmes, de tous les chemins, de toutes les vies qui se dédient à séparer le bien du mal et à chercher la paix donnée par la tranquillité et le bien-être de nos concitoyens.**

Dans cette perspective, nous nous trouvons devant l'essentiel de la valeur Justice : si les personnes intéressées prennent, elles-mêmes, leurs décisions, elles se sentiront **partie de la solution et non seulement partie du problème**. Et cette assumption sera un facteur de paix. D'autre part, le délai pour trouver des solutions doit être raisonnable, ce qui veut dire, utile, capable de faire revenir la paix à qui l'a perdue, comme il l'est affirmé, notamment, par la Déclaration des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne et par la Convention Européenne des Droits Humains. Et, pour atteindre ces objectifs, la médiation est extrêmement importante.

La médiation est beaucoup plus qu'une simple technique de réalisation d'accords. Il s'agit, d'une part, pour les intéressés de trouver eux-mêmes des solutions qui leur conviennent, qui correspondent à une vision **post-moderne de la justice**. D'autre part, de leur donner la conviction que personne n'a perdu et que tous ont gagné.

L'idéal du Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation est de savoir que nous, les juges et les avocats, nous ne sommes pas importants, mais que ce sont les Justiciables qui le sont, ceux qui ont faim et soif de justice. Le mariage harmonieux entre la juridiction et la médiation va permettre de combattre les injustices et, en particulier, celle du délai non raisonnable mis pour donner des solutions.

Gemme proclame que la compréhension, la communication et la communion unissent les hommes et donnent la paix. Gemme met l'accent sur un idéal d'harmonie qui est caractéristique de notre vieille Europe, berceau d'idées magnifiques qui ont été de *belles utopies*, et sont aujourd'hui des réalités du monde entier. La belle utopie n'est pas l'irréalisable, c'est ce qui n'est pas encore réalisé!

Et permettez-moi de dire, en rappelant le festival de musique d'Aix-en-Provence : éloigner la juridiction de la médiation reviendrait à interpréter une symphonie avec un seul instrument. Impossible !

TITRE I : LA MÉDIATION COMMERCIALE ET SES APPLICATIONS

LA TRANSPOSITION EN DROIT FRANÇAIS DES DISPOSITIONS DE LA DIRECTIVE 2008/52/ DU 21 MAI 2008 SUR CERTAINS ASPECTS DE LA MEDIATION EN MATIERE CIVILE ET COMMERCIALE

Gilles Malfre, magistrat, direction des affaires civiles et du Sceau, bureau du droit processuel et du droit social du ministère de la Justice

1. Le processus de transposition de la directive 2008/52/CE mis en place par les autorités françaises

La médiation touche tous les domaines du droit, rendant particulièrement complexe la transposition de la directive 2008/52/CE qui offre un cadre commun à toutes les médiations. Le champ d'application exact de la directive ainsi que les mesures de transposition qu'elle exige se sont également avérés complexes à déterminer, notamment dans les matières dominées par l'ordre public (droit social, droit administratif, droit de la famille).

Afin de préparer dans les meilleures conditions cette transposition, un premier groupe de travail interministériel a été réuni dès le mois d'octobre 2009, suivi d'une saisine pour avis du Conseil d'Etat au mois de mai 2010, pour qu'il détermine les orientations susceptibles d'être retenues pour procéder à la transposition. Le Conseil d'Etat a rendu son étude le 29 juillet 2010.

Ce n'est qu'à l'issue de ces travaux que le champ et les exigences de la transposition ont été précisément identifiés. Au regard de ces travaux, plusieurs orientations ont alors pu être retenues :

- une transposition étendue au champ interne comme l'autorise la directive dans son considérant 8, et non pas seulement aux litiges transfrontaliers (sauf exceptions très ponctuelles : droit du travail et droit administratif non régalien) ;
- l'absence de nécessité d'une transposition de certains aspects de la directive, le droit français étant déjà conforme comme par exemple en matière de prescription depuis la loi du 17 juin 2008 (article 2238 du code civil).

Il est aussi apparu qu'en droit français, les mesures de transposition encore nécessaires relevaient du niveau législatif. Compte tenu de l'encombrement du calendrier parlementaire, il a été fait le choix par le Gouvernement français de solliciter une habilitation à légiférer par voie d'ordonnance.

Fort de cette habilitation, le Gouvernement a immédiatement entrepris l'élaboration de l'ordonnance destinée à la transposition de la directive, dont il a soumis à la consultation publique des acteurs concernés par la médiation une première version, avant la fin du mois de mai 2011. Ces retours de consultation ont été particulièrement substantiels, tant en nombre (près de 300 réponses à exploiter) qu'en qualité (l'ensemble des organismes praticiens de la médiation, ainsi que l'ensemble des spécialistes de la matière ont participé à la consultation).

Leur exploitation n'a permis de saisir le Conseil d'Etat du projet d'ordonnance qu'au mois de juillet 2011. Cette ordonnance a été signée le 16 novembre 2011.

2. La transposition en droit français de la directive 2008/52/CE

2.1. Les dispositions pour lesquelles le droit français était déjà conforme

Outre les dispositions de la directive dépourvue de caractère normatif (objet et champ d'application du texte, qualité de la médiation, information du public) le droit français était d'ores et déjà conforme avec une grande partie des exigences de la directive, à savoir :

- la possibilité pour le juge judiciaire d'ordonner une médiation. (articles 21 à 26 de la loi n° 95-125 du 8 février 2005 et articles 131-1 à 131-15 du code de procédure civile pour tous les litiges et articles 255 et 373-2-10 du code civil pour les médiations familiales).

- pour la médiation conventionnelle, le droit privé français est déjà partiellement conforme aux exigences posées par la directive puisqu'il permet de mener une médiation tant en matière civile et commerciale, dans la mesure où elle ne porte pas sur des droits indisponibles et n'affecte pas l'ordre public. Cette possibilité résulte de la liberté contractuelle du code civil.

- les effets de la médiation sur les délais de prescription déjà régis par les dispositions de l'article 2238 du code civil. Il est prévu la suspension de la prescription à compter de la date à laquelle les parties conviennent de recourir à cette médiation ou, à défaut, à compter du jour de la première réunion de médiation. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée d'au moins six mois, lorsque l'une ou les deux parties ou le médiateur déclarent la médiation terminée.

- la définition des litiges transfrontaliers à l'article 2 n'a pas à être transposée, de façon générale, dès lors que les autorités françaises ont fait le choix de transposer la directive tant en ce qui concerne les litiges transfrontaliers que ceux de nature interne. Ce n'est que dans les cas ponctuels où la transposition est limitée aux cas transfrontaliers que la définition du domaine transfrontalier est précisée (médiations en matière de conflits relatifs à un contrat de travail ainsi que dans le domaine du droit administratif non régalién).

2.2. Les dispositions normatives de la directive restant à transposer

La définition de la médiation et du médiateur, la possibilité de rendre exécutoire des accords issus de la médiation et la confidentialité du processus de médiation.

2.2.1. Définitions générales du médiateur et de la médiation

La médiation est définie d'une manière générale ainsi que les qualités que doit remplir le médiateur (impartialité, compétence et diligence), qu'il soit désigné par les parties ou le juge saisi du litige.

2.2.2. La possibilité de rendre exécutoire l'accord issu d'une médiation

Principale innovation de l'ordonnance du 16 novembre 2011, les parties étant parvenues à un accord issu d'une médiation conventionnelle (qui n'a donc pas été ordonnée par le juge) peuvent saisir le juge compétent au regard de la nature du litige résolu, pour que cet accord soit homologué et ait force exécutoire.

L'ordonnance précise en outre que ces décisions rendues par le juge constituent un titre exécutoire permettant de procéder à des mesures d'exécution forcée (saisies sur les biens du débiteur visé dans l'accord).

2.2.4. La confidentialité de la médiation

Le principe de confidentialité existait en droit interne pour les conciliateurs et les médiateurs judiciaires. Pour ne laisser planer aucun doute sur cette exigence de confidentialité, ce principe est rappelé et précisé, pour toutes les médiations même conventionnelles. Il est expressément repris les exceptions à ce principe mentionnées dans la directive.

Postérieurement à l'ordonnance du 16 novembre 2011, un décret d'application a été pris le 20 janvier 2012 pour rendre lisible les nouvelles dispositions issues de la transposition de la directive.

CONCILIATION ET MEDIATION

Jean-Bertrand Drummen, président de la Conférence générale des juges consulaires de France, Président honoraire du Tribunal de commerce de Nanterre

(Colloque de Paris, Palais Bourbon, 11 mai 2012, Regards croisés sur la médiation judiciaire)

Une confusion persiste entre les termes conciliation et médiation. La médiation a pour finalité la conciliation. Elle est le moyen le plus utilisé au service de la conciliation parmi d'autres. Elle est en principe confiée à un tiers.

Que le juge tente de concilier les parties est la mission que lui donne l'article 21 du CPC.

C'est une mission large qu'il exerce en tant que juge, dans le respect absolu du principe de la contradiction. Il a convaincu les parties de tenter de se concilier, il leur donne du temps, il préside les audiences d'étapes, il ouvre des pistes, il prend des mesures susceptibles de faciliter la négociation, il garde l'affaire si la conciliation échoue.

Pour concilier les parties, il peut désigner un médiateur (art. 131.1 et suivants CPC) ou un conciliateur de justice (art.860.2 et 863 CPC). En agissant ainsi, il est dans son rôle de juge conciliateur.

Que le juge devienne médiateur est sans doute possible. Mais lorsqu'il intervient en tant que médiateur, il perd sa qualité de juge pour l'affaire qu'il traite en tant que médiateur. Et il est indispensable d'éviter toute confusion ne serait-ce que dans les apparences entre la fonction de juge et la mission de médiateur. Le juge devenu médiateur ne reçoit pas les parties en robe.

Mais surtout une difficulté apparaît ; selon l'article 131.1 du CPC « le juge saisi d'un litige peut « après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les « parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au « conflit qui les oppose ».

Et l'article 132.2 dispose « qu'en aucun cas elle (la médiation) ne dessaisit le juge, qui peut « prendre à tout moment les autres mesures qui lui paraissent nécessaires ».

Les textes n'envisagent donc pas que le juge s'autosaisisse en tant que médiateur mais seulement qu'il désigne une tierce personne qui remplira la mission de médiateur sous son égide et son contrôle.

Cela ne signifie pas qu'un juge ne puisse être médiateur mais qu'il devrait être désigné en tant que tel par un juge qui remplirait les exigences des articles 131.1 et suivants et non par auto saisine.

Qu'un juge puisse être médiateur serait du reste conforme aux dispositions de la Directive du Parlement européen et du Conseil n°2008/52/CE du 21 mai 2008 qui en son article 3 – 2^{ème} alinéa énonce ce qui suit : « elle (la médiation) inclut la médiation menée par un juge qui n'est chargé d'aucune « procédure judiciaire ayant trait au litige en question. Elle exclut les « tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours « de la procédure judiciaire relative audit litige ».

En conclusion

Un juge peut mener une médiation. Il est alors la tierce personne au sens de l'article 131.1 du CPC désignée par le juge saisi du litige. C'est une situation exceptionnelle.

La règle générale sera celle du juge conciliateur agissant sur le fondement de l'article 21 du CPC et des articles 127, 128 et 845 du même code dans le respect du principe de la contradiction. Dans le cadre de cette mission, il pourra désigner un médiateur ou un conciliateur de justice.

CONCILIATION ET MEDIATION ET TEMPS DE CRISE - LES DEFIS D'UN TRIBUNAL DE COMMERCE

*Yves Lelièvre, président du tribunal de commerce de Nanterre,
(Colloque de Paris, Palais Bourbon, 11 mai 2012, Regards croisés sur la médiation judiciaire)*

Nul n'ignore que la période de crise très profonde dans laquelle nous sommes plongés nous force à une remise en cause permanente de nos pratiques. Mais, bien au-delà, il s'agit aussi d'un véritable changement de culture dans les relations entre acteurs économiques auquel il est vital d'aboutir. Changement de culture qui dépasse largement le strict monde de l'économie.

Les tribunaux de commerce qui sont en charge des entreprises de la naissance à leur mort sont évidemment concernés.

Le tribunal de commerce de Nanterre que j'ai l'honneur de présider est aussi bien entendu concerné. Premier département économique du pays. 135.000 entreprises et de très nombreux sièges sociaux de grandes entreprises. Nous sommes 64 juges, et nous avons rendu plus de 31000 décisions l'an dernier. Moins de 8% ont fait l'objet d'un appel. Moins de 10% des appels ont fait l'objet d'une infirmation.

Nous disposons de 6 chambres de résolution des litiges et 4 chambres en charge des entreprises en difficultés, une chambre des sanctions et 12 juges délégués à la prévention. Mais, je le reconnais bien volontiers, au même titre que l'ensemble de la justice consulaire, nous connaissons un déficit de rayonnement qui entretient certains fantasmes et un déficit d'images, terreau de tous les préjugés.

On pense souvent que nous ne sommes qu'un lieu de dispute, de sanction, de dépôt de bilan, de liquidation. Bref que des situations très négatives ... c'est cela ... parce que c'est la vie ... mais ce n'est pas uniquement cela. Nous sommes de culture juridique romaine. C'est-à-dire qu'il nous appartient d'appliquer la loi. Et notre mission, de par la loi, c'est de trancher :

Selon l'article 12 du CPC « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit applicables »

Mais notre mission, de par la loi, c'est aussi de chercher à concilier avant de trancher.

Le même code dispose dans son article 21 CPC qu'il «entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Et c'est une évidence qu'une solution non imposée sera toujours mieux acceptée par les parties et sa bonne exécution plus assurée.

Nous assistons depuis quelques années à une évolution dans le rôle des tribunaux. Le curseur se déplace dans le sens d'un développement important de cette mission de conciliation. Elle concerne les deux champs d'activités couverts par le juge du commerce : celui des entreprises en difficulté, car le juge du commerce est aussi celui de l'économie : il s'agit, dans ce domaine, d'anticipation des difficultés et celui des contentieux commerciaux c'est-à-dire les litiges entre commerçants, entreprises ou associés.

1- Concernant les entreprises en difficultés

Dans la tradition juridique française, le tribunal de commerce est l'instance de soutien et de contrôle des entreprises. Mais pendant trop longtemps celles qui franchissaient notre porte le faisaient tard, trop tard, à un moment où la situation était profondément dégradée, la cessation des paiements avérée... Nous étions alors contraints de mettre en place ce que l'on appelle une procédure collective de redressement ou, hélas, dans la plupart des cas, une procédure de liquidation car il n'y avait plus rien à redresser !!

La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a eu le grand mérite de promouvoir une culture de l'anticipation. Il faut toujours se méfier des mots disait Céline... On parle maintenant de sauvegarde. Nous n'en sommes, hélas, pas encore là en Europe ou existe un règlement d'insolvabilité fondé essentiellement sur un principe liquidatif. C'est un changement culturel profond qui concerne l'ensemble des acteurs : les entreprises, les créanciers et les tribunaux de commerce. Elle instaure une démarche préventive qui doit s'effectuer dans l'esprit de la loi, et dont il ne faut oublier la finalité qui est de pérenniser l'entreprise, de préserver les emplois et les droits des créanciers.

Cette démarche de prévention comporte une phase de détection et, si nécessaire, la mise en place d'outils adaptés à la situation. Elle incombe au président du tribunal ou aux juges qu'il a délégués à cet effet.

La phase de détection peut être initiée par le dirigeant ou par le président du tribunal. A Nanterre, nous avons reçu, en 2011, 1200 chefs d'entreprise pour un entretien dans le cadre de la détection. Elle peut être initiée par le dirigeant. Cela concerne 5% des cas.

Le dirigeant qui constate un ralentissement de son activité, un recul de sa marge, une tension de sa trésorerie ou des relations difficiles avec sa banque, un fournisseur ou un associé, en parle bien sûr à son interlocuteur le plus naturel : son expert-comptable. Mais seul ou accompagné de son conseil (juridique ou comptable), il peut, aussi, s'adresser, spontanément, directement au président du tribunal de commerce. Le président du tribunal peut aussi provoquer le rendez-vous s'il a connaissance des difficultés d'une entreprise.

Cette relation directe, spontanée, entre le dirigeant et le président du tribunal, fondée sur la confiance se révèle très efficace. Qu'il soit spontané ou provoqué par le président, l'entretien se déroule de la même façon. Le dirigeant est reçu dans la discrétion la plus complète. C'est un moment important car il n'est pas forcément conscient des difficultés que nous avons relevées et qui d'ailleurs peuvent ne pas être avérées. L'entretien sera déterminant, car il doit lui permettre, étant pour un instant sorti de son isolement, de s'exprimer sur la situation présente de son entreprise et son avenir. Il n'appartient pas au président du tribunal de donner une consultation, un conseil, mais de permettre au dirigeant de prendre conscience des difficultés qu'il rencontre. C'est une démarche qui vise à lui faire prendre conscience de la situation. C'est une maïeutique.

Il est ainsi possible au président de lui présenter les outils à sa disposition. Un seul rendez-vous est prévu. Le plus souvent (dans plus de 90% des cas) le dossier est classé sans suite car la situation est réglée ou va l'être par le dirigeant.

Si le dirigeant a bien pris conscience de la situation, mais ne sait comment faire pour en sortir ou ne se sent pas capable d'agir seul, une seconde étape suivra. Il s'agit de ce que l'on appelle la prévention traitement c'est-à-dire mandat ad hoc et conciliation.

Ce sont deux techniques qui doivent permettre de dégager une solution amiable aux problèmes posés à l'entreprise. Le choix entre ces deux techniques est fondé sur l'appréciation des difficultés rencontrées :

S'il s'agit d'une difficulté ponctuelle, clairement repérée, ne mettant pas immédiatement en cause la pérennité de l'entreprise alors le mandat ad hoc sera retenu. Il s'agira par exemple de négocier un report de paiement avec un fournisseur ou avec sa banque ou de régler une difficulté entre associés.

S'il s'agit de difficultés d'ordre économique, juridique ou financière plus sérieuses, qui peuvent mettre en cause la pérennité de l'entreprise, la conciliation s'imposera. Il s'agira par exemple d'une société qui traverse une crise aigüe de trésorerie qui peut rapidement mettre en cause son avenir. Le but alors sera de favoriser la conclusion d'un accord amiable entre

l'entreprise et ses principaux créanciers, accord qui devra permettre la sauvegarde de l'entreprise, la poursuite de l'activité et le maintien de l'emploi.

Ces deux techniques ont des similitudes mais elles ont aussi des différences.

Les similitudes :

- Elles sont contractuelles et à la seule initiative du dirigeant, ce qui exclue toute demande de créanciers,

- Elles sont simples : une requête au président,

- Elles sont confidentielles (L 611-15),

- Le dirigeant peut mettre fin à la mission de sa propre initiative à tout moment,

- Elles sont confiées, le plus souvent, à un administrateur judiciaire, qui devient ainsi soit mandataire ad hoc, soit conciliateur.

Les différences :

- Le mandat ad hoc n'est pas limité dans le temps et n'a pas de conséquence juridique. Dans 70% des cas la difficulté est résolue. En cas d'échec, le mandataire fera part au président de sa position, notamment si, à son avis, l'état de cessation des paiements est avéré.

- La conciliation est encadrée par la loi, elle est limitée dans le temps, quatre mois plus un.

Si aucun accord n'a pu être mis en place ou obtenu, il ne se passe rien sauf si l'entreprise est en état de cessation des paiements et dans ce cas le président doit se saisir d'office pour ouvrir une procédure collective.

- . S'il y a eu accord, alors le dirigeant et les créanciers peuvent :

- Soit faire constater l'accord par le président,

- Soit le faire homologuer par un jugement du tribunal qui ne reprend pas les termes de l'accord qui reste confidentiel et c'est une décision importante car il met fin à la procédure et à l'éventuelle cessation de paiement, il suspend les poursuites individuelles de la part des créanciers parties à l'accord et il permet aux nouveaux prêteurs de bénéficier d'un privilège de remboursements,

- Si la situation est plus grave que prévue et qu'il faut envisager une procédure collective ... La période de conciliation aura utilement préparée la suite. C'est ce que l'on appelle le « pré pack »... Solution que nous utilisons régulièrement (Sernam Fonderies du Poitou).

En 2011 pour les mandats ad hoc et la conciliation, dans 70% des cas, les difficultés ont été réglées.

2 - Concernant la résolution des litiges : la conciliation et la médiation

Permettez au vieux juge que je suis, d'être heureux d'exprimer devant vous et dans un même souffle le mot de contentieux et celui de conciliation.

Combien de fois ai-je vu des entreprises obligées de rompre brutalement leurs relations commerciales, souvent anciennes, construites avec obstination et patience, suite à un litige commercial !!

Aujourd'hui, les conditions sont réunies pour essayer de trouver une issue amiable au conflit avant que la décision du tribunal n'intervienne. Dès que le tribunal est saisi d'un litige commercial, deux voies sont en effet possibles à tout moment de la procédure : la conciliation judiciaire et la médiation judiciaire

Trois points rapides :

Les principales caractéristiques des deux voies

Les litiges concernés par l'une ou l'autre des deux voies

L'organisation de notre tribunal

S'agissant des principales caractéristiques il y a beaucoup de similitudes et quelques différences mais un objectif identique : trouver un accord entre les parties, avec l'aide d'un tiers, conciliateur ou médiateur, désigné par le juge. C'est une parenthèse dans le procès avec deux points communs à ces deux procédures :

- Le respect d'une stricte confidentialité,
- La non obligation de suivre certaines règles : possibilité d'apartés avec l'une et l'autre des parties, possibilité de sortir du strict cadre de l'objet du litige.

Mais des différences :

- La conciliation judiciaire est intégrée au système judiciaire, le conciliateur de justice est un « auxiliaire de justice » ; il prête serment devant le premier président de la cour d'appel et fournit une prestation gratuite. Mais ce n'est pas un administrateur judiciaire ... nous ne sommes pas dans la procédure de la conciliation d'une entreprise en difficulté.

- La médiation judiciaire est autonome, le médiateur n'est pas un auxiliaire de justice, il n'a pas prêté serment et ne fournit pas une prestation gratuite. Mais attention il est néanmoins soumis aux conditions de probité et d'impartialité, justifiant d'une formation ou d'une expérience et qualification adaptée au type de litige. Il fait le plus souvent partie d'un centre de médiation.

Pour l'essentiel, on note une communauté d'avantages liés à la conciliation ou à la médiation à savoir :

- L'aide d'un tiers facilitateur, et le retour possible devant le juge à tout moment,
- Le contrôle par les parties de la solution apportée à leur litige,
- La restauration des relations,
- Le gain de temps et le coût maîtrisé quelle que soit l'option retenue.

Quels types de litiges sont concernés par l'une ou l'autre des deux approches ?

Indiquons d'abord qu'il est des litiges qui ne se prêtent ni à la conciliation ni à la médiation et qui ne doivent pas s'y prêter. Il est, en effet, des litiges que seul le juge, gardien des libertés individuelles et garant de l'ordre public doit trancher. La loyauté, la morale des affaires ne sauraient être perdue de vue par le juge et la recherche d'un accord ne saurait les occulter. Et puis, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal dans les termes de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'incitation à la conciliation et à la médiation judiciaire doit rester une incitation, sauf à encourir le grave reproche de déni de justice.

Mais il est des litiges dont les caractéristiques sont a priori favorables à ce que soit recherché un accord entre les parties. C'est le cas, par exemple :

- des litiges où la solution de droit est particulièrement incertaine : vide juridique, lacune ou contradictions du contrat,
- des litiges où les arguments des parties s'équilibrent en tout ou en partie,
- des litiges dans lesquels le maintien des relations entre les parties est essentiel,
- des litiges simples et de très faible enjeu économique.

Pour ces différents litiges, le juge peut, avec l'accord des parties, déléguer ses pouvoirs de conciliation à un conciliateur de justice ou désigner un médiateur.

En pratique, la solution, retenue de préférence, sera :

- la conciliation pour les affaires simples, à faible enjeu, susceptibles d'être résolues rapidement (une réunion)
- la médiation pour les affaires importantes et/ou complexes et les affaires dans lesquelles les parties ont intérêt à pérenniser leurs relations, susceptibles de nécessiter plusieurs entretiens.

Pour ce qui concerne notre tribunal, nous avons, depuis de nombreuses années, la volonté de développer tout ce qui pouvait favoriser l'apaisement des conflits. Le décret d'octobre 2010 étend aux tribunaux de commerce le pouvoir de déléguer leur mission de conciliation à un conciliateur de justice. La directive européenne sur la médiation et sa récente transposition nous a également conduits à inciter davantage le juge du contentieux à recourir aux « modes alternatifs de règlements des conflits », les fameux MARC.

Cette volonté s'est traduite par la mise en place, il y a maintenant un an, d'une cellule conciliation/médiation. Elle a pour mission :

- de promouvoir la conciliation médiation au sein du tribunal,
- de présenter aux justiciables le processus et l'intérêt d'une solution alternative,
- et de conseiller pour le choix du mode alternatif et de l'intervenant.

Elle assure une « permanence » au sein du tribunal.

Qui intervient ?

La conciliation n'est pas pratiquée par le juge lui-même, elle est déléguée à un conciliateur de justice. La cour d'appel de Versailles vient d'agréer 4 anciens juges (des présidents de chambre honoraire) de notre tribunal. Nous en sommes fiers.

La médiation est confiée à un centre de médiation qui nous propose le nom de trois médiateurs. Nous faisons appel à tour de rôle à l'IAEM, au CMAP, à Médiation en Seine.

Bien qu'il soit un peu tôt pour tirer des conclusions, le dispositif étant opérationnel depuis une année seulement, on peut d'ores et déjà dire que le mouvement est enclenché, que le réflexe s'installe dans l'esprit des juges.

Sur les statistiques, à ce jour, 30 affaires ont fait l'objet d'une conciliation ou d'une médiation (15 médiations et 15 conciliations). Sur les 30 affaires, 18 sont terminées, sur les 18, il y a 9 accords, 8 échecs et 1 caducité pour défaut de provision.

Notre objectif est d'arriver à un taux d'accord supérieur à 60%.

Sur les types d'affaires, quelques exemples de conciliation :

- un litige entre associés d'une société réalisant des diagnostics immobiliers (60000€)
- un litige opposant une société de service à la personne à son fournisseur de logiciel applicatif suite à une fourniture de prestations de service ne répondant pas aux besoins (90000€)
- une rupture de contrats entre deux parties. L'un réclame un préavis et des dommages-intérêts pour un montant de 65000€ et l'autre revendiquant au titre d'inexécution contractuelle et de remboursement des factures une somme de 90000€.

Mais ont été traités en conciliation des dossiers qui auraient pu relever d'une médiation, ainsi :

- La résiliation anticipée d'un contrat de fourniture de gaz... le demandeur revendique une somme de 1000000€ et le défendeur revendique 30000€ à titre de dommages-intérêts pour procédure abusive.

- Désaccord entre les parties sur un solde de travaux de tuyauteries pour une unité de production d'acide et sur l'information sur la teneur en amiante de produits et matériaux. Enjeu de l'ordre de 3.000.000€.

- Litige entre associés. L'enjeu économique s'élevant à près de 600000€, les parties avaient également une autre action en référé et une action au fond auprès du tribunal de commerce de Paris.

- Désaccord entre les parties sur la mise en œuvre d'un contrat d'externalisation de services de restaurations pour des établissements hospitaliers 1000000€.

En conclusion, je voudrais terminer par deux brèves remarques :

- La première concerne l'évolution de nos tribunaux.

Nous sommes des juges élus et bénévoles. Situation quasiment unique en Europe. Nous ne dépendons pas de la fonction publique, nous sommes tous des professionnels, de formation et d'expériences variés, et nous tenons notre légitimité de notre élection. Le Conseil constitutionnel, saisi dans le cadre de la nouvelle procédure de question prioritaire de constitutionnalité, a, dans une décision récente n° 2012 -241 QPC du 4 mai 2012, jugé conforme à la constitution les règles relatives au mandat des juges consulaires et celles qui encadrent les procédures disciplinaires à leur encontre.

Est-ce à dire que tout est réglé : non certainement pas ! Des réformes sont nécessaires et indispensables : nous n'avons pas de statut, nous devons faire évoluer le corps électoral, nous devons réfléchir sur la spécialisation, nous devons prendre toutes mesures pour éviter les situations de conflit d'intérêt. Une réflexion doit être menée, notamment, en matière de traitement des entreprises en difficultés. Il est certain que le degré de complexité des affaires concernant les sociétés de taille significative, exige une compétence spécifique au niveau des juridictions françaises et de leurs relations avec les juridictions transnationales.

- La deuxième concerne le développement des modes alternatifs de règlement des conflits :

Nous devons bien entendu travailler dans ce sens car c'est le bon sens, celui de l'apaisement et de la poursuite des relations. Mais prenons garde, dans notre culture de droit romain, le droit doit demeurer le cadre de référence de la justice. La justice doit demeurer un service public, et n'oublions pas non plus qu'il peut y avoir un risque d'arbitraire dans l'équité ! L'équité vient du cœur, la justice de la raison. Tout en n'oubliant pas Chaderlos de

Laclos : La raison si impuissante à prévenir nos malheurs l'est encore davantage à nous en consoler.

MEDIATION ET CONFLITS DES GRANDS CHANTIERS : LES NORMES SECURITAIRES,

Jean-Bernard Dagnaud, médiateur, arbitre, Président de chambre honoraire au Tribunal de Commerce de Bobigny

(Quatrièmes assises internationales de la médiation judiciaire 4-5-6 juillet 2013, Aix-en-Provence)

Le processus de médiation qui couvre une variété de domaines et une étendue de champs illimités, trouve une place originale dans la mise en œuvre et la réalisation de grands chantiers, de construction et de réalisations industrielles.

Dès les pourparlers, les réflexions et négociations d'établissement des cahiers des charges, des devis, du choix des entreprises, de la définition des objectifs, des budgets, et des délais à respecter, des définitions des termes des contrats, le processus de médiation peut apporter, à titre préventif un support de compréhension nécessaire à la bonne conduite des réalisations projetées. Les intérêts particuliers des acteurs - service de l'urbanisme (état), maître d'ouvrage (client), maître d'ouvrage délégué, maître d'œuvre (architecte), financier de l'opération, bureau d'étude, pilote coordinateur, économiste, entreprises principales, entreprises du second œuvre, cabinet de contrôle, utilisateur(s) - sont souvent éloignés de l'intérêt général.

Pour mener au mieux le programme des travaux contractuellement définis, la présence d'un tiers neutre, indépendant, et impartial, le médiateur, apportera un soutien permanent, afin d'aider les acteurs à dépasser et régler les différends, les litiges, petits ou grands, inhérents à toute activité collective.

Ainsi, les problèmes nés des oppositions ou des imprévisions, pourront connaître des solutions rapides, qui éviteront des pertes de temps coûteuses, ne pollueront pas « le bon esprit du chantier », dans de vaines querelles, et permettront d'atteindre les objectifs dans les meilleures conditions, au bénéfice de tous.

La présence de ce médiateur spécialiste, par son autorité naturelle, sa maîtrise du processus, sans être une force de proposition, apportera par ses compétences, un apaisement des relations, une recherche d'équilibre entre des parties qui ne disposent pas toujours des mêmes moyens (financiers, juridiques), notamment dans le cadre des contrats de sous-traitance. Le médiateur interviendra avec bienveillance, mais fermeté, en qualité de régulateur.

L'économie du contentieux dont le coût pèse sur les entreprises sera maîtrisée, et les relations entre les intervenants ne seront pas polluées par de longues actions judiciaires qui interdisent dans la plupart des cas, la poursuite de collaborations commerciales à venir. Dans les marchés « export », l'intervention de ce tiers, tant à titre préventif que dans le cadre des réalisations, présente une sécurité indispensable pour rapprocher les parties soumises à des règlements, des usages, des comportements parfois éloignés de leur pratique habituelle.

Il restera des situations où l'impérialisme du juge sera indispensable, mais l'action judiciaire pour des différends mineurs, les conflits nés des problèmes de personnes, ou d'appréciation des rapports entre les parties n'encombreront pas inutilement les rôles des juridictions compétentes. Souhaitons que la présence de cette personnalité clé dans les grands chantiers, les réalisations industrielles, devienne une pratique courante.

Sur un plan plus général, pour faciliter l'action et l'efficacité économique, il serait urgent de simplifier les obligations administratives qui pèsent sur les entreprises. La complexité et l'abondance de réglementations freinent l'activité et entravent le développement et la créativité industrielle et commerciale, d'autant que « l'administration », dont la raison d'être repose sur le service rendu au citoyen, s'éloigne de ce principe et alourdit à coup de circulaires, de recommandations, de contrôles qui s'ajoutent les uns aux autres, se superposent, et parfois même se contredisent. Pour ne prendre que

l'exemple, du code du travail, l'augmentation permanente de textes, et de décisions jurisprudentielles, nécessitent la présence de conseils spécialisés afin d'apprécier une bonne compréhension des obligations des employeurs. Les PME, moins structurées sur le plan juridiques, sont principalement pénalisées par cette situation sur le plan financier. Le chef d'entreprise est souvent très exposé faute de temps et de moyens, au détriment de la pratique de son métier.

De tout ce qui précède, les gouvernements, les élus, les administrations se doivent de mettre en œuvre une véritable politique de simplification, tant prônée, et tant attendue.

La médiation peut être un outil d'une rare efficacité par ses principes de liberté, de transparence, d'honnêteté intellectuelle, de confidentialité, d'apaisement, de respect mutuel, au service d'accords construits par les parties concernées et la volonté de celles-ci de respecter les engagements auxquels elles ont souscrit.

En conclusion le grand chantier de demain repose sur l'apport essentiel que le processus de médiation apportera à notre société dans les activités de l'entreprise, au bénéfice économique de tous, et en particulier de l'emploi et de la paix sociale, préoccupations fondamentales de notre époque.

LA MEDIATION, UNE GESTION REPARATRICE DU RISQUE ENVIRONNEMENTAL

*Francis Casorla, avocat général honoraire à la Cour de cassation, conseiller d'Etat de la Principauté de Monaco
(Quatrièmes assises internationales de la médiation judiciaire, Aix-en-Provence, 6 juillet 2013)*

Il a déjà été fait le constat que les litiges entre parties, surtout lorsqu'elles sont domiciliées dans des pays différents, donnent lieu à des procédures judiciaires longues, coûteuses, incertaines, qui comportent trop souvent des décisions contradictoires, contestées sur recours divers et variés. S'y ajoute le développement quasi général de la culture de l'indemnisation systématique, y compris par l'utilisation abusive de la procédure pénale dans les systèmes, comme celui de la France, qui mélangent action publique et action civile et, transformant le juge pénal en un commode et souvent généreux juge civil d'une indemnisation dépassant la réparation du dommage, conjuguent et confondent logiques répressive et indemnitaire.

Mais c'est en matière commerciale² que la confrontation se révèle souvent inappropriée au rythme des affaires. En effet, les personnes physiques qui représentent les entreprises n'ont pas généralement d'intérêt personnel dans le conflit, et surtout les relations d'affaires sont assez proches, toutes proportions gardées, des relations familiales. On se retrouvera nécessairement parce qu'on est fournisseur, client, prestataire, sous-traitant (des relations commerciales où sous-traitance rime encore trop souvent avec maltraitance³). On divorce à notre époque moins facilement avec son client ou son donneur d'ordre qu'avec son conjoint...

²Cf les remarquables analyses sur ce point de M.A Lafortune dans « Les Annonces de la Seine » des 18 juin 2009 n° 38 p. 11, et 11 octobre 2010 n° 50 p. 11.

³D'où le succès des médiateurs institutionnels comme le Médiateur du Crédit aux entreprises, 32000 dossiers traités depuis 2008, 14500 dossiers de crédits négociés aux entreprises pour 3,6 milliards d'euros, <http://www.mediateurducredit.fr>, et surtout comme le Médiateur des relations inter-entreprises industrielles et de la sous-traitance sollicité, uniquement par internet www.mediateur.industrie.gouv.fr, depuis sa création en avril 2010 par près de 13 000 entreprises avec un taux de succès de 85%.

Enfin, et ce n'est pas la moindre raison, le commerce impose le contrat, la négociation, la transaction, le secret aussi et la confidentialité qui conduisent plus naturellement en cas de litige à la médiation qui apaise, plutôt qu'au juge qui tranche, dit la faute et sanctionne après un procès public, au vu d'un dossier consulté par de multiples intervenants, un dossier dont il n'est pas rare de retrouver les principales pièces dans les médias.

La médiation est à ce point adaptée au monde des affaires qu'il est fréquent de la voir aboutir par la conclusion d'un nouveau contrat entre les parties à la place du contrat litigieux...Ce qui explique que la plupart des médiations commerciales soient d'origine conventionnelle, du moins en France, plus rarement d'origine judiciaire alors que le référé commercial est abondamment utilisé... hélas trop souvent encore avant procédure au fond, et qu'il est pourtant l'un des meilleurs moments pour le juge de proposer la médiation dans un litige déjà parfaitement dessiné.

Il faut ici souligner que la tâche du juge est désormais facilitée avec la transposition récente de la directive européenne du 21 mai 2008 par l'ordonnance du 16 novembre 2011 dont l'article 22-1, alinéa 2 prévoit que ce juge (ici le juge commercial) qui n'a pas recueilli l'accord des parties peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur afin d'être informées sur l'objet et le déroulement de la mesure de médiation.

Comment aller plus loin, alors que s'ouvrent de nouveaux horizons avec les expériences canadiennes sur les recours collectifs, les réflexions sur les médiations concernant le secteur public, les litiges de propriété industrielle et même, comme nous le verrons de façon plus précise dans ce qui va suivre, la résolution de conflits environnementaux.

On s'accorde à dire que la médiation environnementale est née aux Etats Unis au début des années 1970 à l'occasion de la construction controversée d'un barrage de retenue, puis qu'elle s'est diffusée, tantôt sur une base légale, tantôt comme une pratique plus ou moins reconnue, à partir des années 1980, dans différents pays (Canada, Australie, Japon, Autriche, Pays-Bas...) d'où elle va gagner pratiquement tous les pays d'Europe y compris même la France où elle peine cependant à trouver sa place.

Cette médiation s'inscrit cependant dans le cadre général de l'article 10 de la Déclaration de Rio de 1992⁴, de la Convention d'Aarhus signée le 25 juin 1998 au Danemark par 39 Etats, mais plus précisément dans le cadre de plusieurs directives européennes dont la directive du 21 mai 2008 sur les litiges civils et commerciaux, dans le cadre aussi de la loi française « Grenelle 2 » du 3 août 2009 qui elle-même fait suite à la Charte de l'Environnement adossée à la Constitution le 1^{er} mars 2005.

Mais ces textes nécessaires ne sauraient se multiplier sans résultat, et, bien que le droit de l'environnement, qui n'est à l'origine qu'un sous produit incestueux du droit administratif et du droit commercial, tende à vampiriser tous les secteurs du droit⁵, il nous faut parer à l'empilement sans fin des traités, des lois, des décrets, et à leur suite, des juges, un empilement qui va jusqu'à imaginer une improbable cour internationale de l'environnement qui s'ajoutera au chœur déjà dissonant des cours internationales, faisant ainsi des juges les nouveaux grands prêtres d'un mondialisme environnementaliste fantasmé.

4 « La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les États doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré »

5 Sandrine Maljean-Dubois, Quel droit pour l'environnement ?, Hachette 2008

A droit constant, la médiation environnementale qui présente cependant des caractéristiques particulières, peut et doit se développer.

Il faut parler ici davantage de parties prenantes que de parties, avec notamment des individus ou des groupements à la sensibilité particulière toujours plus nombreux qui se sentent investis d'une mission de défense de la nature avec des stratégies élaborées sans grand rapport avec l'intérêt général...

La médiation environnementale concerne donc fréquemment un nombre important de participants, entreprises, associations et collectifs, collectivités territoriales, administrations, personnes privées, tous autant victimes ou auteurs... Les processus classiques de médiation, reposant sur deux protagonistes et la recherche conjointe de solutions à leur différent, doivent ici s'adapter.

Par ailleurs, on pourrait distinguer deux niveaux, deux étapes, procédant de la même idée de négociation. Une première conception extensive, spécifique à la médiation environnementale, se veut une sorte de médiation « préventive » qui est une acceptabilité de l'entreprise avec le territoire ou le pays où elle agit, avec sa population, sa culture, avec son administration publique, surtout avec les contraintes de *la société du risque* décrite par Ulrich Beck⁶ éclatée en sociétés de la peur célébrées par le triste et culpabilisant Hans Jonas⁷. Concertation, information, participation aux prises de décisions, c'est le même esprit, la pédagogie de la discussion, de la négociation... D'autant que le projet (autoroute, usine, centre de déchets...) constituerait en lui-même a priori un dommage environnemental...

C'est là le champ de la recherche de l'intérêt général, le développement durable, les enquêtes publiques, les consultations, l'expertise, le management de projet, la démarche qualité-sécurité... Bref, c'est ici la responsabilité sociale des entreprises, l'improbable principe de précaution, les codes et chartes de bonnes conduites, les procédures légales et réglementaires de concertation, la prévention du risque..

Certes, si en bonne orthodoxie médiatrice, cette médiation "préventive"⁸ est quelque peu hérétique, il reste que si le dialogue s'est déjà noué en amont lors de la concertation sur le projet industriel, si le lien s'est maintenu, si les conventions conclues entre les parties prenantes ont inclus une clause de médiation (une précaution de principe, mais, surtout dans une phase préalable, un renoncement ab initio à la procédure étatique, souvent complétée d'ailleurs par une clause compromissoire qui signe l'éviction du juge⁹), les conditions sont réunies, lorsque le risque s'est néanmoins réalisé, pour une médiation réparatrice réussie, Et en matière environnementale, le temps presse, plus qu'en toute autre matière...

Dans un second temps, la médiation trouve encore sa place hors les hypothèses précédentes, lorsqu'un conflit environnemental se déclenche, le dommage est survenu, un accident industriel, une pollution, une marée noire... C'est la colère, comme disent les médias qui orchestrent l'émotion, c'est

⁶Ulrich Beck, *La société du risque*, Flammarion 2003

⁷Hans Jonas, *Le principe responsabilité*, Flammarion 1990

⁸Voir pourtant les excellents développements auxquels nous adhérons, publiés sur Internet par Laurent Vassalo : [Méthode et stratégie pour une nouvelle approche citoyenne de la résolution des conflits liés à l'environnement](#), [La médiation environnementale comme résolution d'un conflit existant](#), [La médiation environnementale comme prévention des conflits](#), 2008

⁹M. Haravon, La fin de la justice civile ? Réflexions sur l'éviction du juge, Dalloz 2011, 2427

la rapide montée en ligne belliqueuse d'associations spécialisées dont certaines sont créées pour la circonstance. Pourtant bien des conflits environnementaux peuvent trouver leur solution dans une réparation rapide et intégrale, notamment par la complète remise en état de l'espace naturel dégradé, mais aussi par la mise en place immédiate de mesures efficaces de prévention pour éviter toute récurrence.

A priori, tout sépare l'idée même de médiation de celle du risque environnemental où règne une conception pénale dominante de sanction-réparation de l'accident industriel, assimilé dans l'imaginaire collectif fortement sollicité, à une intolérable agression, voire à une catastrophe, un cataclysme. La défense de la nature rejoint, quand elle n'en est pas le paravent, l'appropriation individuelle du riverain, le "pas chez moi"...

C'est dire que l'exercice a ses limites et la procédure étatique, notamment pénale retrouve à s'appliquer, parfois simultanément¹⁰. La médiation a ses domaines de prédilection : les sites pollués, les "réclamations ennui" vues par les Canadiens de langue française (bruit, odeurs...). Comme dans bien des domaines, la médiation ne règlera pas tous les aspects du conflit, ni les appétits de parties prenantes qui seraient soucieuses d'obtenir un maximum de subsides et qui anticipent de la compréhension des juges étatiques.

Cela a été dit et redit, la vocation du droit pénal n'est pas la réparation du dommage, la médiation sera mise en œuvre pour la réparation rapide d'un risque environnemental qui n'a pu être empêché, qui a été négligé ou mal évalué. Le litige qui en résulte peut être réglé par un accord négocié relevant aussi bien d'une clause de médiation conventionnelle antérieurement conclue par les parties que par une médiation judiciaire ordonnée, avec l'accord des parties (ou sans, dans les conditions de l'ordonnance du 16 novembre 2011) par le juge étatique qu'elles ont saisies, voire par le procureur de la République qui a fait le choix, avant toute poursuite, d'une médiation pénale¹¹.

Le temps de la médiation réparatrice est alors venu, lorsque le procureur de la République en décide ainsi dans le cadre de la médiation pénale, lorsqu'en matière civile les avocats des parties respectives en tombent d'accord, lorsqu'ils s'entendent aussi sur le niveau et la qualification de ceux qui vont représenter le ou les entreprises. Reste à trouver le bon médiateur.

La médiation environnementale a certes pour objet de réparer rapidement les conséquences des dommages survenus, mais aussi, on l'a vu, de remettre le milieu naturel affecté dans son état antérieur. Les impératifs de respect des règles du droit de l'environnement, des règles de santé publique (ce sont souvent les mêmes) font de cette médiation un processus original. Elle impose donc pour le médiateur de connaître et de faire connaître aux parties le droit de l'environnement applicable, ce qui paradoxalement rapproche sa mission de l'office du juge.

Par voie de conséquence, le médiateur est à sa manière un expert, sans aucun doute un juriste. En effet, les médiateurs environnementaux doivent disposer d'outils méthodologiques pour connaître et communiquer l'information disponible, faire réaliser ou faire produire des diagnostics, des études et même des expertises. En effet, biens communs (eau, air...) et enjeux publics sont présents et interagissent sur le conflit... Le compromis réalisé entre les parties ne doit pas s'éloigner de l'intérêt public, car il inclut nécessairement la protection de l'environnement...

¹⁰ Comme c'est le cas par exemple dans l'explosion survenue à Toulouse en septembre 2001 sur le site de l'usine AZF. Grâce à un original système de convention-médiation, l'industriel et ses assureurs ont désintéressé des dizaines de milliers de victimes de dommages matériels mais aussi corporels pour plus de deux milliards d'euros, ce qui n'a d'ailleurs pas empêché plusieurs centaines de constitutions de parties civiles devant la juridiction pénale, M. Poumarede *Processus d'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles: divergences quant aux pouvoirs du juge*, JCP 2007, II, 10112.

¹¹ Erick Maurel, *Environnement et médiation pénale*, L'Harmattan 2010

Pour la première fois en 2011, les Ateliers de la Terre, rencontre internationale de haut niveau, ont inscrit la médiation environnementale à leurs travaux qui recommandent notamment d'institutionnaliser ce mode alternatif de règlement amiable des conflits environnementaux, de la favoriser par des clauses contractuelles, d'en financer le processus, de renforcer l'offre de formation, de créer une plateforme spécialisée, de sensibiliser entreprises, autorités judiciaires et public.

Il est clair que les entreprises doivent intégrer au plus haut degré de leur stratégie la préoccupation environnementale, le développement durable, et pas seulement pour des questions d'image. Le règlement amiable des conflits environnementaux doit être conçu comme une priorité. Dans une acception large, il permet d'anticiper nombre de conflits et de mettre en place les structures de concertation, voire de participation avec les institutions et les groupes sociaux identifiés dont on conjuguera les expertises, et ce le plus en amont possible. Dans son acception restreinte, il permet la remise en état rapide des milieux naturels sensibles dont la protection et la restauration sont d'intérêt général, la réparation équilibrée des dommages aux particuliers, les régularisations des situations au regard de la loi et des règlements et donc il s'intègre parfaitement à la politique communautaire et nationale de préservation de la nature.

La médiation environnementale, qui n'est pas seulement la chose des parties, s'inscrit clairement dans un contexte supérieur d'ordre public.

MEDIATION ET REGLEMENT DE CONFLITS COMMERCIAUX IMPLIQUANT LE SECTEUR PUBLIC

Peter Kamminga¹², professeur agrégé à l'université VU d'Amsterdam, chercheur à l'université de Harvard Law School (PON) et médiateur.

(Deuxièmes assises internationales de la médiation, Fort de France, 16-17 novembre 2011)

Peter Kamminga est professeur à l'Université d'Amsterdam (Pays-Bas) et chercheur associée l'université de Harvard (PON center) et à l'Université de Stanford (Gould Center). Il enseigne également à Fletcher School of Law and Diplomacy (Tufts Université). Il est co-auteur de livres relatifs à la médiation et à la négociation. Il a publié de nombreux articles dans des revues internationales (Journal de Médiation et Arbitrage, International Construction Law Review,) ayant trait à l'accès à la justice, au rôle du système légal, aux modes alternatifs de résolution des conflits et aux rôles des normes légales dans la réparation des dommages corporels. Après avoir exercé au sein du cabinet 'De Brauw', Peter Kamminga exerce actuellement en tant qu'avocat-consultant pour le Ministère de la Justice aux Pays-Bas. Son domaine d'expertise est principalement orienté au niveau international dans les champs de l'environnement, de la construction, et des assurances. Il exerce également en tant que médiateur lors de conflits commerciaux impliquant le secteur public.

Résumé:

Dans de nombreuses situations, la médiation est un processus efficace permettant de trouver des solutions adaptées lorsqu'il y a conflit. Cependant dans certains cas, son recours peut générer des conséquences vis à vis de tiers non partie à ce processus, par exemple, lors de

¹² L'auteur peut être contacté à pkamminga@law.harvard.edu ou ypkamminga@vu.nl

conflits commerciaux impliquant le secteur public. Les conséquences, en particulier économiques et légales, peuvent être déléteres pour tous les acteurs du champ concernés que ce soit directement ou indirectement. Toute la question est de savoir comment utiliser la médiation pour solutionner des conflits commerciaux impliquant le secteur public. Ensemble, nous identifierons les différents processus qui peuvent mener au conflit d'intérêt, nous rechercherons les différents critères de la médiation qui peuvent être pris en considération et les solutions qui peuvent être proposées.

Introduction

La pratique de la médiation se développe dans de nombreux domaines de la loi, mais dans les litiges complexes, la médiation reste rare¹³. Au cours des dernières années, cette méthode a été utilisée plus fréquemment dans des cas variés comme les procédures de divorce et de travail, les réclamations pour préjudice personnel, impôts et litiges gouvernementaux connexes, ainsi que dans les litiges commerciaux¹⁴. Cependant, il semble que les gens préfèrent des méthodes plus traditionnelles de résolution des conflits lorsque plusieurs parties sont impliquées et où des intérêts économiques, politiques et financiers sont en jeu (cas complexes). Cet état d'esprit est en contradiction avec ce que la dit théorie, et ce que confirme la pratique, sur les avantages de la médiation. La pratique a montré qu'il est possible de réussir la médiation de cas très complexes, et d'atteindre des solutions favorables pour toutes les parties concernées. Les cas complexes ont de nombreuses caractéristiques qui, selon la littérature sur la médiation, bénéficieraient grandement d'une approche de médiation (par exemple, les parties ont besoin de solutions qui ne peuvent être obtenues par la cour, les parties sont nombreuses, la pression du temps, etc.) La médiation a, par exemple, été utilisée avec succès aux États-Unis pour résoudre la plupart des litiges de 2009 à 2011 déposés par ceux qui ont choisi de ne pas recevoir de paiements du fonds d'indemnisation des victimes, dans un certain nombre de cas résultant de l'effondrement du système Ponzi - Madoff¹⁵, et dans d'autres cas complexes qui n'ont pas toujours fait les gros titres (tels que les conflits résultant de développement des infrastructures locales ou litiges sur l'utilisation de ressources d'eau limitées). Néanmoins, dans le monde entier le nombre de médiations reste mineur par rapport au nombre des litiges complexes occasionnant des procès chaque année.

Pour que la médiation devienne une pratique plus courante, plusieurs éléments doivent être mis en place : un processus clair que toutes les parties peuvent accepter, et le choix d'un médiateur qualifié qui aidera les parties prenantes à arriver à une solution mutuellement satisfaisante. Il semble que la pratique de la médiation ait commencé à surmonter au moins certains obstacles dont on parle dans la littérature de règlement des différends, et elle est à la hausse dans le monde entier.

Cet article soutient que le manque d'information sur les approches réussies, ainsi qu'une vision limitée des tâches et des responsabilités des médiateurs, peut faire partie des raisons pour lesquelles les cas complexes ne recourent pas souvent à la médiation. La médiation dans les affaires

¹³ Dans cet essai, le terme de médiation est utilisée dans son sens le plus large, un processus de négociation assistée dans laquelle une personne neutre aide les personnes à parvenir à un accord (Voir Folberg, J. Golann, D, Stipanowich, TJ, Kloppenberg, des différends LA Résoudre, Théorie, pratique et la loi de New York: Aspen, 2010, 249).

¹⁴ Voir, pour un aperçu de l'état de la médiation en Europe, par exemple, Béatrice Brenneur (dir.), Vue d'ensemble de la médiation judiciaire dans le monde, Paris: L'Harmattan, voir aussi, par exemple <http://www.mediationworld.net>

¹⁵ NDLR : Le 12 décembre 2008, Bernard Madoff a été arrêté et mis en examen par le [FBI](#) pour avoir réalisé une [escroquerie](#) de type « [chaîne de Ponzi](#) », qui pourrait porter sur 65 milliards de [dollars américains](#)². Il a été condamné le 29 juin 2009 à 150 ans de prison, le maximum prévu par la loi. (Source Wikipedia)
Un système de Ponzi (*Ponzi scheme* en [anglais](#)) est un montage financier frauduleux qui consiste à rémunérer les investissements des clients essentiellement par les fonds procurés par les nouveaux entrants. Si l'escroquerie n'est pas découverte, elle apparaît au grand jour le jour où elle s'écroule, c'est-à-dire quand les sommes procurées par les nouveaux entrants ne suffisent plus à couvrir les rémunérations des clients¹. Elle tient son nom de [Charles Ponzi](#) qui est devenu célèbre après avoir mis en place une opération basée sur ce principe à [Boston](#) dans les [années 1920](#). (Source Wikipedia)

complexes nécessite des techniques spécifiques, des approches systématiques et, surtout, des médiateurs hautement qualifiés. Ce document présente un exemple d'approche qui a conduit à des solutions efficaces dans des médiations complexes à travers le monde. La pratique de la médiation pourrait augmenter considérablement si ces approches couronnées de succès étaient plus largement diffusées et comprises.

Cet article débute par une discussion sur les avantages, ainsi que les défis de la médiation, les cas complexes, y compris la présentation de certains de ces cas où la médiation a été un succès. Ensuite, afin d'avoir une meilleure idée des raisons pour lesquelles les cas complexes allaient vers un procès, il décrit le processus de prise de décision pour la sélection d'une médiation ou d'un procès. Il est suivi d'une discussion sur l'approche consensuelle et montre comment, en suivant cette approche étape-par-étape, l'on peut arriver à des résultats positifs grâce à la médiation. Enfin, il examine comment en élargissant la portée des tâches des médiateurs traditionnels on peut arriver à un processus de médiation plus constructif, un taux de réussite plus élevé, et des solutions plus durables.

Arguments pour l'utilisation de la médiation : les avantages pour les parties, la société et les juges

Nous avons de bonnes raisons de chercher comment et pourquoi la médiation pourrait être utilisée plus fréquemment. Les avantages du choix d'une approche de médiation, au lieu d'un procès dans les cas complexes, notamment parce que c'est un processus rapide impliquant toutes les parties à la fois, ainsi que la possibilité de parvenir à une solution créative globale. Considérant que les procédures juridiques peuvent signifier des années de procès entre les parties, souvent suivies de solutions incomplètes, difficiles à faire respecter.

Il y a des raisons supplémentaires d'encourager la médiation des cas complexes à partir des points de vue des clients, de la société et même du juge chargé de l'affaire (ou de faire la médiation). Tout d'abord, la médiation offre aux parties un éventail beaucoup plus large d'options pour répondre à leurs besoins. Le procès peut sembler être la route la plus sûre pour les parties leur garantissant une solution juridique, mais plus un problème est complexe, plus il est difficile de trouver des solutions juridiques durables. Une décision de justice peut résoudre les problèmes monétaires, mais dans les cas complexes, ceux-ci ne sont qu'une partie de l'affaire. Les décisions des tribunaux manquent généralement de solutions sur-mesure, les accords de médiation vont au-delà de ce que le système judiciaire traditionnel peut offrir. La médiation offre des options pour trouver des solutions créatives qui garantissent que les préoccupations prioritaires de chaque partie seront respectées, et peut donc parvenir à une solution durable au problème. En outre, elle offre la possibilité aux acteurs les moins influents de former des coalitions avec les parties les plus influentes¹⁶. Enfin, trouver une solution entre les parties intéressées, sans s'adresser à une partie externe pour rendre une décision alors qu'elle n'est pas familière avec l'histoire et n'est pas affecté par la situation, est une grande satisfaction¹⁷.

D'un bon rapport coût-bénéfice sociétal, régler les différends par la médiation est beaucoup plus efficace que plaider des cas multiples. Les cas complexes peuvent entraîner des années de litige pour chaque cas individuel. En outre, les cas liés doivent être plaidés maintes et maintes fois, alors que dans la médiation, il peut être possible d'inclure une variété de cas à la fois, et donc d'enlever de la pression sur des tribunaux qui ont déjà de trop nombreux dossiers.

Pour les juges, l'utilisation de la médiation a des avantages potentiels qui peuvent contrebalancer le risque de retard lorsque les parties ne parviennent pas à un accord et doivent poursuivre leur cause devant les tribunaux. Rendre une décision dans une affaire complexe est très difficile et peut prendre beaucoup de temps car il y a de nombreux problèmes techniques ou financiers en jeu et de nombreuses parties, ce qui rend l'alternative du règlement hors cour attrayante. Par ailleurs, statuer dans une affaire complexe ne veut pas dire que les questions sous-jacentes sont

¹⁶ Voir les avantages des coalitions Susskind, L. et Cruikshank, J. (1989). *Breaking the Impasse: approches consensuelles pour résoudre les différends publics*. N.Y.: Basic Books

¹⁷ L'étude des procédures est connue sous le nom de «justice procédurale», voir par exemple Lind, É.A. et Tyler, T. (1988). *La psychologie sociale de la justice procédurale, État de New York*: Plenum.

effectivement résolues et que les parties seront en mesure de faire appliquer la solution juridique. Souvent, les affaires reviennent, parfois avec le même ou d'autres défenseurs, et des demandes légèrement différentes mettent en valeur des angles différents, ou des rôles différents. De plus, parce que de nombreuses parties sont impliquées, il est plus probable qu'une décision fera l'objet d'un appel par l'une des parties, et que les jugements pourront être inversés. Ce sont les risques des procès, mais ils sont plus fréquents dans les cas les plus complexes.

Les défis à relever dans la médiation de cas complexes

Manifestement, il y a des défis à relever dans la médiation des cas complexes. Il n'est pas surprenant que l'on hésite avant de choisir l'approche de ces cas complexes par la médiation, car la médiation de ces affaires complexes demande de nombreux médiateurs et une grande connaissance de ce qu'est la médiation. Lorsque le médiateur ne parvient pas à dominer le cas, la médiation est vouée à l'échec.

Qu'est-ce qui rend ces litiges complexes si difficiles à médier ? Le défi du médiateur réside dans la compréhension de la complexité juridique d'un différend, mais une tâche encore plus importante est l'organisation du processus pour aider les parties à parvenir à une solution négociée. Pour cela, les parties doivent se mettre d'accord sur le processus et y rester attachées tout au long de la médiation.

Plusieurs facteurs rendent ce travail particulièrement difficile. Tout d'abord, les questions sont multiples. Il peut y avoir plusieurs niveaux de sujets étroitement liés. Les questions qui se posent peuvent être d'intérêt local, national, voire international, comme c'est par exemple souvent le cas de litiges portant sur l'utilisation de l'eau à peine disponible dans une certaine région d'un pays ou une région du monde. En outre, les conflits sont souvent chargés d'émotions, ce qui est le cas quand beaucoup de gens perdent de grosses sommes d'argent (par exemple, j'ai mentionné plus tôt l'affaire Madoff), ou même leur maison (par exemple, les litiges reliés à une hypothèque).

Souvent, les faits d'une affaire ne sont pas faciles à prendre en main. Les détails d'une affaire peuvent être difficiles à suivre et difficiles à comprendre, ils peuvent changer au fil du temps ou différentes versions peuvent exister selon le point de vue qui est pris. En outre, il peut y avoir des facteurs d'assurance compliqués et complexes, des éléments financiers ou techniques, ou des sensibilités politiques différentes en présence.

L'événement ou le projet qui donne lieu au conflit lui-même est d'une grande importance. Les événements et les conflits complexes qui en découlent peuvent affecter un grand nombre de personnes et avoir un grand impact financier, économique et / ou environnemental. Par exemple, le déversement de pétrole par BP dans le golfe du Mexique en 2010 a touché les pêcheurs, l'environnement et les économies de plusieurs pays causant un différend entre BP et toutes les parties prenantes. Le développement des infrastructures est un autre exemple d'une activité importante qui entraîne des litiges. Les litiges entourant le développement des infrastructures sont très coûteux, mais, d'autre part, les projets eux-mêmes sont très importants pour une région, en termes d'opportunité d'investissement, d'emploi et de croissance.

Il peut y avoir un grand nombre de parties prenantes. Le groupe des personnes ayant des intérêts en jeu peut être non seulement important, mais peut aussi provenir d'un large éventail de milieux, y compris des agences gouvernementales, des entreprises, des groupes environnementaux et des citoyens, (dont certains seront très bien représentés, d'autres non représentés, et d'autres peuvent même ne pas être encore identifiés). Même si au premier abord le nombre de parties concernées semble limité, le champ des acteurs est souvent plus large que prévu. En outre, comme les enjeux sont élevés, ceux qui ont un intérêt dans la décision mais ne sont pas directement impliqués dans le différend essayent souvent de faire pression sur les parties à la table de négociation, ce qui peut compliquer davantage la recherche d'une solution.

Les litiges concernant l'eau sont un exemple de conflits impliquant la quasi-totalité de ces complexités. Les désaccords au sujet de la distribution d'une quantité limitée d'eau se produisent d'autant plus souvent que la pénurie d'eau devient un problème. Ces litiges peuvent concerner l'agriculture et le tourisme, mais aussi les gouvernements locaux ou nationaux et les habitants, directement ou indirectement touchés, comme les personnes qui dépendent des cultures produites par les agriculteurs ou les fournisseurs de l'industrie du tourisme ou d'autres utilisateurs d'eau. En outre,

les problèmes d'eau, souvent très techniques, ont une grande importance pour une région ou un pays et les faits sont souvent difficiles à consigner et à vérifier.

La pratique des médiations complexes : la preuve que cela peut être fait.

Dans les cas complexes, on peut être confronté à tout ou partie de ces défis lors du démarrage d'un processus de médiation, mais la pratique montre que la médiation peut réussir ces cas là. Pour avoir une idée de où et quand la médiation peut être appliquée avec succès, nous présentons trois types de cas complexes réussis par la médiation: l'un dans l'industrie pharmaceutique, le suivant dans l'assurance, et le troisième dans la construction.

Un certain nombre de cas ont récemment été réglés avec succès par la médiation aux Etats-Unis. Ils impliquaient des sociétés pharmaceutiques qui avaient été poursuivies pour avoir fait payer trop cher à leurs patients certains types de médicaments. Ceci a affecté un grand nombre de personnes dans divers Etats, et les questions étaient techniquement et financièrement complexes. Différents demandeurs ont été impliqués dans ces conflits, y compris un certain nombre d'organismes gouvernementaux, des pharmacies et des assureurs. Ces affaires qui touchent individuellement les victimes ne sont pas rassemblées dans un dossier unique. Il faut généralement un temps important pour la découverte de l'irrégularité et des années pour régler chaque affaire séparément. En utilisant une approche de médiation impliquant à la fois les différents organismes gouvernementaux et plusieurs sociétés pharmaceutiques, ces dernières ont réussi à trouver des accords avec les parties. Elles y sont parvenues en utilisant un procédé pour calculer la perte réelle pour les clients (et finalement le gouvernement), et en tenant compte des indemnités obtenues au cours d'accords précédents et versées par les laboratoires pharmaceutiques dans des affaires similaires. En échange, les agences gouvernementales impliquées ont convenu de ne pas les poursuivre en justice.

Un deuxième exemple provient du secteur bancaire et de l'assurance autour de créances hypothécaires. Les banques ont été poursuivies par les investisseurs pour défaut d'information au sujet de la qualité des prêts hypothécaires (il s'est avéré que la plupart des propriétaires n'ont pas pu payer leurs prêts, ce qui a entraîné des pertes importantes pour les investisseurs). Les banques, les investisseurs et les assureurs ont réglé ou sont en train de régler bon nombre de ces cas par la médiation.

Un autre exemple d'un domaine où la médiation s'est avérée être une approche réussie se trouve dans les projets de développement des infrastructures comme le Big Dig (projet autoroutier souterrain à Boston¹⁸) qui est le plus grand projet de transport urbain de l'histoire des États-Unis. Il s'agissait de 75 contrats concernant des centaines de sous-traitants. Les grands projets comme celui-ci sont souvent à l'origine des nuisances et dommages aux zones environnantes menant à des conflits entre les clients et les entrepreneurs quant à savoir qui est responsable financièrement. Les enjeux sont élevés, les faits complexes et ces cas concernent des intérêts économiques énormes avec des millions de dollars de dommages et intérêts. Ces affaires entre les entrepreneurs et les clients des « Big Dig » ont été réglées avec succès en médiation. En raison de la complexité de l'affaire Big Dig, une approche traditionnelle n'aurait pas fonctionné. Par la médiation, ils ont mis en place un moyen novateur : les parties ont convenu d'un calendrier pour la communication, l'analyse et la négociation des revendications. Elles ont désigné les équipes de négociation, un comité de médiation et un comité de pilotage des cadres supérieurs qui ont été étroitement impliqués dans le processus. Ainsi, une équipe de deux ou trois médiateurs ont facilité le processus de négociation et la conclusion d'un règlement global des revendications.

18 NDLR : Suite à des retards, des arrêts, des surcoûts, des fuites, des mauvaises exécutions et l'utilisation de matériaux hors-normes, il s'agit du plus coûteux projet de construction immobilière aux États-Unis. Initialement estimé au coût de 2,5 milliards USD en 1985, il en a coûté 14,6 milliards en juillet 2006. Le 10 juillet 2006, suite à la chute de plusieurs pièces de béton attachées au plafond, le segment qui relie l'*Interstate 90* au tunnel *Ted Williams* est resté fermé au public pendant un an (source wikipedia)

Pourquoi les cas finissent par être plaidés au lieu d'aller en médiation ...?

L'objectif est que les parties et les juges prennent la décision la plus claire possible sur la procédure à suivre. Un manque de connaissances sur la façon de surmonter les obstacles liés à la médiation pourrait être l'une des raisons pour lesquelles ce processus n'est pas utilisé plus souvent dans les cas complexes. Les parties prennent des décisions en fonction de la manière dont elles pensent le mieux atteindre leurs objectifs. La décision de plaider ou d'aller en médiation est faite par les parties concernées et / ou le juge (gestion des cas).

Il y a un certain nombre de raisons pour lesquelles le procès peut parfois être le meilleur choix. Par exemple, un cas peut sembler parfait pour une approche de médiation, mais les parties en conflit peuvent décider qu'il est dans leur intérêt que le juge statue sur le fond de l'affaire (par exemple parce qu'elles veulent créer un précédent pour l'avenir). Ici, plaider est tout simplement la meilleure solution.

De plus, comme il y a beaucoup plus d'information sur le procès, les clients optent pour la voie qu'elles connaissent le mieux, plutôt que pour la meilleure option. Cependant, les juges sont en mesure d'encourager les parties à repenser leur décision et à utiliser la médiation plutôt que d'aller au contentieux.

Comment les juges décident entre la médiation et le procès ? Les juges, par opposition aux parties, sont des professionnels du règlement des différends et ont des outils disponibles pour faire des choix éclairés en fonction des caractéristiques de l'espèce et de leur expérience en tant que professionnels.

Le juge peut tenir compte d'un certain nombre de facteurs, comme la nature de l'affaire, pour déterminer si les parties sont prêtes à négocier, et s'il y a une plage de négociation suffisante. Les juges peuvent également appliquer des indicateurs utiles pour déterminer si la médiation a une chance d'être couronnée de succès ou non (par exemple les « cahiers d'audience » développés dans le nord de la Californie, ou des outils de diagnostic similaires développés en Europe). Cependant, comme le nombre de cas complexes renvoyés à la médiation est limité, les juges peuvent avoir une connaissance limitée du succès de la médiation dans ces cas.

Il y a plusieurs raisons pratiques pour lesquelles les juges peuvent penser que des cas complexes ne conviennent pas à la médiation. Par exemple, certaines parties ont peut-être déjà été en médiation sans succès, la plage de négociation peut sembler peu claire, ou un rapport de force entre les parties peut exister. Il peut aussi y avoir des problèmes de représentation légale, ou de faits complexes qui peuvent contraindre une approche de médiation.

En outre, si l'affaire est en théorie adaptée à la médiation, le médiateur devra posséder un haut niveau de compétence et d'expérience pour être en mesure de traiter le cas de manière efficace. Si le juge ne connaît pas de médiateurs aptes à traiter le cas, il s'abstiendra de proposer la médiation.

Surmonter les obstacles pratiques à l'aide d'une approche systématique

Se référer à la médiation devient beaucoup plus attrayant quand on peut compter sur une méthode, étape par étape, efficace et qui a fait ses preuves dans le passé. La recherche du consensus fait partie d'un processus d'élaboration structuré.

La première phase du processus commence par mettre autour de la table toutes les parties prenantes. En tant que médiateur, on peut être tenté de garder le groupe petit et gérable. Les avantages évidents à court terme sont toutefois souvent compensés par les problèmes à long terme. Les personnes exclues peuvent venir contester l'accord et donc bloquer sa mise en œuvre.

Un groupe environnemental qui n'aura pas été impliqué dans une médiation concernant un projet de chemin de fer qui traverse un parc national ne sera probablement pas d'accord avec la solution négociée entre le promoteur et le gouvernement, et essaiera de contrecarrer sa mise en œuvre.

Lors du démarrage d'une médiation, il est important de s'assurer que tous les intervenants sont représentés, que les porte-parole sont vraiment les représentants du groupe et qu'ils ont la confiance de leurs mandants. Rien n'est plus décevant que d'avoir un représentant qui fait des promesses sans avoir

un mandat. En outre, il est essentiel que les représentants des parties prenantes arrivent à la table de négociation en ayant préparé la réunion.

Une deuxième étape dans la démarche de consensus est de garder une trace des faits et les mettre à jour régulièrement. Dans les grands projets, il y a beaucoup d'information et de faits pertinents. Les situations sont en constante évolution : des faits nouveaux sont ajoutés et les anciens ont perdu leur actualité ; ceci peut conduire à des changements d'intérêts. Les parties doivent s'appuyer sur des chiffres et des données précis si on ne veut pas arriver à des accords irréalisables.

La troisième étape dans la construction de l'accord est de passer des « positions » à des « intérêts » pour faire place à des solutions créatives. Il s'agit d'une étape familière aux médiateurs et essentielle dans les litiges complexes. En faisant cela, les intérêts peuvent être « échangés ». Un exemple vient d'un conflit d'eau entre deux régions d'un pays sur une quantité limitée d'eau fournie par une rivière qui coule à travers les deux territoires. Lorsque les positions des parties prenantes ont été traduites en intérêts, il est devenu clair que la nécessité pour une partie d'avoir des cultures propres à la consommation pouvait être satisfaite par des accords d'importation avec une région en amont qui voulait utiliser la même eau à des fins industrielles.

La quatrième étape se fait par l'engagement et le maintien de cet engagement par les parties prenantes. Les parties doivent s'engager explicitement dans le processus. Les représentants doivent rester en contact avec leurs mandants (pour maintenir leur confiance, et pour être sûr que les accords recherchés répondent à la réalité politique du moment). La tendance des représentants peut être de parvenir à un accord rapidement, en oubliant qu'ils représentent et parlent au nom des autres. Par exemple, dans des projets d'infrastructure qui prennent des années, si les porte-parole ne restent pas en contact avec les parties qu'ils représentent, ils peuvent ne pas connaître les changements survenus dans leurs intérêts.

La cinquième étape dans la construction de l'accord est d'obtenir la ratification de l'accord. Atteindre un accord entre les représentants des parties prenantes est seulement faire la moitié du chemin. Ce qui compte finalement c'est la solution mise en place et parvenir à des solutions durables à long terme. Qui prendra l'initiative de sa mise en œuvre ? Qui va vérifier si les promesses sont réalisées ? Qui va identifier et traiter rapidement les problèmes qui pourraient potentiellement surgir ?

Enfin, on comprend que pour obtenir ces types de processus de sa conception à sa réalisation, il faut de l'expérience. Il est nécessaire que le médiateur soit un professionnel qui aide à la conception et au maintien du bon déroulement du processus.

Les cas difficiles en médiation : élargir la portée de son rôle

Etablir un processus étape par étape est nécessaire, mais la médiation peut encore échouer sans les connaissances professionnelles du médiateur. Ainsi, le traitement des cas complexes implique non seulement d'obtenir des parties qu'elles parlent de leurs intérêts, mais aussi d'avoir une vision claire du rôle du médiateur.

Réussir à guider les parties dans un processus de construction de l'accord exige du médiateur des compétences et la capacité d'aller au-delà des rôles de médiation de base et de ce qui est enseigné par la plupart des institutions de formation en médiation.

La tâche du médiateur dans les litiges complexes commence par l'identification des parties prenantes, et la désignation de leurs représentants qui se feront remettre le mandat adéquat. C'est parfois difficile lorsque les parties ne sont pas organisées.

Par exemple, il peut y avoir des parties privées qui vivent dans une zone polluée, des propriétaires de différentes régions d'un pays, des pêcheurs de différentes régions et parfois plusieurs pays touchés par un déversement de pétrole. Un médiateur peut parfois les aider à s'organiser et doit s'assurer que les bonnes personnes sont autour de la table des négociations.

La deuxième tâche du médiateur est de recevoir les acteurs organisés. Représenter un groupe qui n'existe pas encore en tant que groupe, et qui manque donc de structure, peut rendre plus difficile le maintien d'une bonne communication et d'un solide mandat de ceux qui sont représentés. Aider les parties à trouver une représentation adéquate, ou leur donner la possibilité de le faire elles-mêmes, est la clé pour trouver des accords durables.

Ensuite, la tâche du médiateur est d'obtenir l'accord des parties sur le processus. Sans entrer dans le contenu de l'affaire, le médiateur doit tout d'abord avoir leur engagement sur la façon de procéder. La confiance dans le processus, ainsi que dans le médiateur, doit être complète. Les parties doivent comprendre ce qui va se passer au cours du processus de médiation, et en connaître l'organisation.

Le médiateur peut également avoir à aider à rechercher des données qui impliquent parfois la participation d'experts. Avoir des informations à jour est important parce que la médiation se déroule dans un contexte interactif où la politique se déplace, et dans lequel les parties essayent souvent d'obtenir les meilleures positions. Cela inclut de rechercher qui a l'information et quelle information est manquante.

De même, le médiateur peut aider à faire face à des difficultés internes. Les représentants doivent être en contact régulier avec leurs mandants. Ces derniers doivent être informés en permanence de ce qui se passe, afin de s'assurer que leurs intérêts sont bien représentés.

Vers la fin de la médiation, il est important que le médiateur aide à clarifier le processus de mise en œuvre. Toutes les parties doivent participer à la réalisation concrète de l'accord et comprendre comment les difficultés qui peuvent surgir pourront être résolues. L'accord doit être officiellement soutenu par les parties et leurs représentants afin d'être mis en œuvre efficacement.

Conclusions et enseignements

Les parties recourent plus fréquemment à la médiation si ce processus débouche sur un nombre d'accords important et s'il est mieux connu et compris.

La médiation dans les cas complexes peut être couronnée de succès. Il existe des méthodes claires qui peuvent conduire à des solutions durables.

L'ACTION DE GROUPE ET LA MÉDIATION COLLECTIVE

Sophie Henry, Secrétaire générale du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris – CMAP (Quatrièmes assises internationales de la médiation judiciaire, Aix-en-Provence, 6 juillet 2013)

Désaccord entre associés, mésentente sur les termes d'une vente, qualité d'un produit ou prestation d'un service contestée, conflits entre le personnel et la direction, dissensions entre salariés, etc., les sources de litiges sont nombreuses dans le monde de l'entreprise. **Créé en 1995 par la CCI Paris Ile-de-France, le CMAP - Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris** accompagne les entreprises souhaitant régler leurs différends à l'amiable, rapidement, à un coût maîtrisé et en toute confidentialité.

Le CMAP propose toute une palette de processus de résolution des conflits, dont principalement la médiation et l'arbitrage, véritables alternatives aux parcours classiques de la justice et des tribunaux.

Avec plus de **3000 dossiers traités depuis sa création**, le CMAP est le centre institutionnel gérant le plus grand nombre de médiations en France. **3 médiations sur 4 aboutissent à un accord** dont plus de 80% en moins de 30h et l'un des principaux centres d'arbitrage dédiés aux contentieux commerciaux impliquant des entreprises françaises.

La médiation

L'effet bénéfique de la médiation pour l'apaisement des conflits entre particuliers ou entre entreprises n'est plus à démontrer. **Solution amiable et rapide d'un conflit aigu**, poursuite – voire renforcement – des relations ultérieures entre les adversaires du moment, moindre coût, sont autant d'atouts en faveur de ce processus. **Tiers indépendant, le médiateur** contribue ainsi à la découverte par les protagonistes eux-mêmes de la solution la plus conforme à leurs intérêts respectifs.

Jusqu'à ces dernières années, la médiation s'est développée principalement dans la résolution de conflits inter-entreprises.

En matière de consommation, les entreprises, légitimement soucieuses de leur image à l'égard de leur clientèle, ont depuis longtemps, organisé des Services Consommateurs ; d'autres outils amiables existent également au niveau des secteurs ou branches d'activités. Mais parallèlement, le besoin d'une médiation totalement extérieure à l'entreprise, avec un tiers neutre, se fait ressentir.

Des affaires récentes et différentes initiatives de la Commission européenne ont précisément fait apparaître l'utilité de la médiation dans le domaine des conflits de masse ; ce qui a conduit le CMAP à élaborer un **règlement de médiation adapté à ce type de litige, qui a été mis en œuvre en 2010**.

L'actualité législative en France confirme que l'initiative du CMAP était opportune.

En effet, le projet de loi relatif à la consommation a été présenté le 2 mai dernier en Conseil des ministres. Il a été adopté en première lecture le 3 juillet dernier par l'Assemblée nationale. Transmis au Sénat, il fait actuellement l'objet de travaux de commission et sera discuté en séance publique les 10, 11 et 12 septembre 2013.

Ce projet a pour objet la mise en place de « nouveaux outils de régulation économique pour rééquilibrer les pouvoirs de consommateurs et professionnels ».

Sa mesure phare est l'introduction de l'action de groupe en droit français aux articles L.423-1 et suivants du Code de la consommation.

Il prévoit de surcroît l'insertion dans le code de la consommation de la définition de la notion de consommateur. Ainsi est considérée comme consommateur : « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. ».

L'action de groupe, un nouvel outil au service des consommateurs et des entreprises

Selon les termes actuels du projet de loi, **une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée** au titre de l'article L. 411-1 du Code de la Consommation **pourra agir devant les juridictions civiles en réparation des préjudices individuels subis par un groupe de consommateurs**. Aussi, il existe donc un monopole des associations de défense des consommateurs en la matière.

Domaine d'application

Conformément aux dispositions du projet, le **préjudice uniquement matériel** subi par le consommateur doit découler d'un manquement aux obligations légales ou contractuelles du professionnel, que ce soit à l'occasion de la vente de biens, de la fourniture de services ou d'un préjudice subi du fait de pratiques anticoncurrentielles. Les domaines concernés par le projet de loi sont le droit de la concurrence et le droit de la consommation. Il faudra attendre pour voir si le projet va prévoir l'action de groupe au sein des droits de la santé, droit de l'environnement et peut-être même sur les discriminations.

Conditions de mise en œuvre de l'action

Pour faire partie du groupe, les consommateurs doivent tous être placés dans une **situation identique ou similaire et subir un préjudice causé par un même professionnel**. L'adhésion au groupe vaudra mandat au profit de l'association aux fins d'indemnisation, sous réserve que le juge

valide ensuite ce rattachement au groupe. **Ce système se rapproche de celui de l'opt-in**, à la différence des class action américaines qui ont préféré le système de l'opt-out.

Compétence judiciaire

Seule une **dizaine de Tribunaux de Grande Instance auront compétence** pour traiter des actions de groupe. La réparation du préjudice pourra être obtenue directement auprès du professionnel ou par l'intermédiaire de l'association de consommateurs. Le juge pourra condamner le professionnel à payer une provision à valoir sur les frais que l'association exposera pendant la procédure d'action de groupe.

L'action de groupe suspend la prescription des actions individuelles en réparation des préjudices qui ont été constatés par le jugement. Une fois que le jugement a été rendu et qu'il n'est plus susceptible de recours, le délai de prescription se remet à courir pour une durée qui ne peut pas être inférieure à 6 mois.

D'autres outils sont prévus en droit français pour faire face à des préjudices subis par un groupe de personnes. Il s'agit de l'action en représentation conjointe et l'action d'intérêt collectif.

La médiation collective, une insertion bienvenue dans la réglementation

Le projet de loi prévoit la mise en œuvre de la médiation collective et en précise les contours.

Conditions de mise en œuvre

Les parties doivent donner leur consentement pour participer à la médiation.

Une action doit être engagée. Aussi, la seule forme de médiation possible dans le cadre du projet est la **médiation judiciaire**. Cependant, à aucun moment, la médiation conventionnelle n'est interdite par le texte. C'est le juge qui va désigner le médiateur (comme c'est le cas en médiation judiciaire habituellement), avec l'aide d'un Centre le cas échéant.

Homologation

Le projet de loi prévoit aussi que l'accord de médiation collective sera obligatoirement soumis à **l'homologation par un juge**. **Ce caractère obligatoire** contrevient au principe de la liberté des parties en médiation. Le juge en sera saisi afin de vérifier que cet accord est conforme à l'intérêt des consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe, avant de l'homologuer. Le juge prévoira également les mesures de publicité nécessaires pour informer les consommateurs de l'existence de cet accord.

Le rôle du CMAP dans l'application de la médiation collective

Pionnier en matière de médiation, le CMAP n'a donc pas attendu l'arrivée de la médiation collective dans les textes pour créer **un règlement de médiation collective en matière de consommation dès 2010** (v. pièce jointe). Fort de son expérience dans le domaine des méthodes alternatives de règlements des différends, notamment dans le cadre de la résolution de conflits interentreprises, le CMAP a pris conscience de l'intérêt, pour les entreprises et les consommateurs, d'entrer en médiation.

Présentation du règlement

Le règlement de médiation collective est très proche de la médiation dite « individuelle ».

- **Saisine :**
 - les entreprises
 - les associations de consommateurs agréées
- **Validité de la saisine :** La Commission de médiation vérifie les conditions de mise en œuvre de la saisine (préjudice subi par les consommateurs, agrément de l'association...).

- **Désignation du médiateur** par la Commission, après avoir recueilli l'avis des parties sur le profil du médiateur.
- **Mise en œuvre de la médiation** avec les représentants des associations de consommateurs et les entreprises.
- **Confidentialité** : Le principe est le caractère confidentiel de l'accord de médiation mais le règlement prévoit que les parties pourront y déroger pour porter le contenu de l'accord à la connaissance des tiers.
- **Durée** : 3 mois renouvelable avec l'accord des parties et du médiateur.
- **Frais** : Fixés en fonction du barème en vigueur (400 € par heure). En principe partagés entre les parties sauf convention contraire.

Sur cette question, le CMAP a acquis une **expérience sérieuse**. En effet, le Centre a notamment eu à connaître un cas de médiation collective conventionnelle entre 2 associations agréées de consommateurs et le Crédit Foncier de France. L'effectif représenté en médiation était de quelques milliers de personnes. Il s'agissait d'une vente de prêts à taux variable capés.

La médiation a duré 5 mois pour parvenir à un accord prévoyant :

- des réunions périodiques entre les parties sur l'application de l'accord ;
- la création d'une commission dont le rôle serait de prévenir les 150 000 personnes concernées par ce type de prêt ;
- une enveloppe forfaitaire de 50 millions d'euros.

Cette médiation est intervenue bien avant le projet de loi sur l'action de groupe. Les parties ont souhaité passer par l'homologation qui a été accordée par le TGI de Paris.

Le bénéfice de la médiation collective sur l'action de groupe

La médiation collective possède **plusieurs atouts** qui font d'elle le moyen idéal de résolution des conflits en droit de la consommation.

Pour les **associations de consommateurs** :

- la **rapidité du processus** comparée à la lenteur de l'action de groupe ;
- **valorisation de l'association** de consommateurs qui fait appel à la médiation collective ;
- **solutions innovantes** susceptibles d'être trouvées en médiation sans se focaliser sur des questions juridiques propres à l'action de groupe.

Pour les **entreprises** :

- **réduction du temps et du coût de la procédure** ;
- **clôture définitive du dossier** ;
- préservation et valorisation de la **notoriété de l'entreprise** qui ne se retrouve pas dans un procès public ;
- préservation de la **relation clients**.

TITRE II - LA MEDIATION COMMERCIALE EN DROIT COMPARÉ

DIVERSITE ET UNITE DE LA MEDIATION JUDICIAIRE : EST-ELLE DEPENDANTE ET FONCTION DE NOS CULTURES?

Dr. Paola Cecchi Dimeglio, Harvard Law School, Program On Negotiation, Harvard Kennedy School, Women and Public Policy Program

(Deuxièmes assises internationales de la médiation judiciaire, Fort de France, 16-17 novembre 2011)

Résumé:

Aujourd'hui les diverses instances nationales supportent le recours aux modes alternatifs de résolution des conflits et notamment le recours à la médiation judiciaire. Néanmoins, l'évolution du processus ne se façonne pas de la même façon dans tous les pays. Les différences légales et économiques ne peuvent pas à elles seules tout expliquer pour apprécier le succès ou non de la médiation judiciaire. Seule une prise en compte globale et interdisciplinaire de différents facteurs permet de comprendre le phénomène évolutif de ce processus. D'un point de vue ethnographique et culturel, il est important de prendre en considération le lien entre l'évolution de la médiation judiciaire et celui de l'identité culturelle d'une nation. Cette approche en enrichissant la réflexion, permet d'apporter les solutions les plus appropriées. L'analyse de ces liens permet d'offrir de nouveaux facteurs explicatifs sur l'évolution et le succès de la médiation judiciaire dans divers pays. Cependant, est-il possible de préconiser des outils permettant de le développer, de le favoriser et de l'améliorer (si cela est nécessaire) quel que soit le contexte culturel ? Dans cet article, nous dégagons une structure commune et des principes directeurs des théories de gestion des conflits afin d'offrir une liste de propositions pour la promotion et/ou l'adaptation de la médiation judiciaire quel que soit le contexte culturel.

Introduction

Des États-Unis au Royaume-Uni, de l'Inde à la Chine, de la Norvège à la France, de la Jordanie à Israël, du Mexique au Brésil, la médiation judiciaire est de plus en plus considérée comme une alternative complémentaire et nécessaire afin d'améliorer les systèmes judiciaires traditionnels.

Cependant, la médiation judiciaire n'évolue pas de la même manière dans tous les pays et connaît plus ou moins le succès. Les premières causes explicatives de ces diversités peuvent être liées aux différences légales, et économiques entre les pays, mais ne sont pas suffisantes à elles seules pour expliquer les dissimilitudes de la médiation judiciaire. Seule une prise en compte globale et interdisciplinaire de différents facteurs permet d'appréhender le phénomène évolutif de ce processus. Dans cette perspective, il est intéressant d'explorer le lien entre l'évolution de la médiation judiciaire et celle de l'identité culturelle.

La diversité des cultures est un des éléments qui doit être pris en compte afin d'optimiser le succès de la médiation judiciaire, mais est-il possible de préconiser des outils permettant de le développer, de le favoriser et de l'améliorer (si cela est nécessaire) quelque soit le contexte culturel?

Afin de répondre à cette question, nous nous pencherons sur les connaissances offertes par les théories des systèmes de gestion des conflits. Cette réflexion nous permettra de dégager une structure commune et des principes directeurs qui peuvent bénéficier au développement et/ou à l'optimisation d'un système de médiation judiciaire quelque soit le contexte juridique et culturel d'un pays.

Dans cet article, notre analyse se portera d'une part sur l'évolution des recours aux modes alternatifs de résolution des conflits et notamment celui de la médiation judiciaire et d'autre part sur le lien entre ce processus et la culture dans lesquels ils évoluent (I). Par la suite, un ensemble de propositions sera suggérées afin de permettre le développement et/ou l'optimalisation d'un système de médiation judiciaire adapté à la culture juridique d'un pays (II).

I. Regards croisés sur la médiation judiciaire : évolution et culture

Depuis environ 20 ans, les démocraties modernes redécouvrent les avantages des Modes Alternatifs de Résolution des Conflits ou de Litiges (connu sous les acronymes M.A.R.C. ou M.A.R.L.).¹⁹ En effet, historiquement, les Modes Alternatifs de Résolution des Conflits dont font partie la médiation et l'arbitrage, ont précédé le règlement judiciaire. La médiation était connue de l'Inde ancienne et de l'Islam. L'arbitrage quant à lui, trouve de nombreux exemples dans la Grèce antique, en Chine, parmi les tribus de l'Arabie, dans le droit coutumier des ports européens du Moyen Age et dans les pratiques de la Papauté.

L'objectif de ces mécanismes est de résoudre les situations conflictuelles de façon optimale, c'est à dire faire que les critères d'efficacité, de rentabilité et de durabilité tant au niveau de la solution que du coût financier, humain et temporel soient optimisés.²⁰

L'afflux et l'accroissement de contentieux devant les tribunaux a encouragé et permis l'essor du recours à la médiation judiciaire. Son développement international s'est fait dans un cadre juridique unique, original et adapté à la culture de chaque système juridique. Cet outil juridique a évolué dans une logique de « complémentarité » des systèmes juridiques déjà existants.²¹ Le mécanisme de médiation judiciaire en se développant, s'adapte à côté d'autres mécanismes déjà présents au sein de ces systèmes.

Ce mécanisme a progressivement gagné du terrain dans divers domaines juridiques tels que le droit pénal, familial, du travail à travers les continents. Il s'est aussi positionné dans les relations commerciales. La médiation judiciaire est un processus confidentiel et consensuel de résolution des litiges, facilité soit par un juge en activité ou retraité (tel qu'en Turquie et en Irlande), soit et/ou par un procureur (tel qu'en Croatie et en Finlande) soit et/ou par un tiers neutre (tel qu'en Slovaquie et au Luxembourg) mais qui est toujours formé à la résolution des conflits. Les sessions de médiation sont fréquentées par les parties au litige et/ou leurs représentants légaux. Les parties peuvent directement participer au processus, ce qui facilite la transparence des discussions et la conception de solutions adaptées au problème. Les parties au conflit peuvent communiquer directement les unes avec les autres sans leurs avocats mais aussi et/ou peuvent s'adresser directement au médiateur sans l'intermédiaire de leurs avocats. Les parties sont responsables pour la résolution des différends qui les opposent et maîtrisent le résultat de la médiation. Ce mécanisme incarne l'expression de la volonté des parties de solutionner leurs différends par un traitement qui leur redonne l'intégralité du pouvoir décisionnel. Elle permet également d'explorer d'une part les aspects juridiques du litige, d'autre part

¹⁹ J. T. Barrett & J.P. Barrett (2004). *A History of Alternate Dispute Resolution, The Story of a Political, Cultural and Social Movement*. Jossey-Bass. John W. Burton (1993). *Conflict Resolution as a Political Philosophy*. In *Conflict Resolution Theory and Practice*, eds D.J.D. Sandole & H. van der Merwe. Manchester University Press. Ch. Jarrosson, *Les Modes Alternatifs de Règlement des Conflits, Présentation Générale*, R.I.D.C., 2/1997, p. 325-329. P. Chevalier, *Les Modes Alternatifs de Règlement des Litiges : les Voies Nouvelles d'une Autre Justice*. Paris : La Documentation française, 2003.

²⁰ R.A. Cosier & D.R. Dalton (1990). *Positive Effects of Conflict: A field Assessment*. 1 *International Journal of Conflict Management*, 81-92. R.A. Baron (1991). *Positive Effects of Conflict: A Cognitive Perspective*. 4(1) *Employee Responsibilities & Rights Journal*, 25-36. D. Tjosvold (1991). *The Conflict Positive Organization: Stimulate Diversity and Create Unity*. Reading, MA: Addison-Wesley. S.P. Robbins (1974). *Managing Organizational Conflict: A Non-Traditional Approach*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.; S.P. Robbins (1978). *Conflict Management and Conflict Resolution are not Synonymous Terms*. 21 *California Management Review*, 67-75.

²¹ Étymologiquement, le terme de « Complémentarité » est issu du terme latin « Complementum », « Complere », c'est à dire accomplir quelque chose. En d'autres termes, remplir une mission précise qui complète un système qui n'était pas parfait et qui tend à le devenir par son adjonction. C'est cette idée qui nous semble plus appropriée car ce concept respecte l'idée sous tendue d'un système qui n'est pas inerte et qui évolue. Voir également en ce sens : B. Lasserre, *La Médiation : Au-Delà de l'Alternative, la Complémentarité*, Lettre de l'OCED, n° 26, 05/2005. J. Timsit, *La Médiation : une Alternative à la Justice et non à une Justice Alternative*, Gazette du Palais, n° 15, 11/ 2001 p. 53.

des aspects sous-jacents non juridiques au litige qui doivent être ignorés si une lecture stricto sensu des règles de droit est effectuée.

Aujourd'hui, les diverses instances nationales à travers le monde, soutiennent de plus en plus clairement les M.A.R.C. et notamment le processus de médiation judiciaire. Celle-ci est parfois introduite après initiative de groupes de travaux, soit par le biais de programme pilote soit par l'adoption d'un cadre législatif propre à ce dernier qui s'insère dans les règles de procédures judiciaires.

Par exemple aux Pays-Bas, la médiation judiciaire est née de la réflexion d'un groupe de travail issue du monde juridique, lassé du système judiciaire de l'époque. Ce groupe dont les membres ont travaillé en étroite collaboration, a pu échanger des idées sur les opportunités qu'offre le recours à ce mécanisme. Ce travail a abouti en 1993 à la création de l'institut Néerlandais pour la Médiation (communément connu sous l'acronyme N.M.I.). Cet institut a pour principal objectif d'informer et de promouvoir la médiation et en particulier la médiation judiciaire auprès des justiciables.

La mise en place de cette institution a permis également d'accroître l'intérêt du gouvernement et notamment celui du Ministère de la Justice dans le recours à la médiation judiciaire. La « Plateforme Alternative Dispute Resolution » créé en 1996, a permis ensuite un investissement du gouvernement néerlandais dans la promotion de projet favorisant le recours à la médiation y compris celui de la médiation judiciaire (*Mediation Naast Rechtspraak et Mediation Gefinancierde Rechtsbijstand*).

Ces différents projets ont abouti à ce qu'en 2005, le parlement néerlandais introduise un système structurel de médiation judiciaire auprès de 19 tribunaux ainsi que des mécanismes de renvoi applicable dans 11 tribunaux. Aujourd'hui, les tribunaux néerlandais ont instauré un système officiel permettant d'orienter les justiciables vers le processus de médiation le plus précocement possible.

En France, la médiation judiciaire est issue de la loi n 95-125 du 8 février 1995 relative à l'Organisation des Juridictions et à la Procédure Civile, Pénale et Administrative.²² Cette loi fut par la suite insérée dans le code de procédure civile par le décret n 96-652 du 22 juillet 1996 sous les articles 131-1 et suivants.²³ L'article 131-1 du nouveau code de procédure civile prévoit notamment que « le juge saisi d'un litige peut après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose ». Ce pouvoir appartient également au juge des référés en cours d'instance. La médiation judiciaire dans le code procédure civile est encadrée à divers égards tels que la durée de la médiation, sa mise en œuvre, l'exécution de l'accord de médiation et les principes gouvernant la médiation.²⁴ A l'heure actuelle, même si la médiation est prévue par le nouveau code de procédure civile, le recours à ce mécanisme repose sur l'initiative propre de chaque tribunal pour le mettre en œuvre. De surcroît, la possibilité de rendre exécutoire l'accord issu d'une médiation même si celle-ci est conventionnelle, est reconnue depuis la transposition de la Directive 2008/52/CE portant « sur certains aspects de la médiation civile et commerciale » dans le droit interne français par l'ordonnance du 16 novembre 2011.

Néanmoins, l'évolution de la médiation judiciaire ne se façonne pas de la même manière dans tous les pays et connaît plus ou moins de succès. Par exemple, pour 2008, la République de Malte a traité un nombre total de 1433 affaires de procédures de médiation alors que pour la même période, la République de Moldavie n'en a traité que 92. Cette différence être liée en partie au pouvoir du juge de référer ou non au processus de médiation judiciaire. Par exemple, certains Landers en Allemagne ont depuis plus de dix ans, renforcé le recours à la médiation judiciaire.²⁵ Le processus de médiation est

²² J.O du 9 février 1995

²³ J.O du 23 juillet 1996

²⁴ Article 131-1 -131-15 Nouveau Code de Procédure Civile.

²⁵ Pour exemple, nous noterons que depuis 2001, la ville de Cologne dispose d'un bureau de médiation dirigée par le barreau local de la ville de Cologne. Des 2000 et 2001, les tribunaux régionaux et les tribunaux locaux de la ville de Stuttgart, ainsi que les tribunaux de la ville de Hanovre ont mis en œuvre diverses actions afin de favoriser le recours à la médiation judiciaire. Depuis Janvier 2004, Mecklenburg-Vorpommern a dirigé un projet de médiation en collaboration avec la Basse-Saxe. La médiation est offerte par les juges du tribunal régional de Rostock, les cours d'appels et le tribunal administratif de Greifswald. Ce projet a permis la résolution de plus de Soixante-dix pour cent (70%) des cas grâce au processus de médiation judiciaire mis en place dans ces

incorporé au système judiciaire par l'article §278 Abs. 5 ZPO (Code de Procédure Civile). La lecture des articles § 278 ZPO et § 794 ZPO montre comment les juges allemands sont activement impliqués pour encourager le recours à ce type de médiation. En effet, le juge peut renvoyer les parties auprès d'un médiateur pour trouver une solution extrajudiciaire au litige même si les parties elles-mêmes n'y voient pas l'intérêt immédiat (278-5 ZPO). En d'autres termes, le juge suggère le recours à la médiation aux parties et apprécie le bien fondé de recourir à ce mécanisme pour résoudre le conflit. Une particularité du système allemand demeure que les parties peuvent initier elles-mêmes la médiation avant même qu'une quelconque procédure judiciaire n'ait été entamée. Le juge peut rendre exécutoire la décision de médiation de son propre chef ou à la demande des parties (794-1 ZPO).

Les différences légales et économiques ne peuvent pas à elles seules tout expliquer pour apprécier le succès ou non de la médiation judiciaire. Seule une prise en compte globale et interdisciplinaire de différents facteurs permet de comprendre le phénomène évolutif de ce processus.

Elionor Ostrom, prix Nobel d'économie en 2009 apprécia le fait que « *les découvertes scientifiques au travers des différentes disciplines sont bien souvent dispersées et incohérentes, les raisonnements sont isolés* ». ²⁶ La solution proposée afin de palier à ces incohérences est d'avoir recours à la recherche interdisciplinaire. C'est à dire (re)découvrir des phénomènes et les expliquer à la lumière de connaissance au croisement de différentes disciplines afin d'offrir une réflexion cohérente et plus complète.

Nous proposons de nous tourner pour mieux comprendre les différences d'évolution de la médiation judiciaire, vers ce qui semble affecter les individus, la manière dont les membres d'un groupe interagissent les uns avec les autres et la façon dont les individus de différents groupes se comportent avec d'autres. ²⁷ Nous nous référerons au terme de « Culture », sachant que définir ce terme reste un combat pour tous les chercheurs dans les domaines des sciences sociales. Dès les premières définitions du XIXe siècle jusqu'à aujourd'hui, pas une seule définition n'a su reprendre ce que les autres embrassent, mais la compréhension de ce concept reste sans aucun doute, cruciale et fondamentale pour les différents domaines des sciences sociales telles que le droit.

La réflexion sur le concept « culture » est pertinente et indispensable lorsqu'on essaie d'approfondir la compréhension de l'évolution du processus de médiation judiciaire et sa promotion. Si la connaissance de l'impact des dimensions culturelles pouvant affecter les individus et les nations est acquise, les acteurs à ce processus sont bien plus en mesure d'accroître les chances de réussite dans l'adoption et la promotion de celui-ci.

Le Professeur Kluckhohn, un des pères fondateurs de la compréhension du concept de 'culture', la définit comme, « un modèle de façon de penser, de ressentir et de réagir, acquis et transmis principalement par des symboles, constituant la réalisation distinctive de groupes humains (...) le cœur essentiel de la culture se compose d'idées traditionnelles (i.e., extraites et sélectionnées dans l'Histoire) et spécialement des valeurs qui y sont attachées. » ²⁸ En d'autres termes, la culture est constituée de valeurs et de croyances. D'un point de vue anthropologique, la culture peut être définie comme 'une configuration générale des comportements appris et de leurs résultats dont les éléments sont adoptés et transmis par les membres d'une société donnée'.

Par conséquent, il est possible de déduire que si le recours au M.A.R.C et notamment à la médiation judiciaire n'est pas naturellement inclus dans les comportements sociétaux et comme mécanisme validant les valeurs et les croyances d'une culture, il sera plus difficile de promouvoir cet outil.

Dans cette perspective, les travaux de Geert Hofstede, Professeur néerlandais d'anthropologie et très largement reconnu, nous permettent de dégager des pistes pour mieux appréhender ce concept.

différents tribunaux.

²⁶ Elionor Ostrom, *Understanding Institutional Diversity*, Princeton: Princeton University Press (2005).

²⁷ LeBaron M. (2001). *Conflict and Culture: A Literature Review and Bibliography*. Intercultural Press.

²⁸ La définition donnée par le Professeur C. Kluckhohn est aujourd'hui largement admise. Kluckhohn C. (1951). *Values and Value-Orientations in the Theory of Action: An Exploration in Definition and Classification*. In T. Parsons & E. Shils (Eds.), *Toward a General Theory of Action*. Cambridge, MA : Harvard University Press.

Il décrit la culture comme un système complexe de croyances, de symboles et de comportements sociaux. C'est un programme conscient et inconscient collectif qui distingue les membres d'un groupe des membres d'un autre groupe.²⁹

La culture nationale est donc appréhendée comme un phénomène collectif représentatif des préférences de valeurs, de pratiques et de croyances collectivement partagées par une nation. Les comportementalistes se réfèrent à ce phénomène en terme de postulats silencieux, d'automatismes mentaux inconscients qui se manifestent dans une programmation collective de l'esprit.

Dans cette réflexion, chaque culture nationale induit ses structures juridiques et reflète des systèmes de pensées et de croyances uniques dans lesquels l'individu se doit d'agir selon la règle.

Ainsi, quels sont les outils permettant de favoriser et d'optimiser le recours à la médiation judiciaire quelque soit le contexte culturel dans lesquels ils se développent ? Afin de pouvoir répondre à cette question, nous nous proposons de nous tourner vers la littérature relative au système de gestion des conflits.

II. Propositions structurelles pour la conception et l'optimisation d'un système de médiation judiciaire adaptées à la culture juridique d'un pays

Depuis environ plus de 20 ans, chercheurs scientifiques et professionnels des théories des conflits ont articulé un ensemble de principes conducteurs afin de structurer et d'optimiser des Systèmes de Gestion des Conflits (SGC). Ces derniers sont applicables aux systèmes de médiation judiciaire. Bien que chacun ait une conception et une théorie basées sur différents points de vue, une structure commune peut être identifiée. La structure commune et les principes ainsi dégagés permettent d'embrasser les subtilités des préférences nationales, les pratiques et les croyances collectivement partagées et d'y avoir recours quelque soit le contexte culturel dans lesquels le système de médiation judiciaire se développe.

Nous pouvons dégager des différents auteurs présents dans la littérature un processus de conception et d'optimisation qui se divise en cinq étapes : (1) Appréciation; (2) Conception; (3) Réalisation; (4) Evaluation; et (5) Adaptation.³⁰

A. La phase d'appréciation

Le processus d'appréciation débute « *lorsque le système juridique porte un regard critique sur lui-même et identifie plusieurs composants clés tels que sa mission et les moyens potentiels de recueillir l'information pertinente* ». ³¹ Il est nécessaire d'identifier et de rencontrer les acteurs clés afin de diagnostiquer le système actuel, les moyens et notamment l'adjonction ou les moyens pour favoriser la médiation judiciaire.³² Lors de cette phase, il est possible de déterminer et de choisir avec précaution les instruments qui seront utilisés afin d'apprécier le système existant ou dans lesquels nous souhaitons développer le processus de médiation judiciaire. Martinez et Smith ont proposé dans un

²⁹ Geert Hofstede, *Culture's Consequences*, Sage, (2001), Geert and Gert Jan Hofstede, *Cultures and Organizations, Software of the Mind*, McGraw-Hill, (2005). Traduction libre de l'auteur.

³⁰ Ury, W., Brett, J. M. & Goldberg, S.B. (1988), *Getting Disputes Resolved: Design Systems to Cut the Costs of Conflict*, London: Jossey-Bass Publishers; Costantino, C.A. & Merchant, C.S. (1996), *Designing Conflict Management Systems: A Guide to Creating Productive and Healthy Organizations*, San Francisco: Jossey Bass Publishers; Shariff, K.Z. (2003), *Designing Institutions to Manage Conflict: Principles for the Problem Solving Organization*, 8 Harvard Negotiation Law Review, pp.133-157; Bingham, L.B. (2004), *Control over Dispute-System Design and Mandatory Commercial Arbitration*, 67 Law and Contemporary Problems, pp. 221-251; Bingham, L.B. (2002), *Self-Determination in Dispute System Design and Employment Arbitration*, 56 University of Miami Law Review, pp. 873-907; Susskind L.E. & Cruikshank, J.L. (1987), *Breaking the Impasse: Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*, New York: Basic Books.

³¹ Voir Costantino et. al., supra note 12, at 96-97, 111.

³² Lawrence E. Susskind & Jeffrey L. Cruikshank, *Breaking Robert's Rules. The New Way to Run Your Meeting, Build Consensus, and Get Results*, OUP (2006).

article récent, des outils forts utiles.³³ Ils posent des questions essentielles relatives à l'identification des objectifs et des principes du système et des critères d'appréciation de la capacité de l'organisation à maîtriser le conflit. Concernant le dernier aspect, il convient de distinguer les « acteurs de répétition » (tels que les avocats et les médiateurs qui recourent régulièrement à ce type d'activité juridique ou les parties qui n'utilisent que les modes alternatifs de résolution des conflits et notamment le processus de médiation (judiciaire)) des « acteurs ponctuels » (tels que des avocats ou parties n'ayant recours que de façon ponctuelle à la médiation).³⁴ Le Professeur Bingham, s'appuyant sur les travaux du Professeur Galanter, démontre que, lorsqu'ils recourent au système de gestion du conflit tel que le processus de médiation judiciaire, les acteurs de répétition sont souvent en position de force par rapport aux acteurs ponctuels. Par exemple, les acteurs de répétition ont acquis une certaine connaissance et expérience lors de précédentes interactions avec les acteurs ponctuels. Cela influencera la façon dont les acteurs de répétition construiront la prochaine transaction. La prise en considération des effets et des impacts de l'interaction entre acteurs de répétitions et acteurs ponctuels devrait aider à comprendre la manière dont les conflits sont résolus dans le système actuel.

Les différents spécialistes des SGC proposent les critères suivants comme indicateurs essentiels d'appréciation : efficacité, bon fonctionnement et stabilité.³⁵ Au cœur de cette analyse, ces critères doivent être considérés en rapport avec différentes variables telles que la satisfaction concernant le résultat, le processus, le contenu, les relations et les effets du système sur la dynamique entre les parties et au sein de la société en général.³⁶

Le processus d'appréciation est un outil d'analyse « cause et effet » du système.³⁷ Il permet au concepteur et aux parties (même potentielles) qui utilisent le système existant de bénéficier d'une compréhension claire de la situation actuelle.³⁸ En d'autres termes, il permet de répondre à des questions telles que : « Existe-t-il un problème avec les méthodes existantes de gestion des conflits offertes par le système juridique actuel? Quelles sont les sources de ces problèmes? Quelle est la meilleure façon d'aborder ces sujets en recourant au système et notamment par le recours à un processus de médiation judiciaire?

Par conséquent, le processus d'appréciation permet de comprendre « comment » et « pourquoi » ces situations surviennent et quelles sont les solutions qui peuvent être apportées afin d'optimiser le recours à la médiation judiciaire si celui-ci est déjà mis en place mais ne connaît pas l'évolution souhaitée. Par exemple, l'Italie a su de part la transposition de la Directive 2008/52/CE portant « sur certains aspects de la médiation civile et commerciale », donner un caractère obligatoire au recours à la médiation judiciaire afin de la favoriser. Ce processus existait déjà mais ne connaissait pas le succès espéré. Cette nouvelle position de la législation italienne, a certainement permis une explosion du processus de ce type de médiation. Néanmoins, nous souhaitons émettre une réserve sur le fait d'imposer le recours à la médiation comme cela s'est fait dans certains pays tel qu'en Italie. En effet, selon les théories économiques et les théories comportementalistes, si un mécanisme légal est rendu obligatoire afin de promouvoir le recours à un mécanisme spécifique tel que la médiation judiciaire afin de changer des comportements sociétaux cela peut avoir des effets contreproductifs.

³³ Stephanie Smith & Janet Martinez, *An Analytic Framework for Dispute Systems Design*, 14 Harvard Negotiation Law Review, 123-168 (2009).

³⁴ Marc Galanter, *Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 Law & Society Review 1, 95-160 (1974); Lisa Bingham, *Employment Arbitration: The Repeat Player Effect*, 1 Employee Rights and Employment Policy Journal 1, 189-220 (1997); Carrie Menkel-Meadow, *Do the "Haves" Come Out Ahead in Alternative Judicial Systems?: Repeat Players in ADR*, 15 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 19-61 (1999).

³⁵ Voir Ury et. al., supra note 12, at 11-13, Costantino et. al., supra note 12, at 168-89. Lawrence E. Susskind & Jeffrey L. Cruikshank, *Breaking the Impasse: Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*, New York: BasicBooks (1987).

³⁶ Voir Ury et. al., supra note 12, at 11-13, Costantino et. al., supra note 12, at 168-89.

³⁷ L'objectif est de développer une représentation logique d'un problème décomposé en un schéma imagé.

³⁸ Voir Ury et. al., supra note 12, at 65-67, Costantino et. al., supra note 12, at 96.

C'est à dire que les parties ne verraient le recours à ce processus que comme une étape supplémentaire et ne sauraient saisir toutes les opportunités offertes par celui-ci.

Dès que le processus d'appréciation a été réalisé, des objectifs clairs peuvent être assignés au nouveau système et les étapes à adopter peuvent être fixées sur la base de cette expérience d'apprentissage. En effet, les problèmes ayant été clairement définis, des solutions appropriées peuvent être proposées lors de la prochaine phase afin de favoriser et/ou optimiser ce processus de résolution des conflits.

Cette phase peut également faciliter l'acquisition d'un support organisationnel ou institutionnel afin d'initier un nouveau système, tant en termes d'attitudes que de ressources contribuant efficacement à la réussite du système, dans le futur.³⁹

B. La phase de conception

Les praticiens et les théoriciens des SGC ont offert un certain nombre de principes conducteurs pour la conception d'un nouveau système ou la re-conception d'un système.⁴⁰ Les critères d'efficacité, de bon fonctionnement, et de stabilité s'appliquent également à cette phase. Ici, le concepteur devra en outre considérer les intérêts des participants et de l'organisation. Il est recommandé qu'un document tuteur accompagne la conception.⁴¹

Celle-ci se manifeste à deux niveaux. Le premier niveau comprend sept principes conducteurs, qui peuvent être utilisés comme des ressources facilitant le processus de conception. Nous pouvons les synthétiser comme suit :

1) Le choix lors de la conception du nouveau système⁴²

- Le choix approprié de l'étendue et de l'intensité du système;⁴³
- L'intégration de mécanismes de M.A.R.C et notamment de la médiation judiciaire,⁴⁴ et de leur ordre de priorité s'il y en a plusieurs.⁴⁵

2) Le choix du concepteur

- Qui conçoit : Une partie unique (le législateur), toutes les parties (un groupe de travail interdisciplinaire composée de toutes les parties concernées par le processus de médiation judiciaire initiant une réflexion globale sur ce dernier et permettant d'offrir par exemple au législateur toutes les données nécessaires afin d'optimiser son recours), ou une partie externe (c'est à dire un groupe et/ou une institution spécialisée dans les développements et/ou amélioration de SGC) ?⁴⁶

³⁹ Voir Ury et. al., supra note 12, at 71-72.

⁴⁰ Voir Smith et. al., supra note 15, at 1403.

⁴¹ Voir les développements concernant la phase de l'évaluation.

⁴² Le choix du système comporte l'idée de la conscience et de l'intérêt portés à l'impact et à l'effet du concept à l'égard des utilisateurs, et à l'égard de l'organisation elle-même. Voir dans un contexte différent l'idée de choix dans Leonard L. Riskin, *Further Beyond Reason: Emotions, the Core Concerns, and Mindfulness in Negotiation*, Forthcoming Nevada Law Journal (2010); Lisa B. Bingham, *The Next Step: Research on How Dispute System Design Affects Function*, 18 Negotiation Journal, 375-379 (2002).

⁴³ Voir Fader, supra note 12, at 139.

⁴⁴ Costantino et. al., supra note 12, at 112-113.

⁴⁵ Lisa B. Bingham, *Designing Justice: Legal Institutions and Other Systems for Managing Conflict*, 24 Ohio State Journal on Dispute Resolution 1, 1-50 (2009); Bingham, L. B. *Why Suppose? Let's Find Out: A Public Policy Research Program on Dispute Resolution*, 1 Journal of Dispute Resolution, 101-126 (2002).

⁴⁶ Voir Bingham, supra note 27, at 6.

3) Les processus du nouveau système

- Un processus à choix multiples;⁴⁷
- La capacité des parties à reculer et à avancer entre des choix basés sur le droit et des choix basés sur l'intérêt;⁴⁸
- La prévision de protections nécessaires à une procédure régulière sans le recours à la médiation judiciaire ;⁴⁹
- L'établissement du modèle exact de pratiques dans le cadre des interventions proposées de la médiation judiciaire.⁵⁰

4) L'objet du nouveau concept

- L'objet des conflits, des litiges ou des cas pour lesquels le système est compétent.⁵¹

5) L'implication des participants dans le nouveau processus

- L'implication significative des participants dans le concept (recours au conseil d'avocats ou non), système préalable et/ou obligatoire avant de pouvoir soumettre une action judiciaire proprement dite;⁵²
- Un processus participatif, volontaire et confidentiel;⁵³
- L'implication et l'assistance si nécessaire, de parties tierces impartiales telles que des psychiatres, des conseillers financiers...;⁵⁴
- Le niveau d'auto-détermination ou de contrôle que les parties au conflit détiennent vis-à-vis du processus, du résultat et du système de gestion du conflit.⁵⁵

6) Le nouveau système lui-même

- L'ensemble du système de gestion des conflits et notamment du processus de médiation judiciaire dans lesquels il se développe;⁵⁶
- La durée de l'intervention pour laquelle la médiation judiciaire est prévue.⁵⁷

⁴⁷ Voir Ury et. al., supra note 12, at 52-56. Les différents choix de processus doivent évoluer en partant de processus basés sur l'intérêt et en évoluant vers des processus basés sur le droit.

⁴⁸ Voir Smith et. al., supra note 15, at 1406. « Les procédures devraient évoluer de l'optique de la prévention à des procédures basées sur l'intérêt et des procédures de retour en arrière jusqu'à des procédures de maintien de coûts faibles. Le système devrait passer de méthodes informelles à des méthodes formelles de résolution des conflits ».

⁴⁹ Voir Bingham, supra note 27, at 12-35. Le Professeur Bingham reconnaît la nécessité d'établir un système de protection de la régularité de la procédure tel que le droit de conseiller, la transparence, la localisation du processus, l'accessibilité des actions de collectives, et l'accessibilité des décisions ou des avis écrits.

⁵⁰ Voir Bingham, supra note 27, at 12-39. Le Professeur Bingham souligne l'importance d'établir les types de médiation ou d'arbitrage qui seront employés.

⁵¹ Voir Bingham, supra note 27, at 12-13.

⁵² Voir Ury et. al., supra note 12, at 52-56. Bingham, supra note 27, at 12-13. L'auteur se réfère aux participants éligibles ou requis pour l'utilisation du système.

⁵³ Voir Bingham, supra note 27, at 12-13.

⁵⁴ Voir Smith et. al., supra note 15, at 1406.

⁵⁵ Voir Bingham, supra note 27, at 12-13.

⁵⁶ Voir Bingham, supra note 27, at 12-13. L'auteur suggère d'identifier expressément l'ensemble du SGC comme l'alliance du système de gestion du conflit, du programme de médiation, et d'un contractant extérieur.

- Les qualités du système : transparence et responsabilité,⁵⁸
- La nature de la formation et des qualifications des institutions formatrices des parties neutres s'ils ne sont pas des officiers de l'Etat en exercice ou en retraite, formées aux processus de M.A.R.C.⁵⁹

7) Les considérations financières

- Qui paie pour le recours à la médiation judiciaire et qui paie la partie neutre?⁶⁰
- Qui devrait payer ces nouveaux services, et comment?⁶¹

La seconde étape de la phase de conception s'intéresse à la formation et aux ressources. Elle permet aux parties de développer des compétences et des ressources en utilisant le nouveau système, et ce de manière efficace.⁶² Les derniers principes conducteurs utilisés comme des moyens facilitant le processus de conception peuvent être synthétisés comme suivant:

1) Connaissance et formation

- S'assurer que les parties au conflit ont la connaissance et les compétences nécessaires pour choisir et appliquer le recours à la médiation judiciaire,⁶³
- Evaluer le niveau de compétences détenu par les parties au conflit s'agissant du processus et du résultat.⁶⁴

C. La phase de mise en œuvre

Lors de cette phase, il est recommandé l'exécution d'un programme pilote mis en place dans pour une période de temps raisonnable. L'objectif est d'évaluer toutes résistances possibles et de les vaincre en évoluant lentement et méthodiquement.⁶⁵

D. La phase d'évaluation

Ury et. al. évaluent le succès d'un système selon sa capacité à réduire les coûts de transaction, à augmenter la satisfaction quant aux résultats, à améliorer ou du moins préserver les relations et à diminuer la récurrence des conflits dans ce type domaine juridique.⁶⁶ Constantino et Merchant

⁵⁷ Voir Bingham, supra note 27, at 12-13. Les auteurs proposent de distinguer les cas où le système intervient avant que la plainte soit déposée, immédiatement après, après que la révélation ou l'acquisition d'informations soient complètes, et à la veille d'une audience ou d'un procès.

⁵⁸ Voir Ury et. al., supra note 12, at 61-62. Costantino et. al., supra note 1, at 64. Society of Professional in Dispute Resolution, Designing Integrated Conflict Management Systems-Guidelines for Practitioners and decision makers in organizations 24-26 (2001), disponible sur <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/icr/2>.

⁵⁹ Voir Bingham, supra note 27, at 12-13.

⁶⁰ Voir Bingham, supra note 27, at 12-13.

⁶¹ Voir Susskind, supra note 14, at 30. Costantino et. al., supra note 12, at 96. Bingham, supra note 27 at 12-13.

⁶² Voir Ury et. al., supra note 12 at 42, 78. Costantino et. al., supra note 12, at 134-149.

⁶³ Voir Ury et. al., supra note 12 at 78-79. Costantino et. al., supra note 12, at 134-50.

⁶⁴ Voir Bingham, supra note 27, at 12-13.

⁶⁵ Voir Costantino et. al., supra note 12, at 74.

⁶⁶ Voir Ury et. al., supra note 12, at 11-12.

évaluent le succès du système selon deux critères, le premier étant la mesure dans laquelle les méthodes préventives des M.A.R.C et notamment de la médiation judiciaire sont employées et le second étant le contrôle que les parties au conflit exercent sur le processus et le résultat.⁶⁷ Susskind et Shariff utilisent simplement pour leur évaluation, la différence entre les objectifs et les résultats et la façon dont le système obtient le résultat attendu grâce au recours notamment de la médiation judiciaire.⁶⁸

E. La phase d'adaptation:

Un document tuteur d'évaluation construit sur la base des différentes données collectées permet d'évaluer et d'adapter efficacement le système et ci cela est nécessaire sur la base d'un organigramme.⁶⁹⁻⁷⁰ Ce dernier aide à identifier et à clarifier l'ordre des événements dans le processus de SGC et notamment du recours au processus de médiation judiciaire en décrivant le fonctionnement de celui-ci. Un tel outil est utile pour mesurer les différentes variables utilisées pour le nouveau système mis en place par le processus de médiation judiciaire. En cas de besoin, lors de cette phase, les objectifs du système peuvent être précisés et réévalués.⁷¹

Conclusion

Cette réflexion sur le lien entre l'évolution de la médiation judiciaire et celui du contexte culturel a pour objectif de proposer une liste d'étapes afin d'optimiser le succès de la médiation judiciaire tant dans son conception que dans son exécution.

De par une réflexion transversale, il est possible d'offrir des pistes de réflexions sur l'émergence, la spécificité et les défis de la médiation judiciaire rencontrés dans les différents pays.

Le concept de « culture » offre de précieuses informations sur l'évolution et le succès d'un système, en particulier celui de la médiation judiciaire. La connaissance des différences culturelles permet de comprendre un peu mieux le milieu juridique dans lesquels nous évoluons et nous permet de redéfinir notre identité.

Chaque « culture » juridique est unique car dépendante de ses croyances, de ses symboles et de ses mythes. Les théories et les pratiques des systèmes de gestion de conflits permettent de créer, d'imaginer et mettre en place un système de médiation judiciaire quelque soit le cadre culturel d'une nation.

La culture est le prisme de perception et de conception à travers lequel nous générons et expérimentons le conflit. Dans ce cadre, le système de médiation judiciaire trouve toute sa place dans un mécanisme de gestion incluant la participation active des parties à la résolution de leurs conflits.

⁶⁷ Voir Costantino et. al., supra note 12, at 121.

⁶⁸ Voir Susskind, supra note 14, at 139. Voir Shariff, supra note 1, at 154.

⁶⁹ Voir Bingham, supra note 23, at 12-13.

⁷⁰ Hallie Fader, *Designing the Forum To Fit the Fuss: Dispute System Design for the State Trial Courts*, 13 Harvard Negotiation Law Review, 481-90 (2008).

⁷¹ Voir Costantino et. al., supra note 12, at 170.

LA MEDIATION DANS LES PAYS DE DROIT ANGLO-SAXON

Simon Wesley, Avocat à la Cour au Barreau de Lyon – ‘non-practising’ Solicitor (England & Wales)

(Troisièmes et quatrièmes assises internationales de la médiation, Aix-en-Provence, 6 juillet 2012 et 6 juillet 2013)

Introduction et résumé

Quelles sont les raisons du très fort essor de la médiation et notamment la médiation commerciale, dans les pays de ‘common law’?

En regardant l’historique de la médiation un certain nombre **de contextes et de tendances similaires se dégagent :**

- Le coût extrêmement élevé et persistant du procès,
- Historiquement, un très fort taux de résolution amiable (de l’ordre de 95% -voire plus- aux US et au R-U) avant même le développement de la médiation, mais souvent de manière tardive, et bien après l’engagement de la procédure et de frais significatifs,
- Un point de non-retour en termes de frais engagés à partir duquel la transaction devient quasi-impossible et les parties (qui peuvent) préfèrent parier sur un procès gagné,
- Une surcharge persistante des tribunaux (dans l’Illinois, par exemple, il y a 30 ans, 5% à 7% des affaires allaient jusqu’au procès et les tribunaux de l’Etat avaient un retard de 7 ans. Aujourd’hui, le taux a baissé à 1%),
- Dans certains pays (notamment le R-U), un manque de moyens et une forte volonté du gouvernement de diriger les contentieux vers l’ADR pour diminuer les coûts du Ministère de la Justice et du Court Service),
- La situation a radicalement changé depuis une vingtaine d’années et notamment par le recours de plus en plus fréquent à la médiation,
- Une perception que la médiation contribue fortement à un gain de temps et une économie significatifs (sauf au R-U, dans le domaine des litiges commerciaux-tendance à préparer la médiation comme pour le procès),
- Un très fort taux de réussite de la médiation dans tous les pays où elle est pratiquée,
- Un essor continu de la médiation dans tous les domaines du droit avec des centres de médiation reconnus avec des panels de médiateurs et médiatrices bien formés et expérimentés,
- Une forte intégration de la médiation dans les usages de différents secteurs de l’industrie et du commerce et une reconnaissance d’une obligation fiduciaire pesant sur la direction des entreprises pour ne pas gaspiller l’argent dans des procès inconsidérés, notamment en recourant à la médiation,
- L’apparition dans la plupart des contrats commerciaux de clauses de résolution de conflit prévoyant une médiation, souvent appuyée par les recommandations de fédérations d’industrie ou de commerce avec des clauses types. Comme le CMAP en France, un engagement de médiation par les acteurs sectoriels de l’industrie et du commerce devient fréquent aux USA, Hong Kong et d’autres pays. La plupart des sociétés multinationales ont intégré l’utilité de la médiation et la prévoient dans leurs contrats types ou négociés. La CCI a également intégré la médiation dans ses procédures et recommandations.
- Une quasi-obligation légale de tenter une médiation de bonne foi avant, ou au cours d’un litige judiciaire et un fort risque de sanction en termes de frais de procès (y compris les frais d’avocat de l’adversaire) lorsqu’une partie a inutilement prolongé la procédure en évitant l’ADR ou en y participant de mauvaise foi (Royaume-Uni, Australie, Singapour, Malaisie). En Australie, les tribunaux peuvent même condamner les avocats à payer personnellement les frais et honoraires du procès au cas où ils n’auraient pas suffisamment conseillé ou orienté

leurs clients vers la recherche une solution amiable.

- Dans plusieurs pays, (R-U, Australie, notamment), la procédure permet à une partie de faire une proposition confidentielle transactionnelle en cours de procédure ('Calderbank offer'). Le montant de l'indemnité transactionnelle n'est pas connu par le juge. Si le montant alloué à l'autre partie par le juge est inférieur à la somme proposée, le gagnant doit supporter ses propres frais. Ce qui peut annuler tout le gain du procès. (processus qui encourage l'ADR)
- Le développement de la médiation ordonnée ou très fortement encouragée par le tribunal ('médiation judiciaire'). (AUS SING, certains Etats US)
- Une tendance vers la médiation évaluative (aux US et en Asie),
- La reconnaissance et l'exécution des transactions issues de la médiation (sous réserve de la possibilité de contrôler sa légalité),
- Des résistances persistantes à la médiation parmi les juges et les professions juridiques (malgré l'engouement de certains juges et avocats influents), et une nécessité soulignée par les autorités judiciaires et les gouvernements de développer l'information et la formation des juges, justiciables et professions juridiques sur les bienfaits de la médiation,
- Des mouvements contradictoires en ce qui concerne la régulation de la médiation : d'un côté les partisans de plus de régulation pour réglementer les processus ADR de manière générale ou, par exemple, pour protéger le consommateur ; ou de l'autre, une approche plus libérale qui considère que l'ADR doit rester un processus volontaire, créatif de solutions et dynamique dans le choix de la méthode et nécessairement diversifié dans ses méthodes,
- L'absence de systèmes nationaux d'accréditation de médiateurs (la plupart des pays préférant l'accréditation par des organismes privés et professionnels). Un plus fort suivi des qualifications des médiateurs existe dans certains domaines sensibles, telle la médiation familiale (intérêts des enfants), par exemple, des panels locaux spécialisés connus des tribunaux en Angleterre.
- Une interrogation pour savoir si le rôle constitutionnel des tribunaux de dire le droit ne serait pas écorné par l'éclosion des ADR (et les coûts du procès) qui semble coïncider avec un déclin de la jurisprudence,
- Une certaine désaffection pour l'arbitrage devenu trop similaire à la procédure étatique, long et coûteux,
- Une certaine inquiétude concernant le coût de la médiation en raison du fait que les professionnels du droit ont tendance à préparer le dossier de médiation comme s'ils allaient au procès,
- Le constat général de l'utilité de la médiation en termes de gain de temps et économie. Une estimation récente indique que, jusqu'à 2010, des litiges d'une valeur annuelle de l'ordre de £5,1 milliards avaient fait l'objet de médiation au Royaume-Uni, et que les gains en temps, en productivité des entreprises et en termes de réduction de frais juridiques s'élevaient à environ £1,4 milliards.
- Le succès de la médiation en ligne et par téléphone notamment aux USA et R-U (rapidité et coût raisonnable-forfait-pour les litiges de la consommation ou recouvrements),
- Le gouvernement britannique s'est engagé en 2011 à avoir recours, autant que possible, à l'ADR, dans ses différentes procédures avec les citoyens et les entreprises.
- International : la médiation issue de la tradition d'arbitrage international se développe mais reste encore à développer. Un certain nombres de centres étendent leurs activités au-delà de leurs frontières : JAMS (US), IAM International Academy of Mediators (US) étend ses activités vers l'Europe, IMI NL, les centres à Singapour, Hong Kong, Malaisie se sont groupés ...

I – LE CONTEXTE DE LA MEDIATION AU ROYAUME-UNI

Le développement de la médiation et les réformes de la procédure civile, dites ‘woolf’

- Le contexte actuel de la justice anglaise

La justice anglaise a connu deux réformes depuis une quinzaine d’années destinées à traiter des problèmes persistant de coût, de complexité et de délai de la justice. (Réformes dites ‘Woolf’ et ‘Jackson’, d’après les noms des juges qui ont préparé des rapports sur ce sujet pour le gouvernement). Le rapport récent du juge Jackson indiquait qu’il était fréquent que les frais d’avocat dépassent l’enjeu du procès.

- Les nouveaux principes directeurs de la procédure civile

Les réformes de la procédure civile anglaise dites ‘Woolf’ sont intervenues début des années 2000.

Ces réformes avaient notamment pour objectif de simplifier la procédure, réduire les coûts et délais et ont instauré un principe directeur de la procédure avec pour objectif le traitement proportionné des litiges.

Les réformes ont notamment introduit :

*Les procédures pré-contentieuses (‘pre-action protocols’) obligeant les parties à dévoiler la nature et les preuves de leurs demandes avant de saisir le tribunal, sauf urgence particulière ;

*‘Overriding objectives’ :

Rule 1.1 Civil Procedure Rules oblige les tribunaux, les parties et leurs conseils de permettre au tribunal saisi de traiter le litige avec justice mais à un coût proportionné, en tenant compte, notamment, de l’enjeu, de la complexité, des coûts potentiels du procès, de la situation de chaque partie, des ressources du tribunal...

Rule 1.4 e) : le tribunal doit encourager les parties à utiliser une méthode alternative de résolution du litige lors de la mise en état

Le R-U a transposé la Directive UE sur la médiation. Sauf exceptions, les tribunaux respectent la confidentialité de la médiation (vérification du consentement à la transaction, absence de fraude...)

Le problème des réductions de l’aide juridictionnelle et de l’absence de représentation obligatoire par un avocat

Certains développements liés à la crise ont accentué l’intérêt de la médiation.

Le gouvernement actuel a introduit des coupes sévères dans le budget et les ressources des tribunaux, (accentué par la crise et les coupes dans le budget de l’Etat, déjà coupé de £2ma sur £9ma avec pertes d’emploi de 15.000 postes sur 80.000 puis à nouveau 10% en 2013). L’actuel gouvernement a également réduit de manière drastique l’accès à l’aide judiciaire et juridictionnelle. Il y a une vingtaine d’années, environ 80% de la population pouvait bénéficier d’une aide judiciaire partielle ou totale. Aujourd’hui, moins de 20%. Les professions juridiques ne peuvent plus traiter des dossiers d’aide judiciaire de manière économique, et de nombreux cabinets (y compris les centres de consultation gratuite) ont été contraints de fermer ou de réorganiser leurs activités. On parle de véritables déserts juridiques dans de nombreuses parties du pays où l’accès aux conseils ou de représentation juridique est devenu très difficile.

La représentation par un avocat n’étant pas obligatoire, les justiciables investissent les tribunaux de plus en plus pour se représenter eux-mêmes. Un récent article dans le Journal des Solicitors estime qu’environ 200.000 affaires gérés par les justiciables en personne vont venir devant les tribunaux à partir de cette année.

La cour d'Appel, dans une affaire jugée, en début de 2013, où les parties, deux hommes d'affaires et anciens associés devenus les pires ennemis, ont plaidé leur propre cause en première instance et en appel, a lancé une alerte générale et, au passage, a critiqué ouvertement la politique du gouvernement de réduction massive de l'aide juridictionnelle qui a eu pour effet quasi-immédiat d'augmenter les coûts du service public des tribunaux (Wright v Michael Wright Supplies Ltd 2013 EWCA Civ 234 consultable sur le site gratuit WWW.BAILLI.ORG).

Les autorités encouragent vivement les justiciables et les tribunaux à avoir recours à la médiation afin de réduire encore plus le budget de la justice. Les milieux judiciaires appellent de leurs vœux un changement de culture, de l'éducation et de la formation.

Le juge Jackson (auteur du rapport sur les frais de justice du même nom) siégeant dans une affaire récente de voisinage à la Cour d'Appel, a indiqué que les frais d'avocats et de justice s'élevaient à plus de £140.000 pour un dossier qui était susceptible d'être résolu par la médiation au lieu d'encombrer les tribunaux par des questions de droit complexes. Le juge a dit que si les parties avaient un tel souci du bien-être des avocats, elles auraient pu faire une médiation et donner la moitié des honoraires à la Fondation des familles d'avocats dans le besoin ! (Faidi v Elliott Corporation 2013 CA)

Cet appel est modéré par le rappel de la Cour d'appel que le droit au procès reste un droit fondamental, et qu'il ne sert à rien d'obliger les parties à médier lorsqu'elles n'y sont pas favorables.

Domaines d'intervention de la médiation au Royaume-Uni

Dans ce contexte la médiation a connu un vif succès depuis une quinzaine d'années, et intervient à tous les niveaux des cours et tribunaux.

On peut citer :

* le tribunal chargé des recouvrements et des litiges de consommation de montants en dessous du seuil de £15.000. Ces litiges sont traités par un tribunal spécialisé en ligne où il y a un recours systématique à un médiateur du tribunal qui mène la médiation par téléphone ; (County Court Small Claims Mediation Service).

* la cour d'appel à Londres, qui a récemment introduit une médiation obligatoire dans certains types d'affaires (dommages corporels, contrats de moins de £100.000)

Les centres de médiation privés les plus connus (CEDR et ADR Group) rapportent une croissance régulière et significative de leurs activités.

Une estimation récente indique que jusqu'à 2010 des litiges d'une valeur annuelle de l'ordre de £5,1 milliards avait fait l'objet de médiation au Royaume-Uni, et que les gains en temps, en productivité des entreprises et en termes de réduction de frais juridiques s'élevaient à environ £1,4 milliards.

La médiation est activement utilisée dans les procédures de divorce et le droit de la famille, dans les litiges du travail, les litiges en matière de logement, de voisinage, de litiges contractuels et d'affaires, les dommages corporels etc.

Le gouvernement a pris, en 2011, un engagement solennel d'avoir recours à la résolution alternative de litiges partout où cela a été possible. L'administration fiscale a introduit le principe dans ses propres procédures.

La médiation judiciaire fait l'objet d'essais pilotes dans l'équivalent des conseils de prud'hommes.

Un conseil national de la médiation développe des listes de médiateurs accrédités. Il est prévu par le gouvernement qu'en 2014 le recours aux médiateurs accrédités par la Family Mediation Council deviendra obligatoire lors d'une étape préalable à la saisine du tribunal.

Le développement de la médiation :

* Au niveau des entreprises, tant au niveau national qu'international, l'introduction d'une clause de résolution de litiges prévoyant la médiation avant l'ouverture de la procédure judiciaire devient de plus en plus fréquente. Les avocats sont alors les référents pour trouver un médiateur approprié.

* Il est reconnu aujourd'hui que les tribunaux ont un rôle pour encourager la médiation en la proposant en tant que de besoin, en poussant les avocats à s'en servir, et en s'abstenant d'interférer dans le processus, notamment en respectant la confidentialité. La jurisprudence a reconnu l'obligation de négocier de bonne foi dans le cadre d'une clause de médiation, sanctionne les parties qui agissent de mauvaise foi ou qui refusent inutilement la médiation en leur ordonnant de payer ou de supporter les frais de procès et d'avocat.

* Les tribunaux respectent la confidentialité de la médiation, sous réserve des problèmes liés à la validité légale des transactions qui en sont issus.

* Au niveau de l'administration de la justice : L'incorporation de la médiation s'est faite dans les tribunaux avec des médiateurs formés attachés au tribunal et à la disposition des juges pour aider les parties à prendre en considération la médiation. On peut citer aussi :

*national mediation helpline qui est à la disposition des parties sur recommandation du juge pour informer et proposer des médiateurs jusqu'à £50k

*panels de médiateurs (CEDR, ADR, Citizens Advice Bureaux –community support). (Family mediation in divorce panels ou organisations accréditées-revue de tout accord issu d'une médiation familiale –family mediator soumis au juge pour contrôle intérêts de l'enfant...)

*juges médiateurs dans les tribunaux d'emploi (projet pilote qui connaît des résultats controversés)

*résistances persistantes notamment au niveau des instances professionnelles (Law Society commission on litigation se serait montré peu coopératif au départ envers la médiation : il existe toujours une race de '*die hard litigators*' !)

*Un corpus de médiateurs professionnels se développe, le plus souvent formé et accrédité par des organismes reconnus pour leur compétence et éthique. Il y a actuellement peu de difficultés concernant le niveau professionnel ou le comportement éthique des médiateurs La tendance générale concernant la régulation de la médiation est de maintenir un équilibre et éviter de trop réguler un domaine empreint par la volonté et la liberté des parties d'avoir recours à la médiation et de pouvoir choisir le type de médiation appropriée.

National Mediation Council crée par le gouvernement pour encourager la médiation, commence à réguler de manière informelle et développe ses propres listes ou panels de médiateurs agréés.

-la perspective statistique depuis 40 ans-

Les statistiques démontrent qu'entre 1974 et 1999 (introduction des réformes de la procédure) il y avait en moyenne 200.000 nouvelles instances introduites devant la Haute Cour de Justice QBD chaque année (affaires contractuelles et délictuelles de droit commun dont l'enjeu dépassait les £5000). De ces 200.000 affaires environ 2.000 allaient jusqu'au procès chaque année.

On peut donc constater qu'avant le développement de la médiation la grande majorité des affaires trouvaient un issu amiable. Il semblerait toutefois que cette résolution amiable intervenait souvent très tard dans la procédure, encombrant ainsi les tribunaux et obligeant les parties à engager des frais importants. Il y avait une forte tendance au jeu tactique de procédure pratiqué par les avocats.

Depuis 2000 le nombre d'instances a chuté à environ 20.000 avec seulement 250 affaires allant jusqu'au procès.

Ainsi la proportion des litiges où la procédure était engagée qui ont trouvé un issu amiable est resté à peu près constant. Par contre, une immense majorité ont été résolu avant même

l'engagement d'une procédure depuis 2000, soit par le jeu de la communication précoce (pre-action protocols) soit par l'ADR et notamment la médiation.

Bibliographie et remerciements:

Je tiens tout particulièrement à remercier mon ami Phillip Howell-Richardson de Independent Mediators à Londres pour ses commentaires sur l'actualité de la médiation au Royaume-Uni et aux USA.

- Why the privatisation of civil justice is a rule of law issue. Professor Dame Hazel Glenn Dean Faculty of Laws University College London 2012
- Has Mediation Had its day? Lord Neuberger of Abbotsbury MR (Président de la Cour d'Appel) 2012
- Mediation and alternative dispute resolution-Peter Causton
- Family mediation is a waste of time-Marilyn Stowe Solicitors Journal 2012
- Commercial Lawyers Attitudes and Experience with mediation-Dr. Penny Brooker Professor Anthony Lavers (Oxford Brookes University)
- CEDR web site annual surveys of mediation (2011): the Fifth Mediation Audit May 2012
- alternative dispute resolution in civil justice: Tan HAS Kings College London
- family mediation-option of first resort for separating couples : Amina Somers Family Law Week
- www.justice.gov.uk: civil procedure rules and mediation references
- Lord Jackson's report on costs in civil justice : Review of Civil Litigation Costs Final Report 2010
- evaluating the use of judicial mediation in employment tribunals: Ministry of Justice Research series 7/10 March 2010
- Solicitors Journal September 2012 : Easing lawyers into ... ADR Julian Copeman
- Mediation and judicial review: an empirical research study: Varda Bondy, Linda Mulcahy, Margaret Doyle and Val Reid
- Mediation an approach to resolving workplace issues: ACAS February 2013
- Law Society : family mediation accreditation scheme
- Money Claims UK-small claims court
- the Jackson review and encouraging mediation development : Tony Allen and Professor Karl Mackie-the Barrister Magazine
- the phenomenon of mediation: judicial perspective and an eye on the future: Rhys Clift JIML 2009
- Her Majesty's Court Service: Civil Court Mediation Service Manual Feb 2008

II – LE CONTEXTE DE LA MÉDIATION À HONG KONG

Le reflet du système laissé en héritage par les anglais – Un cadre culturel différent

Sous l'égide de la République Populaire de Chine, la région administrative spéciale de Hong Kong (special administrative region of Hong Kong) a conservé son système de droit spécifique modelé sur le droit anglais ('common law'). La procédure civile et commerciale et le droit des contrats ont notamment de fortes ressemblances avec le droit anglais.

Malgré une tradition chinoise de compromis et de recherche de paix et d'harmonie inspirée de la philosophie confucéenne, Hong Kong (contrairement à la République Populaire), n'a pas une tradition de médiation, probablement en raison de l'influence du droit anglais et du temps de la présence britannique.

L'analyse de Geert Hofstede pour Hong Kong indique une tolérance pour l'aléa et la liberté d'opinion, ce qui ne serait pas hors de propos dans un société intégrant différentes cultures et idées. De même, Hong Kong a un niveau élevé d'individualisme.

Une récente étude indique (1) que les modèles de médiation au Royaume-Uni et Hong Kong sont très proches, mais aussi que les distinctions culturelles sont assez réduites en raison d'influences de la culture occidentale, malgré le fait que la culture asiatique prévaut à Hong Kong.

En termes de satisfaction avec le processus de médiation, les utilisateurs à Hong Kong donnent un peu plus de priorité à l'aspect de recherche d'accord volontaire (Voluntary Agreement) et l'absence de pression de la part du médiateur dans la recherche de solution.

Le rapport du Hong Kong Mediation Centre à la Consultation du Département de la Justice de Hong Kong en 2002 (2) notait que la culture à Hong Kong était plus propice à l'aspect volontaire dans le choix de la médiation en tant que MARC. Autrement dit, la culture hongkongaise serait hostile à une législation qui imposerait la médiation dans la procédure civile.

Nous verrons toutefois que la médiation fait une entrée rapide depuis quelques années. Depuis le 12 juin 2012, la médiation est consacrée par une législation spécifique (Mediation Ordinance) qui vient d'être votée par le Conseil Législatif de Hong Kong.

1 - Maux et réformes de la procédure civile en Angleterre et à Hong Kong

Le développement de la médiation à Hong Kong correspond à la volonté des autorités de réformer la procédure civile qui souffrait des mêmes maux que celle de l'Angleterre avant les réformes dites 'Woolf' en 1999 qui devaient traiter les problèmes récurrents de coût exorbitant, de longueur et de complexité de la procédure civile et commerciale anglaise.

Le coût du procès en Angleterre, dont une grande partie est constitué par les honoraires d'avocats (Solicitor et Barrister), avait atteint de telles proportions que la plupart des justiciables, entreprises comprises, étaient effectivement privés de la possibilité de faire valoir leur droits en justice.

Le risque, dans le système anglais, de s'engager sur la voie du procès est augmenté par le fait que le vainqueur récupère environ les deux tiers de ses frais réels. (Il est communément admis qu'un procès commercial relativement simple, mais contesté jusqu'au procès avec audition de témoins, peut générer des centaines de milliers de £ de frais, voire plus).

Les solutions trouvées par les réformes Woolf, renforcées depuis par la jurisprudence, pour remédier à ces difficultés, étaient notamment :

- 'Pre-action protocols' obligeant les parties et leurs conseils à mettre leurs cartes sur la table par écrit dès les premiers échanges épistolaires du litige (sous peine d'être sanctionnés en frais de justice - toujours exorbitants constituant donc une vraie sanction !)

- L'obligation de rechercher des solutions alternatives ADR/MARC et, notamment, la médiation, avant de saisir le tribunal (encore une fois sous peine de sanctions en frais de justice, et ce, même en cas de réussite au fond !),

- Une obligation accrue pesant sur les professions juridiques de conseiller leurs clients sur la nécessité de rechercher une solution et d'utiliser un MARC,

- La gestion active des procédures « active case management » par le juge,

- La sanction en frais de procès pour celui qui refuse une offre officielle avec paiement devant le tribunal, (dont le montant est inconnu du juge avant le procès), mais qui, par la suite, se voit alloué un montant moins élevé par le jugement.

Il en résulte que, depuis une douzaine d'années, la médiation est devenue la principale méthode de résolution de litiges en Angleterre, avec un taux élevé de réussite (70% en moyenne) et un coût moins important.

En même temps le nombre de litiges soumis aux tribunaux a décliné de manière très significative.

Confronté à des problèmes similaires dans le système de justice de Hong Kong, un groupe de travail a été créé en 2000 par le gouvernement de Hong Kong qui a pu, et a su, profiter des expériences de l'Angleterre en matière de réforme, en instituant, en 2009, une réforme permettant à la médiation de prendre officiellement place dans la procédure civile et commerciale ('Civil Procédure') à Hong Kong.

Nous verrons que Hong Kong est allé plus loin que l'Angleterre en donnant une définition législative à la médiation, et en imposant une obligation de confidentialité dans le cadre de la procédure de médiation. Ceci étant, il n'est pas encore certain que cette législation permettrait d'éviter tous les écueils juridiques liés à la fragilité des différents contrats de médiation.

2 - Historique de la médiation à Hong Kong

La médiation à Hong Kong s'est développée dans les années 1980 dans le domaine des contrats de travaux publics qui prévoient des procédures de résolution de litiges à plusieurs étapes : décision de l'ingénieur, médiation puis arbitrage.

La médiation a acquis une réputation d'efficacité dès cette époque avec un taux de réussite situé entre 70% et 80%, et s'est étendue de manière ad hoc, par des initiatives du secteur privé ou associatif, à d'autres domaines tels : litiges dans la famille, litiges commerciaux projet pilote du Mediation Council en 2007/8, litiges de voisinage, gestion d'immeuble (la densité de population et la taille des immeubles collectifs rendant particulièrement utile la médiation), victimes d'infractions pénales (1999).

On peut également citer :

- La création d'un « Mediation Centre » sous l'égide du Hong Kong International Arbitration Centre en 1999

- Le projet pilote du secteur des assurances 2007 NIMPS dans le domaine des litiges en matière d'accidents impliquant des préjudices physiques

- Le « Mediation Council » projet pilote de médiation en matière commerciale

- « Mediate First Pledge », 2009, institué par la Chambre de Commerce Chinoise par lequel plus d'une centaine de fédérations industrielles et commerciales et d'entreprises s'engageaient à utiliser en priorité la médiation pour régler leurs différends. Le succès du projet NIMPS a été cité comme inspiration,

- Le projet pilote de médiation institué par les tribunaux en matière de redressement des sociétés commerciales, 2008,

- La médiation des très nombreux litiges survenus à la suite de la faillite de la filiale hongkongaise de la banque américaine Lehman Brothers, en 2008, sous l'égide du HKIAC.

A la suite de ces initiatives, la procédure civile et commerciale a intégré la médiation à partir de la réforme législative de 2009.

3 - La réforme législative de la procédure civile à Hong Kong

Face aux critiques d'une procédure « trop lente, trop coûteuse, trop complexe et trop susceptible d'abus », la réforme de la procédure et le développement de la médiation au niveau législatif a eu lieu en plusieurs étapes à l'initiative du gouvernement de Hong Kong et de son département de Justice :

-« Civil Justice Reform Working Party 2000 » qui a déposé son rapport en 2004 suivi d'un premier projet de loi

-« Working Group on Mediation 2007-2010 » qui a produit un rapport détaillé sur la médiation à Hong Kong (« Report of the Working Group on Mediation » publié par le Department of Justice en février 2010)

-Loi sur la Réforme de la Procédure civile et commerciale en 2009 (Civil Justice Reform)

Sous la rubrique de la bonne gestion des procédures (Case Management) inspirée des réformes Woolf en Angleterre, cette loi a introduit de nouveaux principes, dont, notamment, l'obligation du tribunal d'encourager les parties à coopérer, identifier les points litigieux dès que possible, rechercher des solutions amiables, utiliser les MARC.

La loi a également introduit le système anglais concernant les offres de transaction couplées avec un versement du montant proposé à titre de règlement amiable dans la caisse du tribunal. Cette offre (qui n'est pas connue du juge avant l'issu du procès au cas où la proposition de transaction n'est pas acceptée) oblige l'adversaire à prendre le risque important de sanction en termes de frais de procès au cas où il refuse la transaction et que le juge lui alloue moins que la proposition.

Cette loi fut suivie d'ordonnances de mise en vigueur par les hautes instances judiciaires (Practice Directions dont notamment le PD31 2010 qui instaure un environnement propice à la médiation). Le PD 31 prévoit, notamment, que :

*Lors de la mise en état, les parties doivent indiquer au tribunal si elles ont tenté un recours aux ADR ou sont prêtes à utiliser les ADR (MARC) (médiation),

*Au même moment les avocats des parties doivent certifier au tribunal qu'ils ont informé leurs clients au sujet de la médiation et les coûts comparatifs et les risques en termes de sanctions aux frais de procès, en l'absence de recherche de solution amiable de bonne foi.

-Arbitration Ordinance 2011 section 33 qui permet à l'arbitre de tenter une médiation avant de reprendre l'arbitrage, en cas d'échec de la médiation,

-Mediation Ordinance (loi de juin 2012) qui établit la définition de la médiation et de la confidentialité des échanges lors d'une médiation. Deux exceptions à la confidentialité sont prévues par le projet de loi, dont, notamment, la situation où, lors de l'exécution d'une transaction, une partie met en cause la validité de la médiation.

Il est aussi prévu que les parties puissent être assistées de personnes extérieures aux professions juridiques réglementées.

A noter que, dans la jurisprudence anglaise, la confidentialité peut être levée pour permettre au tribunal d'interpréter une disposition de la transaction.

Cette loi ne prévoit pas l'agrément de médiateurs. Il a été jugé préférable de laisser ce soin aux centres de médiation.

4 - Fragilité juridique des contrats de médiation

- Les contrats

En matière de médiation, il existe plusieurs contrats :

- La clause contractuelle prévoyant le recours à la médiation en cas de litige
- La convention entre les parties à un litige d'avoir recours à une médiation
- La convention entre les parties et un centre de médiation
- Le contrat de procédure par lequel les parties conviennent de suspendre temporairement une procédure en cours pour permettre une tentative de médiation

La nature même de ces contrats de médiation est fragile dans la mesure où :

i) L'obligation de médier doit être suffisamment certaine pour faire l'objet d'une exécution forcée par le tribunal (specific performance) (voir notamment les jurisprudences de la Cour d'Appel de Hong Kong dont *Hyundai Engineering v Vigour* 2005 1 HKC 579)

ii) Il est toujours prévu que l'une ou l'autre des parties peut y mettre fin à tout moment.

Par ailleurs, l'étendu de l'obligation de bonne foi reste difficile à cerner, notamment par rapport à l'obligation de poursuivre et de participer à une médiation.

Les cas où un tribunal peut sanctionner une partie pour ne pas avoir mis en œuvre, ou poursuivi, une médiation de bonne foi dépendent essentiellement des circonstances de chaque cas. La notion jurisprudentielle de bonne foi dans ce domaine est en cours de développement. Il existe peu de décisions des Cours Suprêmes anglaises ou de Hong Kong dans ce domaine pour le moment.

Le tribunal de première instance de Hong-Kong a jugé que, dans la plupart des cas, et selon les circonstances, un minimum de coopération sincère (raisonnable=de bonne foi) des parties serait d'assister à au moins une séance en présence du médiateur et l'autre partie. (*Hak Tung Alfred Tang v Bloomberg* 2010 HKEC 1227)

- La confidentialité

Il en est de même en ce qui concerne l'étendue de l'obligation de confidentialité.

Les tribunaux anglais ont montré qu'ils sont prêts, dans des cas appropriés, à ordonner la convocation du médiateur à titre de témoin et l'obliger à répondre à des questions en cas de mise en cause du comportement du médiateur ou de la validité de la transaction issue de cette procédure.

Il reste à voir comment les tribunaux à Hong Kong vont mettre en œuvre la nouvelle législation, mais il y a fort à parier qu'ils tiendront compte, sans nécessairement la suivre, de la jurisprudence des autres pays de common law, tels l'Angleterre ou l'Australie.

5 - Les centres de médiation à Hong Kong et l'avenir

Un des objectifs de la législation de Hong Kong est de rendre le territoire attractif comme lieu d'arbitrage et de médiation dans les litiges internationaux, notamment dans les échanges commerciaux avec la Chine Populaire.

En effet, Hong Kong est en concurrence avec Singapour et la Malaisie dans ce domaine.

Les centres les plus connus sont :

- Hong Kong Mediation Centre
- Mediation Council
- International Chamber of Commerce

Une jurisprudence récente du tribunal de Hong Kong a rappelé que la médiation reste une procédure volontaire et que le tribunal ne l'ordonnerait pas en l'absence du consentement des parties tout en rappelant les obligations de recherche de solutions par les parties au titre des nouvelles règles de procédure (*Pradeep Ramchandra Ghatge v Mukesh Kumar Adukia* 2011 HKEC 463).

Les tribunaux à Hong Kong ont également indiqué être prêts à aider les parties à trouver un médiateur approprié si elles n'arrivaient pas à convenir entre elles du nom du médiateur. Pour ce faire le tribunal tiendra compte de l'expérience et la disponibilité du médiateur (*Upplan v Li Ho Ming* HCA 1915/09).

Il y a fort à parier qu'en l'absence de système d'agrément officiel des médiateurs, les centres de médiation, les professions libérales et le monde judiciaire s'accordent sur les critères d'agrément mis en place par ces centres.

Par ailleurs, les règles de déontologie des médiateurs devront prévoir que le médiateur assure l'égalité des armes et l'absence d'abus par l'une ou l'autre des parties lors de la médiation. En cas de défaillance à cette obligation, il est à prévoir que, comme en Angleterre, le tribunal puisse remettre en question la validité de toute transaction issue de la médiation.

Les études tant juridiques que sur les aspects culturels de la médiation à Hong Kong tendent à suggérer que Hong Kong jouit d'avantages considérables dans le domaine de la médiation, étant au carrefour de cultures juridiques et d'affaires différentes.

Sources :

1) Identification of the Cross Culturally Applicable items of Western Mediation Models : case studies of Korea, UK and Hong Kong-Kyung Ryun Lee and Peter Fenn-Cobra Conference Paris September 2010

2) Hong Kong Mediation Centre submissions on the Civil Justice Reform Consultative Paper May 2002

III – LE CONTEXTE DE LA MEDIATION EN AUSTRALIE

L'Australie est probablement le pays le plus avancé en termes de l'utilisation de la médiation à tous les niveaux de l'appareil judiciaire et dans les professions juridiques.

L'ADR et la médiation y ont une histoire datant du 19^{ème} siècle, notamment dans les domaines de règlement de litiges de propriété immobilière et de travail avec le concours des syndicats (conciliation et des commissions de négociation de litiges).

L'Australie est un Etat fédéral avec 8 Etats, et connaît différentes législations sur la médiation (plus de 104 à différents niveaux : national, état, et sectoriel : migration, travail, santé, télécommunications, services postaux, environnement, industrie sucrière, baux commerciaux, logement...).

La médiation fait partie intégrante des règles professionnelles sectorielles de nombreux domaines de la vie économique : télécommunications, assurances, banques, électricité...

Les professions juridiques participent également activement au développement de la médiation.

La médiation a connu un très fort développement, tant en termes de médiation judiciaire que dans le domaine de la médiation 'privée', notamment dans différents secteurs du commerce et de l'industrie.

Une loi de 2011 Civil Dispute Resolution Act a instauré une obligation de prendre des mesures réelles pour résoudre le litige. Dans une affaire jugée en 2012, le tribunal a sanctionné les avocats personnellement pour avoir laissé se poursuivre un litige portant sur une somme peu importante, sans avoir suffisamment conseillé ou incité leurs clients à avoir recours à ADR.

Les fournisseurs privés de services de médiation jouent un rôle actif dans le développement de la médiation, la formation et l'accréditation des médiateurs. (LEADR, ACDC, Mediate

Today, the Conflict Resolution Network, Law Societies and Bars, ADC...). Il n'y a pas de système d'accréditation nationale des médiateurs.

Le conseil national de la médiation australien a récemment indiqué qu'il s'opposait à la régulation nationale de la médiation en raison de la nécessité de maintenir sa diversité.

Certaines facultés de droit avaient déjà intégré l'ADR dans leurs programmes d'enseignement dès les années 1980, et, depuis 2000, la plupart des facultés proposent cette matière au niveau licence ou maîtrise.

Bibliographie :

-Comparative ADR in the Asia Pacific: developments in mediation in Australia: Campbell Bridge ADR Conference Singapore October 2012

-Mediation in Australia: Joanna Kalowski

-Report to IBA Mediation Committee on Mediation in Australie: Robert Hunt 2006

-What's law got to do with it? Mapping Modern mediation movements in civil and common law jurisdictions-Nadja Alexander Bond Law Review Vol 13 Issue 2 article 5 2001

IV – LE CONTEXTE DE LA MEDIATION AUX ETATS-UNIS

Le mouvement a débuté dans les années 1970 en réponse aux très forts coûts, aléas et risques du contentieux judiciaire aux Etats-Unis, et notamment la nécessité de produire des témoins crédibles pour l'examen oral lors du procès devant le jury qui peut allouer des dommages-intérêts très élevés.

Il convient de rappeler que, sauf quelques exceptions, les parties supportent leurs propres frais d'avocat lors du procès et savent au départ qu'ils risquent de les garder à leur propres frais et que même s'ils ressortent gagnants du procès, elles ne les récupéreront pas. Cette règle est souvent modifiée contractuellement dans le domaine des contrats commerciaux.

La médiation prévaut dans de nombreux domaines de la vie américaine allant des clauses types de l'American Institute of Architects pour les contrats de conception ou de construction d'immeubles aux systèmes de résolution de litiges en ligne entre les consommateurs et les entreprises ou les municipalités.

La médiation aux Etats-Unis est caractérisée par sa diversité de méthodes et de modèles ; mais on retrouve les traits communs connus dans les autres pays (par exemple, la confidentialité est respectée de manière absolue en Californie, ce qui empêche les tribunaux de vérifier la réelle volonté des parties de signer une transaction et qui aurait donné lieu à des abus de la part d'avocats peu scrupuleux, alors que dans d'autres Etats, les tribunaux contrôlent plus activement les transactions issues de la médiation).

Les centres de médiation les plus connues au plan international tels JAMS fondé par 3 juges californiens en 1979), CPR Institute, AAA... connaissent une activité en croissance continue.

Une loi fédérale, datant de 2001, l'Uniform Mediation Act, permet aux Etats d'adopter une loi modèle en matière de médiation destinée notamment à protéger la confidentialité ('privilege') de la médiation, et a été adopté (jusqu'à 2011) dans au moins 11 Etats, dont

Washington DC, Idaho, Illinois, Iowa, Nebraska, New Jersey, Ohio, South Dakota, Utah, Vermont et Washington state.

La dernière revue statistique publiée par Inside Counsel/CPR Institute pour 2010/11 indique que la moitié de groupes américains importants ont recours aux différentes techniques d'ADR de manière systématique. Une croissance de l'ordre de 10% de l'utilisation de la médiation est constatée depuis 1997 et plus de 97% des sociétés ont eu recours à la médiation dans les trois dernières années, alors que l'arbitrage semble décliner.

La médiation judiciaire a connu aussi des développements significatifs récents. Le panorama de la médiation judiciaire en Amérique produit par le GEMME a déjà traité de la situation aux Etats-Unis par le biais de la contribution du Juge Robert Levy.

Depuis, il est à noter quelques développements plus récents :

-Les tribunaux fédéraux ont recours à des 'settlement masters' (juges désignés pour intervenir et aider les parties à trouver une résolution amiable).

-La Cour Suprême de l'Etat de New York a mis en œuvre, en juin 2013, un projet pilote intégrant la médiation (par un juge ou juge à la retraite) dans la procédure après la phase de communication des pièces (discovery). La Cour a actuellement 54000 affaires pendantes.

Ce projet fait partie d'une tentative de maintenir l'Etat de New York comme étant un des principaux centres financiers et commerciaux du monde, y compris pour le traitement des litiges.

Cela fait suite à d'autres Etats dont l'Indiana, la Floride, le Texas, la Californie, qui ont introduit la médiation judiciaire par la législation étatique.

La médiation en ligne connaît aussi un vif succès. Un des exemples cités est celui de l'autorité municipale de New York qui a fait traiter la plupart de ses litiges avec les citoyens de New York en ligne, réduisant massivement les coûts de recouvrement et de traitement de litiges. Des centaines de milliers de cas ont ainsi été résolus.

Bibliographie :

-The case against misdirected regulation of ADR-CPR web site article Kathleen Bryan and Mara Weinstein Spring 2013

-Uniform Mediation Act turns 10 this year JAMS Dispute Resolution alert by Justin Kelly Summer 2011

-Use of ADR by US corporations: Kathy Bryan CPR Institute April 2012

-The steady growth of international mediation: Robert B Davidson (JAMS)

-Legislation: where the Uniform Mediation Act stands in the States-Matt Brown

-Dispute resolution in US commercial construction : Taylor JM Carn W

-Commercial mediation grows in 30 years-Bill Hartgering-Chicago Daily Law Bulletin May 2012

-Mandatory mediation arrives in Brooklyn CPR International Institute for Conflict Prevention and Resolution June 2013

-Chief Judge's Task Force on commercial litigation in the 21st Century-State of New York United Court System Report and Recommendations to the Chief Judge of the State of New York June 2012

V – LE CONTEXTE DE LA MEDIATION A SINGAPOUR

Avant le développement de la médiation dans les années 1990 pour les litiges susceptibles d'être portés devant les tribunaux à Singapour, il existait une forte tradition de médiation dans la communauté inspirée de la culture ancestrale de résolution amiable des litiges.

Toutefois, la procédure judiciaire est inspirée du modèle de l'ancien pouvoir colonial de la common law.

Au départ, les systèmes de ADR mis en oeuvre à Singapour étaient fortement influencés par l'ADR venu des USA et d'Australie qui avaient tendance à utiliser la médiation 'facilitative'. Or, cela ne convenait pas tout à fait à la culture asiatique, et notamment :

*le concept de 'face'

*l'intérêt de la communauté (confucianisme : pour être une bonne personne il convient de mettre sa famille et la communauté avant son propre intérêt)

*une tendance à se taire dans un cadre formel par respect de la sagesse ou du pouvoir de l'autorité

*le constat que les parties apprécient fortement la participation active voire évaluative du médiateur

La perception de l'indépendance et de l'impartialité du médiateur a été classée comme l'attribut le plus important.

La consultation des milieux spécialisés avait amené le gouvernement à prévoir la médiation non seulement dans les procédures judiciaires mais aussi dans la société civile.

Les règles de procédure ont été réformées au cours des années 1990. Celles en vigueur actuellement à Singapour (adoptées après une large consultation) obligent les parties (et leurs avocats) à déposer auprès du tribunal un formulaire ADR indiquant quelles tentatives de résolution amiable ont été tentées et l'issue de ces tentatives. Le tribunal peut imposer des sanctions en termes de frais de procédure au cas où il estime qu'une des parties a prolongé la procédure de manière inutile.

La médiation judiciaire est prévue par la loi et fréquemment pratiquée.

La médiation existe à deux niveaux à Singapour :

i) La médiation institutionnelle

-Un centre de médiation des tribunaux combiné avec une procédure fortement orientée vers la médiation judiciaire (Court Dispute Resolution (CDR) and the Primary Dispute Resolution Centre (PDRC)). Les juges sont les médiateurs et adoptent une approche proactive. La médiation peut intervenir à tout moment dans la procédure et les chances de succès discutées ouvertement.

-La médiation pourvue par les agences du gouvernement, et autorités, ou en matière de faillite, d'emploi, pensions alimentaires

-Les centres de médiation communautaires essentiellement pour les litiges de voisinage et de famille (Community Mediation Centres)

ii) La médiation volontaire : pratiquée par les très actifs centres de médiation Singapour Mediation Centre pour les litiges commerciaux et le International Mediation Institute (qui a un lien institutionnel avec ces centres) et Asian Mediation Association reliant les centres de médiation de Singapour, la Malaisie, les Philippines, Hong Kong et l'Indonésie.

La médiation est utilisée très largement dans tous types de litiges y compris de famille et de voisinage ou pour les délits mineurs, logement, la police, les municipalités...

Le succès de la médiation à Singapour a amené certaines industries et professions à créer leurs propres procédures de médiation avec des panels de médiateurs spécialisés : architectes, agents immobiliers, associations de consommateurs, ingénieurs, constructeurs et développeurs...

Bibliographie:

*Development of Mediation in Singapore, APMF Conference, KL, Malaysia 16 - 18 June 2008 Presented by:

Ms Carol Liew, Assistant Director, Singapore Mediation Centre

*Mediation in Singapore: law and practice: Goh Joon Seng Retired Judge Supreme Court of Singapore (document Singapore Mediation Centre)

*NON-COURT ANNEXED MEDIATION IN SINGAPORE PAPER FOR THE

INTERNATIONAL CONFERENCE & SHOWCASE ON JUDICIAL REFORMS*Mr. Loong

Seng Onn Executive Director, Singapore Mediation Centre-2005

*Encouraging mediation –recent developments in Singapore: Joel Lee National University of Singapore Faculty of Law

VI – LE CONTEXTE DE LA MEDIATION EN MALAISIE

La médiation est fortement ancrée dans la culture traditionnelle en Malaisie, notamment dans la religion et les communautés.

La médiation prévue par la loi existe également depuis les années 1990 dans divers domaines dont les litiges de consommateurs, les relations entre banques et clients, le logement et les assurances.

Un centre de médiation privé très actif, Malaysian Mediation Centre, a été créé en 1999 et dispose de plus de 150 médiateurs agréés. Ce centre traite tous types de litige.

La médiation judiciaire existe depuis les années 1950, notamment dans les domaines du travail et du divorce, le recouvrement de demandes n'excédant pas une certaine valeur (RM25000), la responsabilité, les litiges de voisinage, les affaires simples ne soulevant pas de questions de droit complexes. Les parties ont une obligation légale de tenter une ADR avant d'aller plus loin dans la procédure.

Les tribunaux assistent activement les parties dans le but de trouver une solution tant au niveau des tribunaux d'instance que de grande instance.

Bibliographie :

Alternative Dispute Resolution in Malaysia : Dato Cecil Abraham

Alternative Dispute Resolution in the Malaysian Construction Industry : Zuhairah AAG, Azlinor S, Rozina MZ International Islamic University Malaysia

**LA CHINE : UN NOUVEAU SYSTEME DE MEDIATION POUR LE
REGLEMENT DES LITIGES COMMERCIAUX
LA MÉDIATION EN CONNEXION AVEC LES TRIBUNAUX.**

Xiao Lin Fu Bourgne, avocate et médiatrice

(Troisièmes assises internationales de la médiation, Aix-en-Provence, 6 juillet 2012)

L'organisation de la médiation en Chine

Outre la médiation pour le règlement des litiges commerciaux, internes ou internationaux, la médiation comprend schématiquement deux autres catégories lesquelles sont « la médiation populaire », en matière civile et la médiation administrative lorsqu'une des parties au litige est une administration ou lorsqu'une administration est concernée par le litige.

Actuellement, on constate l'absence de textes législatif et réglementaire dans le domaine de la médiation commerciale à l'exception de la médiation commerciale internationale qui est régie par le Règlement de médiation du Centres de médiation de China Council for the Promotion of International Trade (ci-après désigné CCPIT) et le Règlement d'arbitrage de China International Economic and Trade Arbitration Commission (Ci-après appelé CIETAC).

La Cour suprême a publié le 24 juillet 2009 un avis⁷² relatif à l'établissement d'un système de règlement des différends reposant sur la connexion entre tribunaux et centres de médiation.

Le Centre de médiation de CCPIT⁷³ a publié en août 2009 un texte pour l'application de l'avis de la Cour suprême : « Opinion pour guider le développement de la médiation en connexion avec les tribunaux ». A ce texte, sont annexés un « Protocole d'accord du CCPIT/CCOIC sur l'établissement du système de médiation en connexion avec les tribunaux populaires » et un « Guide pour la pratique du règlement des litiges commerciaux par mandat des tribunaux populaires ».

Le but à atteindre est à la fois de réduire la pression sur les tribunaux, et de préserver la paix sociale.

Le fonctionnement du nouveau système

Une convention dans un premier temps est conclue entre un tribunal et un centre de médiation. En application de cette convention, un bureau de médiation est installé dans les locaux du tribunal.

La priorité est donnée à la médiation, c'est un préalable obligatoire⁷⁴.

⁷² Rappel : les avis et consultations juridiques de la Cour suprême, la plus haute cour dans le système juridique de Chine, interviennent dans tous les domaines, que ce soit l'exécution en Chine continentale des sentences arbitrales Hongkongaise, de l'examen des décisions de peine de mort, ou des règles sur la sécurité des aliments, etc. ; et ses avis ont force de directive dans la hiérarchie des normes juridiques.

⁷³ Le Centre de médiation de CCPIT, créé en 1987 à Pékin et autrefois dénommé « Centre de médiation de Pékin », supervise un réseau de plus de 50 centres de médiation sur toute Chine. Les médiateurs de ces centres de médiation sont des médiateurs professionnels.

⁷⁴ La médiation est ordonnée par le juge.

Si les parties parviennent à conclure une convention de médiation, cette convention peut être exécutée spontanément par les parties ou, à leur demande, être homologuée par le juge pour être appliquée.

Si la médiation échoue, le dossier sera remis au greffe du tribunal. Il y a médiation au cours du procès si le ou les magistrats considèrent qu'il y a lieu de renvoyer l'affaire au bureau de médiation.

Le pragmatisme et l'efficacité

Selon un rapport⁷⁵ d'un séminaire sur la réforme de la médiation commerciale du CCPIT en janvier 2011, en quelques mois, après l'avis de juillet 2009 de la Cour Suprême, plus de 20 centres de médiation du CCPIT ont signé des conventions de coopération avec les tribunaux et traité plus de 300 affaires par médiation. Ce sont les centres de Shanghai, du Jiangsu, de Shenzhen, de Ningbo, du Zhejiang, de Pu Dong, qui sont en tête pour mettre en œuvre ce nouveau système.

Selon le même rapport, en six mois, le centre de médiation de Shenzhen a reçu du tribunal du district de Baoan 115 affaires dont 64 réglés par médiation.

Malgré les différences de dénomination des bureaux de médiation installés dans les locaux des tribunaux, « centre de connexion entre médiation et procès » pour le centre de médiation de Pudong dans le tribunal du nouveau quartier de Pudong, « Centre de médiation avant le procès » pour le centre de médiation de Shenzhen dans le tribunal du district Luohu à Shenzhen, on constate que ce nouveau système fonctionne avec efficacité et pragmatisme.

L'efficacité provient du rapport de direction du Centre de médiation à Pékin à l'égard des centres locaux de médiation qui forment tout un réseau de médiation du CCPIT, le pragmatisme, car ce système convient aux deux institutions qui sont mises en connexion : les centres de médiation étaient désertés et les tribunaux submergés.

On peut constater que la Chine a pris du retard par rapport à l'Occident et par rapport à ses voisins en Asie.

Mais beaucoup ont pris conscience qu'il convient de promouvoir la médiation pour construire une « société harmonieuse », et l'Etat s'engage à en favoriser le développement : la « Loi sur la médiation populaire » a été votée le 28 août 2010 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 ; un texte réglementaire a été publié en mars 2011 conjointement par 16 administrations⁷⁶ ce texte est intitulé « Directive pour promouvoir le règlement des litiges par la médiation ». Les travaux pour la réforme de la loi de procédure civile ont été entamés depuis 2010 et une réforme de la loi sur la procédure administrative est envisagée.

⁷⁵ Cf. « Médiation commerciale et ADR », n° 45, P. 11

⁷⁶ Y compris la Cour suprême et le Parquet suprême.

LE QUÉBEC : CONFÉRENCE DE RÈGLEMENT A L'AMIABLE EN MATIÈRE COMMERCIALE ET PLUS PARTICULIÈREMENT LORS D'UN RECOURS COLLECTIF

*Honorable François Rolland, juge en chef de la Cour supérieure du Québec,
(Troisièmes assises internationales de la médiation, Aix-en-Provence, 6 juillet 2012)*

Madame la Présidente, Distingués invités, Chers collègues, Chers amis,

Je vous remercie de votre invitation à participer à cette conférence.

Mon intervention portera principalement sur la conférence de règlement dans le cadre des recours collectifs et plus particulièrement ceux intentés par des victimes de fraudes commerciales.

Dans un premier temps, je ferai un bref survol de ce qu'est la conférence de règlement à l'amiable, suivi d'une brève explication de ce qu'est un recours collectif et je terminerai par un exemple d'une conférence de règlement à l'amiable présidée par un juge dans le cadre d'un recours collectif.

1- La conférence de règlement à l'amiable

La conférence de règlement à l'amiable existe à la Cour supérieure du Québec depuis 2001 et est intégrée au *Code de procédure civile* depuis 2003. La conférence de règlement est tenue à la demande des parties et présidée par un juge.

Voici les dispositions du **Code de procédure civile du Québec** relatives à la conférence de règlement à l'amiable (médiation judiciaire) (L.R.Q., chapitre C-25, à jour au 1er octobre 2011)

Section de la conférence de règlement à l'amiable

151.14. Un juge peut présider une conférence de règlement à l'amiable. Il bénéficie alors de l'immunité judiciaire.
2002, c. 7, a. 19.

151.15. À toute étape de l'instance, le juge en chef peut, à la demande des parties, désigner un juge pour présider une conférence de règlement à l'amiable. Dans leur demande, elles lui exposent sommairement les questions en litige.

Le juge en chef peut également, de sa propre initiative, recommander aux parties la tenue d'une telle conférence. Si elles y consentent, il désigne alors un juge pour la présider.
2002, c. 7, a. 19.

151.16. La conférence a pour but d'aider les parties à communiquer, à négocier, à identifier leurs intérêts, à évaluer leurs positions et à explorer des solutions mutuellement satisfaisantes. Elle a lieu à huis clos, sans frais, ni formalités.
2002, c. 7, a. 19.

151.17. La conférence est tenue en présence des parties et, si ces dernières le souhaitent, de leurs procureurs. Le juge qui la préside peut rencontrer les parties séparément, si elles y consentent. Peuvent aussi y participer les personnes dont la présence est considérée, par le juge et les parties, utile au règlement du litige.
2002, c. 7, a. 19.

151.18. Le juge définit, de concert avec les parties, les règles applicables à la conférence et les mesures propres à en faciliter le déroulement et il établit avec elles le calendrier des rencontres.
2002, c. 7, a. 19.

151.19. La conférence ne suspend pas le déroulement de l'instance, mais le juge qui la préside peut, s'il le juge nécessaire, modifier le calendrier des échéances.
2002, c. 7, a. 19.

151.20. Les parties sont tenues de s'assurer que les personnes autorisées à conclure une entente sont présentes à la conférence ou qu'elles peuvent être consultées en temps utile pour donner leur accord.
2002, c. 7, a. 19.

151.21. Tout ce qui est dit ou écrit au cours de la conférence est confidentiel.
2002, c. 7, a. 19.

151.22. Si un règlement intervient, le juge, sur demande, homologue la transaction.
2002, c. 7, a. 19.

151.23. Si aucun règlement n'intervient, le juge ne peut par la suite entendre aucune demande relative au litige.
Il peut convertir la conférence de règlement à l'amiable en conférence préparatoire, si les parties y consentent.
2002, c. 7, a. 19.

2- Le recours collectif

La procédure québécoise du recours collectif est entrée en vigueur le 19 janvier 1979, il y a donc plus de 33 ans. Ce moyen procédural permet à une personne de représenter, sans mandat, toutes les personnes qui éprouvent un problème juridique similaire par suite d'un acte ou d'une série d'actes commis par un ou des défendeurs⁷⁷.

Sa principale caractéristique consiste à étendre les effets du jugement final à tous les membres du groupe représenté, conférant ainsi à la décision une véritable portée collective⁷⁸.

Ce type de recours a pris une importance phénoménale au fil des années au Québec.

À titre indicatif, 323 procédures en autorisation ont été déposées au Québec de 1979 à 1994. Il y a eu 266 requêtes en autorisation de 1995 à 2002 et 283 de 2003 à 2006. D'une moyenne de 21 recours collectifs déposés par année pendant la période de 1979 à 1994, nous avons maintenant près de 71 nouvelles procédures en autorisation par année depuis 2003! Plus de 325 dossiers sont actifs au Québec.

Historique

Lorsque les dispositions du *Code de procédure civile* sur les recours collectifs sont entrées en vigueur en 1979, on décrivait le recours collectif comme un outil de justice sociale dont la mission principale était d'accroître l'accès à la justice.

Dès 1980, notre Cour d'appel écrivait d'ailleurs à ce sujet que:

«La Loi sur le recours collectif, introduite dans notre législation en 1979, est évidemment une loi à portée sociale : elle favorise l'accès à la justice à des citoyens qui ont des problèmes communs dont la valeur pécuniaire peut souvent être d'une modicité relative et qui, en raison de circonstances particulières de leur état

⁷⁷ Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Éditions Thémis, Montréal, 1996, p. 1.

⁷⁸ *Id.*

individuel, n'oseraient pas ou ne pourraient pas, de façon appropriée, mettre en marche le processus judiciaire.»⁷⁹

Plus récemment, la Cour d'appel a réaffirmé en ces termes les grands principes à la base de notre procédure en recours collectif:

«Ce régime n'est pas exceptionnel. C'est une mesure sociale qui favorise l'accès à la justice en permettant une réparation comparable et équitable à tous les membres sans qu'il y ait surmultiplication de recours similaires, et dans un cadre qui assure l'équilibre des forces entre les parties.»⁸⁰

Cet accès plus favorable à la justice est rendu possible par le fait que seul le représentant assume les frais judiciaires afférents au recours. Et ce dernier peut bénéficier d'une aide importante. En effet, le représentant peut effectuer une demande de financement au Fonds d'aide aux recours collectifs qui sert à les financer en fonction de certains critères d'admissibilité. Ce fonds existe depuis 1979 et s'autofinance à même les sommes accordées dans les recours accueillis.

La demande du représentant sera étudiée principalement en fonction du fondement juridique du recours proposé et de ses chances de succès.

Lorsque la demande de financement est acceptée, le fonds peut couvrir, en tout ou en partie, les frais judiciaires et extrajudiciaires, les frais d'avocat-conseil, les frais d'expertises, etc.

Depuis 1979, la majorité des recours collectifs sont intentés grâce à l'appui du Fonds, principalement en matière de protection des droits des consommateurs. Et ceci se comprend. Comment, par exemple, un consommateur peut-il assumer seul le fardeau d'une poursuite pour défaut de fabrication d'un appareil électrique ou d'une pièce d'automobile? On n'a qu'à penser aux coûts des expertises requises pour constater qu'il ne s'agit pas d'une solution viable⁸¹.

Ainsi, la protection des consommateurs fut donc, et demeure, un des champs privilégiés d'exercice du recours collectif. On évaluait d'ailleurs en 2001 que près de 40 % des recours collectifs entraient dans le champ du droit à la consommation⁸².

Les recours initiés en cette matière soulèvent des problèmes d'exécution de contrat, de respect de garantie, de responsabilité du fabricant, de livraison de marchandise, de publicité trompeuse ou de fraude. On note, par ailleurs, une proportion élevée de réclamations relatives aux services de voyage et aux services publics, tels le transport en commun, le téléphone et la câblodistribution⁸³, la vente de médicaments, etc.

Fait à souligner, les nombreux recours intentés par les consommateurs ont eu, avec le temps, un impact important que plusieurs qualifient "d'effet préventif". Un auteur affirmait d'ailleurs à cet égard:

«[...] dans un contexte où les ressources de l'État affectées à la protection des consommateurs ont été considérablement réduites ces dernières années, l'existence d'un recours aussi efficace pour les consommateurs peut avoir un effet préventif. Les

⁷⁹ *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Charles-Boromé c. Lapointe*, [1980] C.A. 568, p.570.

⁸⁰ *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, [2005] R.J.Q. 1367, par. 20

⁸¹ Pierre SYLVESTRE, «Le recours collectif: un outil de mise en œuvre de législations et de politiques d'intérêts public», *Développements récents sur les recours collectifs*, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, vol. 254, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 55.

⁸² Pierre-Claude LAFOND, Le recours collectif québécois des années 2000 et les consommateurs: deux poids, quatre mesures, *Développements récents sur les recours collectifs*, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, vol. 156, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 43.

⁸³ Id.

entreprises ont intérêt à adopter des pratiques commerciales qui respectent les droits de leurs clients pour ne pas avoir à faire face à un recours collectif.»⁸⁴

Cet effet dissuasif n'a pas manqué non plus d'être souligné par notre Cour suprême, qui a récemment affirmé que:

«[...] les recours collectifs servent l'efficacité et la justice en empêchant des malfaisants éventuels de méconnaître leurs obligations envers le public. Sans recours collectifs, des personnes qui causent des préjudices individuels mineurs mais répandus pourraient négliger le coût total de leur conduite, sachant que, pour un demandeur, les frais d'une poursuite dépasseraient largement la réparation probable. [...]»⁸⁵

Et cet effet ne se fait pas sentir seulement en matière de droit à la consommation. À titre d'exemple, de nombreux recours collectifs ont dans les dernières années été intentés à la suite de grèves illégales. Les jugements rendus envoient ainsi un avertissement très sévère aux syndicats selon lequel les victimes de leur grève peuvent désormais instituer un recours collectif, s'ils ne respectent pas la loi.

Il en est de même en matière de droit environnemental. De fait, la perspective d'être poursuivis par voie de recours collectifs, par un grand nombre de citoyens qu'il faudra indemniser, peut constituer un moyen efficace pour dissuader d'éventuels pollueurs.⁸⁶

En plus de son effet dissuasif, le recours collectif offre l'avantage de ne pas toujours bénéficier seulement aux membres qui ont gain de cause, mais aussi à des organismes qui défendent leurs droits.

Ceci étant dit, pour conclure ce bref survol de l'évolution des recours collectifs au Québec, il importe de souligner qu'à certains égards, le recours collectif n'a pas toujours suivi le cheminement attendu. Par exemple, il n'est pas rare aujourd'hui que le recours collectif soit utilisé par des groupes dont les membres réclament individuellement des sommes importantes, tels des investisseurs qui ont perdu beaucoup à la suite d'actes frauduleux et c'est ce sujet que j'aborde maintenant.

3. La conférence de règlement à l'amiable dans le cadre d'un recours collectif

On procède à des conférences de règlement dans des dossiers de recours collectif depuis environ 2001. Ces conférences de règlement peuvent être tenues à toute étape de l'instance. Comme vous le savez, le recours collectif doit préalablement être autorisé. Peut-il y avoir conférence de règlement avant autorisation? Oui, mais cela comporte des difficultés.

À la Cour supérieure du Québec, les juges ont présidé environ 20 conférences de règlement à l'amiable en matière de recours collectifs, avec un taux de succès très impressionnant.

Le recours dont je traiterai aujourd'hui implique plus de 9 200 investisseurs qui ont perdu plus de 135 000 000 \$ canadiens auprès de différents fonds gérés par la Société Norbourg, dont le président était Vincent Lacroix.

Ce dernier a fait cession de ses biens et plaidé coupable à des accusations de fraude. Lors de la conférence de règlement, il était détenu. Un recours collectif a été intenté par les victimes de Norbourg, non seulement contre la Société Norbourg, mais contre des Sociétés de Fiducie, l'Autorité des Marchés Financiers, des vérificateurs externes et des vérificateurs de la Société Norbourg.

⁸⁴ Louise ROZON, *Le recours collectif favorise l'accès à la justice pour les consommateurs*, (1998-1999) 20 R.D.U.S. 66.

⁸⁵ *Western Canadian Shopping Centre c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, par.29.

⁸⁶ Pierre SYLVESTRE, «Le recours collectif: un outil de mise en œuvre de législations et de politiques d'intérêt public», *Développements récents sur les recours collectifs*, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, vol. 254, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 52.

Le dossier a été fixé pour un procès d'une durée de 160 jours et c'est dans ce contexte que j'ai rencontré les différents procureurs pour convaincre leurs clients de participer à une conférence de règlement.

Il faut dire que le dossier était très bien géré par un collègue depuis le dépôt des procédures en 2005. Le procès devait débiter en janvier 2011.

Les différentes parties au dossier ont accepté de participer à une conférence de règlement à l'amiable que j'ai eu le privilège de présider, et ce, dès la fin août 2010.

Cette conférence de règlement, qui s'est échelonnée sur près de 4 mois (pour une durée d'environ 15 jours), a permis aux parties de régler leurs litiges et surtout, aux quelques 9 290 victimes, de récupérer la totalité de leurs investissements, moins les honoraires de leurs procureurs (évidemment). Cette conférence s'est réalisée en plusieurs étapes. Il y a eu des séances plénières, mais surtout des séances en caucus où j'ai rencontré certains représentants des demandeurs avec leurs procureurs, puis des représentants des principaux défendeurs avec leurs procureurs.

L'expérience Norbourg démontre les avantages incontestables de la conférence de règlement à l'amiable.

Le recours collectif constitue un formidable outil qui, associé à la conférence de règlement à l'amiable, permet aux citoyens d'avoir accès à la justice, et ce, à peu de coûts.

En résumé, voici les principales caractéristiques et difficultés quant à la conférence de règlement à l'amiable, avant ou après l'autorisation de l'exercice du recours collectif.

La Conférence de règlement :

Est un mode très flexible de règlement;

Ouvert à la créativité des parties et du juge.

A) Avant l'autorisation : difficultés

- Le représentant n'est pas désigné et donc, n'a pas d'autorité, ni de statut ;
- S'il y a règlement avant l'autorisation du recours, le règlement devra faire l'objet de l'autorisation avec l'autorisation du recours ;
- Définition du groupe : art. 151.20 – Problème quant à la légitimité du requérant pour négocier et engager le groupe car il n'a pas encore le statut de représentant ; la situation se présente notamment dans le cas de recours intentés dans plusieurs provinces dans lesquels on doit identifier la personne avec qui négocier dans la province.

B) Après l'autorisation

- Le représentant a la légitimité pour agir ;
- Le représentant a la responsabilité d'accepter ou de refuser le règlement ;
- Au cas de refus, personne ne connaîtra l'offre ;
- Difficultés :
 - le représentant peut avoir un intérêt différent de celui de la majorité des membres ;
 - dans le cas de multiplicité de réclamations individuelles, le représentant peut être en conflit d'intérêts si l'offre est satisfaisante pour plusieurs des membres du groupe, mais ne l'est pas pour lui en particulier ;
 - nécessité d'approbation par le juge ayant autorisé le recours ;
 - la confidentialité cesse si l'offre est acceptée, car elle doit être approuvée par le tribunal et les membres doivent en être informés ;
 - certaines des parties défenderesses appelées comme « codéfenderesses » peuvent elles mêmes être victimes du défendeur principal ;

Merci de votre attention.

LA MEDIATION AU SEIN DU CONSEIL DE L'EUROPE

Comment être à la fois ombudsman et médiateur ?

*Béatrice Blohorn-Brenneur, Président de chambre honoraire, présidente de GEMME-France et de la CIMJ, Médiatrice auprès du Conseil de l'Europe
(Quatrièmes assises internationales de la médiation judiciaire, Aix-en-Provence, 6 juillet 2013)*

*Le plus beau métier du monde c'est d'unir les hommes.
Saint-Exupéry*

Quarante-sept pays composent le Conseil de l'Europe. Il s'agissait, à sa création, de maintenir la paix en Europe. Mais les nations ainsi regroupées entendaient garder leur souveraineté et leur individualité. Ce patriotisme ambiant n'a pas permis aux différents ressortissants du Conseil de l'Europe d'avoir en commun le sentiment d'appartenance à une nation européenne : les différentes cultures se côtoient au sein de cette grande Organisation qui comprend 2500 agents.

Le mot « culture » indique ce qui est acquis et non-inné, il renvoie à ce qui est commun et ce qui soude un groupe d'individus. Les modes de vies, les systèmes fondamentaux de valeurs, les traditions, les croyances façonnent les caractères. La différence des personnalités au sein d'un même pays est encore renforcée lorsqu'il s'agit de cultures différentes. On imagine alors leurs répercussions sur la manière d'être, de penser, d'agir et de communiquer des agents du Conseil de l'Europe, de 47 nationalités différentes. Il est parfois difficile d'accepter « l'autre » dans sa différence et celle-ci peut être source d'incompréhension. Il en résulte des conflits au sein de cette grande Organisation qui pourtant a été créée pour relever le défi du respect des droits de l'homme et qui s'est donné comme but de lutter contre l'intolérance, le racisme et la discrimination.

Les conflits entre agents du Conseil de l'Europe sont donc ceux que l'on rencontre dans toute entreprise commerciale, accentués par la différence des cultures.

L'institution du médiateur a été créée, en 1998, pour examiner les réclamations individuelles soumises par des agents qui vivent des conflits au sein de l'Organisation. La médiation est un mode de règlement amiable des litiges qui s'inscrit dans le cadre de la protection de la dignité de la personne et des droits de l'homme. Elle a donc une place de choix au sein du Conseil de l'Europe dont c'est la vocation essentielle. L'objectif est de résoudre les litiges individuels liés au travail avec les services responsables de la gestion du personnel, ou entre membres du personnel, ou encore avec des supérieurs.

Le médiateur du Conseil de l'Europe a un rôle de médiateur traditionnel : il tente de régler les conflits interpersonnels entre les agents et il aide les parties à s'expliquer et à parvenir à un accord. Il a aussi un rôle d'ombudsman : il traite les problèmes liés au contrat de travail. Dans ce cadre, il donne des conseils sur un certain nombre de questions.

Il y a deux médiateurs au Conseil de l'Europe : un anglophone et un francophone

Les textes

Au titre des dispositions générales qui leur sont applicables (Arrêté n° 1134 sur la médiation, de février 2005), les médiateurs peuvent intervenir dans une large gamme de sujets, parmi lesquels le rétablissement des relations interpersonnelles entre les agents. Ils peuvent aussi être amenés à donner leur avis sur les problèmes soulevés par l'exécution du contrat travail des agents.

De plus, des textes spécifiques leur donnent expressément le pouvoir de s'impliquer dans certaines questions, **notamment celles concernant l'éthique professionnelle** (article 5 de la Charte d'éthique professionnelle, juillet 2005), **le harcèlement** (article 7 de l'arrêté n° 1292 sur la protection de la dignité humaine au Conseil de l'Europe, 3 septembre 2010), et **le système d'appréciation** (article 13 de l'arrêté n° 1340 du 13 décembre 2011 sur l'appréciation et l'amélioration de la performance).

L'indépendance du médiateur et son corollaire : la confidentialité

Le médiateur recruté par une entreprise et rémunéré par cette dernière est-il indépendant ? Cette question était si sensible que le mot « indépendance » a été supprimé de la définition du médiateur donnée par l'ordonnance du 16 novembre 2011 et en France par le décret du 22 janvier 2012.

En réalité, l'indépendance du médiateur est liée à la confidentialité. Si le médiateur ne peut répéter à qui que ce soit, y compris à l'organisme qui le rémunère, le contenu de l'entretien qu'il a eu avec l'agent qui a recours à lui, peut-on dire qu'il n'est pas indépendant ?

Or, la règle de la confidentialité est essentielle en médiation et elle est rappelée dans les textes régissant la fonction du médiateur au sein du Conseil de l'Europe.

Les médiateurs du Conseil de l'Europe sont des personnes extérieures à l'Organisation, tout en étant rémunérés par elle. Les dispositions statutaires les concernant précisent : « Le Médiateur et la Médiatrice exercent leurs fonctions en pleine indépendance ; [...] ils observent **une stricte confidentialité** sur toutes les informations qui leur sont confiées dans le cadre de la médiation, sauf dans la mesure où la personne ayant sollicité leur aide a donné son consentement à la divulgation de certaines de ces informations pour les besoins de la médiation [...] ». L'ensemble de l'équipe de médiation, y compris le secrétariat (deux agents désignés par le Secrétaire Général en consultation avec le Comité du personnel) doit donc observer la **confidentialité la plus stricte**.

Le domaine d'action du médiateur est très étendu et déborde le cadre classique de la médiation judiciaire.

Les types d'affaires que l'on retrouve principalement peuvent être ainsi répartis :

- Les affaires concernant l'organisation du travail représentent environ 15% du travail du médiateur : Répartition des tâches, définition des fonctions, appréciations.

- Les affaires concernant le contrat de l'agent concernent environ 15% des conflits : fin des CDD, renouvellement des périodes probatoires

- Les affaires concernant les conflits relationnels sont les plus nombreuses : 65%. Elles se subdivisent en plusieurs contentieux :

- o Avec la hiérarchie : elles proviennent souvent d'un manque de communication. (Par exemple, l'agent trouve que le chef de service est plus administrateur que manager).

- o Avec les subordonnés. (Par exemple, le manager demande une aide de l'extérieur)

- o Avec les autres agents : (par exemple, des agents ont des difficultés pour travailler en équipe avec un autre agent).

C'est ainsi que le médiateur peut être consulté :

- Par un agent seul qui ne souhaite pas que sa hiérarchie soit au courant de sa démarche. L'agent vient chercher des conseils, ou même une consultation juridique. Le médiateur peut, par exemple, donner son avis sur une augmentation d'indice qui aurait été refusée, ou sur un recours devant la Commission administrative.

- Par un agent qui lui demande d'intervenir auprès de sa hiérarchie. Le médiateur fait une étude de son dossier et, si la demande lui paraît fondée, peut faire visite au supérieur hiérarchique avec ou sans l'agent.

Ainsi, un agent, qui avait été bien noté pendant la période probatoire, a appris la veille de la transformation de son contrat temporaire en contrat à durée indéterminée qu'il ne donnait pas satisfaction et qu'il était mis fin à son contrat. Le médiateur est intervenu au niveau du Secrétariat

général et de la DRH pour signaler une situation qui lui paraissait anormale ou à tout le moins peu transparente.

- Pour régler un conflit relationnel : le médiateur met alors, le plus souvent, les parties en présence l'une de l'autre pour faire ressortir le malentendu et le non-dit et rechercher l'origine du mal-être.

Voici une illustration du recours au médiateur : le Directeur d'un service avait demandé l'intervention du médiateur pour rétablir le dialogue entre le chef de service, son adjoint et un agent. L'ambiance de ce service était exécrable et le dénigrement était la règle. Au cours de la réunion qui a eu lieu dans le bureau du médiateur, les points de divergences sont apparus : l'autorité du chef de service était contestée par son subordonné, en poste depuis de nombreuses années et qui avait dû assumer la vacance du poste pendant un an ; le contenu des fonctions et le rôle de chacun était à redéfinir pour que chacun retrouve sa place. Un suivi a été assuré sur plusieurs semaines et... le sourire est revenu dans le service.

L'optique actuelle des médiateurs est de développer en interne le recours à la médiation par des supérieurs hiérarchiques pour avis et/ou intervention en cas de problèmes relationnels dans les équipes de ces derniers. Cette assistance contribue à la résolution et à la prévention des conflits. La médiation est considérée comme un outil de management mis à la disposition des supérieurs hiérarchiques lorsque surgit un conflit au sein de l'équipe qui ne peut être résolu par le chef de service. En effet, ce dernier est souvent mal placé pour résoudre ce genre de litige où il est à la fois juge et partie et les agents ne sont pas assurés de son indépendance et de sa neutralité.

Les préconisations du médiateur sont consignées dans le rapport annuel

Les médiateurs font un rapport annuel qui est diffusé au sein du Conseil de l'Europe. Le rapport reprend les statistiques de leurs interventions. Il comprend une série d'observations et des préconisations pour une amélioration des relations du travail.

L'objectif de la médiation

Les personnes elles-mêmes vont rechercher un accord conforme aux intérêts de chacun et du service. Après avoir redéfini le rôle et la place de chacun, l'accent est mis sur les besoins de chacun et sur ce qui est important pour l'un et pour l'autre et pour la bonne marche du service. L'esprit d'équipe peut-être développé par la médiation, ce qui permet au service de retrouver son harmonie.

Le processus de médiation :

Devant le Conseil de l'Europe, la médiation se déroule dans le respect de la confidentialité. Chacun essaie de comprendre le point de vue de l'autre. On oublie qui a tort et qui a raison. Les systèmes de croyance et de valeurs sont respectés.

La mise en œuvre du processus fait appel à des entretiens séparés ou à des réunions avec toutes les personnes en conflit au cours desquels le médiateur offre à l'agent concerné une écoute ouverte et compréhensive, pose un diagnostic sur la nature et l'origine du conflit, clarifie la situation au regard notamment des non-dits et des malentendus.

Les entretiens peuvent durer de une heure à quelques mois.

Avec l'accord de la personne concernée, le médiateur peut intervenir auprès de la hiérarchie, la DRH ou toute autre personne compétente au sein de l'Organisation.

Les médiateurs sont des professionnels avec une expertise dans la résolution des conflits.

Ils sont assistés par des secrétaires, tenus par la même obligation de confidentialité, qui peuvent donner des informations sur le fonctionnement de la médiation.

Les médiateurs tiennent des permanences et peuvent être contactés en dehors de ces sessions.

Conclusion : bilan et perspectives de la médiation au sein des institutions et des Organisations internationales

Le modèle de la médiation du Conseil de l'Europe devrait être repris dans de nombreuses entreprises et Organisations internationales, même s'il conviendrait, au sein du Conseil de l'Europe de séparer les fonctions d'ombudsman des fonctions de médiation proprement dite. Si les deux fonctions ont le même objectif qui est de rechercher un accord amiable, les profils du médiateur et de l'ombudsman restent différents.

Alors que l'ombudsman devrait connaître tous les rouages de l'administration ou de l'entreprise dans laquelle il intervient, et avoir de rapports étroits avec les personnes qui sont les mieux placées pour trouver des solutions et donner un avis sur le conflit, les fonctions de médiateur réclament au contraire une plus grande indépendance vis-à-vis de l'institution où il intervient. Cette indépendance garantit la confiance que les agents peuvent avoir envers le médiateur.

Comment un agent peut-il être certain que le médiateur ne répétera pas ce qui lui a été confié dans le secret de la réunion de médiation, si celui-ci connaît personnellement les membres de l'Organisation et de sa hiérarchie et qu'il est lié d'amitié avec certains d'eux ? Les institutions internationales ou les grandes entreprises qui voudraient avoir recours à un service de médiation prendront soin de créer en leur sein des postes différents de médiateur et d'ombudsman confiés à des personnes différentes : le médiateur devrait être formé aux techniques de communication et être extérieur à l'entreprise ; l'ombudsman pourrait être choisi au sein l'Institution en fonction de ses compétences techniques en droit du travail et sa connaissance des rouages, services et personnes de l'Organisation. Savoir à quelle porte frapper et connaître les responsables hiérarchiques est un avantage pour l'un et un inconvénient pour l'autre.

Si l'on respecte cette distinction entre ombudsman et médiateur et que l'on ne fait pas un mélange des genres, l'institution de la médiation au sein des entreprises, des administrations et des Organisations internationales est promise à un très bel avenir.

SYNTHESE

L'Europe à l'heure de la nouvelle Directive

Stephen Bensimon, directeur de l'Ifomene

(Quatrièmes Assises Internationales de la médiation judiciaire, Aix-en-Provence, 7 juillet 2013)

Comme Eric Féval et Jacques Salzer ou chacune et chacun d'entre nous, médiateurs, juges et conseils, « nous en sommes à la 83^{ème} rencontre de cette médiation, et je sens, oui je sens que quelque chose commence à bouger » ! Et c'est un fait que cela bouge, et que ces assises marquent un temps fort dans le devenir de la médiation en Europe...et en France.

« Dans la confusion trouver la simplicité, dans la discorde trouver l'harmonie, au milieu des difficultés trouver l'opportunité » : tel Einstein cité par une intervenante, je dois dans cette synthèse concilier rigueur et relativité...J'aurai pour cela un critère : « l'humanité du juge, voilà l'essentiel » a magnifiquement dit le Président Guy Canivet, fondateur de GEMME avec Béatrice Blohorn-Brenneur. J'irai plus loin encore : « **l'humanité, voilà l'essentiel** » !

Les médiateurs suisses venus en nombre - magistrats, avocats et non juristes - m'ont raconté une histoire typiquement genevoise mais emblématique de nos assises: « La Suisse existe depuis Napoléon 1^{er} grâce à une médiation, et qui plus est une médiation française ».... Oui, mais ont-ils ajouté, « la médiation nous a été imposée par un despote ! »

Je voudrais que ces assises ne marquent pas la naissance d'une médiation *imposée*, même si elles ont ouvert des perspectives réalistes et prometteuses sur certaines formes de médiation *obligatoire*!...Ce sera tout à l'heure ma conclusion...

C'est en effet un intérêt majeur des colloques de GEMME-France et de la CIMJ : être à la pointe la plus fine des questions que le monde de la médiation se pose, dans toutes ses composantes.

Certains aspects importants de la médiation ont été à vrai dire plutôt abordés de façon éloquente et prometteuse... que développés :

- . Les **médiations d'amont, de prévention, de projet**, ont été souvent évoquées (en particulier par nos intervenants, tout particulièrement du CMAP, en médiation commerciale internationale ou de difficultés d'entreprise, en risques psychosociaux et RSE...), mais elles sont restées marginalisées dans des assises judiciaires nécessairement obnubilées par le conflit, que dis-je, par le litige dans toute sa virulence contentieuse. N'en oublions pas pour autant l'importance !

- . Tout comme l'**e-médiation** est manifestement désormais porteuse de réalisation concrète grâce à l'Europe, et peut-être au-delà des litiges de consommation ;

- . Tout comme la loi française en cours d'adoption sur l'**action de groupe**, qui prévoit le recours à des médiations homologables à l'initiative des associations ;

- . Tout comme la **médiation en matière administrative** abordée en atelier en 2012 et précisée à la tribune cette année par Jean-Pierre Brunel.

Ces questions pourraient bien figurer parmi les sujets « stars » des prochaines assises à Biarritz début juillet 2014 !

Mais nous l'avons tous bien senti au cours de ces IV^{èmes} assises internationales d'Aix-en-Provence : quatre réalités s'imposent aujourd'hui à nous dont nous avons eu ici la primeur dans toute leur force :

1. **L'Europe catalyseur, déclencheur puissant des dynamiques nationales européennes** ; nous avons senti qu'une nouvelle étape s'ouvre, le temps d'une médiation régulée – et nous l'espérons auto régulée par les acteurs majeurs en médiation de la société civile ! - sous l'égide d'autorités officiellement en charge d'accréditer des médiateurs formés et compétents.
2. En second lieu, ce qu'Eric Maitrepierre, chef du service des affaires européennes et internationales (SAEI), a appelé, je le cite, « l'idée un peu curieuse au premier abord d'**une médiation obligatoire** ». La médiation peut-elle, doit-elle, a-t-elle intérêt à devenir

obligatoire, plus ou moins, dans quelques domaines ou dans tous ou dans aucun ?! Grâce à ces assises, la question est enfin posée clairement, franchement, sans tabou, professionnellement.

3. ...et puis en troisième lieu, on a fini de se voiler la face et, même si Béatrice Blohorn-Brenneur a justement rappelé **le primat de la qualité de la justice**, on a enfin osé « cyniquement » ont dit certains, parler de désengorger, ou plus élégamment d'**alléger la justice** et admettre qu'il n'y a pas de honte à le dire : les tribunaux doivent être soulagés du nombre trop élevé des affaires à traiter au regard des moyens mis en œuvre.
4. ...et enfin on a osé parler petits et gros sous ! La transparence des coûts...les conventions d'honoraires de résultat...le coût comparé de la médiation pour le justiciable et pour le tribunal lui-même, ou pour le dire mieux, avec les mots de la Direction compétente du Parlement européen : « **la quantification du coût du non-recours à la médiation** » ! Autant dire que la médiation est un centre non de coûts mais de gains, à la fois financiers *et* humains, quantitatifs *et* qualitatifs, bref c'est tout bénéfique ! comme l'a rappelé Philippe Emont Directeur général d'AlterNego ...ce qui répond au passage à la question de la gratuité posée avec fermeté par le Bâtonnier de Nice : ce qui a une valeur, qui plus est une valeur professionnelle, a un prix!

Ayant ainsi dit quelques mots sur l'allègement des rôles et les questions d'argent, je voudrais privilégier les deux premiers points : la Directive 2013 et la Médiation obligatoire.

I. 2013-2015 : l'Europe à l'heure de la nouvelle directive

Les assises ont eu le privilège d'accueillir une nouvelle fois Fernando Paulino-Pereira, chef d'unité, responsable de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale, au secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, et responsable de e-justice et de e-médiation. Mais cette année il est venu en avant-première de **la nouvelle Directive Européenne en médiation civile et commerciale que la France devra avoir transposée d'ici l'été 2015.**

Il nous a dit sa conviction, acquise depuis 2008, que la première directive ferait boule de neige, que « le temps était venu pour le pied gauche de venir correspondre au pied droit », et qu'il convenait de « créer un nouveau cadre », de « **créer un système professionnel de la médiation** »!

Et cela en allant au-delà des limites strictement transfrontalières que la Directive de 2008 lui avait assignées.

Il a rappelé avec force **les grands principes auxquels toute médiation doit être subordonnée : compétences** (pluridisciplinaires, mais avec une « compréhension du droit »), **confidentialité**, **transparence** (excluant tout honoraire de résultat), **efficacité** (délai général de 90 jours ouvrables), **liberté, légalité, impartialité et indépendance !**

...**Indépendance** : le retour ! Sur ce point névralgique, grâce à une question de Jacques Duplat, premier avocat-général honoraire à la Cour de cassation, une ambiguïté latente depuis 2008 a été levée : l'indépendance des médiateurs, en particulier leur indépendance financière, nous a été catégoriquement présentée comme nécessaire et inséparable de leur impartialité.

Et puis surtout, la directive prévoit des **autorités qui vont exercer un contrôle de la qualité de la médiation et donc des médiateurs.** Comme l'a dit Mme Husson-Trochain, premier président de la cour d'appel d'Aix-en-Provence : la bonne volonté et la qualité ne suffisent pas ! « Sans médiateurs compétents, pas de juges prescripteurs !...et sans juges prescripteurs, pas de médiateurs exercés », selon l'aphorisme opportunément rappelé de Nathalie Chapon, conseiller référent médiation à la cour d'appel de Montpellier.

Cette certification constituera une sécurité pour le justiciable comme pour le tribunal. Allons-nous vers un « registre des médiateurs » à la hongroise ? Vers le développement d'un « vrai corps de médiateurs » ? comme c'est le cas *de facto* en Angleterre, selon le propos de Simon Wesley, avocat international.

Mais au fait, de quels médiateurs parlons-nous ? **Pas de médiateurs sans formation digne de ce nom** ont dit tous les orateurs, que l'on soit avocat chevronné ou magistrat expérimenté, ou que l'on vienne de toute autre profession. Qu'est-ce qui se joue ? Nous lirons la directive 2013 (et ses considérants, comme nous y avons été vivement invités) avec une attention particulière sur la définition du médiateur, car « the » médiateur, c'est tout de même le pivot de tous nos travaux :

Or, j'ai cru discerner dans nos échanges au cours de ce Colloque, une petite tendance à aller vers – devrais-je dire une tendance à dériver vers des médiateurs-conciliateurs, - aviseurs, semi-experts, quasi-conseils, demi-juges, pseudo-arbitres, voire managers-médiateurs, autant dire juge *et* partie, proposant leurs impressions, options, voire solutions !

Or l'absence d'indépendance du médiateur, l'absence de médiateur extérieur, implique un risque déontologique, un risque de mise en cause de la responsabilité du médiateur (voire de son prescripteur) faute d'être un tiers véritable sans conflit d'intérêts. Cela menace qui plus est l'efficacité même de la médiation : car qui ira en confiance vers celle ou celui qui ne peut lui assurer la confidentialité dont Béatrice Brenneur a rappelé la nécessité ? Et qui ira devant un médiateur librement et de bon gré en sachant que ce médiateur pourrait orienter, détourner ou confisquer sa liberté et sa responsabilité de décider de ses affaires, pour lesquelles il a la libre disposition de ses droits ?!

Béatrice Brenneur, médiatrice du Conseil de l'Europe, nous a bien rappelé d'ailleurs, à propos de cette Institution, la distinction fondamentale entre « **ombudsman** » et « **médiateur** » nécessairement tenu à une absolue confidentialité...

Robert Badinter, ancien ministre de la justice, avait, au cours d'un colloque, bien expliqué ses hésitations à accepter d'être médiateur dans le chantier du Tunnel sous la Manche, au motif qu'il n'avait aucune expertise en la matière, jusqu'à avoir compris qu'il ne s'agissait pas en médiation d'être expert en tunnels, mais expert en médiation !

L'éthique et l'humanité encore et toujours ! Et accepter, même pour des juristes de donner toute sa place à la subjectivité ! Il nous faut travailler ensemble la **complémentarité du droit normatif et des approches psychosociologiques**, comme l'ont si éloquemment rappelé Eric Battistoni, juge au tribunal du travail de Verviers en Belgique, et toute la table ronde présidée par Pierre Guerder, Doyen honoraire de la Cour de cassation.

Enfin, je voudrais conclure cette première partie de ma synthèse en allant un peu au-delà de la directive, et en reprenant l'hymne d'espoir de Gabrielle Planès, présidente de l'ANM prolongeant le propos de la présidente de la FNCM et les efforts non moins constants de GEMME France : *We have a dream* !...demain enfin **un Observatoire** objectif et factuel de la médiation pour sortir du merveilleux foisonnement actuel où le pire côtoie le meilleur, bref de cette profusion qui tourne à la confusion.

Il faut, en effet, comme a su le dire Linda Benraïs, docteur en droit et médiatrice, que la médiation puisse jouer librement et efficacement son **rôle pédagogique** dans le développement d'une culture des droits de l'Homme, d'acteurs libres et responsables, respectueux les uns des autres au-delà de leurs différends.

Puisse la directive réguler sans réglementer, a fortiori sans enrégimenter ! En un mot un cadre, pas un lit de Procuste. Mais à vrai dire ce n'est pas un vœu ; c'est notre responsabilité.

II. La médiation obligatoire ?! Expériences et questions

Il y a un consensus, sauf erreur de ma part, sur l'obligation d'information et nous savons comment, depuis quelque cinq ans, c'est devenu un axe de travail, aussi bien en Roumanie qu'en France...et avec succès.

Mais, peut-être par impatience d'attendre les deux générations nécessaires à un changement de culture et de mentalités, voilà que l'on voudrait aller plus vite que la musique : « je vous veux du bien ; allez en médiation, c'est bon pour vous ! »

Cela m'a rappelé d'abord le désir bienveillant de donner un médicament à son chat ... ou de faire manger un plat à son enfant chéri au motif que 1) c'est bon, 2) c'est bon pour toi, 3) tu vas voir : goûte

et tu vas aimer ! Certes, ce sont des enfants ! Mais cela marchera-t-il mieux avec nos concitoyens justiciables ?

Patricia Lemasson-Bernard, Présidente de la Fédération Nationale des Centres de Médiation, a été très nette dès le début des assises : **la médiation est essentiellement libre et volontaire** et il serait dangereux, voire mortel d'y porter atteinte. « Une médiation obligatoire, nous le craignons, serait la fin de la médiation ». C'est, en effet, le credo de la quasi-totalité des médiateurs libéraux en France. Mais surmontant mon aversion (mes *a priori*) et mon scepticisme (soyons ouvert) j'ai néanmoins voulu entendre les arguments de nos passionnants intervenant/es !

Au Canada, pays où la médiation a si pleinement droit de cité, l'Honorable Suzanne Handman, Juge à la cour du Québec, a su nous dire qu'il n'y a pas d'*a priori*, pas de tabous, et au gré des dix Provinces, coexiste harmonieusement toute la palette des possibilités, de la liberté absolue à l'obligation impérative, incitative ou relative. Même si l'on sent qu'il s'agit plutôt de conciliation judiciaire que de médiation, cela fait réfléchir...

Que dire alors de l'Italie, après le si vivant exposé de Chiara Giovannucci Orlandi, Professeur à l'Université de Bologne et médiatrice, passant d'une tentative obligatoire de médiation en 2010, mais rejetée fin 2012 par la juridiction suprême italienne comme inconstitutionnelle, pour en venir en juin 2013 à un décret-loi qui prévoit, entre autres dispositions très intéressantes, la possibilité pour le juge de faire une proposition de conciliation ou de transaction, mais aussi d'ordonner un « premier rendez-vous de médiation » obligatoire et de faible coût, ouvrant la possibilité d'aller plus avant si les parties le veulent.

En Hongrie, Katalin Toth, juge au tribunal civil de Budapest, souligne qu'en 2014, la médiation deviendra « mandatory », obligatoire en matière commerciale et pourrait l'être à la demande du juge, non pas pour le divorce lui-même, mais pour l'exercice de l'autorité parentale. Une obligation, mais sans sanction. Est-ce encore une obligation ?

En Australie, rappelle Me Simon Wesley, - et cela entraîna des mouvements divers dans la salle-, une sanction est infligée par les juges aux avocats qui auraient manqué à l'obligation quasi déontologique de dissuader les parties d'aller au procès et de tenter une approche amiable...et nous n'insisterons pas douloureusement sur Singapour, ou sur l'Angleterre qui est, comme chacun sait, sur une autre planète que l'Europe ...mais qui a tout de même beaucoup à nous apprendre.

Pour l'Union Européenne en tant que telle, Fernando Paulino-Pereira ne nous a rien dit, me semble-t-il, d'une éventuelle obligation générale, et ce devrait donc être à la discrétion des 28 Etats membres : choisissons-nous comme les 10 Provinces du Canada cette **diversité** décrite par Suzanne Handmann, et vantée par Jaime Cardona Ferreira, premier président honoraire de la Cour Suprême du Portugal, comme spécifique, consubstantielle à la médiation ?

Encore faudra-t-il en tout cas rester respectueux de principes aussi fondamentaux que l'article 6 al.1 de la CEDH qui prescrit que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi. C'est ce qu'a rappelé avec force Jean Mirimanoff, juge honoraire et médiateur assermenté en Suisse, **redoutant qu'on ne mette le doigt dans l'engrenage d'une demi-justice « au rabais » au travers d'une amorce de médiations obligatoires et « au demeurant dénaturées ».**

Mais, jeudi soir, une question est venue de la salle : Où est le problème ? Personne ne trouve scabreux que les signataires d'une clause de médiation soient contraints d'honorer cet engagement qui leur crée une obligation, fût-elle librement consentie ? Où serait le mal d'**imposer une séance d'ouverture** où on s'assied autour d'une table, où on s'informe sur la médiation et où on voit si cette première réunion amorce le processus de manière satisfaisante pour tous ?

La vérité vient du théâtre - avaient rappelé Me Patricia Lemasson, et Eric Féval, médiateur - qui proposait la formule : « il faut avoir envie de résoudre le conflit ; envie spontanée... ou assistée » !

Il faut défendre à tout prix le cadre, mais le cadre n'est pas le tableau.

Que peuvent alors faire des médiateurs, avocats et juges qui ont deux sous de jugeote devant une telle pomme de discorde ? Couper la poire en deux plutôt que les cheveux en quatre !

Me permettez-vous donc de passer de la synthèse *catalyseur* à la synthèse *aviseur* ou *évaluateur* selon l'expression reprise par Marianne Souquet, médiateur :

OUI unanime, trois fois plutôt qu'une, à l'amélioration des **convocations d'information**, double voire triple **convocations** (nous a même dit Philippe Bertrand, président de chambre à la cour d'appel de Pau), des **audiences d'information et de proposition** de médiation (que Béatrice Brenneur avait lancées naguère à Grenoble et qui sont aujourd'hui reprises à Pau et ailleurs !) et des **permanences de médiateurs** auprès des tribunaux et cours.

OUI à l'obligation d'une **première réunion de médiation « test »**, à la faveur de ces permanences par exemple qui permettent aux personnes de s'asseoir autour de la même table, et d'entamer un échange à la faveur de cette plénière.

Nous avons en effet l'expérience de ces médiations judiciaires ordonnées par le juge, acceptées du bout des lèvres pour ne pas contrarier le magistrat et qui, une fois lancées, prospèrent souvent aussi bien que les médiations volontaires.

Alors, pourquoi pas ! **Si la médiation reste libre et volontaire, et que ce qui est obligatoire, ce n'est pas la médiation, mais le fait de la connaître et la tester, sans chantage ni sanction.**

Faute de quoi, la France pourrait bien connaître les mêmes déchirements que l'Italie.

- Dès lors, que faire ?

. Il suffit d'entendre Béatrice Brenneur parler de ses années d'expérience à la chambre sociale de Grenoble,

. Il suffit d'entendre Philippe Bertrand nous faire part de son expérience en cours à la cour d'appel de Pau,

. Il suffit d'entendre la richesse d'idées novatrices et pragmatiques surgies de nos échanges, comme les « mini médiations » suggérées par Gabrielle Planès, présidente de l'ANM, ou le « remboursement des frais en cas d'aboutissement du litige par voie de médiation » prévu par la législation roumaine, et tant d'autres...

. Il suffit de garder présente à l'esprit l'initiative de la médiation familiale obligatoire *à l'essai* à Bordeaux et Arras....

...pour **refuser toute décision top down imposée par quelque institution que ce soit**, et pour inviter la Chancellerie à **écouter l'expérience de la société civile**, des associations, centres et médiateurs et Fédération, de la plate forme des médiateurs et des magistrats de GEMME et CIMJ.

« **Faire, tester et aménager** » : deux magistrats, Philippe Bertrand et Jean-Pierre Brunel, président honoraire des cours d'appel administratives, nous ont dit d'une même voix que c'est la clé du succès ! Ce sera donc ma conclusion.