

*Signatures
internationales*

Signatures Internationales

L'Association Française des Docteurs en Droit à l'écoute du Monde



Conseil scientifique :

Hélène AUBRY, *Professeur à l'Université de Paris-Saclay*

Hugo BARBIER, *Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

Frédéric DAL VECCHIO, *Avocat au Barreau des Hauts-de-Seine*

Ariane GUIGNOT-DE GUILLENCHMIDT, *Avocat au Barreau de Paris*

Franck JULIEN, *Juriste de banque, Professeur associé à l'Université de Paris II*

Cécile LE GALLOU, *Professeur à l'Université de Toulouse-Capitole*

Guillaume MAIRE, *Maître de conférences à l'Université de Metz*

Kamalia MEHTIYEVA-BARBIER, *Professeur à l'Université Paris-Est-Créteil*

Jacques MESTRE, *Président de l'AFDD*

Béatrice PARANCE, *Professeur à l'Université de Paris VIII*

David RICHARD, *Avocat au Barreau de Paris*

Rédactrice en chef :

Sandie LACROIX-DE SOUSA, *Maître de conférences HDR à l'Université d'Orléans*

Les contacts sont à établir à l'adresse suivante : sandie.lacroix@univ-orleans.fr

ISSN 2646-3458

Sommaire

Bulletin n°8 – décembre 2023

Page 7 : Le réseau international de l'AFDD

Page 12 : Lumière sur une thèse

par le Professeur Kamalia MEHTIYEVA

Maher ABDELAZIZ, Contrats portuaires internationaux et arbitrage - Étude comparative, UE et Conseil de coopération du Golfe

Omar CHERRAT KAFI, La collectivisation des recours en droit de la consommation : aspects internes et internationaux

Page 31 : Le Dossier thématique : « Conciliation, Médiation et Apaisement amiable des conflits »

ACTEURS, PRATIQUES ET VOIES D'AVENIR

Fabrice VERT, Pour une politique nationale de l'amiable

Michel DEFIX, Office du juge et conciliation

David RICHARD, La médiation intégrée : une autre passerelle entre justice formelle et informelle

Patrick TRONCHE, Interview – Président des Conciliateurs de France

Guillaume MAIRE, Médiation et obligation, Retour sur la médiation obligatoire en matière civile

Catherine POLI, Entretien – Responsable du groupe de travail Médiation de l'AFDD
Mathieu MARTINELLE, La formation des médiateurs

Pierre ESCHBACH, Pénalisation de jure et civilisation de facto – À propos de la médiation pénale

Marc GIRARD, La médiation notariale

Katia ARIBI, La médiation familiale, espace démocratique

Marina CLUZET, Proposition d'analyse économique à la médiation : du besoin à la solution

Aude BERNARD-ROUJOU DE BOUBEE, La co-médiation, l'avenir de la médiation ?

Christine VALLES, Luc ERMET, Entretien – Chambre nationale des Commissaires de Justice et Médiation

Caroline BERGER, Médiation et compliance, Quelle place pour le médiateur ?

PERSPECTIVES ET APPORTS DES PRATIQUES INTERNATIONALES

Monique MOUTHIEU, Le recours à la médiation dans les rapports entre associés en droit OHADA

Elyse Cyrielle BOLO, La médiation dans un contexte de déjudiciarisation du contentieux dans le secteur de l'électricité camerounais

Sorelle Lola NGOUMDA, Les enjeux de la médiation dans l'espace OHADA : aspects de droit des sociétés

Veerash SRIKISON, Entretien – Director FAIR PRACTICE, Johannesburg, South Africa

Mary Jane STITT, Entretien – Arbitrator and Mediator, Thornbury, Ontario, Canada

Abdelmadjid NEDJARI, Le règlement des différends par la voie de la médiation-arbitrage

Karim SALEM et Abdelmohsen SHEHA, La médiation en droit égyptien, État des lieux d'un dispositif en expansion

Abdellah HIJRI, L'accord de règlement international issu de la médiation – Notion et régime en droit international et en droit comparé

Page 267 : Actualité de l'étranger

Babacar NIASS, Le futur pool judiciaire financier en droit sénégalais : quels enjeux ?

Page 279 : Invitation au voyage

Norbert ROULAND, Retour de Chine : Yin et Yang

Page 315 : Appels à communication

Page 319 : Thème du prochain numéro

Droit, Art et Patrimoine culturel (février 2024)

Avec, notamment, certaines des contributions présentées lors du Colloque de Montauban (septembre 2023)

Le réseau international de l'AFDD

Pour les Droits Étrangers, les éclairages nous seront proposés par des Correspondants, le plus souvent présents dans le pays considéré. Merci à tous de travailler ainsi étroitement avec notre Association, et d'être en quelque sorte nos Ambassadeurs pour donner une réalité très concrète et vivante à l'approche comparative qui est placée au cœur de notre revue *Signatures internationales*.

D'ores et déjà, près d'une soixantaine de pays sont ainsi représentés, et cette liste ne demande naturellement qu'à s'étoffer encore, avec de nouveaux Correspondants qui accepteraient de nous rejoindre pour faire mieux connaître leur droit national.

Afghanistan Nasir AHMAD nasirahmad.ashrafi@gmail.com	Italie Ermanno CALZOLAIO Doyen, Faculté de droit de Macerata ermanno.calzolaio@unimc.it
Algérie Mostefa MAOUENE Professeur de droit, Université de Sidi Bel Abbès maouene_mostefa@yahoo.fr	Inde 1) Laure MERLAND Maître de conférences en droit privé, Université Aix-Marseille lauremerland@free.fr 2) Saif RASUL KHAN Assistant Professor, Guwahati NERIM Law College, NERIM Group of Institutions saifrasulkhan@gmail.com
Allemagne Francis LIMBACH Professeur de droit, Université de Kiel Avocat flimbach@law.uni-kiel.de	Irak Kheir OBBED Professeur, Université de Babylon khairobbbed@yahoo.fr

<p>Arabie Saoudite Osman KHALAK Professeur de droit, Université du roi Faisal osmankhalak@yahoo.fr</p>	<p>Iran Saïd SHOJAEI Maître-assistant Université Beheshti de Téhéran said.shojaei@yahoo.fr</p>
<p>Azerbaïdjan Kamalia MEHTIYEVA-BARBIER Professeur à l'Université Paris-Est Créteil kamalia.mehtiyeva@yahoo.fr</p>	<p>Japon Asaya OSHASHI Professeur, Université de Waseda, Tokyo asaya@waseda.jp</p>
<p>Belgique Adina ONOFREI Fonctionnaire à la Commission européenne adina.onofrei@proximus.be</p>	<p>Liban Carla HABRE Docteur en droit carlahabre@gmail.com</p>
<p>Bénin Éric DEWEDI Professeur de droit, Université de Parakou edewedi@gmail.com</p>	<p>Luxembourg Frédérique BOULANGER Doctorante, Université du Luxembourg frederique.boulanger@uni.lu</p>
<p>Brésil Juliano BARRA Avocat, professeur associé jsbarra@uol.com.br</p>	<p>Mali Adama COULIBALY Directeur juridique Service Lutte contre l'argent illicite adcoulibaly@oclei.ml</p>
<p>Bulgarie Konstantin ILCHEV et Ana-Maria ILCHEVA Docteurs, Université de Nice ilchevkonstantin@gmail.com ana-maria.ilcheva@gmail.com</p>	<p>Maroc Mohammed Kamal DAOUDI Président de chambre à la Cour des comptes kamal.daoudi@courdescomptes.ma</p>
<p>Burkina-Faso G. René LALOU Enseignant-chercheur, Université de Ouagadougou II lanou.r@gmail.com</p>	<p>Mexique Gabriela RODRIGUEZ ARGUIJO Avocate g.rodriguezarguijo@ibfd.org</p>
<p>Cambodge 1) Antoine FONTAINE Avocat fontaine@bun-associates.com</p>	<p>Monaco Vincent de BONNAFOS Conseil juridique vincent.debonnafos@gmail.com</p>

<p>2) Chamroueun HEL Directeur général au Ministère de l'Économie helchamroeun2000@yahoo.fr</p>	
<p>Cameroun Monique MOUTHIEU NJANDEU Professeur Univ.Yaoundé II mouthieu2012@yahoo.fr</p>	<p>Niger Halima ZAKI MOUSSA Enseignant-chercheur Université de Tahoua zaki.halima@yahoo.fr</p>
<p>Canada Jérémié TORRES-CEYTE Professeur de droit Université de Montréal jeremie.torres-ceyte@umontreal.ca</p>	<p>Nouvelle-Zélande Géraldine GIRAUDEAU Professeur de droit public ggiraudeau@yahoo.fr</p>
<p>Chili Gonzalo RUZ Professeur de droit Santiago, Magistrat gonzalo_ruz@yahoo.fr</p>	<p>Pologne Piotr SZWEDO Maître de conférences HDR, Université Jagellonne piotr.szwedo@uj.edu.pl</p>
<p>Chypre Charikleia VLACHOU Maître de conférences en droit public, Université de Chypre charavlachou@gmail.com</p>	<p>Portugal</p> <p>1) Luis M. ALVEZ Consultant Directeur adjoint du Journal de droit administratif Chef du bureau juridique luismalves@revista-rda.pt</p> <p>2) Pedro SANCHEZ Professeur Université de Lisbonne pedrofsanchez@fd.ulisboa.pt</p> <p>3) Inès NEVES Assistante de la faculté de droit de Porto ineves@direito.up.pt</p>
<p>Chine Isabelle WANG-FOUCHER Maître de conférences en droit privé wangisabelle@yahoo.com</p>	<p>Qatar Thomas PERAN Professeur de droit tperan@lu.edu.qa</p>
	<p>République Démocratique du Congo Grégoire BAKANDEJA Professeur de droit gbakandeja2002@yahoo.fr</p>

<p>Colombie Felipe CALDERON-VALENCIA Professeur Université de Medellin felipecalderonvalencia@gmail.com</p>	<p>Roumanie Catalina ASASILENCEI Collège Franco-Roumain d'études européennes catalina.av@gmail.com</p>
<p>Congo Elie LOKO-BALOSSA Professeur de droit, Brazzaville eilokobalossa@yahoo.fr</p>	<p>Russie Hugo BARBIER Professeur de droit privé, Université Aix-Marseille hugobarbier@hotmail.com</p>
<p>Côte d'Ivoire Etienne Alla KOFFI Professeur de droit, Université d'Abidjan a.kem1@hotmail.fr</p>	<p>Sénégal Ndiaw DIOUF Vice-Président du Conseil constitutionnel Secrétaire Général de la Conférence des Cours Constitutionnelles d'Afrique ndiaw@yahoo.fr</p>
<p>Dubaï Lamia KHEIR BEK Juriste d'entreprise lamiakb@hotmail.com</p>	<p>Suisse Vaïk MULLER Avocat vaik.mueller@cms-vep.com</p>
<p>Écosse Irène COUZIGOU <i>Senior Lecturer,</i> Faculté de droit d'Aberdeen cirene.couzigou@abdn.ac.uk</p>	<p>Singapour Renée KADDOUCH Avocate renee.kaddouch@gmail.com</p>
<p>Égypte Mohammad KASSEM Professeur, Université d'Alexandrie kassem1805@hotmail.com</p>	<p>Syrie Fouad DIB Doyen honoraire de la Faculté de droit de Damas f.r.dib@hotmail.fr</p>
<p>États-Unis d'Amérique 1) Jean-Christophe RODA Professeur de droit privé, Université Lyon III jeanchristophe.roda@yahoo.fr 2) Gérard Guyard, Docteur en droit, chef d'entreprise gerard.guyard@gravotech.com</p>	<p>Thaïlande 1) Aimpaga TECHA APIKUN Professeur, Université Thamassat, Bangkok aimpaga@gmail.com 2) Prangtip RABIEB Juriste au Conseil d'État, Bangkok rprangtip@yahoo.com</p>

<p>Espagne et Andorre 1) Yves PICOD Doyen honoraire Faculté de droit de Perpignan picod@univ-perp.fr</p> <p>2) Juan Pablo CORREA Professeur, Université de Barcelone juanpablo.correa@laquardlegal.com</p>	<p>Tunisie 1) Aïda CAID ESSEBSI Maître de conférences agrégée, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis (Université de Carthage – Tunisie) aida.caidessebsi@planet.tn</p> <p>2) Nawel BELHAJ Avocate, enseignante, Tunisie nawelbelhaj1@gmail.com</p>
<p>Grande-Bretagne Cécile LE GALLOU Maître de conférences, Université Toulouse clegallou@gmail.com</p>	<p>Turquie Kamalia MEHTIYEVA-BARBIER Professeur à l'Université Paris-Est Créteil kamalia.mehtiyeva@yahoo.fr</p>
<p>Grèce Christos MASTROKOSTAS Doyen Faculté de droit de Thessalonique cmastrok@gmail.com</p>	<p>Togo Laurent AGBENOTO Professeur Faculté de droit de Lomé mlaurenta@yahoo.fr</p>
<p>Haïti Léila Christine DECEMBRE- MOMPLAISIR Professeur à l'Université Quisqueya lei.decembre@gmail.com</p>	<p>Viet Nam Do VAN DAI Vice-doyen Faculté de droit de Ho-Chi-Minh Ville tsdovandai@yahoo.fr</p>

Lumière sur une thèse

Dans chaque bulletin de *Signatures internationales*, le professeur Kamalia MEHTIYEVA propose à un docteur étranger de présenter sa thèse soutenue dans une université française.



Maher ABDELAZIZ, *Contrats portuaires internationaux et arbitrage. Étude comparative, UE et Conseil de coopération du Golfe, sous la dir. du professeur Ph. Delebecque, Université Paris 1, 22 sept. 2023.*

KM: Bonjour Maher, vous venez de brillamment soutenir une thèse de doctorat intitulée *Contrats portuaires internationaux et arbitrage. Étude comparative, UE et Conseil de coopération du Golfe*. Vous avez mené ce travail à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne sous la direction du Professeur Philippe Delebecque. Avant toute chose, je vous félicite pour l'obtention du grade de docteur en droit. L'aspect comparatiste de votre sujet de thèse doit être nécessairement lié à votre parcours. Je vais immédiatement révéler à nos lecteurs que votre parcours est impressionnant et décidément international. Pourriez-vous nous en dire plus ? Qui êtes-vous ? Pourquoi la thèse de doctorat ? Et pourquoi ce sujet ?

MA : Je suis syrien-libanais né à Toulouse. J'ai vécu en Syrie jusqu'en 2011 lorsque l'aube du printemps arabe a décidé de frapper fort au Levant et a poussé ma famille à déménager au Liban. Le glissement du Lycée Charles de Gaulle de Damas vers le Lycée franco-libanais au Liban, à la lumière de circonstances déplorables, a alimenté mon goût pour les études de sciences sociales. Studieux et motivé, j'ai été un étudiant appliqué dans l'acquisition des savoirs tout au long de ma scolarité. J'ai dû m'adapter

au système français en faisant preuve de rigueur et de ténacité et y ai développé un esprit de synthèse ainsi que des qualités rédactionnelles, de rigueur, d'analyse et de réflexion. Après l'obtention d'un baccalauréat ES, j'ai entamé mes études en droit à l'université Saint-Joseph de Beyrouth. J'ai y consacré deux années de ma vie pour acquérir une approche comparative des droits français et libanais et dans les deux langues française et arabe. Comme mon but était celui d'obtenir une licence en droit français, j'ai décidé de passer ma troisième année à l'Université Paris Sorbonne Abou Dhabi (Diplôme délivré par l'Université Paris Cité), toujours dans une ambiance très internationaliste et comparatiste.

La France, Paris en particulier, représentait l'ambition de l'épanouissement intellectuel tant souhaité. J'ai donc intégré l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne pour le cursus de Master 1 mention Droit international des affaires traitant essentiellement les disciplines de droit international privé et de l'arbitrage international. En parallèle, j'ai pu joindre le cours intensif en droit international privé offert par l'Académie de La Haye à l'été de 2017. Très vite, la pratique des affaires internationales et la résolution des litiges m'ont particulièrement intéressées. C'est à ce titre que j'ai décidé de poursuivre, toujours dans une optique comparatiste, un LLM (Master 2 recherche) en droit pétrolier et gazier à Aberdeen, Ecosse. Cette expérience s'est avérée très stimulante et enrichissante or, non seulement j'ai eu le privilège de compléter mon approche comparatiste entre les différents systèmes juridiques acquis en ajoutant l'approche anglo-saxonne, mais suis aussi parvenu à développer mon capital à la fois intellectuel et social avec une connaissance pratique de l'industrie de l'énergie tout en développant mes capacités dans l'analyse et la recherche. A côté des 18 travaux de recherche réalisés, mon mémoire de recherche a porté sur la durabilité des pipelines de pétrole et de gaz passant par la Syrie à l'aune des normes internationales et européennes et *ipso facto* l'intérêt d'accès au marché et les défis éventuels. Dans une optique de compléter mes connaissances tant théoriques que pratiques de l'industrie, j'ai obtenu un certificat intitulé « *Politics and Economics of International Energy* » pour un cours intensif dispensé en ligne par Sciences Po.

Ces différents axes de recherche m'ont poussé, à mon retour en France, à poursuivre un doctorat, à explorer les questions relatives à l'industrie portuaire, non moins importante que l'industrie pétrolière en termes de sensibilité extrajuridique, d'intérêts

juridique et contractuel et de résolution des litiges par la voie de l'arbitrage international. C'est un honneur et un privilège d'avoir pu rencontrer M. le Professeur Philippe Delebecque qui m'a amiablement proposé un rendez-vous dans le but de discuter à propos du projet de thèse. M. Delebecque a chaleureusement accueilli mes idées de recherche et a contribué à les façonner tout au long de mon parcours doctoral durant quatre années à temps plein. Son soutien inestimable et sa réactivité à mes interrogations tant méthodologiques que substantielles ont amplement contribué à l'aboutissement de ce travail de recherche. J'ai soutenu ma thèse le vendredi 22 septembre 2023 devant un jury composé de M. Thomas Clay, M. Laurent Fedi, M. Mostefa Maouene, M. Moussa Mitry et M. Philippe Delebecque. Bien que désormais verbale, j'ai eu le droit à la mention « très honorable » et à l'encouragement des membres du jury à la publication de ma thèse en l'état ainsi qu'à sa présentation aux différents prix de thèse.

KM : Paris est une ville de magie. On y trouve ce que l'on cherche. Vous y avez trouvé un épanouissement intellectuel. Je suis ravie que cette quête ait abouti à une soutenance devant un jury prestigieux et une soutenance aussi brillante. Il ne pouvait pas en être autrement dans une ville lumière. Cette soutenance est bien sûr le fruit de longues et éprouvantes années de recherche et de rédaction. Mais le point de départ de toute thèse est le sujet. Pourquoi ce sujet ?

MA : L'idée initiale était de s'intéresser aux contrats administratifs internationaux et à leur effet sur un nouveau régime d'arbitrage de droit public. Ce nouveau régime pourrait émerger en raison, d'une part, de la prolifération des contrats administratifs internationaux, notamment en Europe, grâce à la facilitation d'une procédure de passation des contrats de la commande et, d'autre part, de la volonté de bâtir un droit public de l'arbitrage commercial international à l'aune de la multiplication des lois sur mesure. Ces tendances visent notamment à permettre les personnes morales de droit public à compromettre. Elles se conjuguent avec un autre phénomène, d'ordre normatif, qui est l'apparition de nombreux principes généraux de droit forgés par la jurisprudence (Les séries SMAC et FOSMAX LNG, INSERM, etc.).

Je me suis alors interrogé sur le fait de savoir s'il ne serait pas plus judicieux, *in favorem* du nouveau régime de droit public de l'arbitrage commercial international, de

prendre en considération les spécificités de chaque industrie visée par ces contrats. Cette interrogation m'a conduit à une conclusion selon laquelle une étude casuistique en la matière s'impose pour une meilleure pratique de l'arbitrage international. Une approche pragmatique que je propose de nommer en l'occurrence une étude de « port par port ».

Toutefois, la matière rencontre à une difficulté. En effet, si le droit de l'arbitrage international mérite d'être salué, l'élément perturbateur, au sens figuré du terme, est bel et bien la présence d'au moins une personne publique. Garantir l'application des lois nouvelles en arbitrage est parfois difficile dans le secteur portuaire dont le régime juridique heurte l'esprit même de l'arbitrage international.

En plus de ces difficultés, le secteur portuaire se singularise par des défis qui lui sont propres compte tenu de ses propres règles impératives ayant trait aux théories de la domanialité publique et de service public portuaire. Les particularités extra juridiques relatives à la gouvernance portuaire et à la gestion des ports sont d'autant plus des éléments qui influencent la règle de droit et peuvent constituer des entraves au libre accès à l'arbitrage international.

KM : L'originalité de votre sujet, dont on se rend compte lorsque l'on lit votre thèse, est qu'il ne craint ni le temps ni l'espace. Le temps parce que les problématiques de votre thèse sont intemporelles. L'espace parce que non seulement, par définition, nous sommes dans un contexte inter-portuaire, un contexte qui lie les États, voire les continents, mais aussi, parce que ces rapports sont en permanente mutation en raison des défis économiques, sanitaires, écologiques et géopolitiques qui transcendent les relations contractuelles portuaires. Pourriez-vous nous en dire plus ?

MA : Les façades maritimes représentent en effet un enjeu stratégique qui date, du moins en France, depuis la construction et l'expansion des premiers ports qui remontent au Ve siècle témoignant de la construction du port de Marseille et le port de Rotomagus (aujourd'hui, port de Rouen). Aujourd'hui cet enjeu stratégique s'est amplifié à la lumière de la crise sanitaire du Covid-19, la compétitivité européenne et la volonté subséquente de reconquérir les parts du marché maritime. Vient s'ajouter à

cette contextualisation du sujet la guerre déclenchée à l'Est de l'Europe secouant tous les acteurs portuaires sur la nécessité de se tourner vers des terminaux méthaniers. Une étude universelle du sujet n'étant pas possible et sans doute pas souhaitable, j'ai cantonné l'aspect comparatiste de l'étude des contrats administratifs internationaux sous le prisme des contrats portuaires au droit français ainsi que celui des États membres du Conseil de Coopération du Golfe (CCG).

Ces éléments substantiels qui m'ont conduit à réfléchir sur l'aspect procédural propre aux contrats portuaires internationaux, et notamment sur l'ouverture des ports aux modalités alternatives de règlement des litiges dont fait partie l'arbitrage.

En étudiant cet aspect procédural du sujet, j'ai soulevé de nombreuses questions relatives notamment à la notion d'arbitrabilité subjective, à l'islamité de l'arbitrage, au régime applicable au contrat administratif international, aux contrats portuaires (concession, convention de terminal, marché de partenariat, etc.), ainsi qu'aux modalités de gouvernance des ports. La recherche propose une analyse critique comparée de l'évolution des règles et de la jurisprudence applicables à ces contrats, tant dans l'UE que dans les États CCG afin de permettre aux opérateurs portuaires étrangers de disposer davantage de sécurité juridique à travers l'arbitrage international.

Cette étude a révélé un certain décalage entre le développement de la matière avec l'évolution normative nécessaire pour régir les problématiques différentes qui se soulèvent. Ainsi, dans les États membres du CCG, si la performance des ports monte en flèche, les textes relativement récents en matière d'arbitrage international nécessitent toujours une mise en œuvre jurisprudentielle pour confirmer leur caractère moderne et conforme à la loi type de la CNUDCI. En revanche, en Europe, et plus particulièrement en France, ce n'est pas la modernité du cadre juridique de l'arbitrage international qui pose un problème (mis à part les questions de réparation des compétences entre les deux ordres de juridiction), mais c'est bien la réalité économique des ports qui nuit à la mise en œuvre souhaitée des règles modernes de l'arbitrage. Malgré les réformes successives du cadre juridique gouvernant les ports, nous constatons un recul net du classement des ports, de leur performance et de la résilience précaire des infrastructures et installations portuaires. L'étude se penche

alors sur cette problématique et questionne : comment expliquer qu'un pays tant vanté par ses mérites maritimes présente des ports de « seconde catégorie », classé très loin derrière ses voisins du Nord ? Comment regagner la confiance des opérateurs de terminaux portuaires étrangers face à un régime juridique dans lequel il leur faudrait naviguer entre plusieurs codes pour espérer une prévisibilité légitimement attendue sur le long terme ? De nombreux domaines portuaires sont aujourd'hui sous-exploités et les investissements deviennent de plus en plus précaires. La gouvernance portuaire est toujours trop étatisée et les mouvements sociaux des dockers ne font que faire fuir les opérateurs étrangers et nuisent drastiquement au trafic maritime.

KM : L'on voit effectivement que les défis en la matière sont nombreux et vous en révélez un certain nombre que vous explorez en tentant de proposer des solutions. Si l'on essayait d'avoir une vision systémique de ces défis, comment expliqueriez-vous votre démarche scientifique ?

MA : Pour articuler les deux matières – le contrats portuaires et l'arbitrage international, j'ai adopté une approche contextualiste et culturelle la règle de droit. Je veux dire par là que j'ai cherché à identifier les problèmes sociojuridiques, s'attarder sur l'héritage historique des problèmes soulevés dans les États concernés par la recherche et prendre le recul nécessaire sur l'esprit des lois et des solutions jurisprudentielles dans les ordres juridiques respectifs. Je parle à l'occasion d'une « altérité » de l'arbitrage de sorte que ce mode alternatif de règlement des litiges portuaires devait être examiné dans les pays en cause à l'aune de leurs différences religieuse, culturelle ou coutumière. En résumé, une modernisation de la loi sur l'arbitrage international en matière administrative ne suffit pas à elle seule pour garantir la modernisation de l'industrie portuaire. Encore faut-il prendre en compte les spécificités de l'industrie portuaire en termes de régimes conventionnels mais aussi en termes de gouvernance.

Ces réflexions m'ont conduit à une autre interrogation : dans quelle mesure le droit des contrats portuaires internationaux est-il compatible avec l'esprit de l'autonomie de l'arbitrage international ?

La réponse à cette question passe par la quête du subtil équilibre entre l'argumentation juridique et la réflexion économique, autrement dit en prenant en compte la réalité économique des ports, le modèle de gouvernance des autorités portuaires et la course à la reconquête des parts du marché, ainsi que les effets respectifs sur les parties prenantes, à savoir les États, les autorités portuaires et les opérateurs privés, notamment les opérateurs de terminaux étrangers. Cette approche d'ensemble permet de bien comprendre et de mesurer les enjeux stratégiques en lien avec l'argumentation juridique proposée.

KM : Votre thèse est non seulement très internationale, mais elle est également résolument transversale, conjuguant aussi bien les considérations économiques, mais aussi une analyse sociologique du sujet, sans négliger l'influence de l'héritage culturel et de la tradition juridique de chaque pays étudié sur l'approche adoptée par le droit national en question. Comment avez-vous trouvé une cohérence à toutes ces idées, tout en respectant, il faut le souligner, la structure binaire si chère aux juristes français ?

J'ai effectivement structuré la thèse en deux parties, composées respectivement de deux titres et deux chapitres. La première partie traite de l'avènement du contrat administratif en matière portuaire et la seconde est relative à la sécurité juridique de l'arbitrage international en matière portuaire.

S'agissant de la première partie, je commence par identifier le contrat administratif international en matière d'exploitation portuaire dans tous ses éléments. A ce titre, ledit contrat a fait l'objet d'un examen selon deux approches juridiques : l'approche romano-civiliste et l'approche adoptée par les États membres du CCG que je propose appeler « arabo-civiliste » en considération de l'influence exercée à la fois par le droit musulman, les mœurs et usages arabes et le droit civil français sur le droit positif de ces États. L'occasion est également de rappeler les mérites de l'arbitrage international dans les contrats portuaires internationaux mais encore l'évolution historique de l'arbitrage, voire par exemple la conformité de l'esprit de l'arbitrage international avec les règles impératives du droit musulman : un phénomène que je propose d'appeler l'« islamité » de l'arbitrage. Un autre exemple est présenté pour soulever encore une fois l'intérêt de s'attarder sur l'histoire : la consécration timide de l'arbitrage par le droit

français durant la première moitié du XXe siècle. Enfin, pour mieux saisir la monopolisation de l'autorité portuaire, il a été intéressant de dire quelques mots sur l'ancienneté du droit administratif en France qui remonte à l'époque féodale.

En somme, les développements proposés dans la première partie permettent de poser le terrain. Cette partie apporte un éclairage pointu en ce qui concerne les contours de la définition du contrat portuaire international et son développement tant en France que dans les États CCG. Elle couvre également les questions relatives à l'arbitrabilité du contrat administratif et l'islamité de l'arbitrage en vue de bien mesurer les évolutions du droit positif et de la jurisprudence. La finalité a été celle de dresser un état des lieux du cadre juridique en vigueur et des modifications clés apportées par les États concernés. Cet état de lieu s'est réalisé par le canal des analyses apportées sur les législations de ces États et de leurs jurisprudences respectives permettant de compléter la connaissance et la compréhension des différents droits en question, notamment le droit musulman.

S'agissant de la seconde partie intitulée « La sécurité juridique de l'arbitrage international en matière portuaire », j'enchaîne sur la question de l'efficacité de l'arbitrage en matière portuaire tant en France que dans les États CCG. Cette partie vise à compléter le cadre juridique tant de l'arbitrage international que du droit portuaire en soulevant les évolutions et les réformes récentes en la matière. Une analyse assez précise est tentée sur le droit positif en vigueur dans les différents ordres juridiques concernés. L'analyse des sources de l'arbitrabilité subjective tout autant que celle des ports entrepreneurs est mise en exergue.

D'une part, l'approche romano-civiliste est d'apparence plus flexible que l'approche arabo-civiliste. Il est toutefois fait écho à un libéralisme qui se heurte à un esprit portuaire liberticide, voire un protectionnisme portuaire empêchant les opérateurs de terminaux portuaires de profiter pleinement de l'esprit de l'arbitrage international *a priori* autonome. D'autre part, il est fait mention de « la revalorisation arabo-civiliste de l'arbitrage » qui se réfère aux lois nouvelles sur l'arbitrage promulguées et entrées en vigueur, mais aussi les lois nouvelles encadrant le contrat de partenariat. Ces différentes lois qui manquent toujours d'une mise en œuvre pratique pour attester de leur pleine efficacité.

Enfin, je propose de parler de « sécurité juridique » de l'arbitrage et non d'« efficacité » de sorte que l'efficacité de l'arbitrage international désigne en règle générale le contrôle de la sentence arbitrale internationale seulement. Le terme « sécurité juridique » me semble plus compréhensif dans la mesure où il existe d'autres facteurs au-delà du juridique (ambiguïté des textes sur l'arbitrage de droit public, règles d'exequatur, compétence juridictionnelle et ordre public) qui peuvent potentiellement tout autant nuire à la reconnaissance et l'exequatur de la sentence arbitrale, à savoir les questions industrielles et institutionnelles ayant trait essentiellement à la gouvernance précaire des autorités portuaires et le manque de coopération interportuaire. Comment expliquer qu'il faut environ une trentaine d'autorisations administratives et une dizaine d'années pour espérer avoir un permis de construire et d'exploiter un port ? On voit là un sérieux problème d'ordre structurel et administratif dénoncé par les derniers rapports spéciaux de la Cour des comptes européenne.

KM : Face à ces problèmes que vous soulevez, de différents ordres, quelles sont vos recommandations en la matière ?

MA : J'espère avant toute chose que ce travail de recherche puisse être une référence de base pour d'autres questions connexes à l'industrie portuaire (ex. : la résilience des infrastructures portuaires face au défi climatique et à la montée du niveau des mers) et à d'autres industries critiques (ex. : énergie ; aéroports).

Parmi les recommandations que je développe, je peux citer trois axes de réformes : introduire un code de l'arbitrage, repenser la gouvernance portuaire et faire coexister les juristes et les experts pour mieux saisir les enjeux et la complexité du domaine portuaire.

Le code de l'arbitrage permettrait une définition harmonisée de l'internationalité et du contrat portuaire et de l'arbitrage, un regroupement des articles consacrés dans différents codes et des lois sur mesure sur l'arbitrage des personnes publiques et entériner la confusion longtemps retenue entre les sentences arbitrales rendues à l'étranger et les sentences arbitrales internationales. Ce code permettrait aussi et surtout une *summa divisio* claire et précise entre les contrats internationaux et les contrats administratifs internationaux.

Sur la gouvernance portuaire, j'imagine une « autorité portuaire mère » à l'instar de MAWANI en Arabie saoudite ou d'Abu Dhabi Ports aux Émirats. Cette autorité agirait en un régulateur indépendant administrativement, financièrement mais surtout politiquement. Il permettrait en amont de recomposer les conseils constitutifs des autorités portuaires, décernerait les meilleures pratiques internationales portuaires et veillerait à la bonne application de la stratégie nationale portuaire conformément au droit de l'UE. Cette entité régulatrice veillerait tout autant, en aval, sur la coordination et la mise en œuvre des stratégies de développement et de financement, mais aussi à rediriger les aides et subventions aux bonnes infrastructures portuaires et éviter la sous-exploitation. C'est l'esprit d'un commandement unique.

Le dernier axe de réforme consiste à promouvoir la place des experts aux côtés des juristes portuaires comme la législation s'avère assez complexe et technique en la matière. La finalité serait d'aider les législateurs et les autorités portuaires à comprendre les implications concrètes des lois proposées, faciliter la contribution des parties prenantes et de créer une législation plus équilibrée.

KM : Votre thèse est non seulement le fruit du voyage d'une vie, de votre voyage ; elle est aussi un voyage pour le lecteur qui découvre l'histoire et d'autres traditions juridiques tout en explorant des problématiques très pointues du droit des contrats, du droit de l'arbitrage international et du droit administratif. Je vous remercie, au nom de toute l'équipe de la Revue *Signatures internationales*, d'avoir si généreusement partagé avec nous votre travail de recherche. Nous espérons et vous souhaitons que votre thèse vous donne les clés des nouveaux ports.

MA : C'est moi qui vous remercie pour l'intérêt porté à mon travail comme je remercie l'Association française des docteurs en droit et la revue *Signatures internationales* pour leur engagement auprès des jeunes docteurs et . Je tiens enfin à vous remercier personnellement chère Kamalia pour votre confiance en mon projet et soutien inestimable.

Omar KAFI CHERRAT, *La collectivisation des recours en droit de la consommation : aspects internes et internationaux*, sous la dir. de R. Dumas et F. Marchadier, Université de Limoges, 2021.

KM: Bonjour Omar, vous êtes auteur d'une thèse intitulée *La collectivisation des recours en droit de la consommation : aspects internes et internationaux*, récemment publiée chez Mare & Martin. Avant toute chose, je vous félicite pour l'accomplissement de ce travail impressionnant et pour la publication de votre premier ouvrage. Pourriez-vous nous dire plus sur vous et votre parcours ? Vous poursuiviez vos études de droit au Maroc avant de venir en France. Qu'est-ce qui vous a poussé à faire une thèse ? Et pourquoi ce sujet ?

OKC : L'écriture de ma thèse de doctorat a été rendue possible grâce à une mobilité internationale effectuée dans le cadre d'un partenariat conclu entre les universités de Limoges et de Fès. Alors que j'effectuais, en 2014, ma première année de Master en droit des affaires à la faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de Fès, j'ai appris qu'il y avait la possibilité de candidater à un programme de bourses d'excellence proposées par l'Université de Limoges. J'ai saisi cette occasion et ma candidature fut retenue.

En septembre 2014, j'ai intégré le Master 2 Droit privé général et européen, à la FDSE de Limoges, formation qui était alors co-dirigée par Monsieur le professeur Fabien Marchadier. Nourrissant un intérêt particulier pour le droit international privé et le droit processuel, j'ai proposé à ce dernier de m'encadrer dans la réalisation de mon mémoire de M2, ce qu'il a volontiers accepté. Le hasard du calendrier a fait que cette acceptation intervienne quelques jours après le 1^{er} octobre 2014 : date d'entrée en vigueur de l'action de groupe en France.

Inspirés de cette actualité majeure, nous nous sommes mis d'accord, le professeur Marchadier et moi-même, sur le sujet de ce qui allait être mon premier travail de recherche : la reconnaissance des *class actions* américaines en France. Par le biais de ce mémoire, j'ai eu l'opportunité d'explorer les mécanismes de la *class action* fédérale américaine et de l'action de groupe française. Or, au terme de ce premier travail de recherche, j'ai éprouvé un sentiment d'inachevé. D'une part, je n'ai pas eu l'occasion d'étudier plus en détail les autres mécanismes processuels à la disposition

des consommateurs. D'autre part, le contraste saisissant que j'ai pu relever entre l'efficacité des recours collectifs de part et d'autre de l'Atlantique me semblait devoir être approfondi. L'idée m'est donc venue de poursuivre les recherches relatives aux recours collectifs dans le cadre d'une thèse de doctorat, en m'intéressant cette fois à l'ensemble des mécanismes processuels – qu'ils soient judiciaires ou extra-judiciaires – permettant aux consommateurs de riposter aux violations de masse de leurs droits. A cette fin, Monsieur Romain Dumas, Maître de conférences HDR à l'université de Limoges, a accepté de codiriger mes travaux de recherche.

Après plusieurs années de recherches et d'écriture, j'ai pu soutenir ma thèse le 30 novembre 2021. En février 2022, j'ai été qualifié par la section 01 du Conseil National des Universités. Je suis, depuis le 1^{er} septembre 2022, enseignant-chercheur contractuel à l'université Toulouse Capitole.

KM : Vous avez un parcours impressionnant et inspirant. En tant que processualiste, je suis très sensible aux problématiques traitées dans votre thèse. J'ai beaucoup apprécié la lecture de votre ouvrage qui en plus de toutes les qualités de forme et de style, traite en profondeur des difficultés d'adapter les règles de procédure civile au contentieux relatif aux dommages de masse. À ce constat de l'inadaptation des règles de procédure civile, se rajoute également le phénomène de plus en plus fréquent, qui est la présence d'un élément d'internationalité dans ce contentieux. Comment le phénomène de la collectivisation des recours tend-il à résoudre ces difficultés ?

OKC : Si les progrès industriels, techniques et technologiques ont indubitablement conduit à la multiplication et à la diversification des biens et services proposés à la consommation, il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent en même temps occasionner des dommages d'une dimension nouvelle : les dommages de masse ou sériels, c'est-à-dire touchant un grand nombre de consommateurs. Ces situations, dont l'émergence a été amplement favorisée par le caractère standardisé des rapports de consommations, se rencontrent lorsque plusieurs consommateurs sont les victimes de préjudices similaires ou de même nature, engendrés par le manquement d'un professionnel à ses obligations légales ou contractuelles. Même si les consommateurs victimes de tels préjudices ont souvent leur domicile au sein d'un même ordre

juridique, il arrive parfois que la dimension collective de ces préjudices se conjugue avec l'internationalité de la situation, du fait de la localisation des victimes dans deux ou plusieurs États différents.

Or, les règles traditionnelles de procédure civile, d'inspiration individuelle et libérale, sont apparues inadaptées au traitement de ces dommages d'une ampleur exceptionnelle, notamment en raison de la modicité des enjeux économiques pour chaque consommateur pris isolément. L'effectivité du droit substantiel de la consommation s'en trouve alors affaiblie. Pour tenter de remédier à ces lacunes, le phénomène de collectivisation des recours a pris progressivement place dans les droits processuels français et européen de la consommation. Ce mouvement s'est traduit soit par la mise en place de mécanismes procéduraux proprement collectifs de résolution de ces litiges, soit, de manière relativement récente, par l'exercice coordonné d'un grand nombre de démarches judiciaires individuelles homogènes. Ainsi, constitue un recours collectif tout procédé judiciaire ou extra-judiciaire, instauré en droit ou issu de la pratique, qui permet le redressement collectif d'une même pratique illégale potentiellement ou effectivement préjudiciable à un grand nombre de consommateurs se trouvant dans la même situation, causée par un même professionnel. Grâce à la polysémie du vocable « recours », le recours collectif constitue une notion générique, incluant non seulement les actions collectives judiciaires portées devant les juridictions étatiques, mais également d'autres mécanismes collectifs de règlement non-judiciaire des litiges de masse, reposant sur l'intervention d'un tiers neutre et impartial.

KM : Pourquoi faire une thèse sur la collectivisation des recours en droit de la consommation aujourd'hui ? Après tout, le phénomène de recours collectifs dans les litiges de consommation remonte aux années 1980, mais n'a jamais réellement été marqué par un succès. Ce mécanisme procédural est-il à votre sens nécessaire ?

OKC : Quand bien même les premières formes de recours collectifs en droit de la consommation remontent aux années 1980, la consécration de l'action de groupe par la loi du 17 mars 2014 marque une étape capitale dans le phénomène de collectivisation dans cette jeune discipline, mais également au-delà. Quoique jugée, à

bien des égards, comme décevante, l'instauration de cette action collective judiciaire présente néanmoins un double intérêt. D'une part, elle met un terme à plusieurs décennies d'hésitation législative et d'âpres débats doctrinaux quant à la possibilité même d'un tel recours collectif. D'autre part, la mise en place de cette action a permis de renouveler, en tant qu'archétype des recours collectifs, l'intérêt pour leur étude dans une perspective d'ensemble.

Aussi, compte tenu de la coexistence de plusieurs outils procéduraux à la disposition des consommateurs souhaitant faire collectivement face à une violation de masse de leurs droits, l'objet de la thèse a consisté à se demander si, et dans quelle mesure, ces mécanismes juridiques permettent de jouer leur rôle dans la résolution des litiges internes ou internationaux pouvant opposer un professionnel à un grand nombre de consommateurs, exposés ou ayant été victimes des mêmes pratiques illégales. Afin d'organiser notre réflexion autour de cette problématique, nous avons, dans un premier temps étudié la question de *la nécessité des recours collectifs*, notamment par rapport aux autres instruments procéduraux pouvant être mobilisés en vue du traitement d'un litige de masse. En effet, la nécessité a été définie comme l'état d'une chose dont la l'existence et l'utilisation sont requis pour répondre à un besoin qui ne pourrait être convenablement satisfait par le recours à d'autres solutions. Dans cette première partie, nous avons donc cherché à démontrer une idée simple : qu'il s'agisse d'un dommage de masse potentiel ou avéré, les recours collectifs sont les mécanismes les mieux à même d'y faire face et ce, tant au regard de leurs fonctions que de leurs finalités.

KM : Justement, à ce propos quelles sont les fonctions et les finalités des recours collectifs ? Quel lien faites-vous entre ces notions et la nécessité des recours collectifs ?

Les fonctions des recours collectifs, à savoir la cessation de l'illicite et la réparation des conséquences préjudiciables de celui-ci, renvoient aux résultats immédiats et concrets offerts par ces outils. Leurs finalités correspondent, quant à elles, aux buts médiats, c'est-à-dire aux valeurs essentielles qui les sous-tendent. Autrement dit, elles constituent la raison d'être de ces outils.

En premier lieu, s'agissant de leur double fonction, la nécessité des recours collectifs se révèle d'abord sur le terrain de la cessation des agissements illicites. En effet, fidèle au proverbe selon lequel « *mieux vaut prévenir que guérir* », le droit procédural de la consommation donne à certaines associations de consommateurs la possibilité d'agir en vue de faire cesser ou d'interdire les agissements contraires à la loi, mis en œuvre ou sur le point de l'être par un professionnel. Même si elles ne détiennent pas le monopole de la cessation des pratiques interdites contraires à l'intérêt collectif des consommateurs, les actions collectives en cessation s'imposent comme des instruments incontournables. En effet, les autres outils juridiques permettant également de déboucher sur une cessation, à savoir le droit pénal, ou encore la voie administrative sont porteurs de limites. En effet, le périmètre des agissements sanctionnés pénalement en droit de la consommation se cantonne uniquement à quelques infractions graves. Dans le même ordre d'idées, les prérogatives octroyées à l'Administration en matière de cessation de l'illicite ne rendent pas inutiles les actions collectives en cessation. Outre le manque de moyens humains et financiers de l'administration compétente en la matière, à savoir la DGCCRF, les pouvoirs de celle-ci sont limités en matière de suppression des clauses contractuelles illégales et s'arrêtent souvent aux frontières nationales. Ensuite, si une pratique illégale n'a pas fait l'objet en temps utile d'une action collective en cessation à portée préventive, se pose alors la question de la réparation des suites préjudiciables des dommages de masse subis par les consommateurs. Or, sur ce terrain, les recours collectifs présentent une nette supériorité, qu'ils soient judiciaires ou amiables, par rapport aux initiatives individuelles des consommateurs victimes. Si bien qu'ils constituent souvent les seuls mécanismes rationnellement empruntables en cas de préjudices sériels de faible importance économique. En effet, eu égard au caractère souvent modique des sommes en jeu pour les consommateurs, le jeu consistant à agir en justice ou à saisir un tiers neutre et impartial en vue de la résolution du litige « *n'en vaut pas la chandelle* » pour la majeure partie des consommateurs. L'inertie des consommateurs finit donc par l'emporter, ce qui n'est pas sans soulever des problèmes au regard du respect du droit fondamental d'agir en justice et de l'effectivité du droit de la consommation. La collectivisation des recours permet donc de surmonter ces difficultés. Qu'ils soient exercés dans un contexte interne ou international, les recours collectifs en réparation permettent de réduire les coûts liés à la résolution des litiges, de soulager les consommateurs des contraintes procédurales inhérentes à l'exercice

d'une action en justice, ainsi que de rétablir un certain équilibre dans les rapports de force entre le professionnel responsable et les consommateurs dont les intérêts ont été lésés.

En second lieu, la nécessité fonctionnelle des recours collectifs se trouve corroborée par l'exploration et la conceptualisation de leurs finalités essentielles. En effet, malgré la diversité de leurs régimes juridiques, ces recours poursuivent chacun trois finalités communes : une finalité sociale consistant à faciliter l'accès des consommateurs à la justice en les protégeant contre les préjudices de masse ou en leur permettant d'accéder à une réparation convenable et à moindre frais ; une finalité organisationnelle qui se traduit par la quête d'une concentration du contentieux, laquelle ne profite pas seulement aux parties au litige collectif, mais aussi et surtout au système judiciaire en lui permettant de résoudre, par un seul recours, l'ensemble des demandes similaires, se rapportant à une même pratique litigieuse. De plus, cette deuxième finalité, de nature organisationnelle, permet également d'assurer la cohérence et l'homogénéité des décisions prises sur le fond du litige. Les recours collectifs poursuivent enfin une finalité régulatrice, laquelle s'appuie sur leurs propriétés dissuasives. Cette troisième finalité vise à assurer un meilleur respect des droits des consommateurs et des concurrents respectueux de la réglementation en vigueur. Par ailleurs, l'étude de l'articulation entre les trois finalités des recours collectifs consuméristes a montré l'existence d'une véritable cohérence et complémentarité entre celles-ci, ce qui renforce le constat de leur nécessité. Ainsi, la création d'une mesure cherchant à promouvoir l'une des trois finalités favorisera généralement la poursuite des deux autres.

KM : Le lecteur est convaincu par la nécessité des recours collectifs. Mais que dire de leur efficacité ? Vous y consacrez toute la seconde partie de votre thèse. Que faut-il en penser ?

L'étude recontextualisée de la nécessité, aux plans interne et international, des recours collectifs permet aussi et surtout de justifier que l'on s'intéresse, dans la seconde partie de l'étude, à leur efficacité concrète. Dans cette perspective, le concept d'efficacité a été défini comme « *le caractère de ce qui produit l'effet souhaité* ». Or, selon l'acception retenue, cet effet correspond aux trois finalités des recours collectifs. Ainsi, plus un recours collectif poursuit la réalisation du triptyque de finalités

précédemment identifiées, plus on peut estimer qu'il est efficace. Cette approche graduelle de la notion d'efficacité des recours collectifs, développée dans la thèse, rompt avec la vision dualiste qui prédomine en doctrine, selon laquelle, un recours collectif est soit efficace, soit inefficace, selon des critères qui sont rarement énoncés de manière claire. L'identification des finalités essentielles des recours collectif offre donc une grille de lecture en vue d'apprécier leur niveau d'efficacité. Ce faisant, tout l'enjeu de la seconde partie de la thèse est de permettre d'améliorer le niveau d'efficacité de ces mécanismes.

En premier lieu, malgré leur indéniable nécessité pour la protection des intérêts individuels multiples et l'intérêt collectif des consommateurs, l'efficacité des recours collectifs est globalement décevante. Cela se vérifie tant du côté des actions collectives en cessation que des recours collectifs en réparation. D'une part, bien qu'elles assurent sur le plan interne un rôle prépondérant dans la lutte contre les clauses contractuelles illicites ou abusives figurant dans les contrats de consommation, les actions collectives en cessation ne permettent pas de poursuivre de manière satisfaisante leurs finalités essentielles. Outre les contraintes matérielles auxquelles se heurte l'exercice de ces actions, spécialement dans un cadre transfrontière, leurs effets tant substantiels que processuels font l'objet de certaines restrictions. Dans ce cadre, une première série de mesures visant à corriger les lacunes dont souffrent ces actions a pu être mise en exergue. S'agissant, d'autre part, des actions collectives en réparation, lesquelles sont au cœur du phénomène de la collectivisation des recours, leur manque d'efficacité apparaît plus visible. En effet, des faiblesses apparaissent à tous les niveaux du triptyque des finalités, à tel point qu'il ne serait guère excessif de parler d'un échec de ces actions. A ces faiblesses, constatées en droit interne, s'ajoutent en outre des règles de droit international privé mal adaptées à la dimension collective de ces litiges. Ces règles, principalement édictées au niveau de l'Union européenne, ne permettent en effet ni la concentration du contentieux de masse international devant les tribunaux d'un seul ordre juridique ni l'application d'une loi unique. Il nous est donc apparu urgent de remettre l'ouvrage de ces mécanismes sur le métier.

KM : En effet, vous formulez un certain nombre de propositions en vue d'une efficacité accrue du contentieux de masse. Si l'on tient compte des contraintes

liées aux règles existantes de procédure civile, mais aussi de l'internationalisation de la matière, qui n'est pas toujours traitée de manière satisfaisante et, en tout cas, de manière égale, lorsqu'il s'agit notamment du droit de l'Union européenne par rapport au droit international privé de droit commun, quel serait le chemin à prendre afin de rendre les recours collectifs plus efficaces ?

En effet, nous pensons que le phénomène de collectivisation doit se poursuivre, non pas par l'instauration et l'empilement de nouveaux mécanismes judiciaires ou amiables, mais à travers la reconstruction et l'amélioration des régimes et des outils préexistants. Chacune des propositions formulées va dans le sens d'une meilleure poursuite du triptyque de finalités des recours collectifs, à savoir l'accès des consommateurs à la justice, la concentration du contentieux et la dissuasion des illégalités.

Au plan interne, s'agissant des actions collectives judiciaires, cela implique, en premier lieu, qu'une seule action de groupe en cessation et en réparation, au champ d'application large et permettant la réparation de tout type de préjudice, soit mise en place. En second lieu, outre l'indispensable élargissement du cercle des associations pouvant exercer ces actions collectives, la mise en place d'outils adaptés, et à visée non lucrative, quant à leur financement, est nécessaire. L'augmentation de l'efficacité des actions collectives judiciaires passe, en troisième lieu, par la démocratisation et la responsabilisation de l'information. En parallèle à la mise en place d'un registre électronique dans lequel seront diffusées les informations relatives aux recours collectifs clôturés ou en cours, les modalités de recueil des mandats nécessaires à l'exercice de l'action en représentation conjointe doivent évoluer, en se libérant et en se modernisant. En quatrième lieu, ce sont les pouvoirs des juges, siégeant au sein des juridictions spécialisées en matière de recours collectifs, qui devront être renforcés. Outre la possibilité, qui doit leur être reconnue, de décider, en présence d'actions de groupe nationales, de recourir au système d'*opt-out* ou d'exclusion dans certains cas, les juges devraient également ajuster les méthodes de réparation en fonction des spécificités des préjudices subis. En cinquième et dernier lieu, l'affermissement de la finalité dissuasive des recours collectifs appelle à dépasser le seul objectif de confiscation des sommes générées par la pratique à l'origine du

dommage de masse pour reconnaître aux recours collectifs une véritable portée punitive. La consécration de l'amende civile pour sanctionner les fautes lucratives est donc opportune. On peut à cet égard noter que la proposition de loi relative au régime des actions de groupe votée le 8 mars 2023 à l'Assemblée nationale va dans le même sens que plusieurs de ces propositions. Sur le terrain des modes alternatifs de règlement des différends collectifs, l'attention devra être portée en priorité sur le développement de la médiation collective. La consolidation de l'efficacité de celle-ci suppose qu'elle puisse être menée par des médiateurs spécialement formés à la dimension collective et aux enjeux de ces litiges. De même, l'existence d'une médiation collective conventionnelle doit, autant que faire se peut, être portée à la connaissance du public, notamment à travers le registre électronique des recours collectifs.

Parallèlement à l'accroissement de l'efficacité des recours collectifs nationaux, un niveau élevé d'efficacité est également souhaitable en présence de situations collectives internationales. Du point de vue de la désignation du tribunal compétent, la dimension collective des préjudices appelle une concentration du contentieux collectif international devant un juge unique. A cette fin, nous avons estimé que ce juge pourrait être celui de l'Etat dans lequel se situe le centre de gravité numérique des préjudices éprouvés, c'est-à-dire le juge de l'Etat où l'on compte le plus de victimes d'un dommage de masse. Cette concentration doit également se prolonger sur le terrain de la loi applicable au fond du litige. En effet, lorsqu'un préjudice de masse entretient des liens avec divers ordres juridique, la mise en œuvre des règles classiques de droit international privé débouche toujours sur l'application des droits substantiels de plusieurs Etats. Cela étant, afin de favoriser la concentration du contentieux et la cohérence des décisions, il est possible de mettre en place un système favorisant la désignation d'une seule loi applicable.

KM : Je vous remercie, au nom de toute l'équipe de la Revue *Signatures internationales*, de nous accorder votre temps et de venir partager avec nous votre travail de recherche.

OKC : C'est moi qui vous remercie pour l'intérêt porté à mon travail.

Le dossier thématique

CONCILIATION, MEDIATION ET APAISEMENT AMIABLE DES CONFLITS

coordonné par



**A. Guignot-de
Guillenschmidt**
*Avocate,
Docteur en droit,
Administrateur de
l'AFDD*



**S. Lacroix-
de Sousa**
*Maître de
conférences,
HDR,
Université
d'Orléans*



G. Maire
*Maître de
conférences,
Université
de Lorraine*



J. Mestre
*Président
de l'AFDD*



D. Richard
*Avocat,
Docteur en droit,
Administrateur de
l'AFDD*

ACTEURS, PRATIQUES ET VOIES D'AVENIR

POUR UNE POLITIQUE NATIONALE DE L'AMIABLE



Fabrice VERT

*Premier vice-président au tribunal judiciaire de Paris,
Ambassadeur de l'amiable,
Membre du Conseil national de la médiation,
Vice-président du groupement européen des magistrats
pour la médiation, section France*

La médiation avant d'être un mode de règlement des conflits est un concept philosophique connu de toutes les civilisations¹.

La médiation, notion polysémique, connaît un succès croissant dans les domaines les plus variés, et les expérimentations de médiation sous des formes très diverses, répondant à un besoin social évident, se multiplient

comme le démontrent les contributions riches et variées rassemblées dans cet ouvrage.

En ces temps où les guerres sévissent sur la plupart des continents, y compris en Europe, avec des actes de barbarie que l'on croyait ne jamais plus revoir, on peut s'interroger sur la persistance de cet intérêt pour la médiation. Mais c'est oublier que la médiation a commencé à être théorisée en diplomatie pour éviter les guerres et leurs ravages. En l'an 1715, François de Callières, diplomate français du siècle de Louis XIV, écrivait dans un des premiers ouvrages sur l'art de la négociation : « *notre nation est si belliqueuse qu'elle ne connaît presque point d'autre gloire ni d'autres honneurs que ceux qui s'acquièrent par la force des armes* »ⁱⁱ.

Cet intérêt croissant pour la médiation, et plus largement pour tous les modes amiables gagne progressivement le monde judiciaire et juridique, longtemps rétif à cette culture de l'amiable, ignorée, dédaignée voire méprisée. Le premier président Pierre Drai attribuait le délaissement des juges de leur office conciliatoire à un excès de juridismeⁱⁱⁱ.

De nombreux malentendus, entretenus souvent par méconnaissance des mécanismes amiables, ont empêché un développement significatif de la médiation, utilisée pour seulement 1 % des litiges soumis aux juridictions, alors que dans certains pays plus de 80 % des contentieux judiciaires se résolvent à l'amiable devant le juge.

Mais les temps changent et sont désormais à l'amiable.

Au moment où, j'écris cette préface, le ministère de la Justice conjointement avec le Conseil national des barreaux lance une grande

campagne de communication, sur la justice amiable à destination des avocats et leurs clients.

Cette campagne nationale française s'inscrit dans un vaste mouvement de textes européens, recommandations du conseil de l'Europe, directives européennes qui incitent les états membres de ces organisations européennes à développer une politique dynamique et efficace de résolution amiable des conflits.

En France, le paradoxe de la médiation judiciaire est que si notre pays a été l'un des premiers à se doter, en février 1995, d'une loi l'organisant, sa pratique, 28 ans après, reste très peu développée, ayant longtemps reposé sur l'investissement de certains magistrats, avocats, associations de médiateurs, universitaires convaincus de ce que les modes alternatifs de règlement des conflits sont un outil indispensable à l'œuvre de paix sociale, mission essentielle de la Justice, ces expériences disparaissant quand leurs promoteurs changeaient d'affectation.

Toutefois nombreux sont encore ceux qui considèrent que le rôle de la Justice doit se réduire à trancher, avec le glaive du droit, les litiges soumis, parfois au détriment même des intérêts des parties.

Ce qui manquait pour pérenniser ces expérimentations qui ont pourtant donné d'excellents résultats, comme celle menée par la présidente Béatrice Brenneur à la cour d'appel de Grenoble, c'est une politique nationale de l'amiable volontariste menée par le ministère de la Justice, après une capitalisation des acquis de ces expériences.

Aussi, pour tous ces pionniers de la médiation et de l'amiable, œuvrant bien souvent dans l'ombre et l'indifférence (je songe en particulier aux

conciliateurs de justice), malgré la satisfaction de nombreux justiciables de voir ainsi résolu leurs conflits, l'annonce le vendredi 13 janvier 2023 par le ministre de la Justice, place Vendôme, d'une politique nationale de l'amiable a été saluée comme une grande avancée.

Cette politique commence à se dessiner notamment avec la création et l'installation du Conseil National de la médiation, la nomination de 9 ambassadeurs de l'amiable, le décret du 29 juillet 2023 qui instaure deux nouveaux mécanismes de l'amiable, la césure et l'audience de règlement amiable. Et tout récemment, le garde des Sceaux lors de sa venue le 17 octobre 2023 au colloque sur l'amiable de la cour d'appel de Paris a annoncé toutes une série de nouvelles mesures de nature à faire de la médiation, de la conciliation et des mécanismes amiables des modes habituels de règlement des litiges (sensibilisation à l'amiable dans les universités, revalorisation de l'aide juridictionnelle en cas de résolution amiable du litige, prise en compte dans l'évaluation des magistrats de leur engagement pour développer l'amiable, mise à jour des applicatifs métiers, etc).

L'amiable, en raison de son aspect humaniste centré sur l'équité, l'écoute interactive des parties prenantes, la satisfaction mutuelle des besoins et des intérêts des parties peut aussi redonner du sens à la mission des juges civilistes.

La médiation et les mécanismes amiables ne sont pas la panacée ni le remède miracle qui sortiront l'institution judiciaire de la crise de structure et de fonctionnement qu'elle traverse, mais comme le disait le premier président Pierre Drai, un des pionniers de la médiation judiciaire, ils apportent un peu d'humanité dans des procédures parfois kafkaïennes.

Le moment est venu de donner corps à une véritable politique nationale de l'amiable dans les juridictions, pour faire face à cette situation qui suppose des objectifs fixés aux juridictions, des moyens adaptés et des outils d'évaluation de cette politique, ainsi qu'un toilettage ou encore une harmonisation de la législation applicable dans un livre unique du code de procédure civile.

Mobilisons-nous pour une justice humaniste, gardienne des libertés individuelles, de l'ordre public et qui assure sa mission de garante de la paix sociale.

Et je suis certain que la lecture des passionnantes contributions de cet ouvrage, que j'ai l'honneur de préfacer, ne pourront que convaincre ses lecteurs de l'utilité sociale, comme facteur de paix, des modes amiables de résolution des différends.

L'EVOLUTION HISTORIQUE DE L'OFFICE DU JUGE EN MATIERE DE CONCILIATION DANS LA PROCEDURE CIVILE FRANÇAISE¹



Michel DEFIX

Président de chambre

Cour d'appel de Toulouse

La place de la conciliation dans la procédure civile et plus généralement dans la pratique du juge civil constitue l'une des questions les plus déconcertantes que le Professeur Bolard a résumée en 1981 : « *La conciliation des plaideurs serait-elle le rêve impossible du droit français ? Elle est au moins, semble-t-il une de ses grandes déceptions* »².

L'introduction très récente dans les textes de nouvelles formes de résolution amiable des différends telles la césure ou l'audience de règlement amiable³ nous invite à rechercher si une nouvelle séquence s'ouvre sur l'office du juge en matière de conciliation.

¹ Texte reprenant l'intervention au colloque « Etat, enjeu et perspectives de la conciliateur judiciaire en France » ENM, Paris, le 31 mars 2023 ; cf. aussi M. Defix, la conciliation judiciaire in « Guide des modes amiables », dir. S. Amrani-Mekki, éd. 2022-2023, LexisNexis, n° 264 et s.

² G. Bolard « De la déception à l'espoir : la conciliation » in Mélanges offerts à Pierre Hébraud – Université de Toulouse 1 Capitole 1981, p. 47 et s.

³ Le Décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire offre à compter du 1^{er} novembre 2023 aux parties et au juge la possibilité d'utiliser deux nouveaux modes de résolution amiable des litiges : l'audience de règlement amiable (art. 774-1 s. CPC) et la césure du procès (art. 807-1 s. CPC).

Un regard dans le rétroviseur apparaît nécessaire pour comprendre la place de la conciliation dans l'imaginaire du législateur et celui du juge et donc dans la pratique judiciaire.

Le législateur révolutionnaire a d'abord conçu la conciliation comme un mécanisme limitant le recours au juge en gravant dans la Constitution du 3 septembre 1791 l'obligation faite au demandeur à une action civile de citer la partie adverse, « *devant des médiateurs pour parvenir à une conciliation* » à peine d'irrecevabilité de l'action⁴.

Processus dont le but est de trouver un accord pour mettre fin à un litige opposant deux parties, la conciliation a été ainsi instituée comme un préliminaire extrajudiciaire, appliqué à toutes les juridictions en la dénommant soit « grande conciliation » devant les tribunaux civils⁵ soit « petite conciliation » devant les juges de paix.

Le juge de paix était, dans les premiers temps, avant tout un « simple médiateur », la circulaire du 29 brumaire an V précisant : « *Les membres des bureaux de conciliation ne doivent pas perdre de vue le but de leur attribution primitive et la nature de leurs attributions : ce sont de simples médiateurs, qui n'ont d'autres missions que d'étouffer, dès le principe, à l'aide de leurs lumières et de leurs conseils, les procès dont les parties sont menacées. Leurs fonctions, purement conciliatrices, font entièrement disparaître le caractère de juge dont ils sont investis pour d'autres circonstances* »⁶.

Le professeur Bernabé souligne le fait que « *si la Révolution accueille favorablement la conciliation, c'est comme mode non de résolution mais de prévention des conflits, totalement étranger à l'office du juge, dont c'était pourtant l'une des missions tout au long de l'Ancien Régime* » ajoutant « *il faut prendre garde à ne pas concevoir la justice de paix instaurée en 1790 comme le mode primitif de la conciliation inscrite dans l'article 21 du code de procédure civile. Avant le nouveau code de procédure civile, la conciliation était pensée comme une voie de dérivation de la justice, permettant non de soulager le juge mais d'éviter à la loi la pollution d'une*

⁴ Art. 6 du chapitre V de la Constitution française du 3 septembre 1791 : « *Les tribunaux ordinaires ne peuvent recevoir aucune action au civil, sans qu'il leur soit justifié que les parties ont comparu, ou que le demandeur a cité sa partie adverse devant des médiateurs pour parvenir à une conciliation* ».

⁵ Code de procédure civile de 1807.

⁶ Cité par Boris Bernabé « L'obsolescence programmée du juge ? Propos liminaires sur l'irruption de la justice amiable dans la justice judiciaire » JCP éd. G, supplément au n° 51 – 17 décembre 2018.

interprétation judiciaire »⁷. Il s'agissait surtout de rappeler que le juge n'est que « la bouche de la loi » pour reprendre l'expression de Montesquieu et qu'il fallait contenir son office dans ce cadre étroit pour éviter le retour à l'empire des Parlements de l'Ancien Régime.

Une certaine confusion s'est ensuite progressivement installée dans les missions de conciliation et de jugement qui a durablement brouillé notre regard sur la place de la conciliation dans l'office du juge.

Quelques traits saillants de cette évolution peuvent être signalés.

✿ Aussi surprenant que cela puisse paraître, le code de procédure civile entré en vigueur au 1^{er} janvier 1807 n'avait pas prévu de conciliation préalable pour les affaires relevant de la propre compétence d'attribution des juges de paix qui ne pouvaient être saisis que par une citation délivrée par huissier et ne devaient se prononcer qu'en plein contentieux. La Loi du 2 mai 1855 a modifié la loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix qui avait introduit la conciliation préalable facultative sous l'impulsion des juges de paix eux-mêmes, en la rendant obligatoire devant elles⁸. La justice de paix était présidée par un juge, élu jusqu'en 1814, nommé ensuite par l'autorité supérieure. Un juge suppléant le remplaçait en cas d'empêchement. Les suppléants étaient des notables locaux, bénévoles, exerçant de manière intermittente les fonctions de magistrat.

Le nombre croissant des affaires contentieuses a réduit la disponibilité du juge de paix puis, depuis 1958, celle du juge d'instance pour l'exercice de la fonction de conciliation. *L'institution du conciliateur de justice à la fin des années 1970 trouvait-elle sa filiation dans la fonction de suppléant du juge de paix ?* Le décret du 20 mars 1978 n'a certes confié aucune fonction juridictionnelle aux conciliateurs de justice mais la filiation est restée dans les esprits⁹.

En effet, le Sénat avait envisagé en 2017 dans un rapport d'information de permettre aux conciliateurs de justice, en cas d'échec de la conciliation, de transmettre

⁷ B. Bernabé « les modes amiables de résolution des différends et l'office du juge, la tierce voie » Justice actualités, n° 12 – décembre 2014, p. 10 et s.

⁸ J. Poumarède « la conciliation, la mal-aimée des juges » Cah. Just. 2013/1.

⁹ Cf. Ph. Bonnet « Du suppléant du juge de paix au conciliateur » JCP 1979, I, n° 2949.

au juge saisi du litige une proposition de solution, en précisant que « *ce dispositif permettrait de mettre à profit le travail objectif réalisé par le conciliateur, qui a rencontré les parties et s'est rendu sur place le cas échéant. Ainsi, le juge n'aurait pas à refaire ce travail* ». Le rapporteur, Philippe Bas, ajoutait « *Compte-tenu du développement important du rôle des conciliateurs de justice, à travers notamment la mise en place d'une tentative de conciliation obligatoire avant la saisine du juge d'instance, votre mission a choisi de confier les fonctions imaginées pour ce « juge de paix délégué » aux conciliateurs* »¹⁰.

Il se prévalait de propos tenus par les représentants de l'association nationale des juges d'instance. La filiation avec le juge suppléant trouvait ainsi un écho persistant dans l'imaginaire du juge et des sénateurs.

Pour enfoncer le clou, ce même rapport envisageait, « *pour améliorer la mise en œuvre de cette mission légale de conciliation confiée au juge, à côté du renforcement du rôle des conciliateurs de justice bénévoles* », de le doter d'assistants. « *Évoluant au sein de la juridiction, ces assistants pourraient exercer cette mission de conciliation par délégation du juge, mais aussi proposer la rédaction de projets de jugement, à la suite de l'échec de la conciliation ou pour d'autres contentieux de proximité* ».

Le juge conciliateur ou son délégué reste, dans cette conception, un maître d'œuvre de la solution du litige. Il l'entrevoit, la propose, invite les parties à y adhérer et à défaut l'impose. Cette vision est bien entendu à nuancer mais elle pose de vraies questions en termes d'impartialité et de confidentialité.

✿ Le préalable de conciliation n'a jamais été un franc succès. Le compte annuel de l'administration de la justice a très tôt constaté une *décroissance continue des affaires soumises à la conciliation* et se terminant par un arrangement¹¹. Il n'est pas inintéressant de noter que cette désaffection était alors attribuée à « *l'usage de plus en plus fréquent des assignations à bref délai, donnée en vertu d'une ordonnance du président qu'on ne sollicite très souvent que pour éluder ce préliminaire* »¹². Les

¹⁰ Ph. Bas « Rapport de la mission d'information sur le redressement de la Justice », Sénat, 4 avril 2017, p. 180.

¹¹ Cf. les données chiffrées entre 1879 et 1905 citée par E. Garsonnet et Ch. Cézard-Bru « Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils des prud'hommes » T. II, 2^{ème} partie, volume 1, p. 258 et s., éd. Sirey 1912.

¹² Ibidem.

logiques de contournement de la conciliation obligatoire ne datent donc pas du feuilleton autour des articles 750-1 et 820 du code de procédure civile¹³. Le professeur Bolard avait pu écrire « *on relève alors une évolution singulière. La pratique institua la conciliation quand le législateur ne l'avait pas prévue et l'élimina quand le législateur l'avait imposée* »¹⁴.

✿ La loi n°49-178 du 9 février 1949 a marqué un tournant en abandonnant la phase obligatoire de tentative de conciliation dans les affaires du ressort des tribunaux de première instance et lui préférant une faculté offerte au juge de tenter lui-même la conciliation des parties durant toute la procédure et jusqu'à l'ouverture des débats, cette faculté étant également ouverte au tribunal dès l'ouverture des débats, en lui donnant la possibilité de se retirer à cette fin en chambre du conseil¹⁵.

Le temps de la conciliation se déplace alors de l'introduction de l'instance à toutes les phases de celle-ci déjà engagée. Il demeure comme préalable seulement dans certaines procédures.

La réforme judiciaire de 1958 a supprimé la justice de paix et réservé la phase obligatoire de conciliation à certaines juridictions pour le traitement des litiges du quotidien ou de proximité.

La persistance du préliminaire obligatoire de conciliation a pu trouver une explication par la nature des contentieux concernés (conseil de prud'hommes, divorce, tribunal d'instance, tribunal paritaire des baux ruraux) que le professeur Terré a pu qualifier de « chauds » à la différence des autres contentieux qualifiés de « froids » opposant des intérêts sans référence à un système de valeurs¹⁶, distinction susceptible d'être discutée par les praticiens de l'amiable.

La réforme du code de procédure civile intervenue en 1975¹⁷ a renouvelé l'approche de la conciliation judiciaire en consacrant la conciliation comme une

¹³ G. Maugain « L'extraordinaire histoire de l'article 750-1 du code de procédure civile : le rétablissement » Dalloz Actualité, 23 mai 2023 – sur la réception par la pratique de cet article cf. F.X. Berger « réforme de la procédure civile : guide à l'usage des praticiens du droit », Dalloz éd. 2020, n° 04.53.

¹⁴ Op. cit. p. 27.

¹⁵ Le décret-loi du 30 octobre 1935 (D. 1935. Lég. 421) avait amorcé cette voie en introduisant déjà cette faculté de concilier au cours de l'instance elle-même.

¹⁶ F. Terré « Sociologie du procès » in « le procès » APD. T. 39, Sirey 1995 p. 267, cité par S. Amrani-Mekki et Y. Strickler « procédure civile » Thémis Puf 2014, p. 294.

¹⁷ Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile.

composante de l'office du juge par son inscription dans les principes directeurs du procès civil : « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties* » (article 21 du code de procédure civile) et que ce dernier peut mettre en œuvre durant toute l'instance « *La conciliation est tentée, sauf disposition particulière, au lieu et au moment que le juge estime favorables* » (article 128 du code de procédure civile dans sa rédaction initiale).

La réforme institue la conciliation comme un principe applicable à toutes les juridictions civiles en vertu de l'article 749 du code de procédure civile précisant que « *les dispositions du présent livre s'appliquent devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction* ».

Le juge demeure libre d'apprécier l'opportunité d'exercer lui-même la mission de concilier dont il partage depuis 2015 l'initiative avec les parties : « *Les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance* » (nouvelle rédaction de l'article 128 du code de procédure civile)¹⁸.

Le doyen Cornu y voyait une « *part de rêve* » des rédacteurs du Code, un « *rêve de justice...* » dans lequel « *il faut imaginer un mélange assez intuitif d'idéalisme et de réalisme, un grain d'utopie à la clé* »¹⁹. C'est dire l'enthousiasme des éminents juristes dans la réception de ce nouveau principe directeur du procès civil.

La pratique, à l'épreuve de l'émergence de contentieux de masse, a vécu de plus en plus difficilement le temps long de la conciliation à quelque moment de la procédure où elle est mobilisée. La conciliation par le juge lui-même est devenue résiduelle, soit en la déléguant à un tiers, le conciliateur, apparu dès 1978²⁰, soit en investissant peu les phases préalables qui ont déperé dans les matières mêmes où elles avaient naguère prospéré :

¹⁸ Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

¹⁹ Cité par Mme M. Reverchon-Billot « *L'article 21 du code de procédure civile et la procédure civile* » Revue de droit d'Assas, n° 20, octobre 2020,

²⁰ Décret n° 78-381 du 20 mars 1978.

- La conciliation était la fierté de la juridiction prud'homale mais à l'image de la disparition de la devise « *Servat et conciliat* » des médailles portées par les conseillers prud'homaux, le taux de conciliation s'est spectaculairement effondré passant de 85% en 1850²¹ à 21 % d'affaires terminées par un procès-verbal de conciliation en 2004²² et même 5,5% en 2013.
- Depuis longtemps le juge aux affaires familiales a désinvesti la mission de conciliation au point que la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice n'a fait qu'entériner cette évolution en supprimant la phase de conciliation en avançant un souci de simplification du parcours processuel des époux en instance de divorce et de réduction des délais de traitement. Le gouvernement a soutenu que la conciliation n'était plus « *en adéquation avec les évolutions de la société et du rôle du juge* »²³, jugées plus favorables à la contractualisation de la rupture et de l'aménagement des conséquences de celle-ci facilitée par la consécration de l'acte sous seing privé contresigné par un avocat.
- Même l'héritier des justices de paix, le tribunal d'instance a été absorbé par le tribunal judiciaire appelé des vœux par les chantiers de la justice. Son rapport désormais résiduel à la conciliation est un des marqueurs de cette évolution.

Seul le tribunal de commerce conserve et même développe un rapport fort avec la conciliation en spécialisant des juges consulaires pour la mener au sein de chambres dédiées.

Certains auteurs ont observé l'émergence de « contrats de pourparlers judiciaires », traduisant un courant porteur d'« *une nouvelle conception de l'office traditionnel du juge qui substitue au personnage classique du juge-conciliateur, un nouveau juge moins préoccupé par la recherche de la solution au fond que par la procédure en vertu de laquelle cet accord sera trouvé. Ce qui prévaut aujourd'hui est*

²¹ Jean-Emmanuel Ray « droit du travail, droit vivant » 2017, 25^{ème} ed. Wolters Kluwer n° 79, p. 56.

²² B. Munoz-Perrin et E. Serverin « le sort des demandes prud'homales en 2004 » Infostat Justice Avril 2006 n° 87.

²³ Exposé des motifs de la loi.

moins l'issue des pourparlers judiciaires que leur équité »²⁴.

Les textes ont en effet peu à peu favorisé la contractualisation des modes amiables en invitant les parties à se rapprocher avant la saisine du juge qui en contrôlera la réalité ou la sincérité lors de l'analyse de l'acte de saisine, avec des pouvoirs de sanction d'intensité graduée selon la matière ou, durant la procédure, en orientant ces mêmes parties sous l'égide du juge vers un dispositif de plus en plus normé dans le respect des principes généraux du contradictoire et de l'impartialité.

L'apport symbolique de l'exigence de motivation des assignations et déclarations au greffe par référence aux diligences préalablement accomplies pour recourir à un mode amiable²⁵ ou l'obligation plus contraignante de saisir un conciliateur de justice pour les demandes concernant les litiges d'une valeur de moins de 5 000 euros²⁶ sont autant d'incitations des parties à éviter de saisir le juge.

Il a même été souligné qu'il n'était « *pas anodin de constater que si le rapport Delmas Goyon sur le juge du XXIème siècle intègre la dimension consensuelle du procès, c'est plus pour délester le juge que pour étoffer son office* »²⁷.

Faut-il en conclure que la mission conciliatrice du juge est sur le point de s'éteindre ?

C'est sans compter sur la force créatrice de la pratique. Le juge peut conserver une part d'innovation au soutien d'une solution apaisée des conflits.

Le juge peut par exemple renouveler la phase de l'audience en renversant la chronologie habituelle du temps de maturation de la décision (plaidoirie – étude du dossier – rédaction de la décision) en y substituant un travail d'étude du dossier avant la réunion des parties, par l'élaboration et l'exposé d'un projet de solution verbalement communiqué aux parties et à leurs conseils sur la base duquel ceux-ci pourraient construire un accord transactionnel²⁸.

²⁴ S. Guinchard et P. Rayaud, Préface à la thèse de Mme Julie Joly-Hurard « conciliation et médiations judiciaires » Presses universitaires d'Aix-Marseille 2003.

²⁵ Articles 56 et 58 du code de procédure civile.

²⁶ Instaurée par l'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle prévoyant le seuil de 4 000 euros que le rapport « Amélioration et simplification de la procédure civile » rédigé dans le cadre des chantiers de la justice a proposé de porter à 5 000 euros (rapport p.26).

²⁷ S. Amrani Mekki « la codification de l'amiable », in Quarantième anniversaire du Code de procédure civile, Puigellier C. et Pétel-Teyssié I. (dir.) 2016, éd. Panthéon-Assas, p. 98.

²⁸ Ph. Delmotte « la mission de conciliation du juge est-elle soluble dans le troisième millénaire ? Une résurrection ou une mort douce ? », intervention au colloque « la conciliation à la cour d'appel de Toulouse » organisé le 14 octobre 2016 par la cour d'appel de Toulouse et l'Université Toulouse 1 Capitole.

Une expérience²⁹ a été menée de manière éphémère en ce sens à la chambre commerciale de la cour d'appel de Toulouse avec des résultats encourageants, nécessitant une organisation spécifique de la chambre en scindant conciliation et jugement et prévoyant des compositions distinctes des formations, même sur homologation en cas d'accord total ou partiel. L'expérience a cessé avec le départ des magistrats qui en ont été les initiateurs.

Sans le savoir, ces collègues ont choisi une voie approchante de la césure ou encore, sans être similaire, de la procédure initiée par les juges québécois avec la conférence de règlement amiable (CRA)³⁰ qui a inspiré récemment le droit français.

L'honorable François Rolland, juge à la cour supérieure du Québec, un des promoteurs de la CRA au Québec indiquait en 2017 à propos de celle-ci : « *ce n'est pas une médiation comme telle, ce n'est pas un arbitrage, ce n'est pas une conciliation, c'est un mélange de tout cela* »³¹.

C'est en réalité une posture bien différente de la fonction traditionnelle du juge que le juge québécois est invité à adopter. Donnons encore la parole à M. Rolland : « *c'est la partie elle-même qui s'explique devant un juge, et non pas dans une salle d'audience, mais à une table, généralement ronde ou ovale et le juge, aussi banal que cela puisse paraître, n'est pas assis à une tribune plus élevée, mais il est assis à cette même table comme tout le monde [...] La partie peut expliquer son dossier à un juge ; alors que dans le cadre d'un procès, elle répond à des questions* ».

Le droit français a toutefois tenu à conserver la notion d'audience en introduisant ce mode amiable dans le code de procédure civile : « *L'audience de règlement amiable a pour finalité la résolution amiable du différend entre les parties, par la confrontation équilibrée de leurs points de vue, l'évaluation de leurs besoins, positions et intérêts respectifs, ainsi que la compréhension des principes juridiques applicables au litige* »³².

²⁹ V. Salmeron, « Présentation de l'expérience de conciliation au sein de la cour d'appel de Toulouse depuis janvier 2015 » intervention au colloque précité.

³⁰ Article 162 du CPCQ « *La conférence de règlement à l'amiable a pour but d'aider les parties à communiquer en vue de mieux comprendre et évaluer leurs besoins, intérêts et positions et à explorer des solutions pouvant conduire à une entente mutuellement satisfaisante pour régler le litige* ».

³¹ Entretien avec François Rolland, revue « négociations » 2017/2, n° 28, p. 151 – Cairn.Info.

³² Art. 774-2, al. 1^{er} du code de procédure civile.

La césure, quant à elle, consiste à trancher les questions de droit avant d'inviter les parties à s'entendre sur les conséquences matérielles et financières de la solution retenue par la juridiction³³. Cette innovation est toutefois laissée à la seule discrétion des parties qui, à tout moment, peuvent demander au juge de la mise en état la clôture partielle de l'instruction et produire à l'appui de leur demande un acte contresigné par avocats qui mentionne les prétentions à l'égard desquelles elles sollicitent d'un commun accord un jugement partiel sur le fond³⁴.

En quelque sorte, l'office du juge dans son volet amiable tend à évoluer vers une diversification de ses modalités d'exercice. S'il peut toujours lui-même conduire la conciliation, son rôle se déplace en ultime recours pour homologuer un accord obtenu sans lui ou trancher les éventuelles difficultés de son exécution. En fait, ainsi que le constate Mme Amrani Mekki « *la politique juridique menée consiste à reconnaître une dimension amiable du procès. L'alternative laisse place à l'alternance, voire à la coopération du juridictionnel et de l'amiable jusqu'au stade de la cassation et de l'exécution* »³⁵.

³³ Selon ses concepteurs, « *la césure permet au juge de traiter prioritairement les points nodaux du litige puis de renforcer le rôle des parties dans la recherche d'une solution aux points subséquents du litige* ».

³⁴ Art. 807-1 du code de procédure civile.

³⁵ Cf. S. Amrani Mekki, « Guide des modes amiables de résolution des différends 22/23 », LexisNexis, p. 5.

ARTICLE MEDIATION INTEGREE :

UNE AUTRE PASSERELLE

ENTRE JUSTICE FORMELLE ET INFORMELLE



David RICHARD

Avocat au barreau de Paris

Administrateur AFDD

Chapeau : *Après un temps de gestation assez long, l'amiable s'impose de plus en plus non seulement comme un segment à part entière de la justice, mais comme l'un des principaux canaux de sa refonte. Le niveau de conflictualité propre – et parfois cher, à la France laisse à penser que les efforts doivent se poursuivre. La multiplication des dispositifs en faveur de l'amiable semble confirmer une volonté coordonnée de portée générale des pouvoirs publics en ce sens, dont les effets seront de plus en plus visibles. Un résultat déjà palpable tient à la construction d'un amiable non plus « à côté » mais placé au sein de l'institution justice. Pour une large part, et dans la perspective de la médiation, le développement de l'amiable s'est traduit par un recul du caractère volontaire d'adhésion à ce processus, au profit de médiations dites obligatoires ou contraintes. Un aménagement du principe de confidentialité attaché au mécanisme de médiation représente un autre moyen de travailler à une meilleure articulation avec la justice formelle, et in fine à leur finalité commune : la pacification des rapports sociaux. Cette médiation comprenant une confidentialité aménagée, qui n'est pour l'heure qu'une simple proposition théorique, sera dénommée : la médiation intégrée.*

Abstract: *After a quite long development period, alternative dispute resolution (ADR) is increasingly establishing itself as not only a fully-fledged segment of justice but, further than this, as one of the pivotal channels of its overhaul. The intense social tensions specific to France, which the country is sometimes paradoxically proud of, suggest that efforts must continue to target ADR. Besides, the growth of instruments supporting this social process seems demonstrated a coordinated and general desire of public authorities to expand ADR soon to make its positive impact more visible. A tangible result is that ADR exists nowadays within the legal system and not anymore next to it.*

To a large extent, and indeed from the perspective of mediation, the evolution of ADR implies a step away from the voluntary nature of this process, instead favouring compulsory mediation. Adjusting to the principle of confidentiality of mediation demonstrates another means of striving for better cooperation with formal justice and, ultimately, their common goal: pacifying social relations.

This mediation comprising revised confidentiality, which is currently only a simple theoretical proposition, will be named integrated mediation.

(1) À l'instar de bien d'autres domaines le monde judiciaire connaît nombre de mutations. L'institution Justice, hier placée sur un piédestal, paraissait aussi solide qu'inaccessible. La question de sa nature institutionnelle entre pouvoir et autorité interrogeait certes, mais sa capacité à se structurer, et par là à guider le corps social, ne souffrait pas le doute. Ce temps apparaît, et pour longtemps, révolu.

De toutes parts, les questions fusent, puis rapidement après la réflexion - voire de façon concomitante, viennent les propositions d'adaptation, de changement et de réforme, vers de nouvelles solutions. La nécessité des ces initiatives n'est pas discutables comme la relativité de leur apport, puisque, rapidement, elles se révèlent être au mieux une étape créant un nouveau besoin de transformation. Une juriste du 19^e siècle, probablement réactionnaire dans l'âme, disait qu'une nouvelle loi apportait seulement de nouveaux problèmes. Le point de vue est d'évidence empreint d'une certaine radicalité. L'idée d'un droit immuable fait aujourd'hui presque sourire et le code civil, référence matricielle s'il en est, tout en conservant une certaine aura a perdu tout comme les principes qui le fonde une large partie de son prestige et même de sa portée normative.

Inversement, supposer qu'un nouveau dispositif, législatif ou pas, serait à même de traiter totalement la problématique que sous-tend cette aspiration au changement est au mieux naïf.

(2) Notre propos n'échappe pas à cette règle. La proposition d'une médiation renouvelée ambitionne d'être exclusivement porteuse de solutions, et les développements à suivre seront orientés vers cet objectif. Il n'en demeure pas moins que des questions, des limites et même des contraintes émergeront simultanément aux contributions qui seront mises en avant. Une option aurait consisté à faire fi des premières pour se concentrer uniquement sur les aspects valorisants. Le choix retenu est pourtant à l'opposé ; les obstacles et les éléments contraires aux avancées portées par notre argumentaire seront évoqués, afin que d'autres puissent le cas échéant les développer ou les invalider, et ainsi faire vivre le débat autour de cette belle idée qu'est la justice.

(3) Parmi les *big bang* auxquels la chose juridique a été et demeure confrontée, il est une révolution douce à la portée puissante. Il s'agit de l'avènement des modes alternatifs de résolution des différends (MARD). De prime abord, le sujet peut sembler anodin, presque secondaire. La mutation est pourtant profonde et durable.

Il est vrai que ces dispositifs ont été introduits progressivement, sur des champs du droit limité et dans des perspectives propres. Cependant, la démarche tend à réduire ou à tout le moins relativiser le pouvoir, de la bouche de la loi – le juge, dans un environnement institutionnel, en particulier en France – une terre tendant à la concentration des pouvoirs comme à leur verticalité. Il est donc important de prendre conscience des avancées d'ores et déjà accomplies par notre système judiciaire, et nous reviendrons sur ce point plus avant (cf. infra), même si in fine l'idée sera de poursuivre en ce sens et même d'accélérer.

(4) L'ouverture aux MARD de la justice dite formelle n'est pas nouvelle et la transition date maintenant de plusieurs décennies (cf. repères législatifs). Pour s'en tenir à la procédure civile et à la médiation – notre sujet, celle-ci a été pour la première fois intégrée au Code de procédure civile en 1995¹, puis elle a été consolidée depuis, notamment en 2011. Ce constat ne concerne pas loi s'en faut seulement la médiation. Cette reconnaissance institutionnelle n'est pas contestable, et elle concerne les MARD dans leur ensemble, qui continuent néanmoins de former un ensemble² distinct vis-à-vis de la justice formelle. Les points de contact existent sans que l'on puisse vraiment parler d'une unité entre ces « justices ». On peut regretter et nous reviendrons sur ce point, même s'il faut reconnaître que les MARD comportent une certaine complexité pour une personne étrangère à la matière.

(5) L'objectif n'est pas d'exposer ce que recouvre la notion de MARD l'entreprise serait d'ailleurs ambitieuse d'autant que des discussions existent sur son périmètre. De même, les contours de chaque mode de résolution ne sont pas toujours clairs³.

¹ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

² Voir un sous-ensemble ?

³ Pour une analyse des différences entre conciliation et médiation, voir M. Guillaume-Hofnung, « La médiation », *Que sais-je ?*, 8e Edition, novembre 2020, p. 47 et s. « Tentative de clarification : la médiation et les modes de règlement non juridictionnels des litiges ».

Si l'on met de côté, la négociation ou l'expertise qui probablement nécessitent une certaine prise de distance des parties par rapport au différend qui les oppose, la médiation tient un rôle à part au sein des MARD. Pour éviter tout quiproquo, il faut préciser qu'établir une forme de hiérarchie entre les MARD aurait peu de sens.

Toutefois, il convient de mettre en avant la place particulière tenue par les parties dans la médiation, qui intrinsèquement repose sur l'idée d'un tiers avant tout facilitateur, plutôt que décideur. Contrairement à l'arbitre voire au conciliateur dont la mission est de prendre parti au regard d'une problématique donnée, le médiateur construit un environnement relationnel permettant aux parties de se positionner elles-mêmes.

En pratique, ces différences conceptuelles tendent probablement à s'estomper, d'autant que la nature du différend comme le profil des parties ou du tiers intervenant – quel que soit son statut, influencent aussi le processus de construction d'une solution amiable. Par ailleurs, le processus de médiation est lui-même divers. Sous ce vocable prennent place des outils dont le contenu varie grandement, avec à la clé des échanges parfois passionnés sur la portée de telle ou telle variante.

Néanmoins, si l'on prend comme référence la perspective du juge, qui reste structurante, le médiateur est le tiers le plus éloigné de ce jurisdiseur de référence.

(6) Comme nous venons de l'indiquer, la médiation renvoie elle-même en réalité à plusieurs processus, comportant des différences notables, qui là encore ont comme clef de différenciation le rôle du médiateur. Il est important d'indiquer que les différents processus dont il est question ici correspondent à une catégorisation d'influence ou d'inspiration anglo-saxonne. Dans cette perspective, l'analyse porte sur le processus lui-même plutôt que son environnement, ce qui compte c'est la façon dont le mécanisme de médiation in concreto se déroule. La taxinomie qui en découle diffère singulièrement de celle que nous utilisons (en France) pour présenter la médiation, et qui touche sans doute plus à sa nature ou à sa forme⁴ qu'à son type.

En France, la médiation est plutôt catégorisée en distinguant :

- La médiation conventionnelle : les parties conviennent par elles-mêmes de recourir à la médiation pour régler leur différend. Cet engagement relève donc sur le principe de la volonté des parties, même si des règles procédurales peuvent interférer dans ce cadre contractuel.

⁴ dir. 2008/52/CE, 21 mai 2008, art.3.

- La médiation judiciaire : la mise en place de la médiation relève ici de la décision du juge, qui va, au cours d'une instance, inviter et parfois ordonner aux parties de s'engager dans cette voie.

- La médiation légale : la médiation est prévue par un texte réglementaire et ce mode de résolution va s'imposer aux parties au même titre que les règles procédurales traditionnelles.

(7) En dehors de ces différences « techniques », la France se caractérise aussi par une certaine conflictualité – ou disons « une culture de la castagne », qui n'encourage guère l'amiable. Toutefois, en parallèle, émerge l'idée de favoriser une véritable politique favorisant cette solution⁵, et de nombreux dispositifs réglementaires en la matière sont venus donner du contenu à cette volonté.

Après quelques péripéties, un préalable obligatoire à la saisine d'une juridiction pour certains « petits litiges » civils, a été institué, à l'article 750-1 du code de procédure civile, c'est-à-dire pour la médiation un cas de médiation légale. L'initiative date de décembre 2019⁶, mais elle vient d'être confirmée⁷, faisant que les effets de cette mesure sont à venir.

Une autre initiative encourageant, et même un peu plus, l'amiable a été introduite via le pouvoir du juge d'injonction de médiation prévue à l'article 127-1 du code de procédure civile⁸, dont la portée pratique est loin d'être négligeable.

Plus récemment⁹, deux nouvelles avancées significatives ont été réalisées avec l'Audience de Règlement Amiable (ARA) et la procédure de césure¹⁰. L'ARA reprend sous une autre forme l'idée d'injonction vers un mode amiable, en l'occurrence pris en charge par un magistrat non parti à l'instance. Là encore, difficile de se prononcer sur les résultats de ce dispositif, mais son inclination montre un vrai progrès. Enfin, la césure, qui permet de traiter en liminaire d'une instance les questions de droit¹¹, de

⁵ Fabrice Vert, « Médiation, conciliation, audience de règlement amiable : vers un office conciliatoire effectif du juge français ? », La Semaine Juridique Edition Générale n° 1024, 19 juin 2023, 60004 ; voir § 2. « *Vers une politique nationale de l'amiable* ».

⁶ Décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile.

⁷ Décret n° 2023-357 du 11 mai 2023 relatif à la tentative préalable obligatoire de médiation, de conciliation ou de procédure participative en matière civile.

⁸ Décret n° 2022-245 du 25 février 2022 favorisant le recours à la médiation, portant application de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire et modifiant diverses dispositions.

⁹ Décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire.

¹⁰ Lextenso Actualités, « MARD : l'ARA et la césure font leur entrée dans le Code de procédure civile », 31/07/2023.

¹¹ Voir sur la césure : Nathalie Sabotier, Table ronde 4 : État de la gestion des procédures. État de la gestion des procédures civiles : la « césure », JCP n° 1041, 17 octobre 2022, 40017.

façon à glisser ensuite le cas échéant vers un mode amiable, est un autre outil d'intérêt.

(8) Ces mesures qui d'évidence vont modifier les pratiques judiciaires sont marquées par une orientation « contraignante ou obligatoire » vers l'amiable au moins en ce qui concerne les petits litiges, l'injonction de médiation et l'ARA. Cet aspect doit être relevé notamment pour la médiation qui tend à privilégier la volonté des parties.

Néanmoins, un autre caractéristique d'importance attachée à ces mesures émerge, il s'agit de la volonté de combler le fossé – pour ne pas dire plus, existant entre justice formelle et informelle. Ce rapprochement représente une véritable révolution culturelle, et il semblerait qu'elle soit d'ores et déjà à l'œuvre. Un auteur signalait il y a peu à propos de la formation des juristes qu'il « faut penser l'amiable « dans » et non plus « à côté » des enseignements contentieux »¹². D'une certaine façon, ce constat portant sur un point précis peut être étendu à l'ensemble de l'institution Justice, car comme nous le verrons la finalité sociale de la justice formelle et informelle est la même, la différence porte sur les modes d'organisation de cette institution.

Les réformes récentes concernant l'amiable font ce choix de fond qui mérite d'être salué, même si les choses prendront sans doute du temps et demanderont des efforts, notamment du monde judiciaire qui va devoir s'adapter dans à peu près toutes ses composantes.

(9) Pour poursuivre dans la voie de ces réformes, d'autres moyens peuvent être envisagés afin de rendre l'ensemble « justice » plus homogène. C'est l'objet de notre propos, qui vise à présenter une médiation à propos de laquelle est opéré un aménagement, non pas du principe touchant à la volonté des parties utilisé pour une médiation obligatoire, mais du principe de confidentialité. De la sorte, un continuum est organisé entre justice formelle et informelle de manière à favoriser l'idée d'un tout orienté vers le même résultat : la pacification des rapports sociaux.

Cette médiation comprenant une confidentialité contrainte permet aux parties, sous réserve d'accepter cette contrepartie, de garder le contrôle du processus de règlement de leur litige. Elle peut au demeurant s'articuler dans le cadre d'une suite devant la justice formelle ou un arbitrage. D'un point de vue systémique, la place laissée aux

¹² Rémi Decout-Paolini, « Défense et illustration d'un changement de culture en matière d'amiable », JCP n° 1024, 19 juin 2023, 60001.

parties dans la médiation traditionnelle est globalement préservée, et la solution est compatible avec une organisation top down que l'on retrouve dans les pays civilistes.

(10) Les développements à suivre seront consacrés à cette médiation qui sera qualifiée d'intégrer. Il s'agira dans un premier d'expliquer pourquoi se pose la question d'une médiation intégrée (I), puis comment le principe de confidentialité peut permettre son émergence (II), et, enfin, de présenter quelques considérations pratiques au regard de sa mise en œuvre (III).

I. La médiation intégrée : un rouage vers une finalité commune à la justice formelle ou informelle (la paix sociale)

(11) **L'objectif commun et premier : la préservation de la paix sociale.** La justice devient formelle en présence des MARD, qui en sont une alternative comme leur dénomination l'indique. Cette distinction possède un intérêt en permettant de contenir la justice traditionnelle, et en créant un espace au sein duquel d'autres institutions peuvent se développer. Cette catégorie des modes alternatifs, et en réalité très hétéroclites, et à bien y regarder la dichotomie, justice formelle, justice informelle est discutable, si l'on se place à l'aune de leur finalité commune : la pacification des relations sociales.

Les MARD sont composés au moins de la conciliation et de la médiation, et de l'arbitrage. Des discussions existent à propos du rattachement aux MARD de l'arbitrage, dans une analyse le percevant comme « une justice privée conventionnelle »¹³. La proposition tend à en faire une catégorie à part entière, dont l'intérêt est difficilement perceptible.

Il semble plus pertinent de s'attacher à la force du cadre institutionnel et organisationnel qui s'impose aux parties, isolant plutôt la justice formelle des autres modes, ou plus encore le pouvoir du tiers (distinct des parties) représentant le mode de règlement. Cette seconde perspective conduit alors à singulariser la médiation, voire à la séparer des autres modes, dans la mesure où elle ne conduit pas le

¹³ JurisClasseur Encyclopédie des Huissiers de Justice V° Arbitrage - Fasc. 10 : ARBITRAGE. – Arbitrage en droit interne. – Notion. Convention d'arbitrage. Compétence, §1, 21/12/2020.

médiateur (tiers) à imposer une solution ou même à en proposer une soumise à l'accord des parties.

D'autres perspectives sont cependant possibles, en fonction par exemple du niveau d'organisation du mode de règlement, ou du niveau de participation des parties à ce processus.

Quelle que soit la perspective retenue, la démarche a pour objectif final la résolution d'un litige ou d'un différend. Il y a donc un intérêt à préserver une unité entre tous ces mécanismes conduisant à la paix sociale. D'une certaine façon, la médiation en privilégiant un fonctionnement souple en vue de l'élaboration d'un compromis vient rappeler à la justice formelle – par principe plus institutionnalisée, cette ambition sociale d'apaisement, en rendant cette ambition plus visible.

(12) **La complémentarité entre médiation et justice formelle.** La spécificité de la médiation tenant à l'absence de pouvoir prescriptif du médiateur nécessite ou permet l'organisation d'un lien particulier avec la justice formelle, par exemple au travers de la médiation intégrée. En effet, contrairement aux autres MARD, la médiation ne vise pas à apporter une solution aux parties, mais à leur permettre d'en construire une. De la sorte, si le différend persiste après la médiation, les parties se tourneront le cas échéant vers un mode de règlement dans lequel un tiers se positionnera avec plus ou moins de force vis-à-vis de leur situation, et notamment la justice formelle. Actuellement, en conservant cet exemple, les deux séquences sont distinctes. Toutefois, rien n'empêche d'imaginer une articulation entre ces deux approches, en créant une transition entre la médiation et la justice formelle. Les parties comme ce qui les oppose sont semblables, et des éléments de connaissance notamment sur le litige peuvent servir le processus judiciaire et in fine le juge ou l'arbitre. Concrètement, il s'agit via le processus de médiation intégrée d'organiser un transfert d'information du processus de médiation vers la justice formelle à propos de leur litige, afin d'assurer une continuité vers une solution, porteuse de paix sociale.

(13) **L'intérêt ou les intérêts d'un processus de médiation transcendant la dichotomie, justice formelle, justice informelle.** L'objectif commun de paix sociale entre la médiation et la justice formelle justifie à lui seul la recherche d'une articulation

plus étroite entre ces modes de résolution, mais d'autres avantages peuvent être identifiés¹⁴.

Sans être exhaustif, on peut signaler que l'attelage médiation, justice formelle permet une résolution du conflit à la fois bottom-up et top down, soit une alliance des deux grands systèmes existants de justice, mis à disposition des parties.

Dans un autre registre, la médiation intégrée serait un moyen de faciliter le développement de ce processus dans un cadre institutionnel à la française, au sein duquel le droit tend à être la réponse unique, répondant et/ou confortant « une culture du conflit et non du compromis »¹⁵. À l'image de la médiation obligatoire, à laquelle elle peut s'appliquer (cf. §8), la médiation intégrée reste au contact de la justice formelle. De la sorte, les craintes - justifiées ou pas, d'un affaiblissement de cette institution en raison de la déjudiciarisation dont est porteuse la médiation s'estompent. Dernier aspect à propos des avantages de l'idée de médiation intégrée, le transfert d'informations de la médiation vers la justice formelle contribue concrètement à accroître la connaissance du juge du litige sur lequel il doit se prononcer. Ce point peut paraître secondaire, mais un procès n'est au fond qu'une réinterprétation à la lumière de principes de droit d'une situation de fait appréhendée imparfaitement. La séquence de médiation représente un moyen au moins d'une appréhension plus complète d'un conflit donné, venant nourrir à due concurrence la décision du juge.

Ce transfert d'informations constituant la médiation intégrée présente donc des intérêts indéniables, il pose aussi des questions de fond sur le mécanisme de médiation lui-même, et les qualités qui lui sont attachées.

II. La médiation intégrée : un principe de confidentialité perçu comme un moyen

(14) La médiation intégrée – c'est-à-dire une médiation articulée avec la justice formelle, suppose une révision de deux aspects essentiels de la médiation, à savoir le caractère confidentiel (A) de ce processus et volontaire (B).

¹⁴ Sur le sujet voir, C. Peulvé, « La médiation comme partenaire de justice ? Pour une justice durable et coexistante », *Revue des Juristes de Sciences Po* n°20, Février 2021, 14, notamment §2° Les bonnes raisons : la dimension qualitative du partenariat médiation – règlement judiciaire.

¹⁵ F. Vert, « Vademecum de la médiation dans le domaine judiciaire », *Droit de la famille* n° 11, Novembre 2018, dossier 30, §13 et 32.

Rappelons, même si nous nous plaçons moins dans cette perspective, que la problématique est assez similaire dans l'hypothèse d'une médiation intégrée articulée avec un arbitrage. C'est d'ailleurs peu ou prou le schéma de la med-arb, qui permet aux parties de configurer le process de résolution de leur litige, dont le principe de confidentialité. La med-arb présente donc un terrain favorable au développement de la médiation intégrée, qui rejoint des pratiques anglo-saxonnes courantes.

A. La confidentialité : un principe essentiel susceptible d'être aménagé

(15) La confidentialité est une caractéristique quasi existentielle pour la médiation, sans lui être propre, et l'on retrouve cette qualité en matière d'arbitrage. On le sait, l'engouement du monde des affaires tient pour une large part au secret qui entoure l'arbitrage¹⁶.

Cette qualité est d'ailleurs garantie par le code de procédure civile pour la médiation judiciaire¹⁷. Une autre disposition de ce code¹⁸ en dispose pareillement pour la conciliation¹⁹ et la médiation. Une récente décision²⁰ est venue rappeler que : « *Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties.* »²¹, avec l'assentiment de la doctrine²².

Traditionnellement, la jurisprudence veille au respect du principe de confidentialité en matière de médiation qui empêche d'utiliser des pièces produites au cours de ce processus²³, comme une éventuelle concession ou reconnaissance d'une partie²⁴.

¹⁶ T. Labatut, « Faut-il rendre publiques les sentences arbitrales ? », <https://www.actu-juridique.fr/international/arbitrage-marl/faut-il-rendre-publiques-les-sentences-arbitrales/>

¹⁷ Code de procédure civile, article 131-4.

¹⁸ Code de procédure civile, article 1531.

¹⁹ Voir cependant à propos de la conciliation JurisClasseur Procédures Formulaire, V° Conciliation - Fasc. 10 : Conciliation, §53, 01/11/2022.

²⁰ Cass. 2e civ., 9 juin 2022, n° 19-21.798.

²¹ Article 21-3 loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Pour une autre source de cette règle voir Code de procédure civile, article 131-14.

²² Y. Strickler, « Médiation civile - Obligation de confidentialité en processus de médiation et sanction de sa méconnaissance », Procédures n° 8-9, Août 2022.

²³ Cass., 3e civ., 29 Janvier 2002 – n° 00-19.422 : « *Attendu, d'autre part, qu'ayant justement relevé que l'association CLJT ne pouvait se fonder sur une tentative de médiation qui avait échoué, ni, en raison de la confidentialité qui s'attache à cette procédure, demander que soient versées aux débats les pièces afférentes à la médiation, et opéré l'actualisation des demandes de la SCI Fonds de garantie, la cour d'appel a procédé à la recherche prétendument omise, et légalement justifié sa décision de ce chef ;* ». Voir également CA Paris, pole 04, 30 septembre 2016, RG 13/24930, reconnaissance de la confidentialité courriers échangés pendant une médiation sur le fondement de l'article 131-14 du CPC.

²⁴ Cass. 2e civ ;, 10 Novembre 2016 – n° 15-25.681, rejet pourvoi tendant à reconnaître la renonciation à la prescription d'une dette en raison de paiements effectués dans le cadre d'une médiation et couverts par le principe de confidentialité.

Le principe de confidentialité n'est cependant pas absolu et il connaît des variations, que peuvent prévoir des conventions, sous réserve du respect des règles tenant à la renonciation d'une disposition d'ordre public. D'ailleurs, il faut remarquer que la mise en œuvre du principe de confidentialité nécessite d'opérer des distinctions au regard des informations²⁵ auxquelles il s'applique. Ajoutons que la directive de 2008²⁶, qui a redéfini notre cadre légal actuel sur la médiation est le fruit d'un compromis entre des approches nationales différentes en particulier sur la question de la confidentialité, et que l'article 7²⁷ de ce texte formule en la matière une position *a minima*.

(16) En dehors de ces considérations juridiques posant la confidentialité comme un principe, il est utile de rappeler qu'il s'agit d'un moyen, voire un outil, du processus de médiation d'une portée non négligeable.

En effet, l'un des grands principes de la médiation est de créer un espace sécurisé afin que les parties se livrent à un dialogue conduisant à la résolution de leur différend. L'apport de la confidentialité va même bien au-delà de la garantie d'une barrière étanche entre le processus de médiation et le reste du monde. Cette qualité se révèle in concreto être un levier de dynamisme du processus de médiation, puisque c'est souvent au fur et à mesure des échanges entre les parties, que ces dernières vont accepter de dévoiler à l'autre via le médiateur des éléments d'information, et par-là coconstruire une solution.

On voit donc comment y compris intrinsèquement la notion de confidentialité participe du processus de médiation, qui n'en demeure pas moins un moyen vers un objectif finalisé.

²⁵ Voir à ce propos CA Versailles, 13e ch., 26 janv. 2021, n° 19/05110. Distinction à propos d'une conciliation entre les documents attestant du principe de la conciliation non confidentiels et une offre d'accord en vue d'une conciliation, qui est un document protégé au sens des articles 129-4 et 1531 du CPC.

²⁶ DIRECTIVE 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

²⁷ Article 7 Confidentialité de la médiation

« 1. *Étant donné que la médiation doit être menée de manière à préserver la confidentialité, les États membres veillent à ce que, sauf accord contraire des parties, ni le médiateur ni les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne soient tenus de produire, dans une procédure judiciaire civile ou commerciale ou lors d'un arbitrage, des preuves concernant les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci, excepté:*

a) *lorsque cela est nécessaire pour des raisons impérieuses d'ordre public dans l'État membre concerné, notamment pour assurer la protection des intérêts primordiaux des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne; ou*

b) *lorsque la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord.*

2. *Aucune disposition du paragraphe 1 n'empêche les États membres d'appliquer des mesures plus strictes en vue de préserver la confidentialité de la médiation.* ».

(17) La médiation utilise la confidentialité seulement comme un moyen afin d'aboutir à une solution négociée, qui demeure en tout état de cause la finalité à atteindre. Cette finalité suppose dans le même temps le respect d'autres objectifs nécessaires à l'organisation sociale, objectifs qui vont induire des limitations à la confidentialité.

La place de la confidentialité, aussi importante soit-elle dans le processus de médiation, va donc connaître des exceptions. Il y a notamment celles d'origine légale prévues à l'article 21-3 alinéa 3 de la loi de 1995²⁸, qui touche en substance à l'ordre public, à ce qui est nécessaire à l'exécution de l'accord, et à l'information du juge en cas d'échec de la médiation judiciaire.

Ajoutons en complément que le principe de confidentialité, posé à l'alinéa 1 de cette disposition, est lui-même aménageable par convention. Les parties conservent par définition la liberté d'écarter ou, disons de définir par convention le principe de confidentialité comme nous l'avons déjà indiqué. De plus, ce texte de 1995 semble permettre de divulguer le fait que les parties ont mis en place une médiation – en dehors de toute information sur l'issue du processus, y compris le nom des parties, voire l'objet de la médiation et donc du différend.

Au-delà, et en écho à la faculté de dévoiler l'accord de médiation pour l'exécuter, nous venons de voir que la confidentialité est un moyen d'arriver à un accord sur un différend. Ainsi, en cas d'échec de la médiation, on peut imaginer aménager le principe de confidentialité, voire de l'inverser, et les modalités le permettant seront abordées plus avant (cf. §20 et s.).

Précisons tout de même dès à présent une distinction importante entre la médiation conventionnelle et judiciaire. En effet, dans ce dernier cas, la volonté des parties possède une place de moindre importance, d'autant que le principe de la médiation peut leur être imposé. Ce faisant, une limitation de la confidentialité – via un processus de médiation intégrée correspondrait à une forme d'immixtion supplémentaire du juge.

B. Médiation intégrée et médiation obligatoire

²⁸ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, article 21-3 alinéa 3 : « Il est fait exception aux alinéas précédents dans les deux cas suivants :

a) En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ;

b) Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution.

Lorsque le médiateur est désigné par un juge, il informe ce dernier de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord. ».

(18) La médiation intégrée pourrait s'articuler des formes de médiations obligatoires, notamment celle prévue à l'article 127-1 du CPC, et c'est au fond probablement l'hypothèse de principe.

En imaginant, une instance en cours – quel qu'en soit l'état, la mise en place d'une médiation peut aboutir à la fin de l'instance en présence d'un accord total. Inversement, sauf désistement des parties, si la médiation n'aboutit pas l'instance reprend son cours. Dès lors, tout en veillant à faire de la médiation une séquence autonome et qui doit nécessairement le rester, il est possible d'envisager un lien entre l'instance juridictionnelle et la médiation, la médiation intégrée pouvant jouer ce rôle. Ce faisant deux qualités de la médiation sont aménagées. La confidentialité et nous venons d'en parler, mais également le caractère volontaire de la médiation.

En prescrivant le recours à la médiation, le législateur et/ou le juge qui use de cette prérogative passe outre la volonté des parties, même si ces dernières restent libres d'adhérer ou pas à la décision. Le cumul de ces deux aménagements touchant à la fois au caractère volontaire de la médiation et la confidentialité dont elle jouit modifient substantiellement la médiation, tel qu'elle est conçue traditionnelle, rendant légitime une certaine prudence.

(19) Pour rappel, les cas dans lesquels les parties confrontées à un litige doivent obligatoirement s'engager dans un processus de médiation sont rares et récents, ce qui rend difficile d'en apprécier la pertinence avec assurance. De plus, même si certaines expérimentations sont positives²⁹, le sujet demeure clivant avec des oppositions fermes³⁰, qui peuvent se comprendre. A nouveau, la volonté des parties de travailler à la résolution de leur conflit est indéniablement un élément essentiel de la médiation.

Dans ce contexte, réduire la portée d'un autre grand principe, celui de confidentialité accroît la pression sur le cadre traditionnel de la médiation. Un recours généralisé et d'ampleur à la médiation intégrée nécessiterait donc en amont une réflexion étendue, et une ou même voire plusieurs expérimentations.

²⁹ Décret n°2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux. Arrêté du 6 mars 2018 relatif à l'expérimentation de la médiation obligatoire pour certains litiges sociaux. Voir Rapport Conseil d'État, Expérimentation de la médiation préalable obligatoire (MPO) Bilan final, 23 juin 2021.

³⁰ M. Guillaume-Hofnung, « La médiation », Que sais-je ?, 8e Edition, novembre 2020, p. 13 à propos de la démarche italienne.

En amont, il paraît utile de donner quelques repères autour d'une éventuelle mise en œuvre de la médiation intégrée.

III. Mise en œuvre pratique de la médiation intégrée

(20) Après avoir envisagé l'intérêt de la médiation intégrée, mais aussi les questions qu'elle soulève, il convient de proposer comment *in concreto* elle pourrait se traduire. Pour ce faire, nous partirons du principe que la médiation consiste à créer un lien entre la médiation qui n'aboutit pas ou pas totalement et un mode de règlement juridictionnel d'un litige, et en premier la justice formelle. Cette configuration servira à illustrer notre propos. Le lien entre médiation et justice formelle se concrétisera par un transfert d'informations depuis la médiation, grâce à un aménagement du principe de confidentialité.

Seront donc évoqués le contenu des informations transférées (A), et le régime de ce transfert (B).

A. Les informations constitutives de la médiation intégrée

(21) On peut imaginer une liste plus ou moins longue d'informations venant du processus de médiation et transférer vers une instance relevant de la justice formelle. Par principe plus cette liste sera longue et son contenu détaillé, et plus l'aménagement du principe de confidentialité sera significatif. La détermination de cette liste relève donc d'un choix, qui peut être défini strictement ou variable en fonction d'autres critères. La liste présentée ci-dessous possède donc une valeur indicative, étant précisé que l'absence de transfert d'information ou une liste trop réduite viderait de son sens l'idée d'une médiation intégrée.

1. Le principe d'une médiation ou de son absence

(22) L'information consiste ici dans le fait de dévoiler la mise en place ou pas d'une médiation. Cette information ne semble pas visée par les règles procédurales établissant la confidentialité de la médiation conventionnelle, judiciaire ou administrative. Nous ne revenons pas ici sur le débat réel autour des contours du principe de confidentialité, ni sur la faculté offerte aux parties de définir

conventionnellement les règles de confidentialité d'un processus de médiation (cf. n°15), et cela vaudra pour les autres informations exposées sauf exception.

Le transfert de l'information du principe d'une médiation ou de son absence possède un vrai intérêt puisque sans médiation préalable, la médiation intégrée n'a aucun sens. Notons en complément que l'absence d'un processus de médiation peut être l'invitation à se diriger dans cette voie, et donc l'organisation d'une médiation intégrée.

2. Les dates de la médiation

(23) Comme l'information précédente, les dates de la médiation ne seraient pas couvertes par le principe de confidentialité, y compris en présence d'une médiation conventionnelle.

Il faut noter que les dates associées à la médiation sont nombreuses. Pour l'essentiel, il s'agit de la date de lancement de la médiation et son terme, notamment en raison des effets sur les délais d'action relatifs au conflit en question. En matière de médiation conventionnelle, on vise respectivement la date de l'accord écrit instaurant la médiation ou à défaut celle de la première réunion, et de la date de fin de la médiation déclarée par le médiateur³¹. En matière de médiation judiciaire, le code de procédure civile évoque lui la décision ordonnant la médiation et l'expiration de la mission du médiateur³².

3. Les parties prenantes à la médiation

(24) Là encore, le principe de confidentialité ne paraît pas entrer en conflit avec la divulgation des parties à la médiation, qui seront souvent les mêmes que celles à l'instance, même si des différences sont envisageables (ex : en cas de désistement en cours d'instance ou d'élargissement de la médiation).

4. Le conflit objet de la médiation

(25) Sont visés ici, le ou les sujets principaux constituant le conflit de matière général, ex : un licenciement, une contrefaçon, l'exécution d'une vente, etc. A défaut, il existe un risque de glissement vers les demandes des parties. Toutefois, même en s'en tenant à l'objet général ou objectif du litige, cette information est a priori couverte par

³¹ Code civil, article 2238.

³² Code procédure civile, article 910-2.

le principe de confidentialité en présence d'une médiation conventionnelle, au moins s'il y a une différence de vue des parties sur l'objet du conflit.

En effet, face à la jouissance d'une chose une partie peut considérer qu'il est en conflit au regard d'une vente et l'autre d'une location. Or, évoquer une médiation relative à la location par la partie arguant d'une vente revient à dévoiler une information transmise au médiateur et protégée par le principe de confidentialité.

5. L'issue de la médiation

(26) De la même manière, cette information est couverte par le principe de confidentialité. Par exception, en médiation judiciaire, « *A l'expiration de sa mission, le médiateur informe par écrit le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose.* »³³.

L'information dont il est question ici consiste uniquement savoir si la médiation a mis un terme au conflit ou pas, ou partiellement.

Le contenu de l'accord représente un autre sujet, par principe confidentiel, et extérieur à notre propos sauf dans l'hypothèse d'une médiation partielle donnant lieu à un développement juridictionnel pour la partie résiduelle du conflit.

6. Les demandes des parties

(27) Ces informations correspondent à des développements de l'objet du litige déjà évoqué, et en langage de médiation la ou les positions des parties. En médiation judiciaire, les demandes des parties à la médiation seront proches voire semblables à celles exposées dans le cadre de l'action. Néanmoins, des divergences plus ou moins importantes peuvent exister, et dans tous les cas toutes ces informations sont confidentielles.

Leur transmission s'apparenterait donc clairement à un aménagement de cette règle.

7. Les éléments de fait établissant les demandes des parties

(28) Toutes ces informations sont bien entendu couvertes par le principe de confidentialité. Son aménagement est justifié par le fait que leur divulgation donne une indication de la teneur des échanges, l'approche des parties, la qualité des arguments avancés. En résumé, au moment de l'instance qui fait suite la médiation,

³³ Code procédure civile, article 131-11.

cette séquence qui bien qu'ayant échoué peut contribuer à enrichir l'environnement et par-là l'issue juridictionnelle du litige.

Ces informations constituent avec celles du paragraphe suivant les rouages essentiels de la médiation intégrée.

8. Les concessions et propositions de transaction

(29) L'échec de la médiation tient rarement à l'incapacité totale des parties à dépasser leurs demandes initiales. Même à la marge, des concessions et des propositions de compromis sont proposées sans recueillir l'aval de l'autre partie, ou sous réserve de conditions elles-mêmes rejetées. Ces tentatives d'accord bien qu'avortées représentent des éléments d'information éclairant la relation entre les médiés, leur volonté ou leur investissement dans la recherche d'une solution amiable ; leur bonne foi – même si bien entendu une proposition de compromis peut être plus ou moins sincère ; des choix ou des orientations au regard du conflit qui les opposent. Ces éléments comme ceux évoqués au paragraphe précédent sont bien entendus confidentiels.

9. Les principaux points de droit en lien avec les demandes des parties

(30) Nous nous éloignons ici de la médiation, mais les demandes des médiés sont généralement fondées en droit, notamment lorsqu'ils sont accompagnés par un avocat. A l'instar, des éléments de faits établissant les prétentions des parties, leur fondement juridique est une source d'information facilitant l'articulation avec l'instance juridictionnelle à venir.

Il va de soi que notre propos n'est pas un argumentaire juridique développé, mais l'identification d'une ou plusieurs dispositions réglementaires fondant les prétentions des parties.

B. Le régime du transfert des informations constitutives de la médiation intégrée

(31) La mise en œuvre de la médiation intégrée suppose une approche différente du principe de confidentialité, tel qu'il est perçu aujourd'hui. L'intensité de l'aménagement peut varier au regard des informations transférées vers l'instance juridictionnelle, comme de la nature de la médiation – judiciaire ou conventionnelle. Une autre variable

tient à la force de l'exception au regard du principe. La médiation étant un processus tenu par les parties, il semble essentiel de préserver au maximum leur volonté, mais aussi d'aborder le rôle du médiateur et du juge ou de l'arbitre pour la partie juridictionnelle.

1. L'exception au principe de confidentialité et le maintien de la volonté des parties

(32) Bien des options existent pour déterminer comment divulguer certaines informations relatives à la médiation. Schématiquement, trois types de solutions sont imaginables.

Une première hypothèse consisterait à limiter d'autorité la confidentialité de certaines informations. Cette orientation pourrait néanmoins aboutir à dissuader les parties de se tourner vers la médiation. Rappelons que la confidentialité joue un rôle particulier dans ce processus, et qu'elle constitue un avantage important pour le monde des affaires (cf. supra). Bien entendu un couplage avec une forme obligatoire de médiation pourrait traiter ce risque, ou alors conduirait à faire évoluer la stratégie d'évitement.

À l'opposé, dans une deuxième hypothèse, la divulgation des informations peut être laissée à la seule appréciation des parties. C'est d'une certaine façon la situation actuelle, avec en plus une information/invitation à glisser vers une médiation intégrée dont le principe comme le contenu serait défini par les médiés. Cette option supplétive de volonté peut aboutir à écarter de facto la médiation intégrée, en raison de l'inclination naturelle vers la confidentialité. Elle pourrait aussi au fil du temps lui apporter une légitimité forte, par une *grassroots approach*. La formule est sans doute celle à retenir pour une médiation intégrée mise en œuvre dans le cadre d'un arbitrage, et de la Med-Arb. La question de la confidentialité peut être traitée dans le cadre de la convention de médiation, en se projetant vers un potentiel arbitrage.

Entre ces deux formules : obligation stricte et volonté des parties, une hypothèse médiane peut être formulée.

(33) Tout en étant prévu, l'aménagement de l'obligation de confidentialité peut laisser une place importante à la volonté des parties. Dans cette perspective, le principe serait de déconfidentilaiser les informations énumérées ci-dessus (cf. §20) en distinguant entre deux catégories. La première correspondrait aux informations peu ou pas confidentielles, à savoir : le principe de la médiation, sa date, les parties prenantes,

son objet, voire l'issue de la médiation. Ces informations seraient alors qualifiées de non confidentielles, avec/ou pas la possibilité de déroger à cette règle.

La seconde catégorie serait constituée des autres informations, qui pourraient rester confidentielles, sous réserve que le maintien de cette prérogative soit motivé par la partie qui souhaite continuer à profiter du principe de confidentialité. Dans tous les cas, le médiateur resterait soumis à cette obligation.

Ainsi, toutes les parties à une médiation pourraient accepter le principe de la médiation intégrée totale, ou inversement partielle (informations de la première catégorie). Les parties peuvent aussi avoir une position propre sur toutes ou parties des informations qui seront maintenues confidentielles, en motivant ce choix. Cette absence de parallélisme devra alors être pris en considération, sans forcément être porteur de sens. Comme l'usage de la confidentialité, la transparence peut relever de la stratégie.

2. Le rôle du juge ou de l'arbitre et la médiation intégrée

(34) L'objectif de la médiation intégrée n'est évidemment pas d'instituer un nouveau niveau de juridiction intégrant la médiation, ni de créer un système d'homologation indirecte. L'intérêt du process repose sur la création d'un lien entre la médiation et une instance juridictionnelle. En conséquence, le juge – par exemple, ne serait pas tenu par les éléments de la médiation, quels qu'ils soient.

Néanmoins, il disposerait de la faculté de s'inscrire dans une ou plusieurs dynamiques ou orientations de la médiation, ou alors de l'ignorer, voire d'en prendre le contre-pied. La seule recommandation, par définition non obligatoire, susceptible d'être adressée au juge serait d'être curieux vis-à-vis de la séquence médiation, et de ne pas craindre de comprendre tout en restant impartial. Notons en aparté que l'échec d'une médiation préalable n'interdit pas au juge d'enjoindre les parties à une nouvelle médiation par le biais de son pouvoir d'injonction.

(35) Sur le principe, la position de l'arbitre est proche de celle du juge vis-à-vis de la médiation intégrée. Il possède néanmoins probablement plus de latitude concernant l'articulation de la procédure d'arbitrage et la médiation.

3. Le rôle du médiateur et la médiation intégrée

(36) On pourrait introduire ce paragraphe par une locution très usitée en France : « *At last but not least* », à propos du rôle du médiateur dans la médiation intégrée.

Nous l'avons indiqué à plusieurs reprises, en aménageant la règle de confidentialité, ce processus touche à un élément essentiel de la médiation, qui est dans le même temps un instrument à la fois puissant comme il protège et redoutable quand on le subit. Ce faisant, la mise en œuvre de cet aménagement aura des effets sur la position des parties. Le médiateur qui tient le processus suivant la volonté des parties et/ou des règles impératives associées à la médiation, notamment judiciaire possède assurément une responsabilité particulière dans l'hypothèse d'une médiation intégrée.

(37) La question de la confidentialité est déjà importante pour le médiateur, mais largement renforcée en présence d'une médiation intégrée.

Cette orientation doit bien entendu être abordée en amont de la médiation, et en particulier dans le cadre de la convention de médiation. De plus, l'*opening statement* devra comporter un rappel plus ou moins développé, mais tout à fait indispensable sur la confidentialité : son principe, son intérêt, les obligations qu'elle induit pour les parties et bien entendu le médiateur, comme les sanctions qui y sont attachées. En cours comme en fin de médiation des rappels ou développements sont par ailleurs souvent formulés à ce propos. De ce point de vue, la médiation intégrée représente donc seulement un renforcement du rôle du médiateur en la matière, même s'il s'agit d'un renforcement certain.

En effet, le médiateur doit s'assurer que les médiés sont totalement en mesure d'appréhender les règles de la médiation intégrée, et par-là d'utiliser ce processus en toute sécurité et au mieux de ses intérêts. Un temps est donc nécessaire notamment en début et en fin de médiation à ce propos. La faculté de maintenir la confidentialité de certaines informations comme les éléments de faits fondant les positions des parties ou des propositions de transaction (informations dont la confidentialité peut-être maintenue cf. §33), nécessite un effort qu'il convient de préparer.

Les conseils des médiés ont également une responsabilité sur ce champ pour protéger les intérêts de leurs clients durant le processus, comme sur la façon de divulguer certaines informations, et ou de motiver ou pas le refus de leur divulgation.

ENTRETIEN AVEC PATRICK TRONCHE, PRESIDENT DES CONCILIEATEURS DE FRANCE



Propos recueillis par D. Richard

Bonjour M. TRONCHE. Vous êtes le Président des Conciliateurs de France, et nous sommes absolument ravis de pouvoir échanger avec vous à l'occasion de ce numéro de *Signatures Internationales* consacré à « la Paix et à l'apaisement des conflits ».

DR : Pour commencer, pourriez-vous nous présenter les conciliateurs de justice et leur activité au travers de quelques chiffres ? Combien sont-ils ? Combien d'affaires traitent-ils par an ? Pour quel taux de réussite ? etc.

P.T : Les conciliateurs de justice - et il n'est pas inutile de le rappeler - sont des auxiliaires de justice, qui prêtent serment et sont nommés par le ou la premier(ère) présidente de la Cour d'appel dont ils dépendent et ont pour mission de permettre à tous concitoyens de trouver par leur intervention une solution amiable avant d'entamer une procédure judiciaire.

Leur domaine de compétence recouvre les litiges concernant les relations de voisinage, les baux d'habitation, la consommation, les baux commerciaux, les baux ruraux, les différends entre personnes, la copropriété, droit rural et litiges du travail.

Ils n'interviennent pas sur le domaine de la famille, le domaine pénal ni les litiges avec l'administration.

Quelques chiffres :

2700 conciliateurs de justice répartis sur le territoire métropolitain et départements ultra marins. Près de 180 000 dossiers sont traités annuellement avec un taux de conciliation proche de 50%, selon la Chancellerie plus de 80 000 dossiers n'ont pas eu recours aux tribunaux (chiffres 2021).

DR : Vous disposez, vous-même, d'une longue expérience de conciliateur, mais comment avez-vous débuté la conciliation ?

PT : J'ai été nommé en août 2008, et à ce jour je peux témoigner de l'évolution du professionnalisme de notre mission.

A ma prise de fonction, j'ai quasiment été mis devant « le fait accompli » sans accompagnement particulier. Aujourd'hui, tout candidat suit un stage d'immersion d'au moins deux mois avant de prêter serment et durant la première année de nomination, il bénéficie de deux soutiens ; une formation initiale par l'Ecole Nationale de la Magistrature, indispensable pour le renouvellement de sa fonction et d'un « tuteur » ou « référent » qui peut l'aider dans sa prise de fonction.

DR : Pourriez-vous évoquer une affaire vous ayant particulièrement marquée ?

PT : Tout dernièrement j'ai eu à animer deux dossiers :

Le premier mettant en présence les deux parties avec leurs avocats respectifs, après précision sur le rôle respectif de chacun des acteurs de l'amiable il y a pu avoir constat d'accord car les avocats ont compris tout l'intérêt de la conciliation et se sont comportés comme acteurs et non comme plaideurs. Sans doute la convention de bonnes pratiques signée avec le barreau de la Gironde a facilité cette démarche.

Le second est plus douloureux car il oppose un bailleur social avec un locataire atteint d'un fort handicap, celui-ci s'est trouvé en situation de dette de loyer car à la suite du décès de son père ne pouvait plus honorer le paiement de son loyer. Le locataire a fait plusieurs démarches auprès de son bailleur pour obtenir un logement adapté à son

handicap et ce sans succès. Le bailleur estimant que le locataire est en situation de trouver un logement auprès de tous les bailleurs sociaux et non lui exclusivement. Or le locataire a expliqué que les autres bailleurs lui refusaient l'accès à sa demande au motif qu'il existait une dette auprès de son bailleur actuel. Celui-ci maintenait sa demande de remboursement de la dette et le locataire a quitté la réunion de conciliation en exprimant tout son désarroi et exprimant que la seule issue est la fin de sa vie. Je poursuis le dialogue avec le service social qui accompagne le locataire afin de maintenir le lien, j'ai fait une proposition au bailleur pour une solution alternative, et suis en attente de sa réponse.

DR : Et, sur un plan plus personnel, que cela vous apporte-t-il d'œuvres inlassablement à l'apaisement des tensions sociales ?

PT : Ancien Directeur des Ressources Humaines je savais que les relations entre employeurs et salariés étaient sujettes à conflits, j'ai découvert dans le cadre de la conciliation que les relations « civiles » ne sont pas toujours un long fleuve tranquille. Pourquoi les gens ne se parlent-ils pas ? Question vaste qui implique beaucoup d'acteurs tels que la famille, l'éducation, etc.

DR : À votre avis quelles sont les qualités pour être un bon conciliateur ?

PT : l'écoute avant tout, l'impartialité et la capacité à faire en sorte que les parties qui en entrant en conciliation ont un *a priori* et en sortant partent avec une conviction de mieux se comprendre et de s'entendre.

DR : Êtes-vous régulièrement sollicité par des personnes souhaitant devenir conciliateur ?

PT : Personnellement non, mais les collègues de l'association locale oui, depuis le début de l'année ce sont plus de 20 candidatures que nous accompagnons à travers les stages d'immersion.

DR : Le ministère de la Justice a décidé récemment plusieurs mesures fortes en faveur de l'amiable. Quelle mesure vous semble la plus importante ?

PT : Au-delà de la mise en place de la politique de l'amiable qui est une excellente mesure, reste à concrétiser comment susciter les différents acteurs à bien la mettre en œuvre ; nous avons notre expérience, notre savoir-faire et savoir-être ; nous sommes un acteur qui peut apporter sa contribution à la réussite de cette politique voulue par le Garde des Sceaux. Travaillons ensemble pour cette réussite !

DR : Pensez-vous qu'il faudrait faire plus encore ?

PT : Une plus grande communication de proximité auprès de nos concitoyens sur le rôle primordial des conciliateurs de justice comme acteur essentiel d'un service public gratuit de la justice.

Les parties en litige doivent bien comprendre que ce sont elles les propres acteurs voire rédacteurs de leur jugement et non une tierce personne. La conciliation permet de réconcilier et donc de renouer le dialogue et surtout de rétablir les relations humaines.

MEDIATION ET OBLIGATION

RETOUR SUR LA MEDIATION OBLIGATOIRE EN MATIERE CIVILE



Guillaume MAIRE

*Maître de conférences à l'Université de Lorraine
Faculté de droit de Metz, Institut François Génys (EA 7301)*

Rétablissement de la médiation obligatoire en matière civile. Depuis le 1^{er} octobre 2023, le recours à la médiation est de nouveau obligatoire pour les « petits » litiges civils.

A la suite d'une décision du Conseil d'État, un décret en date du 11 mai 2023¹, applicable aux instances introduites à compter du 1^{er} octobre 2023, a en effet rétabli l'obligation de recourir au processus de conciliation, de médiation ou à la procédure participative pour certains litiges civils, notamment ceux dont l'enjeu est inférieur à 5 000 euros. Ce rétablissement était attendu et invite à revenir sur les difficultés que pose l'instauration d'une médiation obligatoire.

Des incitations au recours à l'amiable. Imposer une tentative de conciliation ou médiation comme préalable à une saisine d'un juge n'est plus une nouveauté. La volonté du législateur de promouvoir la médiation s'est longtemps concrétisée par de simples incitations au recours à la médiation. Celles-ci se déclinent essentiellement en deux types de mesures. La première vise à faire connaître les modes de règlement

¹ Décret n° 2023-357 du 11 mai 2023 relatif à la tentative préalable de médiation, de conciliation ou de procédure participative en matière civile.

amiable de résolution des conflits en informant les justiciables sur l'utilité et l'efficacité de ces modes. Pour cela, le juge, qui estimerait qu'une résolution amiable du litige est possible, est autorisé à enjoindre les parties de rencontrer un médiateur à titre d'information. Il ne s'agit pas de leur imposer d'entamer une médiation, mais uniquement de rencontrer un médiateur chargé de les informer sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation. L'objectif est bien sûr que les parties perçoivent l'intérêt de ce mode de règlement et trouvent un accord amiable par ce biais. Initialement prévue en matière familiale en cas de conflit relatif à l'autorité parentale², cette possibilité a été étendue aux divorces³ avant d'être généralisée, par la loi du 23 mars 2019, à tout type de litige et à tout état de la procédure⁴. En complément de cette mesure informative, un décret de 2015⁵ avait instauré un deuxième mécanisme incitatif consistant à obliger le justiciable à mentionner dans l'assignation en justice⁶ ou la requête⁷ « *les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* ». Ce dispositif s'est cependant révélé inefficace pour deux raisons. La première tenait à la définition peu ambitieuse de l'obligation. Le texte imposait de préciser les diligences entreprises, mais non d'entreprendre des diligences en vue de la résolution amiable du litige. Il suffisait donc de mentionner qu'aucune démarche n'avait été initiée pour que l'obligation soit respectée. La deuxième raison de l'inefficacité tenait à l'absence de sanction contraignante. Cette mention n'était pas exigée à peine de nullité de l'assignation. La seule sanction résidait dans la possibilité pour le juge de *proposer* aux parties une mesure de conciliation ou de médiation⁸. Face à l'inefficacité de ce dispositif, celui-ci a été abrogé aux termes d'un décret de 2019⁹.

Des obligations de recourir à l'amiable. Le mouvement de déjudiciarisation a ensuite pris un nouvel essor avec la multiplication des incitations de plus en plus coercitives allant jusqu'à l'instauration d'obligations de tentatives préalables de conciliation ou de médiation. Certaines procédures judiciaires spécifiques

² C. civ., art. 373-2-10

³ C. civ., art. 255

⁴ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, dans sa rédaction issue de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, art. 22-1

⁵ Décret n° 2015-285 du 11 mai 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

⁶ C. proc. civ., art. 56 dans sa version issue du décret n° 2015-285 du 11 mai 2015, préc.

⁷ C. proc. civ., art. 58 dans sa version issue du décret n° 2015-285 du 11 mai 2015, préc.

⁸ C. proc. civ., art. 127 dans sa version issue du décret n° 2015-285 du 11 mai 2015, préc.

⁹ Décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile.

comprennent une phase obligatoire de tentative de conciliation par le juge lui-même qui est directement intégrée à l'instance contentieuse dont elle constitue une première phase obligatoire. Tel est notamment le cas en matière sociale¹⁰ et rurale¹¹. Plus remarquable encore est l'évolution qui consiste à imposer aux parties, en dehors de toute clause de médiation, de tenter une conciliation ou médiation, au préalable à toute saisine du juge, renforçant ainsi l'externalisation de l'office de conciliation du juge¹². Domaine de prédilection de la médiation, la matière familiale a, tout d'abord, été le terrain d'expérimentation de cette tentative de médiation préalable et obligatoire. Cette obligation de recourir à la médiation en cette matière a été instituée par une loi de 2011¹³, par dérogation à l'article 373-2-13 du Code civil et à titre expérimental pour les tribunaux, à l'époque, de grande instance, désignés par arrêté. Etaient essentiellement concernées les demandes de modifications des décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, ainsi que les demandes de révisions des stipulations contenues dans une convention homologuée¹⁴. Cette expérimentation a été reconduite, pour une période de huit ans, par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle¹⁵. Le Garde des Sceaux a en outre, lors des Etats généraux de la Justice le 5 janvier 2023, proposé une série de mesures visant à encourager la médiation, notamment en matière familiale, qui pourraient prendre la forme d'une médiation obligatoire pour régler les conséquences d'un divorce ou d'une séparation¹⁶. La loi du 18 novembre 2016 a constitué une étape importante dans la promotion de la médiation

¹⁰ C. trav., art. L. 1411-1 : « *Le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient.* »

Il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti ».

¹¹ C. pr. civ., art. 887, al. 1^{er} : « *Au jour indiqué, il est procédé, devant le tribunal, à une tentative de conciliation dont il est dressé procès-verbal ».*

¹² Le juge était déjà autorisé à déléguer sa mission de conciliation. V. en ce sens, C. proc. civ., art. 129, al. 2 : « *Le juge qui doit procéder à une tentative de conciliation peut enjoindre aux parties de rencontrer un conciliateur de justice qui les informera sur l'objet et le déroulement de la conciliation, dans les conditions prévues par l'article 22-1 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ».*

Adde C. civ., art. 252 dans sa version issue de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 : l'audience de tentative de conciliation en cas de divorce judiciaire est remplacée par l'obligation de mentionner dans la demande introductive d'instance, à peine d'irrecevabilité, « *une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux* », invitant ainsi les époux au dialogue en dehors du bureau de conciliation du juge.

Adde aussi le projet d'instauration d'une « césure du procès civil » annoncé par le Garde des Sceaux lors de la présentation du plan d'action pour la Justice le 3 janvier 2023. Cette mesure consiste à faire trancher le nœud du litige par le juge qui demande ensuite aux parties de s'accorder sur le reste de la demande.

¹³ Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, art. 15.

¹⁴ Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 préc., art. 15.

¹⁵ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice du XXI^e siècle, art. 7.

¹⁶ Discours d'Éric DUPOND-MORETTI, garde des Sceaux, ministre de la Justice, Présentation à la presse du Plan d'action issu des Etats généraux de la Justice, Hôtel de Bourvallais, jeudi 5 janvier 2023

surtout en ce qu'elle a, par ailleurs, rendu obligatoire la tentative de conciliation par un conciliateur de justice préalablement à la saisine du tribunal d'instance lorsque le litige était inférieur à 4 000 euros¹⁷. Ce recours préalable et obligatoire aux modes de règlement amiable a été élargi par la loi de réforme de la justice du 23 mars 2019¹⁸ et son décret d'application¹⁹, avant d'être annulé par une décision du Conseil d'Etat²⁰ et rétabli par un décret datant du 11 mai 2023²¹. Ces retournements feront l'objet des développements qui suivront.

La matière administrative connaît le même engouement pour la médiation. Celle-ci constitue désormais un préalable obligatoire à certains litiges de la fonction publique et à certains litiges sociaux. A la suite d'une expérimentation d'une durée de quatre ans²², qui s'est révélée globalement positive²³, la procédure de médiation préalable obligatoire a été pérennisée et généralisée sur l'ensemble du territoire par la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire²⁴ et précisé par son décret d'application²⁵. S'agissant de la fonction publique, le dispositif est pérennisé dans l'éducation nationale et la fonction publique territoriale en cas de recours formés par les agents publics à l'encontre de toute une série de décisions administratives défavorables²⁶. Quant aux contentieux sociaux, la médiation préalable obligatoire est limitée à certaines décisions individuelles en matière d'allocation chômage prises par Pôle emploi ou l'Etat²⁷.

¹⁷ Lorsque le tribunal d'instance était saisi d'une demande excédant 4 000 euros, la tentative de médiation n'était pas un préalable à la saisine du juge, mais celle-ci était intégrée à la procédure contentieuse dans la mesure où le juge saisi devait « *s'efforcer de concilier les parties* » (C. pr. civ., anc. art. 845).

¹⁸ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 3.

¹⁹ Décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile, art. 4

²⁰ CE, 22 septembre 2022, n° 436939 et 437002.

²¹ Décret n° 2023-357 du 11 mai 2023 relatif à la tentative obligatoire de médiation, de conciliation ou de procédure participative en matière civile.

²² La phase d'expérimentation a été instaurée par la Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 5, IV et mise en place par le Décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux.

²³ M.-C. de MONTECLER, « Bilan globalement positif pour la médiation préalable obligatoire », *AJDA* 2021, p. 1708.

²⁴ Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, art. 27

²⁵ Décret n° 2022-433 du 25 mars 2022 relatif à la procédure de médiation préalable obligatoire applicable à certains litiges de la fonction publique et à certains litiges sociaux, créant les art. R. 213-10 et s. CJA.

²⁶ CJA, art. R. 213-11.

²⁷ C. trav., art. R. 5212-47

Cette évolution est d'autant plus remarquable que la sanction en cas de non-respect de cette obligation de recourir à l'amiable est radicale : l'irrecevabilité de la demande en justice qui ne serait pas précédée d'une telle tentative²⁸.

Des limites à l'obligation de recourir à l'amiable. Bien qu'ayant tendance à devenir habituelle, cette obligation de recourir au préalable à la médiation ou conciliation ne doit cependant pas être instaurée dans n'importe quelles conditions au risque de porter une atteinte excessive au droit fondamental d'accès à la justice. Tel était bien l'enjeu principal du rétablissement, par le décret du 11 mai 2023, de l'obligation d'une tentative préalable de médiation, de conciliation ou de procédure participative en matière civile. Cette obligation de recourir à un mode de règlement amiable en matière civile n'a pas été instaurée sans poser de difficultés, tant au niveau de sa mise en place (I) que de sa mise en œuvre (II).

I. La mise en place chaotique de l'obligation de recourir à la médiation

Trois étapes. La mise en place de l'obligation de recourir à un mode de règlement amiable, au préalable à la saisine du juge civil, s'est faite en plusieurs étapes. On peut en identifier trois : l'instauration, l'annulation et le rétablissement.

L'instauration du recours obligatoire à la médiation. Après le coup d'essai de la loi du 18 novembre 2016 imposant une tentative de conciliation préalable à la saisine du tribunal d'instance pour les litiges inférieurs à 4 000 euros, la loi du 23 mars 2019 a renforcé ce recours obligatoire aux modes de règlement amiable des différends. Le dispositif a été précisé par un décret en date du 11 décembre 2019 qui a créé l'article 750-1 du Code de procédure civile. Le principe est identique : à peine d'irrecevabilité que le juge peut relever d'office, la demande en justice doit être précédée d'un mode de règlement amiable pour certains litiges. En réécrivant l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016, la loi du 23 mars 2019 a toutefois doublement renforcé l'obligation de recourir à un mode de règlement amiable. L'article 750-1 du Code de procédure civile,

²⁸ A condition toutefois qu'il s'agisse d'une « véritable » obligation de tentative de conciliation ou médiation préalable. En ce sens, v. Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 2023, n° 21-19.620 et 22-10.679, jugeant que si l'article 21 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 prévoit une conciliation préalable à l'arbitrage du bâtonnier en cas de différends entre deux avocats à l'occasion de leur exercice professionnel, il n'instaure « *toutefois pas une procédure de conciliation obligatoire dont le non-respect serait sanctionné par une fin de non-recevoir* ».

créé par le décret du 11 décembre 2019, a, premièrement, élargi le domaine du recours obligatoire à un mode de règlement amiable : celui-ci est désormais un préalable obligatoire à toute saisine du tribunal judiciaire pour toutes les demandes en paiement d'une somme inférieure à 5 000 euros (et non plus 4 000 euros), ainsi que les demandes relatives à un conflit de voisinage comprenant diverses actions : en bornage, relatives aux distances à respecter lors de l'ouverture d'une fenêtre ou lors de plantation, relatives à l'existence d'une servitude ou encore en cas d'empiétement sur un fonds contigu. Particulièrement opportune en la matière dans la mesure où elle permet d'apaiser des relations amenées à perdurer, la tentative de médiation a ensuite été rendue obligatoire préalablement à une action fondée sur les troubles anormaux de voisinage²⁹. Ce sont, deuxièmement, les modes de règlement amiable qui ont été élargis en 2019. Alors que la loi de 2016 n'envisageait que le recours obligatoire à un conciliateur de justice, la loi de 2019 offre le choix aux parties entre une conciliation menée par un conciliateur de justice, une médiation ou une procédure participative. Cette ouverture se comprend dans la mesure où les conciliateurs de justice, bénévoles, ne pouvaient pas absorber toutes les demandes de tentative de conciliation préalable à la saisine du juge et ce d'autant plus que la loi de 2019 augmentait les hypothèses de conciliation préalable obligatoire.

L'annulation du recours obligatoire à la médiation. Bien que l'objectif de promotion d'un mode de règlement amiable du litige soit parfaitement louable, les moyens de l'atteindre, consistant à imposer une tentative de médiation payante, ont très rapidement suscité une crainte au regard du droit d'accès à la justice.

Reconnu par les juridictions tant européennes³⁰ que nationales³¹, le caractère fondamental du droit d'accès à la justice ne pose pas de difficulté. Cette consécration s'est avant tout faite de manière dérivée : le droit d'agir en justice constitue une garantie de l'effectivité des droits fondamentaux substantiels³². Correspondant à

²⁹ Décret n° 2022-245 du 25 février 2022 favorisant le recours à la médiation, portant application de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire et modifiant diverses dispositions, art. 1.

³⁰ CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, série A, n° 18, §36 – CEDH, 27 février 1980, *Dewer c/ Belgique*, série A n° 35 – CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222-84, *Rec.* p. 1651.

³¹ Cons. Const., 21 janvier 1994, n° 93-335 DC, consid. 4 : *Justices* 1995, n° 1, p. 204, obs. N. MOLFESSIS – Cons. Const., 9 avril 1996, n° 96-373 DC, *Autonomie de la Polynésie française*, consid. 85 : *RD publ.* 1996, 953, note E. LUCHAIRE – Cons. Const., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle* : *Rec. Cons. Const.* 100 – CE, 22 avril 2005, *Magerand* : *JCP G* 2005, II, 10107 – Cass. Ass. Plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302 : *D.* 1995, 513, note R. DRAGO – Cass. Ass. Plén., 7 avril 2006, n° 06-11.516.

³² Certains se demandent en outre si le droit d'accès à la justice « n'est pas devenu un droit fondamental à part entière » : R. BOFFA et M. MEKKI, « L'accès au droit et l'accès à la justice », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. CABRILLAC (dir.), 29^e éd., 2023, spéc. n° 659.

minima au « droit pour toute personne physique ou morale, française ou étrangère, d'accéder à la justice et y faire valoir ses droits »³³, le droit d'accès au juge implique notamment un principe de gratuité de la justice³⁴.

L'instauration d'une tentative de médiation obligatoire est en fait susceptible de porter atteinte à ce droit à deux égards. Le premier danger serait que la mise en œuvre d'un processus amiable s'éternise et in fine, entraîne la prescription de l'action en justice, privant ainsi le justiciable de son droit d'accès au juge. Cet obstacle n'est cependant pas insurmontable dans la mesure où il suffit de considérer que la mise en œuvre de la médiation suspend le délai de prescription³⁵.

Le deuxième risque est afférent au principe de gratuité de la justice. C'est précisément ce dernier aspect qui est au cœur du débat. La critique repose sur un double constat. D'une part, seule la conciliation menée par un conciliateur de justice est gratuite, les autres modes (médiation confiée à un médiateur ou procédure participative organisée par un avocat) étant payants. D'autre part, il est acquis que les conciliateurs de justice ne sont pas suffisamment nombreux pour faire face à l'augmentation mécanique des demandes (liée à l'élargissement du domaine de l'obligation de tentative de l'amiable). Or, contrainte à une tentative de règlement amiable du litige, la personne qui souhaite faire reconnaître son droit en justice devra au préalable, soit solliciter un conciliateur de justice, ce qui n'augmentera pas le coût d'accès à la justice mais qui aura pour effet de retarder le délai d'accès à la justice, soit solliciter un médiateur ou un avocat dans le cadre d'une procédure participative, ce qui reviendra à reporter une portion de la charge financière du règlement du litige sur les parties.

L'atteinte ainsi portée au droit d'accès à la justice et au recours effectif est incontestable, mais comme toujours en matière de droits fondamentaux, la question consiste à savoir si elle est tolérable, car justifiée par un intérêt légitime et proportionnée à cet intérêt. La justification de l'atteinte est évidente. Elle réside dans les nombreux avantages que présente le recours à un mode de règlement amiable : meilleure acceptabilité de la solution par les justiciables qui demeurent au cœur du règlement de leur litige, apaisement des relations futures et, il faut bien le dire, désengorgement des tribunaux. Tout l'enjeu réside donc dans la proportionnalité.

³³ L. FAVOREU et T. RENOUX, « Le contentieux constitutionnel des actes administratifs », in *Répertoire contentieux administratif*, Sirey, 1992, spéc. p. 90.

³⁴ Lois des 16 et 24 août 1790, art. 11 : « les juges rendront gratuitement la justice » – loi n° 77-1469 du 30 décembre 1977 instaurant la gratuité des actes de justice devant les juridictions civiles et administratives.

³⁵ Code civil, art. 2238.

Dans la continuité de la jurisprudence européenne³⁶, la balance a été jugée équilibrée par le Conseil constitutionnel³⁷. Saisi par soixante députés et sénateurs reprochant au dispositif mis en place par la loi de 2019, notamment en ce qu'il renchérit le coût et les délais d'accès à la justice, de porter une atteinte excessive au droit à un recours juridictionnel effectif et au « principe de libre accès au juge », le Conseil a estimé que cette atteinte était justifiée et proportionnée. Justifiée par la volonté du législateur de réduire le nombre de litiges soumis au juge, ce qui correspond à l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice. Et proportionnée par deux limites. D'une part, le recours obligatoire au mode de règlement amiable est circonscrit à certains litiges dont le législateur a estimé « *qu'ils se prêtent particulièrement à un règlement amiable* »³⁸. Est-ce à dire, *a contrario*, que la mise en place d'une obligation plus générale de tentative de médiation serait inconstitutionnelle ? D'autre part, l'atteinte est proportionnée dans la mesure où le dispositif n'impose pas de recourir à un mode de règlement payant puisque les parties peuvent librement choisir, parmi les modes de règlement amiable, la conciliation par un conciliateur de justice, laquelle est gratuite. Le risque que ce choix ne soit qu'illusoire – en raison de l'indisponibilité du conciliateur contraignant les parties à recourir à une médiation payante – est en outre écarté dans la mesure où l'indisponibilité du conciliateur de justice dans « un délai raisonnable » constitue « un motif légitime » de dispense du préalable amiable obligatoire³⁹.

Le dispositif n'est toutefois validé par le Conseil constitutionnel qu'à la condition que le pouvoir réglementaire définisse la notion de « motif légitime » et précise le « délai raisonnable » d'indisponibilité du conciliateur de justice à partir duquel le justiciable est recevable à saisir la juridiction, notamment dans le cas où le litige présente un caractère urgent.

³⁶ CEDH, sect. 1, 26 mars 2015, n° 11239/11 : *Procédures 2015*, comm. 159, comm. N. FRICERO : « *ne constitue pas une entrave substantielle au droit d'accès direct au juge l'obligation imposée par la loi de tenter de trouver une solution amiable, préalablement à toute demande devant une juridiction civile, à peine d'irrecevabilité, si par ailleurs le processus amiable suspend le cours de la prescription et qu'en cas d'échec les parties disposent d'une possibilité de saisir le juge compétent* ».

³⁷ Conseil const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC.

³⁸ Conseil const., 21 mars 2019, préc., §22.

³⁹ La version initiale de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice prévoyait en effet, au titre des exceptions au recours amiable obligatoire, le cas dans lequel « *l'absence de recours à l'un des modes de résolution amiable mentionnés au premier alinéa est justifiée par un motif légitime, notamment l'indisponibilité de conciliateurs de justice dans un délai raisonnable* ».

Le pouvoir réglementaire s'est exécuté aux termes d'un décret en date du 11 décembre 2019⁴⁰ qui a apporté les précisions suivantes à l'article 750-1 du Code de procédure civile : le motif légitime tient « *soit à l'urgence manifeste, soit aux circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative ou nécessitant qu'une décision soit rendue non contradictoirement, soit à l'indisponibilité de conciliateurs de justice entraînant l'organisation de la première réunion de conciliation dans un **délai manifestement excessif** au regard de la nature et des enjeux du litiges* ». Le « délai raisonnable » d'indisponibilité du conciliateur est ainsi défini comme le « délai manifestement excessif » dans lequel la première réunion de conciliation est organisée ! La précision ne semble pas très éclairante.

Saisi par les représentants à la fois des avocats⁴¹ et des magistrats⁴², le Conseil d'Etat n'a, sans surprise, pas été convaincu par la précision apportée par le pouvoir réglementaire. Aux termes d'une décision en date du 22 septembre 2022⁴³, il annule l'article 750-1 du Code de procédure civile aux motifs de l'imprécision des conditions dans lesquelles l'indisponibilité du conciliateur de justice peut être établie. Les juges relèvent qu'en se bornant à préciser que l'indisponibilité du conciliateur de justice doit être appréciée par rapport à la date de la première réunion de conciliation qui ne doit pas intervenir dans un délai manifestement excessif au regard de la nature et des enjeux du litige, les dispositions du décret « *n'ont pas défini de façon suffisamment précise les modalités et le ou les délais selon lesquels cette indisponibilité pourra être regardée comme établie* ». Or, « *s'agissant d'une condition de recevabilité d'un recours juridictionnel, l'indétermination de certains des critères permettant de regarder cette condition comme remplie est de nature à porter une atteinte au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction* »⁴⁴.

Le rétablissement du recours obligatoire à la médiation. L'obstacle identifié par le Conseil d'Etat n'était pas dirimant. Il suffisait pour le pouvoir réglementaire de préciser le délai au-delà duquel il était manifestement excessif d'attendre l'organisation d'une

⁴⁰ Décret n° 1019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile.

⁴¹ Conseil national des barreaux, Conférence des bâtonniers, ordre des avocats au barreau de Paris, Association des avocats conseils d'entreprises, Conférence nationale des avocats, Fédération nationale des unions de jeunes avocats, Syndicat des avocats de France

⁴² Syndicat de la magistrature

⁴³ CE, ch. réunie, 22 septembre 2022, n° 436939 : *D.* 2022, 2096, entretien M. BARBA ; *ibid.* 2023, 571, obs. N. FRICERO.

⁴⁴ CE, ch. réunie, 22 septembre 2022, préc., §42.

première réunion de conciliation. La bévue a été rectifiée aux termes du décret du 11 mai 2023⁴⁵ réhabilitant l'article 750-1 du Code de procédure civile qui prévoit désormais, au titre des dispenses de la tentative du processus amiable, « *l'indisponibilité de conciliateurs de justice entraînant l'organisation de la première réunion dans un **délai supérieur à trois mois** à compter de la saisine d'un conciliateur* ». Ce choix semble satisfaisant en ce qu'il est « *suffisamment long pour permettre aux conciliateurs eux-mêmes contraints par des jours voire des demi-journées de permanence hebdomadaire de s'organiser et recevoir le plus grand nombre possible de justiciables. Mais il n'est pas trop long, pour ne pas trop retarder l'éventuelle procédure contentieuse en cas d'indisponibilité. Il ne saurait ainsi constituer un obstacle substantiel à l'accès au juge* »⁴⁶. Ce délai de trois mois est en outre connu des modes de règlement amiable des différends en ce qu'il fixe généralement la durée maximale de la tentative de résolution⁴⁷.

Si elle écarte le risque d'inconstitutionnalité, la précision apportée par le pouvoir réglementaire laisse subsister de nombreuses difficultés relatives à la mise en œuvre de cette obligation de recourir à la médiation.

II. Une mise en œuvre incertaine de l'obligation de recourir à la médiation

De multiples difficultés. Quelques difficultés classiques sont inévitables mais surmontables : la nécessité de se ménager une preuve de la saisine⁴⁸ du conciliateur, preuve pouvant être rapportée par tout moyen⁴⁹, afin d'être en mesure de justifier l'impossibilité d'organiser une première réunion dans un délai supérieur à 3 mois à compter de cette saisine⁵⁰ ; l'incertitude quant au maintien de l'obligation de tenter l'amiable préalablement à l'instance introduite entre l'annulation de l'article 750-1 du Code de procédure civile et l'entrée en vigueur de son rétablissement⁵¹ ; le risque de

⁴⁵ Décret n° 2023-357 du 11 mai 2023 relatif à la tentative obligatoire de médiation, de conciliation ou de procédure participative en matière civile.

⁴⁶ G. MAUGAIN, « L'extraordinaire histoire de l'article 750-1 du Code de procédure civile : le rétablissement », *Dalloz actualité* 23 mai 2023.

⁴⁷ C. proc. civ., art. 129-1 : durée maximale, renouvelable une fois, de la conciliation déléguée par le juge à un conciliateur de justice – C. proc. civ., art. 131-3 : durée maximale, renouvelable une fois, de la médiation judiciaire.

⁴⁸ Le conciliateur pouvant être saisi sans forme particulière : C. proc. civ., art. 1536.

⁴⁹ C. proc. civ., art. 750-1, 3° *in fine* : « *le demandeur justifie par tout moyen de la saisine et de ses suites* ».

⁵⁰ Soulevant cette difficulté, v. par exemple G. MAUGAIN, art. préc.

⁵¹ Soulevant cette difficulté, v. par exemple V. EGEA, « Nouvel article 750-1 du CPC : le préalable amiable obligatoire enfin précisé ! », *JCP G* 2023, act. 596.

contournement de l'obligation en « gonflant » l'objet de la demande excédant artificiellement le seuil des 5 000 euros ou en saisissant volontairement un conciliateur extrêmement sollicité, etc.

Deux autres difficultés apparaissent davantage décisives.

Caractérisation de la tentative de conciliation ou médiation. La première question – peut-être la plus sérieuse en ce que c'est à sa réponse que se mesure la réalité de l'obligation – porte sur les contours de cette obligation. Le texte impose une tentative de conciliation, médiation ou procédure participative, mais que faut-il entendre par tentative ? Quelles sont les diligences que le justiciable doit accomplir en vue d'une résolution amiable du litige et dont il doit justifier à peine de nullité lors de sa demande en justice ?⁵² Celui-ci devra-t-il produire un procès-verbal de carence établi par le conciliateur ou médiateur et constatant ainsi l'échec du processus amiable ? Exigera-t-on au minimum une première rencontre avec le tiers facilitateur ? Une convocation restée sans réponse suffira-t-elle à constater une tentative avortée (mais qu'en serait-il si l'autre partie était simplement indisponible au jour fixé unilatéralement ?) ? Un simple courrier proposant, voire évoquant la mise en place d'un processus amiable permettra-t-il de justifier de démarches suffisantes en vue de la résolution amiable du litige ? La justification de « pourparlers » antérieurs et vains dispensera-t-elle le plaideur de contacter un médiateur ou conciliateur ?

La jurisprudence, notamment de la Cour de cassation n'est pas encore très fournie sur la question, mais à n'en pas douter, celle-ci nourrira le contentieux, ce qui n'est pas le moindre des paradoxes⁵³.

Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 avril 2021⁵⁴ a toutefois été remarqué en ce qu'il laisse entendre qu'un courrier adressé au contradicteur en vue d'un accord sur le litige suffirait à caractériser une démarche en vue de parvenir à une résolution amiable du litige et ainsi un échec du processus amiable. La portée de l'arrêt est

⁵² C. proc. civ., art. 54, 5° : « à peine de nullité, la demande initiale mentionne : [...] lorsqu'elle doit être précédée d'une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative, les diligences entreprises en vue d'une résolution amiable du litige ou la justification de la dispense d'une telle tentative ».

⁵³ Regrettant cette évolution de la procédure civile : C. BLERY, « Où l'amiable devient l'objet de contentieux », note sous Civ. 2^e, 15 avril 2021, *Dalloz actualité* 10 mai 2021 : alors que « les plaideurs sont de plus en plus obligés de recourir aux MARD (modes amiables de résolution des différends) [...] préalablement à la saisine d'un juge, l'« amiable » devient lui-même objet de contentieux ».

⁵⁴ Cass. civ. 2^e, 15 avril 2021, n° 20-14.106 : *Dalloz actualité*, 10 mai 2021, note C. BLERY.

cependant plus fine qu'elle n'y paraît dans la mesure où il s'agit d'une cassation pour manque de base légale. En l'espèce, un demandeur saisit un tribunal en vue d'obtenir la condamnation à son profit du défendeur. Sa demande est cependant jugée irrecevable par le juge du fond faute pour le demandeur de justifier avoir rempli l'obligation légale de tentative de conciliation prescrite par l'article 4 de la loi du 16 novembre 2016, dans sa version applicable aux faits de l'espèce. Le demandeur fournissait un courrier qu'il avait adressé à son contradicteur, mais celui-ci a d'office été jugé insuffisant par le tribunal. La décision est cassée par la Cour de cassation qui reproche aux juges du fond de « *s'être bornés à relever l'absence de justification d'une tentative préalable de conciliation, sans examiner si [le demandeur], qui avait mentionné, dans sa déclaration au greffe, au titre des démarches entreprises afin de parvenir à une résolution amiable du litige, avoir envoyé un courrier à l'autre partie en vue d'un accord, justifiait de démarches en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* ». La Cour de cassation ne juge pas que n'importe quel courrier suffira toujours à justifier des démarches entreprises, mais elle considère que ce courrier peut suffire et que le juge ne peut pas l'écarter d'emblée. Il doit en effet expliquer en quoi ledit courrier serait insuffisant à démontrer l'échec de la tentative de conciliation⁵⁵.

Il convient en outre de relever que cette décision a été rendue sous l'empire de la loi du 16 novembre 2016 qui prévoyait, au titre des exceptions à l'obligation de tentative d'une conciliation le cas dans lequel « *les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* ». La version actuellement en vigueur de l'article 750-1 du Code de procédure civile ne reprend pas expressément cette exception, mais prévoit une dispense dans le cas où « *l'absence de recours est justifiée par un motif légitime tenant [notamment] aux circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative* ». Cette jurisprudence ne serait transposable qu'à condition d'admettre que « l'existence de « pourparlers » antérieurs et vains constitue un « motif légitime » de dispense.

⁵⁵ V. aussi Cass. civ. 2^e, 1^{er} juillet 2021, n° 20-12.303 : JCP G 2021, 931, obs. A. DANET : cassation du jugement déclarant irrecevables les demandes aux motifs que le requérant ne justifiait pas de diligences en vue de parvenir à une résolution amiable du litige, alors que, dans ses écritures, il démontrait avoir entrepris diverses tentatives de résolution amiable demeurées vaines (avoir entamé une négociation amiable avec le contradicteur à qui le demandeur avait proposé, aux termes de plusieurs échanges, un montant d'indemnisation et avoir sollicité le médiateur de la consommation désigné par le contrat qui lui avait répondu ne pas pouvoir intervenir dans la mesure où le défendeur n'avait pas adhéré à ses services).

Cette jurisprudence laisse dubitatif. D'un côté, une reconnaissance trop rapide de l'échec de l'amiable inhibe l'intérêt du dispositif obligatoire dans la mesure où il devient facile de le contourner. On pourrait envisager d'ajouter à la première mise en demeure adressée à l'autre partie une simple clause (de style ?) évoquant une éventuelle médiation ou conciliation. La consistance de cette « obligation » de tentative de médiation ou conciliation s'en retrouverait très affaiblie, ce qui serait regrettable pour la promotion de l'amiable. On arriverait d'ailleurs à un certain paradoxe selon lequel un dispositif incitatif serait plus contraignant qu'un dispositif présenté comme obligatoire. Sur le fondement de l'article 22-1 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, le juge peut en effet enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur afin qu'il les informe sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation, alors que l'exécution d'une obligation de tentative d'une conciliation ou médiation n'imposerait pas même une rencontre entre les parties et le tiers facilitateur. D'un autre côté, cette moindre exigence se justifie par la nécessité de ne pas porter une atteinte trop importante au droit d'accès à la justice, voire par le processus même de la médiation basée sur le consentement et dont le succès suppose que les parties y adhèrent et soient convaincues de son intérêt.

Médiation et obligation ? La deuxième difficulté est plus fondamentale en ce qu'elle met en cause la nature même de la médiation. Certains s'interrogent en effet sur la compatibilité entre médiation et obligation. Correspondant incontestablement à un processus *volontaire*, la médiation peut-elle constituer un préalable *obligatoire* à la saisine du juge ? Les pessimistes diront que l'on aboutit à un système bien flou, contre-nature, voire contre-productif. Derrière l'objectif louable de promotion de l'amiable, le risque est grand que la médiation soit galvaudée. Présentée comme une étape obligatoire et systématique préalable à la saisine du juge, cette médiation, censée pourtant reposer sur le consentement éclairé des médiés, risque d'être perçue comme une pure formalité, voire comme un obstacle inutile pour le justiciable réticent qui s'adressera au médiateur dans l'unique but d'obtenir un accès au juge contre une éventuelle rémunération. Le médiateur deviendrait ainsi une chambre d'enregistrement lucrative⁵⁶. Heureusement, une version optimiste existe selon

⁵⁶ Sur cette conception pessimiste, v. not. : M. VERINEL, « La disparition de la justice de proximité », *D.* 2019, 1772, spéc. n° 2 – B. NURET, « La médiation préalable obligatoire : du regard bienveillant à l'analyse critique », *JCP A*, n° 35, 2022, 2245, spéc. n° 3.

laquelle le recours obligatoire à la médiation permet de faire découvrir ce mode de règlement amiable des différends aux justiciables et d'instaurer le réflexe de l'amiable. Ayant davantage l'habitude du règlement judiciaire de son différend, le plaideur ne se tournera pas de lui-même vers l'amiable, sauf à ce que cette tentative de l'amiable soit incorporée au schéma auquel il adhère par l'habitude : la procédure judiciaire. La médiation reposant sur le consentement des médiés, il ne s'agit évidemment pas d'imposer ce processus à un justiciable qui n'en voudrait pas. En rendant ce processus systématique, l'objectif est d'instaurer une culture de l'amiable.

Cet objectif est précisément le point commun entre les deux positions. Les auteurs qui ont manifesté leur scepticisme eu égard à la médiation obligatoire sont également favorables au développement d'une culture de l'amiable. Le point de divergence porte toutefois sur les moyens d'y parvenir. Les uns estiment que la médiation doit toujours être facultative et qu'il est préférable de développer des dispositifs incitatifs visant à faire connaître la médiation⁵⁷. Les autres considèrent que la systématisation obligatoire permettra de renverser les habitudes. La question est plus générale et se rencontre dans tous les domaines dès lors que le législateur cherche à faire évoluer les comportements et qu'il doit choisir entre la mise en place d'une politique incitative ou coercitive.

Quoi qu'il en soit, cette incitation plus ou moins contraignante à la médiation ne pourra pas suffire à l'instauration d'une politique nationale de l'amiable. Celle-ci doit être complétée par des travaux relatifs au statut du médiateur et à la formation des acteurs de la médiation qui doivent s'approprier cette culture de l'amiable. Tels sont justement les objectifs annoncés par le Garde des Sceaux lors du lancement de la « politique novatrice de l'amiable » le 13 janvier 2023.

⁵⁷ V. en ce sens, par exemple : M. VERINEL, art. préc., spéc. n° 3 : « *S'il doit y avoir une contrainte légale, elle ne doit pas imposer de recourir à un procédé déjudiciarisé mais simplement imposer de le proposer* ». Et l'auteur d'ajouter qu'il serait préférable de développer les dispositifs incitatifs : *élaboration d'un protocole d'accord sur la médiation entre les tribunaux, les auxiliaires de justice et les associations de conciliateurs et médiateurs, organisation systématique de permanences de médiateurs lors des audiences, information gratuite personnalisée sur la médiation diffusée en début d'audience, invitation systématique du juge aux parties, pour les affaires présentant des critères d'éligibilité à un processus de résolution amiable, à rencontrer un médiateur ou conciliateur, etc.*)

ENTRETIEN AVEC CATHERINE POLI
RESPONSABLE DU GROUPE DE TRAVAIL MEDIATION DE L'AFDD



Catherine POLI

Docteur en Droit privé

Médiateur agréé CMAP

Médiateur assermenté Cours d'appel de Bastia, Aix-en-Provence et Paris

Responsable du groupe de travail Médiation de l'AFDD

Q. : Pour quelles raisons vous êtes-vous intéressée à la médiation ?

R. : C'est lors de mon intégration en master professionnel contentieux et voies d'exécution, il y a une quinzaine d'années, que j'ai découvert des alternatives à un traitement contentieux des litiges. A ce moment-là, la doctrine s'intéressait évidemment à l'arbitrage mais aussi à ce que les anglo-saxons désignent comme les *Alternative dispute resolution (ADR)* comprenant le droit collaboratif, la conciliation et la médiation. C'est au cours de voyages en Afrique, en Chine, au Canada et au plus près dans ma région, la Corse, que j'ai découvert des cultures anciennes de conciliations menées par un tiers neutre, indépendant, impartial. C'est de ce point de départ, en étudiant ces procédures puis en me formant et en pratiquant, que mon intérêt n'a eu de cesse de croître. La pratique de la médiation m'apporte beaucoup car elle permet, même si cela est très prenant, d'ouvrir un espace libre de discussion, de lever toutes les dimensions d'un conflit et d'aider les justiciables à trouver la voie d'une solution qu'ils conçoivent et respectent en ce qu'elle correspond à leurs besoins et

intérêts. Une négociation raisonnée où chacun est partie prenante, justiciable, médiateur, avocat conseil, sans compter le rôle du magistrat.

Q. : Pouvez-vous nous présenter votre thèse consacrée à la médiation ?

R. : J'ai consacré mes travaux de doctorat plus largement à la résolution amiable des différends. J'ai donc étudié l'ensemble des procédures de résolution amiable traditionnellement appréhendées par le droit processuel puisque servant le traitement des litiges, afin de révéler que ces procédures sont fondamentalement guidées, pour leur mise en œuvre et leur finalité, par le droit des contrats. La médiation, comme la conciliation ou la procédure participative ne sont en réalité que des procédures permettant la négociation d'un accord amiable, la conclusion d'une convention venant sceller la solution du différend et revêtant une forme, une force singulières puisque se rapprochant d'un acte juridictionnel. Je me suis donc attachée à démontrer l'unité fondamentale des accords amiables.

Q.: Vous exercez aujourd'hui en qualité de médiatrice, pouvez-vous nous présenter votre formation ?

R. : Je me suis formée professionnellement tout au long de mon doctorat car c'est en pratiquant que j'ai pu m'interroger et lever des problématiques juridiques. J'ai eu énormément de chance car mon directeur de thèse m'a toujours encouragé à me former. Lors de mes formations, nous avons de nombreux enseignements relatifs à l'entrée en médiation, la négociation raisonnée, les techniques de communication, mais je m'interrogeais toujours sur l'absence d'enseignement sur l'outil juridique scellant la solution consacrée par les parties. Cette démarche de formation a donc profondément nourri mes travaux de thèse.

Il y a plus de dix ans, j'ai donc choisi de suivre la formation du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, le CMAP, et de m'impliquer pour et avec ce Centre soucieux de la qualité de ses formations mais aussi du traitement des dossiers. Un docteur en droit ne se refait pas, nous aimons apprendre et je suis toujours des modules de formation pour approfondir les connaissances sur des aspects techniques particuliers tels que la place des avocats en médiation, les aspects financiers de la médiation, la communication non violente.

Je suis aujourd'hui médiatrice agréée au sein du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris et également assermentée auprès des Cours d'appel de Paris, Aix-en-Provence et Bastia. J'interviens aussi bien à la demande des parties pour des médiations extrajudiciaires, en amont de tout contentieux devant le juge, que pour des médiations judiciaires sur désignation des magistrats.

L'activité de médiateur n'est pas une profession réglementée, nous exerçons en tant qu'auxiliaire de justice. C'est une mission que j'exerce ponctuellement en toute indépendance.

J'interviens également au sein du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris dans le cadre de groupes de travail pour les médiateurs agréés.

Je suis également fière que nous ayons pu créer une Association avec un bâtonnier honoraire et un consœur, l'Association des Médiateurs et Arbitres de Corse (MAC), afin d'échanger et d'évoluer dans nos pratiques et de proposer des groupes de travail, de participer à des colloques et promouvoir des formations de qualité.

Q. : Qu'est-ce qu'une médiation réussie ?

R. : Les médiateurs constatent en pratique que toute tentative de résolution amiable porte sa dose de réussite. Cela tient au fait que lorsque les parties acceptent de discuter, de se parler autour de ce qui les oppose, elles peuvent s'exprimer. De fait, même si une médiation n'aboutit pas à un accord amiable, les parties parviennent à purger une partie de leur conflit, à se dire les choses face à un tiers qui se trouve dans le secret. Le conflit ensuite porté devant le juge est ainsi vidé de certaines dimensions pour que le litige soit finalement tranché.

Une médiation totalement réussie est, à mon sens, une procédure où les parties et leurs avocats ont été accompagnés par le médiateur au travers des principes directeurs, un calendrier, une disponibilité et de la confiance. C'est aussi une procédure où les avocats sont respectés dans leurs missions et leur travail, le médiateur n'intervenant qu'à un certain moment de la résolution ; une procédure où le médiateur est également en lien avec le magistrat sur l'avancée de la médiation sans dévoiler la confidentialité des échanges, dans un esprit de bonne administration. Une médiation totalement réussie aboutie à un accord renfermant la, les solutions discutées et validées par les parties, non pas comme des concessions, des sacrifices mais comme des engagements réciproques interdépendants satisfaisant les besoins

et intérêts de chacun. Je constate au fil des années, que nous sommes en réalité tous très attachés aux conflits. La conclusion finale d'un accord amiable est peut-être l'un des moments les plus délicats. Elle participe à une forme de résilience.

Q. : Que pensez-vous des réformes actuelles plaçant l'amiable au cœur de la loi d'orientation et de programmation de la Justice ?

R. : En propos introductifs d'un colloque relatif au juge acteur de la prévention et du traitement amiable des différends économiques qui s'était tenu à la Cour de cassation à l'initiative du Doyen Jacques Mestre en 2014, le Professeur Laurent Aynes rappelait que la justice peut être rendue par trois moyens : la violence, la conclusion d'un accord amiable ou le jugement rendu par une autorité légitime.

Si, dans un état de droit, aucune place ne saurait être laissée à la violence comme moyen pour se faire justice, une place doit effectivement être faite à des procédures permettant la conclusion d'accords amiables. Il me semble donc important que la médiation, comme d'autres procédures de résolution amiable soit effectivement prises en compte dans le cadre des réformes relatives à la Justice. Toutefois, il me semble évident que cette préoccupation du développement de la résolution amiable des différends ne doit pas être motivée par le seul besoin de désengorger les tribunaux mais doit l'être bien plus par le besoin d'apporter le traitement adapté aux différends. Cela implique de concevoir les procédures de résolution amiable des différends non pas comme une alternative à la justice étatique, une sorte de justice privée, mais comme des procédures, des outils à disposition tant dans le cadre judiciaire qu'extrajudiciaire pour la résolution des conflits. Cette approche induit une analyse des dossiers tant par les avocats conseils que par les magistrats pour une orientation pertinente des dossiers vers l'amiable. A cet égard, l'injonction qui est faite par le magistrat aux parties de rencontrer un médiateur afin d'être informées sur la procédure de médiation apparaît comme un des leviers permettant le déclenchement d'une tentative de résolution amiable encadrée par un délai légal court.

La loi d'orientation et de programmation de la Justice adoptée le 20 novembre dernier apporte une innovation en matière d'amiable puisque sur le plan de la justice commerciale, le législateur prévoit la création à titre expérimental de « tribunaux des activités économiques » pour quatre ans au sein de tribunaux de commerce. Ces

tribunaux se voient dotés d'une compétence étendue pour traiter toutes les procédures amiables et collectives engagées par les acteurs économiques, exceptées les professions du droit réglementées. Le juge est donc replacé au cœur l'amiable, ce qui fait écho au plus ancien texte du Code de procédure civile relatif à l'amiable. L'article 21 du Code dispose en effet qu'il entre dans la mission du juge de concilier les parties.

Q. : Pourquoi constituer un groupe de travail dédié à la médiation ?

R. : Un groupe de travail dédié à la médiation au sein de l'Association française des docteurs en droit est l'occasion de réunir des docteurs, praticiens autour de toutes les thématiques que la médiation englobe. Ce sera l'occasion de rencontres entre docteurs et professionnels, d'échanges de documents, d'informations et d'actualités sur les réformes et thèses en cours ou soutenues. Un lien pourra être tissé avec d'autres groupes de travail. Au regard de l'essor ces dernières années de la résolution amiable des différends, de l'impulsion donnée par le législateur et du nombre croissant de doctorants travaillant sur la résolution amiable des différends, la création de ce groupe s'impose naturellement. Il sera, nous l'espérons, l'occasion de faire naître un prix de thèse.

LA FORMATION DES MEDIATEURS



Mathieu MARTINELLE

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles

Institut François Génys (EA 7301)

Université de Lorraine

Célérité ou précipitation ? La médiation a le vent en poupe ! Pour ne citer que les normes les plus évidentes, le renouveau de l'article 750-1 du Code de procédure civile par le décret n° 2023-357 du 11 mai 2023 relatif la tentative préalable obligatoire de médiation¹ ou encore le décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le Tribunal judiciaire² démontrent la volonté politique de développer ces « nouveaux » modes de résolution alternatifs de règlement des différends.

La célérité avec laquelle œuvre le législateur invite toutefois et déjà à l'interrogation : ne confère-t-elle pas à la précipitation ? Le développement de la médiation et plus généralement des MARD ne manque-t-il pas d'une structure, d'un cadre ?

La question est complexe, car le processus de médiation demeure marqué du sceau de la liberté. Les médiés doivent accepter l'ouverture de la discussion, puis se placer dans une posture d'échanges et, enfin, pourront-ils s'exprimer, librement, jusqu'à trouver – eux-mêmes et avec l'accompagnement du médiateur – la solution à leur

¹ Décret n° 2023-357 du 11 mai 2023 relatif à la tentative préalable obligatoire de médiation, de conciliation ou de procédure participative en matière civile, JORF n° 0110 du 12 mai 2023, texte n° 11.

² Décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire, JORF n° 0175 du 30 juillet 2023, texte n° 9.

différend. La règle de droit n'est plus le seul outil assurant la résolution des litiges ; la volonté des intéressés est première.

Alors, face à cette substance de la médiation, un cadre trop strict serait dépourvu d'intérêt. Il serait même considéré comme étant contrenature, puisque l'adaptation du processus de médiation au différend en cause est essentielle afin d'en assurer sa résolution (amiable). Si une certaine flexibilité s'impose donc en la matière, le développement de ces nouveaux modes de résolution impose néanmoins une structure. Afin d'assurer ces deux impératifs en apparence contradictoires, la solution est connue : s'assurer que le processus de médiation soit organisé et mis en œuvre par des personnes disposant de toutes les compétences utiles et nécessaires à celui-ci.

Un élément essentiel au statut de médiateur : sa formation. Le processus de médiation impose de déterminer le statut du médiateur. Ce dernier est le cœur de la matière. S'il fallait s'en convaincre, rappelons que la présence d'un médiateur permet de distinguer la médiation des autres modes alternatifs de règlement des différends. Lorsqu'il s'agit d'une conciliation, d'une procédure participative, d'une transaction ou encore d'un arbitrage, le médiateur est absent, nonobstant – le cas échéant – la présence d'un autre tiers facilitateur et la mise en œuvre des techniques (notamment de communication) similaires à celles employées dans le cadre d'une médiation. Il ne s'agit toutefois pas d'une médiation, dès lors que la place et le rôle des acteurs participant directement ou indirectement à la résolution du différend ne sont pas les mêmes. De plus, d'un point de vue plus efficient, la présence du médiateur est essentielle au processus de médiation dès lors qu'il s'assure de sa mise en œuvre, et ce avant, pendant et après les rencontres. En somme, sans médiateur, il ne peut y avoir de médiation.

Malgré cette importance, le statut de médiateur ne fait – en l'état – l'objet d'aucune réglementation. Sauf à faire référence aux conditions nécessaires à l'inscription sur les listes des médiateurs près les Cours d'appel³, et à l'exception du médiateur

³ Décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel, JORF n° 0238 du 11 octobre 2017, texte n° 9.

familial⁴, tous pouvons nous qualifier de « médiateur » et exercer telles fonctions : ni le terme ni l'aptitude à l'être ne sont protégés⁵.

Si le statut du médiateur, en France, est une question à part entière, celui-ci ne saurait se déterminer sans s'assurer que l'intéressé dispose d'une formation adéquate et adaptée⁶. La médiation est une mesure alternative à la saisine du juge, dont la tentative préalable à telle saisine est parfois même obligatoire. L'attente portée à l'égard de la médiation est importante : si les écrits théoriques et comparatistes sont élogieux, son intégration comme étant un *véritable* (et non plus simplement *alternatif*) mode de résolution des différends, spécialement en France, reste encore à réaliser.

La place du Conseil national de la médiation. Pour ce faire, la formation des médiateurs mérite une pleine attention⁷. A ce titre, le Conseil national de la médiation dispose, dans le cadre des missions qui lui ont été confiées par le législateur, de « proposer des référentiels nationaux de formation des médiateurs et de faire toute recommandation sur la formation »⁸. Sur ce point spécialement, les premiers travaux dudit Conseil, récemment composé⁹, et leur mise en œuvre concrète, sont attendus. Le travail à réaliser n'est pas une mince affaire. Les éléments qui portent sur la formation des médiateurs sont disparates, peu nombreux et, en tout état de cause, facultatifs¹⁰. La question est pourtant importante, sinon essentielle. Pour y répondre, et dès lors que la pratique précède l'encadrement du statut, une étude sur les formations déjà proposées d'une part et sur les praticiens de la médiation d'autre part, nous semble souhaitable.

⁴ Arrêté du 19 mars 2012 relatif au diplôme d'État de médiateur familial, JORF n° 0076 du 29 mars 2012.

⁵ Sauf à relire et réinterpréter la portée de l'article 131-5 du Code de procédure civile, selon lequel « *La personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes :*

1° *Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire ;*

2° *N'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ;*

3° *Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige ;*

4° *Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ;*

5° *Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation ».*

⁶ Sur ce point déjà : V. Lasserre, « La formation des médiateurs », in *Archives de philosophie du droit*, éd. Dalloz, 2019/1, p. 117 et s.

⁷ Sur le même constat : C. Denoit-Benteux, « La médiation de qualité : enjeux et perspectives », in *Archives de philosophie du droit*, éd. Dalloz, 2019/1, p. 277 et s.

⁸ Art. 45, L. n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, JORF n° 0298 du 23 décembre 2021, texte n° 2.

⁹ Décret n° 2022-1353 du 25 octobre 2022 relatif à la composition et aux modalités de fonctionnement du Conseil national de la médiation, JORF n° 0249 du 26 octobre 2022, texte n° 12.

¹⁰ V. cependant l'important travail déjà réalisé par certains collectifs, parfois étrangers, notamment l'*Association for Conflict Resolution*, le Forum Européen, ou encore la Plateforme de la Médiation Française.

Trois objectifs. Alors que l'objet de ces quelques lignes n'a pas telle prétention, peut-on souligner, tout au plus, que le succès de la médiation repose sur le médiateur, ce dernier devant disposer des compétences adéquates. La question de la détermination des compétences des médiateurs est alors première. Pour ce faire, faut-il souligner les objectifs de la formation des médiateurs. Trois objectifs peuvent être notés.

En effet, la formation des médiateurs s'adresse, en premier lieu, aux médiateurs eux-mêmes. Accompagnant les médiés dans la médiation, le médiateur doit savoir maîtriser le processus mis en œuvre. Pour être capable de mettre en œuvre ses diligences – et ne pas engager sa propre responsabilité professionnelle – le médiateur doit maîtriser le mode alternatif de règlement des différends qu'il administre. Il doit savoir où commence et où s'arrête sa mission : ni plus, ni moins. A ce titre, la posture du médiateur est un élément essentiel, sinon premier. Par le respect de la posture de médiateur, ce dernier se protégera, tout en plaçant la médiation dans les meilleures conditions pour aboutir à un règlement *amiable* du différend.

Alors et en second lieu, l'objectif de la formation des médiateurs doit également viser les autres acteurs intéressés, et spécialement les médiés. Dès lors que la médiation repose sur la volonté des parties, la première expression de celle-ci porte sur l'accord d'entrée en médiation : sans cet accord initial, aucun processus de médiation ne saurait être pensé et mis en œuvre. A ce titre, la formation de médiateur doit conduire à ce que ce tiers facilitateur sache exposer, de manière claire, structurée et complète, ce qu'est une médiation, les étapes de son processus et, plus globalement, les intérêts et limites de celle-ci. Si une solide formation offre les clés de communication nécessaire à cette présentation initiale – ayant vocation à déterminer si les parties souhaitent réellement entrer en médiation – le fait que le médiateur soit formé, voire diplômé, rassurera le médié. Ce dernier acceptera certainement plus facilement d'entrer en médiation lorsque celle-ci est orchestrée par un praticien formé, voire diplômé, que par un autre qui n'aurait que pour seule base, des qualités innées décrétées par lui-même.

S'en suit – et en troisième lieu – que la formation des médiateurs permettra d'assurer le développement de la médiation. Aujourd'hui, l'absence de structure dans la

formation conduit à dénaturer la médiation elle-même. Des médiations sont aujourd'hui réalisées par des personnes ne se plaçant pas dans la posture de médiateur ; le principal intérêt de la médiation – à savoir la résolution amiable du différend – disparaît. Pour les médiés, il n'y a plus aucun intérêt à entrer en médiation : pourquoi prendre « l'alternatif » (le médiateur), alors que le « principal » (le juge) est à disposition ?

Des compétences. C'est en prenant compte des trois objectifs sus-indiqués, et sans prétendre à l'exhaustivité ni à l'exactitude, que l'auteur de ces quelques lignes se risque à proposer quatre compétences du médiateur.

La première compétence porte sur *l'analyse du différend dans toutes ses dimensions, principalement psychologiques, sociologiques et juridiques*. Fort de cette compétence initiale, le médiateur aura les outils nécessaires afin de comprendre le conflit qui se présente entre les parties, si bien qu'il saura appréhender leur relation et réduire les tensions qui, par hypothèse, la grève.

La deuxième compétence porte, bien entendu, *sur l'orientation et l'accompagnement des parties vers la médiation, si telle est adaptée à la situation de l'espèce*. Cette compétence est alors essentielle, puisqu'elle permet, d'une part, de ne pas dénaturer la médiation vis-à-vis des autres modes alternatifs et/ou amiables de résolution des différends. Dans certaines hypothèses, le médiateur devra inviter les parties à solliciter et mettre en œuvre d'autres moyens amiables de résolution, au motif que la médiation n'est pas adaptée à la situation d'espèce. D'autre part, cette compétence ainsi formulée nous paraît fondamentale afin de ne pas dénaturer la volonté des parties. La médiation et les plus généralement les modes amiables n'ont pas vocation à régler tous les conflits et différends. Dans certains (et nombreux) cas, les modes classiques – imposant la saisine du juge, mobilisant ses pouvoirs de *juridictio* et d'*imperium* – sont la solution la plus adaptée à la résolution du conflit. En ce sens, à l'instar du juge qui, lorsqu'il est initialement saisi, doit renvoyer le dossier vers une médiation ou un autre MARD lorsque tel mode lui semble adapté, le médiateur doit connaître les limites de l'opportunité d'une médiation. En pareil cas, il doit savoir refuser ou mettre un terme à la médiation, et guider les parties vers un mode de résolution adapté à leur situation personnelle.

La troisième compétence du médiateur l'invite à *maîtriser la démarche de résolution du différend, en concevant le processus de médiation, ce dernier devant être compris et accepté par les médiés*. Le processus de médiation marquant la spécificité de ce mode de résolution, il a déjà été remarqué qu'il est au cœur de son succès. Si essentiel soit-il, il doit demeurer flexible et adapté à la volonté des parties. En ce sens, ces dernières doivent le comprendre, puis l'accepter. Sans respecter cet impératif, la médiation n'aboutira pas à l'effet escompté. Alors qu'un problème conjoncturel pourra, dans le meilleur des cas, être réglé, le différend structurel ne sera pas épuisé, si bien que d'autres problèmes (conjoncturels) apparaîtront à bref délai. Le processus de médiation doit toutefois, dans le même temps, être structuré et sécurisé. Les principes essentiels de la médiation doivent être respectés et le médiateur, qui y est lui-même soumis, doit y veiller.

Enfin, la quatrième compétence que l'on se risque à formuler porte sur la *contractualisation de la médiation, afin d'assurer son efficacité*. La médiation est un mode alternatif à la justice, dont le socle juridique est la volonté des parties. En ce sens, le contrat est l'outil juridique à devoir mobiliser afin d'assurer le processus. A tous les stades de la médiation (à l'entrée de, lors de, et au terme de) apparaît le contrat. Le médiateur doit le savoir, le maîtriser tant quant à la formation du contrat, que quant à ses effets. Il pourra, ainsi et notamment, rappeler aux parties leurs droits, mais aussi leurs obligations, résultant de la rencontre de leurs volontés d'abord d'entrer en médiation, ensuite – le cas échéant – de mettre en œuvre (de bonne foi) la médiation, enfin – le cas échéant – de respecter et exécuter l'accord de médiation. Partant, si tous les médiateurs n'ont pas vocation à être des juristes, tous doivent avoir des compétences juridiques afin d'exercer, efficacement, leurs diligences.

Pour un diplôme national de médiateur judiciaire. C'est au regard des importantes compétences que le médiateur doit savoir maîtriser que nous prônons la création d'un diplôme national de médiateur judiciaire. Cadré par les compétences susvisées et encadré par des formateurs eux-mêmes confirmés, ce diplôme national assurerait la réalité du statut du médiateur, alternatif du juge. Et que certains préfèrent le terme « d'agrément » n'importe que peu, sous réserve que celui-ci soit délivré par un organisme habilité à le faire et attestant, sous sa responsabilité, de la maîtrise des compétences essentielles du formé.

Si l'idée – qui ne fait que reprendre une réalité déjà appliquée chez nos proches voisins¹¹ – est déjà audacieuse, les questions qu'elle ouvre sont nombreuses, notamment quant à la formation afférente à ce diplôme¹². Nous pensons, notamment, au caractère initial et/ou continu de la formation, à la durée de celle-ci, aux modalités théoriques et/ou pratiques proposées, à son contenu ou encore à l'organisme de formation et à son contrôle. Si ces questions méritent l'intervention du Conseil national de médiation, il faudra, au surplus, s'assurer des conditions d'accès à ce diplôme national : un niveau licence ou master et/ou une pratique professionnelle d'un minimum de 5 ans ? C'est alors, grâce à sa formation et à l'agrément ou diplôme la sanctionnant, que le statut du médiateur sera déterminé, assuré et – *in fine* – susceptible d'être protégé contre toute usurpation. Là, s'ouvre alors un autre débat : pour préserver le statut, ne faut-il pas encore envisager la création d'un ordre des médiateurs judiciaires ?

¹¹ Nous pensons spécialement à l'exemple belge et le rôle de la Commission fédérale de médiation attribuant un agrément au médiateur, nécessaire pour exercer telles fonctions. Sur le droit belge : v. art. 1734 et s. du Code judiciaire belge, réformé par une loi du 18 juin 2018. *Adde* : C. Delforge, « La loi du 18 juin 2018 et la promotion de la médiation : vers un changement de paradigme ? », in B. Inghels (dir.), *La médiation autrement*, éd. Larcier, coll. Les dossiers du journal des tribunaux, 2019, p. 11 et s.

Pour un autre exemple, plus lointain : Ch. Bouchard, « Développer la médiation, pourquoi et comment ? Brève réflexion sur l'expérience québécoise », in *Archives de philosophie du droit*, éd. Dalloz, 2019/1, p. 63 et s.

¹² Sur ce point : J.-P. Bonafé-Schmitt, « Les enjeux de la formation à la médiation », in *Négociations*, éd. De Boeck Supérieur, 2017/2, p. 201 et s. L'auteur rappelle le développement de la formation à l'étranger et en France, en soulignant notamment les spécificités des médiateurs familiaux, et en insistant sur les enjeux relatifs à la durée et au contenu des formations, mais aussi et plus généralement ceux relatifs à la qualification, à l'accréditation et la certification des médiateurs.

PENALISATION DE JURE ET CIVILISATION DE FACTO À PROPOS DE LA MEDIATION PENALE



Pierre ESCHBACH

Doctorant contractuel

Institut François Génys (EA 7301)

Université de Lorraine

La petite délinquance représente depuis de nombreuses années un enjeu important du droit pénal¹. Bien que les infractions en question ne soient pas d'une grande gravité, leur nombre suppose qu'une réponse soit apportée à ces comportements. La réponse doit alors prendre en considération ces spécificités afin d'apporter la réponse la plus adéquate possible. Parce que la mise en mouvement de l'action publique n'est pas toujours une solution pertinente, le législateur a instauré des procédures alternatives aux poursuites. À ce jour, le code de procédure pénale permet la mise en œuvre de nombreuses obligations liées à ces alternatives aux poursuites, parmi lesquelles de nombreuses obligations reposant sur la réparation du trouble à l'ordre public causé par la commission de l'infraction. Il peut paraître surprenant d'affirmer que la réparation des préjudices causés permet de réprimer l'auteur d'une infraction. En effet, traditionnellement, la réparation relève du droit civil et n'est donc pas considérée, par nature, comme une peine. Néanmoins, tant le droit pénal substantiel que le droit pénal formel ont remis en cause cette distinction par les différentes réformes législatives qui ont transformé la réparation en une véritable réponse pénale².

¹ V. not. : J. Leblois-Happe, *Quelle répression à la petite délinquance. Étude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, PUAM, 2002.

² V. not. : Ch. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, LGDJ, 2016, coll. « Bibliothèque de droit privé ».

La première instaurée fut la médiation pénale, inscrite dans le code de procédure pénale après de nombreuses années à être expérimentée *de facto* par les juridictions³. L'article 41-1 5° du code de procédure pénale dispose que le parquet peut « Faire procéder, à la demande ou avec l'accord de la victime, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime ». L'instauration de cette procédure a pour but d'apporter une réponse à une infraction par l'apaisement du conflit entre la victime et le délinquant. Alors qu'auparavant, la réparation des préjudices était accessoire et relevait du juge pénal statuant sur les intérêts civils, la médiation érigea la réparation en une sanction à part entière permettant de répondre à une infraction. Outre la réparation financière, la médiation pénale est également une réparation symbolique⁴. Cet apaisement explique l'importance des obligations réparatrices au sein des différentes alternatives aux poursuites, qu'il s'agisse des alternatives aux poursuites instaurées aux articles 41-1, 41-1-2 ou 41-2 du code de procédure pénale. En effet, toutes disposent d'obligations dites réparatrices, parfois complémentaires à des obligations répressives⁵. Une rupture s'opère donc avec la matière pénale qui se veut répressive par nature.

Parmi ces alternatives réparatrices, la médiation pénale fut la première procédure qui démontra qu'il ne fallait ni opposer réparation et répression, ni y voir nécessairement une complémentarité. Le droit pénal, qui avait pour vocation d'infliger une sanction punitive, peut se suffire désormais de sanctions réparatrices pour certaines affaires. Il faut dire que la médiation pénale présente des intérêts certains pour la matière, permettant de réguler les conflits, de les apaiser plus rapidement ou encore de diminuer le coût induit par ces derniers⁶. Malgré cela, le recours à une réponse purement réparatrice interroge, notamment sur sa pertinence pour apaiser le trouble à l'ordre public causé par une infraction qui, par nature, suppose une réponse répressive. Plus précisément, la question sous-jacente est celle de la méthode à

³ J. Leblois-Happe, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC*, 1994, p. 525.

⁴ S. Arnoux et N. Tercq, « Les enjeux de la médiation pénale pour les victimes », in R. Cario (dir.), *La médiation pénale. Entre répression et réparation*, L'Harmattan, 1997, coll. « Logiques juridiques ».

⁵ Cette complémentarité s'illustre dans les procédures de composition pénale et de convention judiciaire d'intérêt public, ces procédures prévoyant tant la réparation des préjudices causés par l'infraction que l'infliction d'une amende.

⁶ R. Cario, « Potentialités et ambiguïtés de la médiation pénale », in R. Cario (dir.), *La médiation pénale. Entre répression et réparation*, préc.

adopter pour répondre à des comportements relevant plus de la déviance que de la délinquance⁷.

De la médiation comme réponse pénale

Par le choix de recourir à la médiation pénale, le procureur de la République peut dissiper le trouble à l'ordre public. Cependant, cette mesure n'est pas possible pour toutes les situations. Le code de procédure pénale pose des conditions pour qu'un tel choix soit possible. D'une part, l'article 41-1 du code de procédure pénale précise que le procureur ne peut recourir à ces mesures que « S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits ». Autrement dit, les mesures de l'article 41-1 dont la médiation pénale ne sont destinées qu'aux infractions de faible gravité. D'autre part, le recours à la médiation pénale suppose le consentement de la victime puisqu'elle prend une part active à la réponse pénale, contrairement aux autres mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale. Il faut y voir une volonté de ne pas forcer la victime à participer à un processus dont elle ne souhaite pas. Par cette condition, le législateur limite le risque d'une victimisation secondaire⁸. De plus, la médiation pénale peut permettre à la victime d'être indemnisée dès lors que l'auteur de l'infraction s'y est engagée. Si tel est le cas, le code de procédure pénale permet à la victime de demander le recouvrement des dommages et intérêts par la procédure d'injonction de payer, suivant les règles du code de procédure civile. Cette procédure s'explique par la qualification civile de cet accord, la Cour de cassation ayant précisé que la réparation des préjudices *via* la procédure de médiation pénale constitue une transaction au sens de l'article 2044 du code civil⁹. Outre cet aspect civil, la médiation a évidemment une conséquence pénale puisqu'elle conduit, en principe, à un classement sans suite par le procureur. La médiation pénale illustre la proximité entre le droit civil et le droit pénal puisqu'une même mesure se voit appliquer à la fois un régime civil, la transaction, et un régime pénal, un classement sous condition.

⁷ Sur cette distinction, v. not. : M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1^{ère} éd., 1992, p. 59.

⁸ J. Leblois-Happe, *Quelle répression à la petite délinquance. Étude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, préc., p. 516.

⁹ Civ.1^{ère}, 10 avr. 2013, n° 12-13.672, *D.*, 2013, p. 1663, note J.-B. Perrier ; *AJ. pén.*, p. 422, obs. S. Lavric.

Traditionnellement, la construction des droits pénal et civil repose sur la différence entre, d'une part, le litige privé liant l'auteur de l'infraction et la victime et, d'autre part, le litige pénal liant l'auteur de l'infraction et la société représentée par le ministère public. La médiation pénale crée donc un mélange des genres dans le but de se présenter comme la réponse la plus adéquate à la petite délinquance, quitte à s'éloigner de la nature même du droit pénal. La définition de la médiation apportée par les professeurs Merle et Vitu témoigne de cette confusion. Pour ces auteurs, la médiation pénale s'entend comme « la technique procédurale par laquelle le parquet décide de classer sans suite une affaire lorsque, grâce à l'intervention d'un tiers qu'il a mandaté à cet effet, le délinquant et sa victime parviennent à un accord librement débattu mettant fin au conflit né de l'infraction »¹⁰. Un litige opposant donc traditionnellement ministère public et auteur d'infraction peut donc être résolu par une médiation entre l'auteur de l'infraction et la victime. Dans ce processus, le ministère public est à l'initiative mais la victime prend une place conséquente dans le processus pénal, allant jusqu'à se substituer, d'une certaine façon, au ministère public pour résoudre un conflit qui est, par nature, d'ordre public. La différence revendiquée¹¹ de finalité entre les droits civil et pénal est donc ébranlée¹².

En conséquence, une confusion s'opère entre le droit civil et le droit pénal. Aux premiers abords, les mesures de l'article 41-1 sont des réponses pénales car elles n'ont vocation à s'appliquer qu'à des infractions, donc au droit pénal substantiel. Cependant, la réponse apportée par la médiation ne semble nullement répressive, se limitant à une réparation des préjudices causés. Le choix d'une réponse purement réparatrice interroge lorsque le législateur a entendu pénaliser un comportement et donc l'assortir d'une sanction punitive. Une interrogation inévitable naît alors quant à la pertinence de faire de la réparation une réponse pénale. Pour Michel Foucault, la compensation, c'est-à-dire notamment l'indemnisation des préjudices, est une tactique punitive, donnant à la réparation une nature punitive¹³. Une telle position fait de la médiation une véritable réponse punitive pour l'unique raison qu'elle est réalisée en réponse à une infraction. Si cette position se comprend, elle est juridiquement contestable. La réparation n'est pas, par principe, une punition car elle relève de la

¹⁰ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, t. II, Cujas, 5^e éd., 2001, p. 313.

¹¹ Ch. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, préc., p. 23.

¹² *Ibid.*, p. 79.

¹³ M. Foucault, *La société punitive. Cours au Collège de France 1972-1973*, Points, 2023, coll. « Essais », p. 24.

matière civile. De ce fait, l'indemnisation ne relève pas de la matière pénale, notion à laquelle la Cour européenne se réfère afin d'appliquer ou non les principes du droit pénal. En rupture avec cette conception, le législateur a instauré en 2007¹⁴ la sanction-réparation¹⁵, faisant de l'indemnisation une véritable peine. Par ce choix, le législateur s'inscrit assurément dans la philosophie de Michel Foucault. Ainsi, dans le cas de la sanction-réparation, l'indemnisation devient une tactique punitive, se voyant donc appliquer les principes du droit pénal. En raison de cela, la sanction-réparation est soumise au régime juridique des peines.

À l'inverse, la médiation n'est pas une peine et n'est donc pas soumise au régime afférant puisqu'elle est antérieure à la mise en mouvement de l'action publique. Elle est assujettie à un régime particulier applicable aux mesures de l'article 41-1 du code de procédure pénale et dont les conséquences pénales sont moindres, si ce n'est inexistantes. En cas de réussite de la médiation pénale, l'article 41-1 ne prévoit aucune incidence sur le champ pénal puisqu'elle n'a pas pour conséquence d'éteindre l'action publique. La mesure est donc totalement révoquée, quelle que soit l'issue¹⁶. Le code de procédure pénale se limite à des précisions quant aux conséquences civiles de la mesure¹⁷. La médiation pénale apparaît alors comme particulièrement éloignée des réponses pénales connues, y compris des autres formes de réparation mises en œuvre *via* la composition pénale, la convention judiciaire d'intérêt public ou encore par l'exécution d'une sanction-réparation. De ce fait, la médiation en tant que réponse pénale invite à s'interroger sur la pertinence du recours au droit pénal lorsque l'application qui en est faite semble proche, voire identique au droit civil.

De la médiation comme politique criminelle

Devenue une réponse pénale autosuffisante, la médiation représente un outil de politique criminelle réunissant le concept d'infraction-déviante et de réponse

¹⁴ Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance

¹⁵ M. Giacomelli, « Libres propos sur la sanction-réparation », *D.*, 2007, p. 1551 ; P. Hennion-Jacquet, « L'indemnisation du dommage causé par une infraction : une forme atypique de réparation ? », *RSC*, 2013, p. 517.

¹⁶ L. Belfanti, « De la révocabilité du rappel à la loi en particulier et des alternatives aux poursuites en général », *AJ pén.*, 2011, p. 584.

¹⁷ Art. 41-1 5° C. proc. pén. : « si l'auteur des faits s'est engagé à verser des dommages-intérêts à la victime, celle-ci peut, au vu de ce procès-verbal, en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer ».

étatique¹⁸. Parmi ces réponses étatiques, il est possible de choisir une réponse pénale, civile, administrative ou une médiation¹⁹. Le recours à la médiation comme politique criminelle a pour but la réconciliation des parties par l'intervention d'un médiateur à la demande du procureur. L'analyse de la médiation à l'aune de la politique criminelle suppose de la différencier de la réparation. Si la médiation peut conduire à la réparation, les deux ne se confondent pas. Comme le précise le professeur Delmas-Marty, la médiation a pour « objectif premier [...] de restaurer l'harmonie par cette réconciliation de ceux qui sont [...] les parties adverses »²⁰. Pourtant, les parties principales au procès pénal sont le ministère public et le suspect. Cette confusion accentue les interrogations et renforce l'hypothèse d'une médiation civile servant une politique criminelle.

Puisqu'elle ne peut conduire à l'extinction de l'action publique, la réussite de la médiation pénale n'empêche nullement le procureur de poursuivre l'auteur de l'infraction. Néanmoins, la médiation se présente comme un outil de politique criminelle dès lors qu'elle est une réponse à une infraction. Plus encore, l'impossible extinction de l'action publique fait de la médiation pénale un instrument de probation. En effet, lorsque la médiation pénale est une réussite, le procureur peut poursuivre mais il n'y voit, en principe aucun intérêt. Cependant, en cas de réitération, le ministère public peut poursuivre à la fois la nouvelle infraction mais également l'ancienne, à condition que la prescription ne soit pas acquise. En conséquence, la médiation crée un délai de probation contribuant à la lutte contre la réitération des infractions. Cette analyse s'inscrit dans la lignée des réformes récentes puisque le législateur a supprimé le rappel à la loi pour y substituer l'avertissement pénal probatoire qui prévoit expressément que la décision du procureur « est revue en cas de commission d'une nouvelle infraction dans un délai de deux ans »²¹. Par les mesures de l'article 41-1, le législateur accroît la probabilité d'une réponse pénale à l'encontre de la petite délinquance tout en instaurant un délai de probation. En réalité, la médiation pénale est une réponse purement civile mise en œuvre *via* la procédure pénale. Ainsi, les alternatives de l'article 41-1 du code de procédure pénale conduisent à civiliser *de facto* un comportement pénaliser *de jure*. Le droit pénal formel opère alors une

¹⁸ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, préc., p. 65.

¹⁹ *Ibid.*, p. 66

²⁰ *Ibid.*, p. 147

²¹ Art. 41-1 1° C. proc. pén.

confusion de nature entre les droits civil et pénal afin de servir des objectifs de politique criminelle. Ce constat permet alors d'expliquer les différences de régime entre, d'une part, la médiation pénale et, d'autre part, les sanctions réparatrices mises en œuvre via les procédures de composition pénale, de convention judiciaire d'intérêt public ou de sanction-réparation. Par l'instauration de la sanction-réparation, le législateur a fait le choix d'ériger la réparation en tant que peine, prononcée par un juge pénal. Il y a donc confusion entre réparation et répression. Pour la composition pénale et la convention judiciaire d'intérêt public, la réparation est, en principe, accessoire à une sanction punitive. En revanche, la médiation pénale se réalise sans intervention juridictionnelle et la réparation est l'unique réponse apportée par le ministère public à l'infraction. Dans cette situation, le droit civil est une réponse possible à l'infraction mais elle ne s'y substitue pas, les poursuites étant toujours possibles. La médiation n'empêche pas les poursuites juridiquement mais elle permet d'éviter l'absence de réponse, donnant à la victime une reconnaissance sur le plan psychologique²².

La médiation se présente donc comme un outil de politique criminelle important, permettant une réponse à une infraction tout en régulant le contentieux nécessitant la mise en mouvement de l'action publique. De plus, elle illustre la perméabilité du droit civil et du droit pénal quant à l'aptitude à répondre à la petite délinquance. L'étude de cette mesure permet la mise en valeur du rôle que peut jouer le droit civil pour répondre à des comportements pourtant pénalisés. Cependant, une telle affirmation conduit à interroger la pertinence d'une procédure pénale dès lors que le droit substantiel applicable relève du droit civil. Ne vaudrait-il pas mieux répondre à cette infraction par un renvoi à une médiation judiciaire décidée par le procureur de la République ? La médiation pénale étant appliquée à des infractions de faible gravité, un tel renvoi vers les juridictions civiles contribuerait à apaiser le conflit sans ouvrir une enquête créatrice d'un risque criminogène. De plus, un tel choix contribuerait à préserver l'image d'un droit pénal au domaine restreint auquel il est fait recours uniquement lorsque cela est réellement nécessaire. Cependant, le renvoi vers les juridictions civiles supprimerait le caractère solennel inhérent à la procédure pénale que souhaitent les victimes. Quel que soit la procédure mettant en œuvre une telle mesure, la médiation reste un outil de politique criminelle important et pertinent afin de répondre à la petite délinquance.

²² J. Leblois-Happe, *Quelle répression à la petite délinquance. Étude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand*, préc., p. 516.

LA MEDIATION NOTARIALE



Marc GIRARD

Ambassadeur de la médiation du CSN, Président de Notaires au Cœur des Familles (NCF), Vice-Président de l'Union Nationale des Notaires Employeurs (UNNE), Vice-Président du Centre de Médiation des Notaires près de la Cour d'Appel d'AIX EN PROVENCE, Délégué de Cour au CSN - Commission Formation et Médiation

Propos recueillis par Guillaume MAIRE

G.M. : Vous êtes notaire ambassadeur médiation du notariat au sein du Conseil Supérieur du Notariat (CSN). Pouvez-vous nous éclairer sur votre rôle en cette qualité et, plus généralement, sur celui que joue le CSN en matière de médiation.

M.G. : J'ai l'honneur d'avoir été nommé depuis un an Ambassadeur de la médiation au Conseil Supérieur du Notariat et par cette fonction, mon rôle est de faire connaître l'intérêt de la médiation à l'ensemble des notaires ainsi qu'auprès des collaborateurs et de promouvoir la médiation conventionnelle notariale.

Les notaires se réunissent en assemblée générale dans chaque département deux fois par an, en mai et en novembre, et je parcours l'ensemble des Chambres Départementales, Régionales ou Interdépartementales pour expliquer à nos confrères l'importance de la médiation, les différents secteurs de la médiation.

Le Conseil Supérieur du Notariat a été sollicité par le Cambodge, la Mongolie et le Kazakhstan ; le notariat étranger est très friand de développer la médiation dans leur pays avec l'aide du CSN.

Dernièrement, le 12 juin 2023, le CSN accueillait une réunion du groupe de travail Médiation du Conseil des Notariats de l'Union Européenne (CNUE).

L'occasion de braquer les projecteurs sur les avancées de nos voisins européens tandis que le notariat français fait figure de précurseur.

G.M. : La médiation a le vent en poupe. Le notariat lui a-t-il toujours accordé une certaine importance ou cet intérêt est-il récent ? Qu'apporte la médiation au notariat ?

M.G. : Effectivement, la médiation, vu les dernières mesures du Garde des Sceaux, a le vent en poupe et le Conseil Supérieur a été précurseur en ce domaine.

Le premier centre de médiation a été créé à Paris le 30 janvier 2013 et aujourd'hui il existe plus de 22 centres de médiation en France et 6 sont en création.

La médiation permet de résoudre des conflits de manière rapide, efficace et économique. Contrairement aux procédures judiciaires, qui peuvent prendre des mois, voire des années, un conflit peut, grâce à la médiation, être résolu en quelques semaines.

Elle est également beaucoup moins onéreuse que les procédures judiciaires.

Autre bénéfice : elle permet aux parties impliquées d'être acteur de la résolution du conflit, de maintenir le contrôle sur le processus de résolution du conflit et de la solution finale. Contrairement aux procédures judiciaires, où les décisions sont prises par un juge, la médiation permet aux parties de coconstruire une solution qui conviendra à tous.

Elle présente l'avantage de la confidentialité. Tout ce qui se dit en médiation reste en médiation, et ne peut être utilisé ultérieurement dans des procédures judiciaires. Si la médiation n'aboutit pas à un accord, les parties peuvent ainsi discuter librement de leurs

préoccupations et de leurs intérêts sans craindre que leurs propos ne soient utilisés contre elles.

Le conflit cause des dommages aux relations interpersonnelles, qu'il s'agisse de relations familiales, professionnelles ou autres. La médiation permet alors de rétablir un dialogue constructif entre les parties et de préserver les relations futures.

En plus de ses avantages en termes de rapidité, d'efficacité, de confidentialité, la médiation est encouragée par les magistrats. Ces derniers incitent en conséquence les parties à tenter une médiation avant d'engager des procédures judiciaires, car cela peut aider à résoudre le conflit plus rapidement et apaiser la relation entre les parties.

Enfin, de nombreuses organisations et entreprises mettent en place des programmes de médiation pour résoudre les conflits internes et les différends entre les employés. Les bénéfices en résultant pour les employeurs sont nombreux, notamment une réduction des coûts et une amélioration du moral et de la qualité de vie au travail.

La médiation peut être utilisée pour résoudre une grande variété de conflits, professionnels ou familiaux.

Elle participe à la résolution des conflits entre particuliers, mais également entre entreprises ou institutions publiques, interentreprise...

Notamment, dans les conflits de voisinage, elle permet souvent aux parties de rétablir un dialogue constructif et de trouver des solutions satisfaisantes pour les deux parties. Les conflits de copropriété peuvent être résolus par la médiation, tout comme des différends entre employeurs et salariés, ou entre des entreprises.

Dans les cas de divorces ou séparations, la médiation permet aux parties de prendre des décisions importantes ensemble, notamment en matière de garde des enfants ou de répartition des biens.

G.M. : La médiation est même obligatoire pour certains litiges. A la suite d'une décision du Conseil d'Etat, un décret du 23 mai 2023 a rétabli l'obligation de

recourir au processus de conciliation, médiation ou à la procédure participative pour les litiges inférieurs à 5.000 €. Qu'en pensez-vous ? Une médiation ou conciliation peut-elle être imposée ?

M.G. : M. Éric Dupont Moretti, garde des Sceaux, ministre de la Justice, a récemment proposé une série de mesures visant à encourager le recours à la médiation en France. Parmi ces mesures, il propose de renforcer la formation des médiateurs, de favoriser la médiation en matière pénale, et de généraliser l'obligation de médiation préalable dans certains domaines, comme les conflits de voisinage.

Le garde des Sceaux a également souligné l'importance de la médiation dans la résolution des conflits familiaux, en proposant de rendre obligatoire une tentative de médiation avant toute procédure de divorce ou de séparation.

Enfin, le ministre a appelé les professionnels du droit à mieux informer les Français sur l'utilité et l'efficacité de la médiation, afin d'encourager le recours à cette méthode de résolution des conflits.

Il existe trois types de médiations différentes, chacune avec ses propres avantages et inconvénients : la médiation de la consommation, la médiation conventionnelle et la médiation judiciaire.

La médiation est même obligatoire pour certains litiges. A la suite d'une décision du Conseil d'Etat, un décret du 23 mai 2023 a rétabli l'obligation de recourir au processus de conciliation, médiation ou à la procédure participative pour les litiges inférieurs à 5.000 €.

Cette décision est une avancée et rend obligatoires les médiations et, plus généralement, les tribunaux actuellement stoppent de plus en plus les procédures judiciaires pour obliger les parties à une entrée en médiation afin de supprimer les délais judiciaires et diminuer le coût des procédures.

G.M. : **Vous êtes vous-même notaire et médiateur. Quels ont été vos premiers contacts avec la médiation et, plus généralement, la médiation est-elle inhérente à la profession de notaire ou existe-t-il une formation spécifique au sein du notariat ?**

M.G. : J'ai suivi un parcours de formation à la médiation par le CSN il y a cinq ans.

Dans le cadre du notariat, la formation est dispensée notamment par le CSN et s'articule autour de deux socles :

- socle 1 : 8 jours de formation, soit 56 heures ;

- socle 2 : 7 jours, soit 49 heures.

Au total, pendant ces 105 heures, le notaire va acquérir des compétences aussi bien théoriques que pratiques. Sont naturellement enseignées la confidentialité des débats, l'écoute active, la posture de non-agressivité, in fine toutes les compétences attendues pour développer l'apaisement des conflits. Et ces apprentissages font l'objet de mise en situation pendant le deuxième socle.

À l'issue de cette formation, le notaire doit s'inscrire sur une liste d'appel dans la région de son exercice. Et il existe alors un système de co-médiation à travers un système de tutorat pour les nouveaux médiateurs. Pour ma part, avec l'accord des médiés, je me fais accompagner sur certains dossiers par un médiateur nouvellement inscrit afin de développer sa pratique.

Enfin, chaque année, le médiateur notaire doit continuer à se former, à un rythme minimum de deux jours par an sans compter l'analyse de pratique à effectuer de manière régulière. Il pourra parfaire ses connaissances par exemple sur les écrits en médiation, les techniques pour gérer les personnes violentes.

L'engouement pour la médiation est tel que les formations socles pour 2024 au CSN sont déjà bien remplies !

G.M. : **Pouvez-vous nous indiquer comment se déroule une médiation en pratique ?**

M.G. : Tout d'abord le Médiateur rappelle les règles de la Médiation aux médiés à savoir : l'impartialité du médiateur, la confidentialité de la médiation, mais aussi que la médiation est basée sur l'écoute mutuelle et réciproque, le respect d'édites règles. Il indique aux

parties la possibilité de faire des apartés afin d'avancer plus positivement dans la médiation.

Une fois la Médiation terminée, s'il y a accord, c'est aux parties elles-mêmes de rédiger le protocole d'accord ou à leurs conseils, le Médiateur ne participe pas à cette rédaction.

Il nous faut distinguer les médiations conventionnelles des médiations judiciaires et de l'information à la médiation.

L'information à la médiation est gratuite ; la médiation judiciaire est proposée par le magistrat ou demandée par les parties d'un procès ; elle fait l'objet d'une ordonnance de médiation qui prévoit la désignation du médiateur et son coût.

Il est important de nos jours de créer le réflexe médiation à tous les niveaux afin d'anticiper voire de régler les conflits.

Le CSN a créé dernièrement une nouvelle cellule au niveau de la Direction du Département Médiation du CSN concernant la mésentente entre associés qui permet, à l'intérieur de la profession, d'aplanir des conflits naissant dans les Offices afin d'éviter toute procédure judiciaire.

Comme vous pouvez le constater, la médiation est en plein essor et le Notariat, par l'intermédiaire du Conseil Supérieur, a été précurseur en ce domaine. Le rapprochement sur ce sujet entre notaires, magistrats et avocats est de plus en plus fréquent et dernièrement, dans le ressort de la Cour d'Appel d'Aix en Provence une charte sur la médiation judiciaire a été régularisée.

Les notaires, par leur essence et leur expérience, sont les garants de l'équilibre du contrat entre les parties et la médiation permet aux notaires de montrer à leurs clients et au public qu'il est un Homme de l'amiable.

LA MEDIATION FAMILIALE ESPACE DEMOCRATIQUE



Katia ARIBI

Docteur en Droit, Avocate

Défenseur des droits de l'enfant

Médiatrice Familiale Diplômée d'État et Formatrice

Aujourd'hui, nous assistons à un déferlement de la médiation dans tous les domaines de la vie, et pas seulement judiciaire¹. À titre d'exemple, la médiation de voisinage, la médiation interculturelle, la médiation dans le domaine des assurances, la médiation dans le domaine de la diplomatie, ... et bien évidemment la médiation familiale. Cette dernière est devenue un recours pour les familles qui vivent une situation conflictuelle afin de résoudre leur conflit en favorisant la communication et les prises de décision ensemble dans un environnement pacifique.

Le médiateur familial propose des séances ponctuelles confidentielles sur une période limitée dans le temps. Il pose un cadre spécifique pour garantir un espace de dialogue entre les sujets de la médiation familiale. Ce cadre est contenant et sécurisant pour chacune des personnes, ce qui leur permet de verbaliser leurs besoins, leurs émotions, et leurs intérêts.

Le médiateur familial respecte l'éthique et le code de déontologie de la médiation familiale en garantissant l'impartialité et la neutralité. Il ne juge pas et n'arbitre pas. Il

¹ Sabina De Dinechin, *La médiation familiale, un outil pour résoudre les conflits du couple et de la famille*, éditions Eyrolles, 2016, p 11

est sans influence ni pouvoir de décision. En revanche, il s'assure de la libre adhésion des personnes dans le dispositif de la médiation familiale et favorise l'émergence de l'autonomie de chacune dans l'espace de la médiation familiale, cela dit il offre un espace démocratique pour les personnes en conflit.

1. La famille et la démocratie

Devant la rapidité des progrès technologiques, la mondialisation des échanges et des moyens de communication, la recherche de nouvelles relations entre l'individu et la société, la remise en question des cultures et des valeurs, la vie en société se complexifie². De ce fait, la famille d'aujourd'hui vit des mutations profondes qui ont fragilisé la cellule de base de la société qu'elle constitue : le cours de la vie de la famille n'est plus un long fleuve tranquille³. Toutefois, la famille a pris des formes différentes dans le temps et dans l'espace au cours de l'histoire. Les évolutions de la famille contemporaine ont apporté aussi un éclairage nouveau sur la question de l'autorité dans la famille, et la démocratie familiale avance à petits pas depuis la fin de la seconde guerre mondiale. L'autorité du mari, chef de famille, s'est peu à peu effacée devant l'autonomie de la femme.

1.1 L'évolution socio-juridique de la famille en France

Depuis le début du 20^{ème} siècle, dans la société française, d'importants changements sont intervenus à l'intérieur de la famille.

Avant les années 50, la famille était composée du père et de la mère unis par le mariage, et de leurs enfants légitimes, souvent nombreux car la contraception était quasiment inexistante et l'avortement est resté prohibé jusqu'à la loi Veil de 1975. Dans ce type de famille, nommée famille nucléaire, les couples se mariaient tôt et ne divorçaient que très rarement.

Le mari, souvent qualifié de « chef de famille », exerçait une véritable tutelle à l'égard de sa femme qui passait de l'obéissance due à son père à celle due à son mari, selon

² Pierrette Auferre, Annie Babu, guide de la médiation familiale étape par étape, édition érès, 2017, p 19

³ Ibid.

le concept juridique de l'incapacité de la femme mariée. La femme ne travaillait pas, son rôle principal dévolu dans le mariage était de s'occuper, au sein de la famille, du mari et de l'éducation des enfants, en étant si possible une excellente maîtresse de maison.

Les enfants étaient peu instruits puisqu'ils n'allaient pas à l'école mais travaillaient au même titre que leur père. Ils étaient de plus sous la puissance paternelle. Cette dernière, par le code civil, attribue au père le droit de correction. Cette disposition, qui a été modifiée en 1935, n'a été abolie définitivement qu'en 1959, après les lois concernant notamment l'assistance éducative.

La famille hors mariage était ignorée. Elle n'avait pas de statut juridique, ce type d'union ne conférait aucun droit au couple non marié, ni sur le plan juridique, ni sur le plan social, pas plus que sur le plan fiscal et successoral. L'enfant né de cette union (l'enfant né hors mariage) subissait l'opprobre de la société qui stigmatisait la fille-mère et son enfant qui était considéré comme un enfant du péché.

Jusqu'au début des années 1970, les enfants nés hors le cadre du mariage étaient très minoritaires : ils ne représentaient que 6 à 7% des naissances en France.

Les enfants nés hors mariage reconnus par leurs parents avaient en général les mêmes droits que les enfants légitimes, mais ils demeuraient dans une situation plus fragile : l'autorité parentale n'était pas exercée de plein droit par les deux parents même si ceux-ci avaient reconnu l'enfant, et souvent l'ordre de reconnaissance était déterminant pour l'exercice de l'autorité parentale et pour le choix du nom de la famille. Entre les années 1950 et 1970, le modèle familial évolue et cohabitent au sein de la société deux types de famille, la famille nucléaire et la famille monoparentale, car les divorces commencent à être de plus en plus courants.

La femme prend de plus en plus d'importance, d'autonomie au sein de la famille, et elle revendique son égalité face à l'homme. L'autorité paternelle est remise en question, la loi de 1970 a abandonné la notion de « puissance paternelle » pour la remplacer par l'autorité parentale exercée conjointement par les deux parents mariés à l'égard de leur enfant mineur, soit jusqu'à 18 ans selon la loi de 1974 qui a baissé la

majorité de 21 à 18 ans. Les enfants commencent à prendre plus d'importance dans la famille. Les lois sont remises en cause et évoluent au même titre que la famille.

Depuis les années 1980, la famille ne cesse d'évoluer, les divorces et remariages sont aussi courants que les mariages traditionnels. Trois types de modèles familiaux sont présents au sein de la société : la famille nucléaire, la famille monoparentale, et la famille recomposée. Les lois continuent à évoluer en même temps que les mœurs : on peut citer à titre d'exemple la création du Pacs en 1999.

Dans la famille d'aujourd'hui, l'homme et la femme sont juridiquement à égalité, et l'interchangeabilité des rôles est courante. La famille a abandonné le modèle autoritaire qui a été remplacé par un nouveau système d'échange et de communication. Ses membres vivent dans une société qui promeut l'épanouissement de chacun, l'égalité de tous, et la capacité de chacun à se déterminer librement. En conséquence, la famille est un univers moins institutionnalisé. Le groupe familial a pour mission de préserver la liberté de chacun et de favoriser l'épanouissement et l'autonomie de tous. Il fait du dialogue la clé de voute de l'édifice familial. Simon Comte, en 1973, dans un article publié par l'École des Parents « De la toute-puissance paternelle à la démocratie familiale »⁴, témoigne de l'évolution du fonctionnement familial vers une organisation plus démocratique.

Selon François De Singly, il s'agit maintenant d'un espace relationnel où la reconnaissance occupe une place fondamentale. La démocratisation des relations familiales et l'affirmation des individus au sein de la famille ont clairement déstabilisé les autorités traditionnelles⁵.

Les parents ont aujourd'hui, comme toute la communauté éducative, un devoir à l'égard des enfants : celui d'en faire des êtres autonomes et responsables, en les associant aux décisions qui les concernent, en considération de leur âge et de leur degré de maturité. Les parents participent ainsi à l'éducation à une citoyenneté active et responsable.

⁴ Martine Segalan, « La famille saisie par la sociologie : l'autorité dans la famille », site internet : <https://media.collegetesbernardins.fr/content/pdf/Recherche/1/Sem1/la-famille-saisie-par-la-sociologie-lautorite-dans-la-famille.pdf>.

⁵ Martine Segalan, la famille saisie par la sociologie : l'autorité dans la famille. Site internet : <https://media.collegetesbernardins.fr/content/pdf/Recherche/1/Sem1/la-famille-saisie-par-la-sociologie-lautorite-dans-la-famille.pdf>

1.2 L'évolution du regard de la famille sur le conflit

Il faut noter qu'aujourd'hui, le regard de la société, de la famille, et même du couple sur le conflit a changé. Dans l'histoire récente, la conception des conflits a évolué : nous sommes passés de la conception traditionnelle qui a prévalu durant les années 1930 et 1940 et qui voulait que les conflits soient indésirables et évités à tout prix, à la conception behavioriste des années 1950 et 1960 qui considérait les conflits comme inévitables mais ne devant pas être encouragés, pour enfin passer à la conception moderne des conflits qui préconise la nécessité du conflit comme élément de la qualité de vie de l'organisation. Dans cette perspective, le conflit ne doit être ni évité ni supprimé mais plutôt géré avec efficacité⁶. Il est une source de développement personnel et social, une affirmation de soi et une recherche de relations plus justes⁷. Le lien conjugal est fragilisé. Le couple est confronté à la séparation ou au divorce et les enfants sont affectés par la rupture des parents. Les conflits au sein de la famille peuvent devenir récurrents et générer de la souffrance pour les membres de la famille. Afin de résoudre ces conflits, le recours à un tiers comme le juge apparaît souvent aux protagonistes comme un moyen pour trouver une solution. Mais la décision du juge, qui tranche en droit, bien souvent ne résout pas le conflit existant entre les parents. Le juge s'intéresse le plus souvent au contenu du conflit et non à la manière dont les personnes communiquent. Il apporte une réponse momentanée, qui parfois ne règle pas une communication altérée : il y a souvent un gagnant et un perdant. Or, les parents sont très souvent amenés à maintenir des relations après une séparation⁸.

2. L'apparition de la médiation familiale pour accompagner ces évolutions

C'est dans ce contexte que la profession de médiateur familial est apparue en Amérique du nord et en Europe, comme en France par exemple. Pierrette Auferre et Annie Babu soulignent dans leur ouvrage *Guide de la médiation familiale* : « Une des rares certitudes que l'on peut avoir en ce nouveau millénaire, c'est que la famille nucléaire de type « papa a raison », à l'intérieur de laquelle les rôles de chacun étaient

⁶ Justin Lévesque, *Méthodologie de la médiation familiale*, éditions érès, p 31

⁷ Claire Denis, *La médiation familiale*, éditions érès 2015, p 30

⁸ Jean-Marc Bretaudeau, *Médiation familiale et liberté de changement*, mémoire en DEMF, 2017, p 1

clairement établis et immuables, ne correspond plus à la réalité. De la même manière que nous nous attendons dorénavant à changer d'emploi plusieurs fois au cours de notre carrière, il semble que notre vie familiale va devoir, elle aussi, envisager de nombreux changements. Ceux-ci peuvent s'aménager à l'intérieur du couple, ou donner lieu à sa rupture. Il est certain que les couples d'aujourd'hui devront négocier plusieurs changements au cours de leur vie pour conserver un équilibre entre le maintien du lien conjugal et parental et l'épanouissement personnel de chacun de ses membres »⁹.

La médiation familiale est apparue et continue de se développer pour accompagner cette évolution et cette transformation du couple et de la famille au fil du temps. Elle vise notamment à accompagner les individus pour qu'ils puissent dépasser leurs conflits et qu'ils arrivent aux décisions les plus favorables possibles. Benoit Bastard souligne, dans son article « Médiation familiale : une profession qui peine à trouver son public »¹⁰, que « si la médiation est devenue une profession en moins de deux décennies, c'est qu'elle touche juste. Son succès n'est nullement le résultat d'un hasard : elle est l'expression même et le produit d'évolutions sociologiques en cours, centrales pour nos sociétés, ce qui lui vaut la reconnaissance et les soutiens que nous avons évoqués. La médiation a réussi parce qu'elle est « dans l'air du temps » s'agissant de la question familiale. Elle va de pair avec l'idée que chaque individu suit un parcours qui lui est propre à travers différentes configurations conjugales. Elle valorise la famille recomposée. Et, bien sûr, elle est synonyme de coparentalité. De plus, la médiation familiale correspond parfaitement aux nouvelles exigences de la régulation négociée des conflits. Elle est attachée à la « co-construction » des décisions par les parties concernées. Enfin, si l'on considère les choses avec une distance de sociologue, elle fait partie des dispositifs modernes qui assurent un « guidage doux » des comportements ».

Les membres de la famille préfèrent et souhaitent parfois résoudre leurs conflits hors l'arène de la justice. Maître Pascarel, membre du Conseil de l'Ordre du barreau de Paris, explique lors d'un colloque organisé le 31 mars 2017 à la Cours d'appel de Paris intitulé « Oser la médiation familiale » que « les avocats ont changé leur posture parce

⁹ Pierrette Auferre, Annie Babu, guide de la médiation familiale étape par étape, édition érès, 2017, p 19

¹⁰ <https://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2012-2-page-66.htm>

qu'une partie de la clientèle souhaite résoudre son conflit autrement »¹¹. Cela montre que les personnes cherchent un espace différent de l'espace de la justice. Elles cherchent un espace qui accueille tous les membres de la famille (couple, fratrie, etc.) afin de construire ou de reconstruire leur lien familial en s'appuyant sur leur propre autonomie. Elles souhaitent un espace-temps où elles ont tous les mêmes droits et opportunités afin d'exprimer leurs besoins, leurs intérêts, et leurs émotions, où chacun peut écouter, entendre et si possible comprendre l'autre. De ce fait, les personnes cherchent un lieu où elles puissent s'exprimer et expérimenter la démocratie à petite échelle. L'espace de la médiation familiale peut offrir aux membres de la famille un espace démocratique où ils trouvent la liberté d'expression et d'engagement, l'égalité, l'autonomie, et la possibilité d'être responsables de leurs actes et de leurs décisions conjointes.

2.1 La posture de médiation familiale : un encouragement à une expression démocratique

Conformément au code de déontologie de la médiation familiale, l'éthique du médiateur familial recouvre son attitude, sa fonction garante du cadre, et ses interventions. Son éthique favorise l'éveil démocratique chez les personnes. Elle favorise la mise en pratique d'une rationalité communicationnelle qui donne à chacun la possibilité de s'exprimer, mais exige en retour l'écoute de la parole de l'autre, créant ainsi un espace ouvert reposant sur une éthique de la discussion¹².

Le médiateur familial est un être humain et doit donc composer avec ses imperfections. Il va être confronté aux espérances et à une représentation idéalisée de la médiation familiale et de la fonction qu'il occupe par les médiés. Il doit se connaître suffisamment pour prendre conscience de ses propres émotions et représentations afin de les tenir à juste distance. Afin qu'il agisse avec impartialité, neutralité et indépendance, il ne doit pas laisser son modèle, ses valeurs, influencer sur la médiation familiale. Il doit se montrer disponible à l'égard des usagers de la médiation familiale, à l'égard de la manière dont ils sont capables de créer, recréer, inventer du lien familial.

¹¹ Colloque oser la médiation familiale, organisé à la cour d'appel de Paris le 31 mars 2017, journal spécial des sociétés-mercredi 26 avril 2017-numéro 33, p 10,11

¹² Jacques Faget, Médiations : les ateliers silencieux de la démocratie, éditions Erès, 2015, p 129

Le médiateur familial n'intervient pas sur le contenu de la médiation familiale. Son rôle est d'être le porteur, le garant du dispositif : de la confidentialité, de la non-violence physique et verbale, et de l'égalité des places. Les interventions du médiateur familial sont parole et écoute. Elles respectent les principes d'indépendance, de neutralité, d'impartialité et de confiance. Ces différents principes favorisent l'éveil démocratique des usagers de la médiation familiale.

2.2 La démocratie des membres de la famille en médiation familiale : un encouragement à une expression démocratique

Le Conseil National Consultatif de la Médiation Familiale (CNCMF) donne une définition à la médiation familiale, reconnue par l'Association Pour la Médiation Familiale (APMF) : « la médiation familiale est un processus de construction ou de reconstruction du lien familial, axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation, dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision, le médiateur familial, favorise, à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution ».

Cette définition laisse dire que le lien entre les membres de la famille constitue un capital. C'est un capital de filiation, d'histoire et de transmission¹³ ; lors d'une rupture, d'une séparation, d'un divorce, ce capital ne se dissout pas, mais il faut le faire vivre autrement. La médiation familiale permet donc aux membres d'une famille divisée de se parler et de rester en lien malgré les divisions. En les aidant à sortir de la confusion, elle leur donne la possibilité d'harmoniser à nouveau leur relation¹⁴.

L'espace de médiation familiale permet aux personnes de s'affirmer comme sujets de leurs existences, comme le souligne Claire Denis : « parler en termes de sujets c'est envisager les personnes comme auteurs de leurs paroles, de leurs actes, sans occulter la complexité relationnelle dans laquelle chaque être est pris et dans laquelle il se réalise. Il s'agit d'un sujet parlant, imprégné de culture »¹⁵. Être sujet, c'est se

¹³Pierre Grand, pour parler à deux il faut être trois, les cahiers du travail social n°67, la médiation familiale, 2011, p 21. http://www.irts-fc.fr/00COM/00TEL/05R/01_CTS/cts_67.pdf

¹⁴Sabrine De Dinechin, la médiation familiale, un outil efficace pour résoudre les conflits du couple et de la famille, éditions Eyrolles, 2016, p 12.

¹⁵Claire Denis, Michèle Savourey, Liliane Perrone, Marianne Souquet, courants de la médiation familiale, éditions chronique sociale, 2012, p 39.

gouverner soi-même dans le respect du droit et de l'échange. De ce fait, l'espace de la médiation familiale est un espace démocratique car les personnes dans cet espace agissent et exercent leur souveraineté.

Cet espace permet aux personnes de choisir elles-mêmes les thèmes de discussion. Il offre un temps d'écoute pendant lequel chacun exprime ses besoins, ses émotions, et ses intérêts. C'est un temps d'échange où les personnes se considèrent comme des interlocuteurs potentiels et non comme des manipulateurs. Il faut entendre ici, un dialogue sincère, honorer la parole, tenter d'établir une communauté de projet ; c'est agir afin de sortir de la souffrance, de la conviction profonde que l'être humain ne peut pas changer sa condition. Le médiateur familial n'a aucun pouvoir sur les décisions qui seront prises au cours du processus de médiation familiale. Le pouvoir au sein de cet espace est partagé entre les médiés, les forces s'équilibrent et se rééquilibrent en permanence. Cela reflète le mode de fonctionnement des sociétés démocratiques : la répartition des pouvoirs et son exercice changent, d'un pouvoir institué, le pouvoir évolue vers des rapports où la négociation et la coopération, la persuasion jouent un grand rôle. Le pouvoir est moins souvent « donné », il est moins net, il peut davantage se partager. Les forces s'équilibrent et nous allons vers une démocratisation des rapports entre hommes et femmes¹⁶.

La pratique de la médiation familiale peut se manifester comme éthique de la liberté, de l'égalité, et de la fraternité, devise de la République Française. Le professeur Jean-Louis Renchon associe la devise de la République Française aux valeurs nécessaires à la médiation : « liberté » dans le sens d'autonomie et de responsabilité, « égalité » dans le sens de justice sociale pour tous, et « fraternité » pour la capacité à nouer des liens humains fraternels. Selon lui, ces trois valeurs caractérisent ce qui se déroule dans la médiation familiale¹⁷.

¹⁶Document obtenu de Madame Claire Denis après mon échange avec elle par email.

¹⁷ Site internet : <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/compte-rendu-du-colloque-sur-la-mediation-familiale-31-mars-2017>.

PROPOSITION D'ANALYSE ECONOMIQUE DE LA MEDIATION : DU BESOIN A LA SOLUTION



Marina CLUZET

Docteur en Droit, Avocate

La première interrogation à laquelle cet article entend apporter une réponse est celle qui entoure l'existence d'un besoin de médiation (I) – condition qui subordonne la structuration du marché de la médiation. L'intervention du médiateur est conçue comme un catalyseur de la résolution amiable d'un différend. Comprendre le besoin de médiation suppose donc d'appréhender les facteurs qui empêchent la réussite d'une négociation directe entre les parties et, *in fine*, rendent nécessaire cette intervention du tiers. Tout d'abord, le problème de l'asymétrie informationnelle qui caractérise les marchés vicie les échanges et les négociations¹. En économie, les modèles de marchés efficaces où l'information serait symétrique et parfaite ne sont qu'exceptions. Dès lors, l'outil juridique de médiation constitue une parade pour pallier cette asymétrie d'information. Par ailleurs, afin d'étudier le comportement d'un individu ou d'un groupe d'individus qui répond à des incitations, prend des décisions et réagit à des stimuli très divers, il faut prendre en compte toutes les dimensions qui structurent ce comportement dont les biais psychologiques et cognitifs. Cette proposition d'analyse économique – non exhaustive – s'attachera, ensuite, à présenter les gains multiples que les parties et, plus largement, la société peuvent tirer de ce processus amiable (II).

¹ En dehors du modèle de la concurrence pure et parfaite, les parties ne disposent pas de la même information. Cette imperfection du marché tend à la divergence des croyances des parties quant à l'issue d'un procès. Un problème d'asymétrie informationnelle entre les parties peut empêcher la réussite voire l'ouverture même d'une négociation.

I. Le besoin de médiation : l'échec de la négociation directe entre les parties

Le problème de l'asymétrie informationnelle (**A**) et l'existence de biais psychologiques et cognitifs (**B**) constituent des obstacles majeurs à la réussite de la négociation directe entre les parties. De cet échec naît le besoin d'aide à la résolution amiable auquel répond le service de médiation.

A. Le problème de l'asymétrie informationnelle

Inefficacité de marché. En 1970, l'économiste Georges Akerlof met en évidence les mécanismes de l'asymétrie informationnelle sur un marché². Il utilise l'exemple du marché des voitures d'occasions (The Market of « Lemons ») pour illustrer cette situation où les acheteurs et les vendeurs ne disposent pas du même degré d'information. Le premier ne connaît pas l'état de la voiture contrairement au second qui le connaît parfaitement. Afin de pallier cette asymétrie d'information, les voitures affichent un prix délibérément bas, au cas où elles possèderaient des vices cachés. Partant, le manque d'information sur la qualité tend à ce que les vendeurs ne proposent à la vente que les voitures de mauvaise qualité. Le marché s'avère alors inefficace puisque les bonnes voitures n'y sont plus présentes. Cette imperfection du marché est causée par la sélection adverse et l'effet d'éviction sur les vendeurs de voitures de qualité. L'asymétrie d'information se retrouve dans de nombreuses situations et sur des marchés très variés. A titre d'exemple, le problème informationnel sur le marché de l'assurance prend la forme de l'aléa moral qui caractérise la situation dans laquelle l'assureur ne peut connaître le comportement qu'adoptera l'assuré, une fois la police d'assurance souscrite. D'après l'économiste Joseph E. Stiglitz, les situations d'asymétrie d'information définissent tous les marchés et pervertissent les externalités³ – les effets externes des actions des agents économiques qui procurent à autrui un avantage gratuitement ou un dommage sans compensation⁴.

Asymétrie d'information en négociation. Le problème informationnel est l'un des facteurs qui influencent le comportement des parties en négociation et qui peut les

² G. A. Akerlof, « The market for "Lemons": Quality and the market mechanism », *The Quarterly Journal of Economics*, 1970, vol. 84, p. 488-500.

³ V. D. Altman, « Managing Globalization: Question & Answers with Joseph E. Stiglitz », *The International Herald Tribune*, 11 octobre 2006.

⁴ A ce propos, il est à souligner que Joseph E. Stiglitz a obtenu le prix Nobel de sciences économiques en 2001 avec Georges Akerlof et Michael Spence pour leur contribution à la théorie de l'asymétrie d'information.

amener à préférer la voie contentieuse. Le professeur Bruno Deffains a étudié plus avant la nature de l'asymétrie d'information entre des parties en conflit. Elle peut concerner le montant d'un préjudice ou encore les précautions prises en amont. Moins discuté, le degré d'aversion au risque n'est que rarement communiqué à la partie adverse. La négociation peut échouer si, par exemple, la partie défenderesse émet deux propositions qui tendent à reconnaître les préférences vis-à-vis du risque que seule la partie demanderesse connaît⁵. De surcroît, les échanges par l'intermédiaire d'avocats accentuent cette difficulté. En effet, le client est souvent mieux informé que son avocat quant aux faits en litige tandis que l'avocat peut être mieux informé sur les efforts qu'il est disposé à fournir. Par ailleurs et à première vue, l'avocat ne sera pas incité à résoudre ce problème informationnel si ses honoraires sont calculés en application d'un taux horaire. Ces schémas peuvent engendrer des procès indésirables.

Asymétrie d'information sur le marché de la médiation. Enfin, l'asymétrie d'information peut constituer un frein au développement du marché de la médiation. Les parties sont mal informées s'agissant de la qualité et des compétences des médiateurs – évoluant dans un marché sauvage et totalement ouvert – tandis que les médiateurs sont logiquement mieux informés sur leur volonté d'application dans l'exercice de leur mission. A l'aune des résultats de l'analyse de George Akerlof sur le marché des voitures d'occasion, les phénomènes de risque moral et d'antisélection tendent à engendrer une qualité moyenne des médiateurs sur le marché de la médiation. Partant, les parties ont tendance à choisir le procès où la qualité – les compétences, la déontologie – du tiers, le juge, est garantie.

B. Les biais majeurs de l'individu et du groupe d'individus

L'échec d'une négociation, ou plus précisément l'impasse dans laquelle se trouvent plusieurs individus qui ne parviennent pas à dialoguer, à communiquer et à se comprendre n'est pas uniquement liée à l'asymétrie informationnelle mais peut être également due à leur propre personnalité. Sans fatalité aucune, identifier ces biais de

⁵ B. Deffains, « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », Revue française d'économie, 1997, vol. 12, n°3, p. 57-99.

personnalités (a) amène à réfléchir aux mécanismes en mesure de limiter leurs effets. A cela s'ajoutent les biais cognitifs (b) qui nuisent également à la pensée rationnelle.

a. Les biais de personnalité

Notion de personnalité et de normalité. Les définitions des notions de personnalité et de normalité permettent de caractériser les personnalités pathologiques à l'origine de troubles du lien social. D'après la définition proposée par le professeur Thérèse Lempérière, la personnalité est « l'organisation dynamique des aspects intellectuels, affectifs, évolutionnels, physiologiques et morphologiques de l'individu »⁶. André Gide estimait que la personnalité s'affirmait par ses limites⁷. Certaines personnalités rencontrent plus de difficultés à négocier, à l'instar des personnalités dites « psychorigides » qui ont du mal avec le changement, des personnalités perfectionnistes dont l'exigence de performance est destructrice et des personnalités anxieuses trop craintives et pessimistes pour parvenir à un accord.

L'utilité de la médiation. Pour certaines de ces personnalités pathologiques, la médiation se trouve être un mécanisme adapté palliant les faiblesses de l'anormalité. Ainsi, la médiation qui suppose l'écoute et la reconnaissance de la difficulté rencontrée par l'individu limite les biais des personnalités narcissiques. Le besoin d'attention insatisfait dans les procédures et solutions judiciaires est bien accueilli dans le cadre d'une médiation où un temps significatif est consacré à l'écoute et à la parole. Cependant, la médiation n'est pas la panacée. Certaines personnalités feront toujours obstacle à la réussite des échanges entre les parties. De surcroît, d'autres biais liés à la personnalité peuvent être identifiés, à l'instar du biais culturel (tendance à se conformer à un type culturel), du biais linguistique (influence des caractéristiques linguistiques sur la cognition) ou encore l'effet boomerang (tendance à éviter les positions conformistes). De nouveau, le recours à la médiation participe à contrer partiellement les effets de ces biais, s'il s'inscrit dans un environnement culturel et juridique favorable.

b. Les biais cognitifs

⁶ T. Lempérière, Abrégé de psychiatrie de l'adulte, Elsevier Masson, 1977.

⁷ A. Gide, Journal 1189-1939, Gallimard, 1977.

Rationalité biaisée. Les biais cognitifs – perturbations liées à l'intellect – et émotionnels – perturbations liées à l'affect – ont des incidences, parfois considérables, sur le processus de prise de décision dans la négociation : le choix d'entrer en négociation, le type de communication, la décision d'accorder des concessions, la volonté de résoudre le litige à l'amiable ou encore d'accepter le risque de se diriger vers la voie contentieuse. Le jugement altéré par des biais cognitifs devient irrationnel et s'éloigne du raisonnement efficace de l'homo economicus. Le philosophe, sociologue et économiste norvégien Jon Elster décrit les agents économiques comme victimes d'alchimies mentales imperceptibles par eux-mêmes⁸. Beaucoup de comportements des agents ne sont pas uniquement rationnels ou irrationnels mais accouchent d'un mécanisme aux facteurs à la fois rationnels et irrationnels.

Nature des biais cognitifs. Sans prétendre constituer une liste exhaustive des biais cognitifs, il est possible de mettre en évidence les biais cognitifs prépondérants dans la prise de décision⁹ :

- Loi des petits nombres : le raisonnement des agents se fonde sur des analogies en utilisant peu d'informations et en éliminant des informations pertinentes qui n'entrent pas, à première vue, dans le champ de leur problème.
- Illusion de pointage : le raisonnement se construit sur la base d'un pointage – d'une énumération – des facteurs à considérer et donne l'illusion d'une vérification complète alors que les agents comparent rarement plus de deux alternatives.
- Similarité et fréquence : la similarité et la fréquence de tâches répétitives conduisent à commettre des erreurs difficilement détectables.
- Biais de confirmation : la préférence des éléments qui confirment une hypothèse au détriment de ceux qui sèment l'ambiguïté.
- Illusion de contrôle : la croyance d'une maîtrise et d'une influence du résultat, logiquement impossible à contrôler – dû au hasard, par exemple.
- Ajustement apparent : si des éléments permettant de remettre en cause un raisonnement peu conforme à la réalité sont difficilement repérables alors l'agent

⁸ J. Elster, *Traité critique de l'homme économique : L'irrationalité*, t.II, Seuil, 2010.

⁹ J-F. Lebraty et I. Pastorelli-Nègre, « Biais cognitifs : quel statut dans la prise de décision assistée ? », *Systèmes d'information et management*, 2004, vol. 9, n°3, p. 87-116.

opère un ajustement pour coller son raisonnement à la réalité. Cette démarche réduit d'autant plus la détection d'éléments pouvant infirmer le raisonnement.

- Rétrospection : tendance à juger a posteriori la prévisibilité d'un événement. Cette conviction conduit à l'illusion de déterminisme et à l'absence de prise en compte des facteurs conjoncturels dans les prises de décisions.
- Coûts immobilisés : lorsque la contribution – les coûts immobilisés – dans une action a été significative, les agents ont tendance à persister dans leur action même si cette continuation est irrationnelle et ne tient compte que des dépenses supplémentaires.
- Disponibilité en mémoire : préférence pour les informations analysées récemment.
- Ancrage : préférence pour les premières informations analysées et les premières impressions.
- Excès de confiance : les agents accordent à leurs connaissances une précision et une exhaustivité illégitimes.
- Corrélations illusoire : lorsque le raisonnement des agents se fonde sur des corrélations erronées.
- Conformité au groupe : lorsque la cohésion du groupe prime sur l'expression d'un raisonnement individuel contraire.
- Biais de reprise de contrôle : préférence des décideurs pour des raisonnements nécessitant leur intervention même si celle-ci n'est pas opportune.

Conclusion I. L'intervention du législateur – création ou adaptation d'une règle de droit – se justifie pour pallier le manque de rationalité et l'individualisme des agents ainsi que pour contrer les asymétries d'information. Appliquée au mécanisme et au marché de la médiation, cette approche purement économique aide à comprendre comment l'intervention d'un tiers, dans l'échange entre les parties, favorise la circulation de l'information et l'émergence de propositions rationnelles. En d'autres termes, le tiers aide à rationaliser le comportement des parties. Sans l'aide de cet intervenant, les parties demeurent privées de certaines informations et répondent, souvent inconsciemment, à des biais cognitifs qui les empêchent de s'accorder.

II. La solution de la médiation : des intérêts individuels et collectifs

Pour résoudre un différend, la négociation directe entre les parties est moins coûteuse que le procès. Mais différents facteurs empêchent la négociation directe – dont les biais cognitifs, l’environnement culturel et les asymétries d’information. Il s’agit alors d’envisager l’efficacité économique d’une alternative au procès, d’un mode non-juridictionnel de résolution amiable – la médiation – par lequel les parties négocient avec l’intervention d’un tiers. L’approche économique permet de comprendre qu’un système judiciaire est alors économiquement efficace lorsqu’il incite les parties à négocier pour résoudre leur litige plutôt qu’à entamer un procès¹⁰. Justifiant l’efficacité et la nécessité du recours à la médiation, les intérêts individuels (**A**) sont assez évidents tandis que les intérêts collectifs (**B**) sont plus équivoques.

A. Des intérêts individuels

Une négociation avantageuse. L’intérêt des parties réside dans la maximisation de leur richesse individuelle¹¹. Partant, la négociation est préférable au procès puisqu’elle permet de dégager un surplus – réparti entre les parties – qui correspond à la somme des coûts supportés par les parties qui auraient décidé d’entamer un procès¹². D’après le théorème de Coase, en l’absence de coûts de transaction – notamment, la rédaction et la conclusion d’un accord – les parties pourraient atteindre une allocation optimale par la négociation, sans intervention de l’État¹³. Il s’agit d’un système d’internalisation des externalités grâce au prix¹⁴. Cependant, bien que les parties soient naturellement incitées à préférer la négociation, des contraintes endogènes et exogènes empêchent cette prise de décision. L’optimisme irréaliste, le manque d’informations ou le désaccord entre les parties quant à la façon de se répartir ledit surplus sont autant d’éléments faisant obstacles à une solution négociée¹⁵.

Une médiation rentable. Au-delà de la confidentialité et de la suspension du délai de prescription qui illustrent, entre autres, le risque limité que constitue le recours à la

¹⁰ V. en ce sens N. Chappe, « Les enseignements de l’analyse économique en matière de résolution amiable des litiges », *Négociations*, vol. 10, no. 2, 2008, p. 75-88.

¹¹ Ou plus largement une maximisation de leurs avantages moraux, psychologique et matériels.

¹² Il s’agit des honoraires d’avocats, de l’immobilisation d’actifs la durée de l’instance, ou encore de la rémunération des experts et, plus généralement, de tous les frais afférents aux procédures judiciaires.

¹³ Dès lors que les droits de propriété sont clairement définis.

¹⁴ E. Bertrand, « La thèse d’efficacité du « théorème de Coase » », *Revue économique*, 2006, vol. 57, n°5, p. 983-1007.

¹⁵ B. Deffains, « L’analyse économique de la résolution des conflits juridiques », *Revue française d’économie*, 1997, vol. 12, n°3, p. 57-99.

médiation, il reste à démontrer les avantages économiques de la médiation par rapport au procès. Cette procédure amiable s'avère être, pour l'instant, une solution beaucoup moins onéreuse qu'un procès – présence facultative des avocats, rémunération souvent modeste du médiateur, (presque) pas de contentieux de l'exécution comme potentiellement après une décision de justice imposée. Autrement dit, les coûts de transaction sont beaucoup plus faibles lorsque le litige est résolu par la médiation que par la voie juridictionnelle. En revanche, en cas d'échec de la médiation et d'ouverture d'un procès, les coûts engendrés par la médiation constituent des frais supplémentaires, s'ajoutant à ceux du procès. Toutefois, nous soulignerons que le travail effectué en médiation entre les parties et le médiateur n'est pas sans incidences sur la suite. Les heures passées en médiation permettent souvent de désamorcer une partie du différend. En outre, l'échec est rare en médiation. Les taux de réussite connus de la médiation sont sans appel. Au minimum, 75% des médiations aboutissent à un accord¹⁶. Les parties ne prennent que peu de risque à entrer en médiation et subir une perte nette des coûts afférents à cette procédure amiable. Nous relèverons, toutefois, que la conciliation préalable en matière prud'homale est, quant à elle, économiquement inefficace et rallonge inutilement la durée de la procédure¹⁷. Le manque de temps et d'implication des conseillers prud'hommes et des parties, qui considèrent cette phase obligatoire comme une chambre d'enregistrement, justifie le faible taux de réussite (8%)¹⁸. La médiation n'est efficace que s'il elle est crédible. Enfin, la médiation est très profitable pour les parties aux relations pérennes, qu'il s'agisse de relations intra-entreprises ou commerciales.

Le coût du temps. Il est souvent reproché à la justice – ici, civile – sa lenteur, notamment de la part du demandeur qui souhaite une reconnaissance de ses droits, considérée comme une évidence, le plus rapidement possible. Beaucoup de mécanismes sont prévus par le droit pour maîtriser le temps et s'adapter à la

¹⁶ Voire 80%, selon le rapport Delmas-Goyon (P. Delmas-Goyon, *Le juge du 21^e siècle - Un citoyen acteur, une équipe de justice*, rapport à la garde des Sceaux, ministre de la Justice, 2013, p.57).

¹⁷ V. en ce sens N. Chappe et M. Doriat-Duban, « La résolution des conflits individuels du travail », *Revue d'économie politique*, 2003, vol. 113, n°4, p. 549-568. « Partant du constat que cette conciliation n'aboutit que très rarement, nous avons montré que la décision d'engager des poursuites s'effectue sous des conditions similaires à celles obtenues hors de l'existence de l'obligation de conciliation. Nos résultats ne peuvent donc que faire écho aux voix qui s'élèvent pour suggérer la suppression du passage devant le bureau de conciliation dans la procédure prud'homale ».

¹⁸ A. Canayer, N. Delattre, C. Feret et P. Gruny, *La justice prud'homale au milieu du gué*, rapport sénatorial n°653 (2018-2019), 2019. V. la note de synthèse du 12 juillet 2019. Pour une analyse de l'échec de ce mode de résolution amiable, v. J. Barthelemy, « Quels modes de résolution des conflits en droit social ? », *Sem. soc. Lamy* 2015, n°1671.

demande, à l'instar des procédures de référé, des délais de prescription de l'action et des causes de suspension et d'interruption dudit délai. Mais la modernité et l'apparition des nouvelles technologies toujours plus rapides ont participé à accentuer ce besoin de célérité de la part des justiciables¹⁹. D'après les chiffres-clés de la Justice 2022, le délai médian pour obtenir une décision de justice est de 15,4 mois devant les cours d'appel, de 14 mois devant les conseils de prud'hommes et de 5,4 mois devant les tribunaux de commerce (en 2018)²⁰. A contrario, résoudre un litige en médiation est significativement plus rapide. A titre d'exemple, les médiations organisées par le CMAP ne peuvent excéder deux mois pour les médiations conventionnelles et trois mois pour les médiations judiciaires – sauf prorogation demandée par les parties²¹. En 2021, la durée moyenne des médiations était de 14 heures. 90% des médiations sont réglées en moins de 30 heures²². Du reste, ce besoin de célérité ne peut que s'accroître au regard de la « dégradation continue » du délai moyen de traitement des procédures civiles, avec un « allongement des délais de près de 70% en six ans » (entre 2012 et 2018) pour les tribunaux de grande instance et de 30% pour les conseils de prud'hommes, les tribunaux de commerce et les cours d'appel²³. Le temps ainsi gagné en médiation constitue une ressource complémentaire à toutes les activités d'un individu ou d'une entité. Pris en compte comme une valeur économique depuis les années 1960 et l'article fondateur de Gary Becker²⁴, le temps est une ressource qui admet, comme tous les biens et services, un coût d'opportunité – satisfactions obtenues en faisant un autre usage du temps. Dès lors, l'incomparable célérité de la médiation et la lenteur des procédures judiciaires et celle plus relative de l'arbitrage tendent inexorablement à accroître les satisfactions obtenues ou recherchées par les demandeurs actuels et potentiels de la médiation.

Une solution économiquement efficace et maîtrisée. Dans le cadre de la médiation, le droit laisse place à l'équité. Partant, les solutions sont multiples et

¹⁹ A. Bruel, « Le temps judiciaire », *Vie sociale*, 2013, n°2, p. 87-97.

²⁰ Pour les affaires terminées en 2018 et 2021, v. respectivement ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la justice*, 2019 et 2022.

²¹ Article 7.6 du règlement de médiation du CMAP.

²² CMAP, *Baromètre CMAP, 2022*. En l'absence de statistiques nationales, l'étude de la médiation s'appuie nécessairement sur les données fournies par des centres privés.

²³ Cour des comptes, *Mission Justice, Note d'analyse de l'exécution budgétaire*, 2018, p.55.

²⁴ G. S. Becker, "A Theory of the Allocation of Time", *The Economic Journal*, 1965, p. 493-517.

peuvent s'adapter aux besoins spécifiques des parties en s'éloignant des solutions uniquement dictées par le droit. Le médiateur encourage les médiés à être forces de propositions constructives et pérennes. Il s'agit de maximiser les profits de chacune des parties en augmentant le bénéfice à partager et de renverser le paradigme à somme nulle selon lequel ce qu'une partie gagne engendre nécessairement une perte équivalente pour l'autre partie²⁵. Ce faisant, les parties ne sont plus esclaves de l'aléa judiciaire, dans la mesure où elles ne découvrent pas la solution trouvée à leur litige mais elles la déterminent. Le manque de moyens matériels et humains alloués à l'institution judiciaire française favorise l'aléa judiciaire. La médiation est alors prisee des parties averses au risque. Plus concrètement, l'aléa judiciaire oblige les directions juridiques à provisionner les futures condamnations en s'appuyant sur des analyses jurisprudentielles parfois peu évidentes. A contrario, la médiation permet aux parties de choisir ce à quoi elles vont s'obliger de rester maîtres de la décision obtenue et, ainsi, de contrecarrer tous les inconvénients d'un procès long, coûteux et dont l'issue est incertaine.

B. Des intérêts collectifs

Externalités positives. Les choix individuels conduisent à la création d'avantages et de coûts sociaux variés. La médiation, comme tout mode de résolution amiable, est source de pacification et de bienfaits pour la collectivité. Il est toutefois nécessaire de préciser comment se traduit cette maximisation du bien-être social en s'intéressant au concept de confiance²⁶. La corrélation entre les idées de négociation d'un accord et de confiance est limpide. Le monde des affaires suppose un minimum de confiance pour se développer. En revanche, la nature et les acteurs de cette confiance diffèrent selon les approches. La notion même de confiance entre organisations crée le débat et son existence est loin d'être certaine contrairement à la confiance entre individus ou celle interne à l'organisation²⁷. Cette divergence s'explique essentiellement par la différence de nature du lien qui unit deux entreprises – relation commerciale entre personnes morales ; lien de dépendance ou de coopération – et celui d'un employeur

²⁵ L. Thompson, *The Mind and Heart of the Negotiator*, 5^e éd., Upper Saddle River Pearson Education, 2012, p 13.

²⁶ Le concept de confiance est de plus en plus étudié par les économistes. En ce sens, v. L. Eloi, *Économie de la confiance*, La Découverte, Repères, 2012 ; E. Simon, « La confiance dans tous ses états », *Revue française de gestion*, 2007, n°6, p. 83-94 ; B. Deffains et C. Desrieux, *Impacts économiques de la médiation sur les relations inter-entreprises en France, étude économique pour le compte du médiateur des entreprises*, 25 novembre 2019.

²⁷ V. E. Simon, « La confiance dans tous ses états », *Revue française de gestion*, 2007, n°6, p. 83-94.

et d'un salarié – lien de subordination et de coopération entre une personne physique et une personne morale.

La confiance. Défini comme la « croyance en la bonne foi, loyauté, sincérité et fidélité d'autrui (tiers, cocontractant) ou en ses capacités, compétences et qualifications professionnelles »²⁸, le lien de confiance entre deux individus peut être établi par l'intervention d'un tiers, dans le cadre d'une médiation. Il s'agit d'évaluer l'utilité sociale et économique de la confiance tirée d'un processus de médiation. Nous soulignerons que la confiance dans le marché pour s'auto-structurer, illustrée par la « main invisible » d'Adam Smith, manque cruellement au marché de la médiation qui reste sous-développé depuis près de trois décennies. En revanche, la confiance que les parties peuvent gagner en améliorant leur communication dans le cadre d'une médiation tendra à diminuer la conflictualité et la procéduralisation des relations.

La confiance et l'économie des contrats. La théorie économique classique n'a accordé que très peu d'importance à la notion de confiance, au profit de l'hypothèse de rationalité parfaite des agents, ainsi capables de négocier des contrats complets sans coût²⁹. Il est parfois soutenu que le contrat et la confiance sont des notions antinomiques³⁰. La volonté de contracter pour formaliser des engagements s'oppose dès lors à la confiance entre entreprises ou individus. L'échange économique peut se retrouver empêché par le manque de confiance. C'est la théorie négative des coûts de la non-confiance³¹, précurseur de la théorie positive des gains de la confiance. L'existence de gains substantiels de la confiance agissant comme un « lubrifiant des relations sociales » a été, pour la première fois, défendue par l'économiste Kenneth Arrow en 1974³². Lorsque le contrat est un accord de médiation, la confiance inspirée par ce mode de résolution amiable tend à faciliter la conclusion du contrat. En conséquence, ces deux notions ne sont pas en opposition dans le cadre d'une médiation.

²⁸ V° Confiance in G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^e éd., 2020.

²⁹ V. en ce sens E. Lorenz, « Trust, contract and economic cooperation », *Cambridge journal of economics*, 1999, vol. 23, n°3, p. 301-315.

³⁰ V. E. Brousseau, « Confiance ou contrat, confiance et contrat » in F. Aubert & J.-P. Sylvestre, *Confiance et Rationalité*, INRA Edition, 2000, p. 65-80.

³¹ V. en ce sens G. A. Akerlof, « The market for "Lemons": Quality and the market mechanism », *The Quarterly Journal of Economics*, 1970, vol. 84, p. 488-500.

³² K. J. Arrow, *The Limits of Organization*, WW Norton & Company, 1974. L'auteur définit la confiance comme « une institution invisible qui régit le développement économique ».

La confiance et la performance économique. Ce sont les coûts de l'absence de confiance qui ont été analysés en premier lieu. En 1970, George Akerlof relevait que s'il était dépourvu de confiance, l'échange économique se retrouvait entravé et dénué des nécessaires « préconditions de l'échange et de la production »³³. Plus récemment, l'approche négative a laissé place à une approche contraire, celle des gains de la confiance et de son rôle dans la performance économique des États³⁴. D'abord appliquée aux nations³⁵, cette théorie a ensuite été utilisée pour appréhender la performance économique des entreprises. Ce passage de macro à micro a pu être critiqué, en relevant que la confiance se développait envers des institutions et non à l'égard de personnes³⁶. Le degré de confiance dans les relations entre les salariés et les employeurs ou dans les relations commerciales détermine la survenance et le mode de résolution d'un conflit, le cas échéant. Se pose alors la question de la nature et des gains de la confiance dans le cadre d'une médiation intra ou inter-organisationnelle(s), requérant la présence physique d'individus autour de la table.

La confiance et la médiation. La médiation permet de créer un climat de confiance entre les parties qui échangent directement et non par avocats interposés et de manière confidentielle. Le cadre est plus informel que celui de la procédure judiciaire contentieuse. A l'instar de la médiation de la consommation, bien établie depuis 2015, qui constitue un levier de confiance supplémentaire dans la relation des entreprises avec leurs clients consommateurs³⁷. Le cadre informel permet d'échanger sur des aspects non juridiques de la relation. Le comportement ou encore la morale peuvent être discutés dans le cadre des réunions de médiation. Concernant les litiges intra ou inter-entreprise(s), la pérennité des relations suppose l'existence d'un lien de confiance – qui se crée notamment par des engagements extracontractuels. La résolution amiable suppose que les parties transforment leur défiance inhérente à la relation conflictuelle en une relation de confiance. Au sein d'une organisation, le degré

³³ G. A. Akerlof, « The market for "Lemons": Quality and the market mechanism », *The Quarterly Journal of Economics*, 1970, vol. 84, p. 488-500.

³⁴ En ce sens, v. L. Eloi, *Économie de la confiance*, La Découverte, Repères, 2012.

³⁵ V. F. Fukuyama, « Trust: The social virtues and the creation of prosperity », *Revue française de science politique*, 45-6, p.1050-1052, 1995.

³⁶ S. Beugelsdijk, « A note on the theory and measurement of trust in explaining differences in economic growth », *Cambridge Journal of Economics*, vol.30, p.371-387, 2006.

³⁷ La médiation de la consommation ne reprend pas les caractéristiques de la médiation telle que définie par le Code de procédure civile mais permet, toutefois, de renforcer le lien de confiance entre une entreprise et sa clientèle en évitant la confrontation judiciaire. La fidélisation de la clientèle suppose l'existence d'un lien de confiance.

de confiance entre les agents constitue un instrument d'analyse de la performance³⁸. La médiation s'inscrit dans l'actuelle dynamique de justice organisationnelle. En effet, ce mode de résolution des litiges à l'amiable revêt de nombreux avantages pour une organisation qui se préoccupe de la satisfaction de ses salariés eux-mêmes soucieux de l'équité des procédures et traitements internes. Dans les relations inter-entreprises, la confiance est également primordiale pour la bonne exécution des obligations nées de relations commerciales. Cette confiance interpersonnelle doit aller de pair avec un renforcement de la confiance institutionnelle³⁹. Enfin, il semble nécessaire d'évaluer la confiance dans l'institution judiciaire et l'utilité de la médiation pour la renforcer⁴⁰.

Conclusion II. Le système judiciaire doit pouvoir offrir des modes de résolution amiable aux parties en litige, dont le recours massif favorisera le climat de confiance. Il s'agit de renforcer la confiance des justiciables envers la pratique de la médiation. Cette confiance suppose l'établissement ex ante d'une confiance entre la médiation et l'institution judiciaire. La méfiance des magistrats envers la médiation se traduisait par un faible recours de celle-ci au sein des tribunaux et de la marginalité des juges prescripteurs de la médiation⁴¹. La tendance semble, peu à peu, s'inverser depuis quelques années, notamment grâce à l'impulsion de la Cour d'appel de Paris qui a créé, en 2014, une unité spécialisée⁴². Nous noterons, enfin, que la confiance doit également caractériser la relation entre les parties et le médiateur : « la confiance des parties ne dépend pas du mode de résolution amiable choisi : elle va dépendre à la fois de la personnalité et de l'empathie du tiers et de l'adéquation du processus choisi par rapport à leur situation ». Cette confiance procède des compétences et de la déontologie du médiateur – il est ainsi nécessaire de promouvoir et de proposer des solutions renforçant la qualité de l'offre de médiation⁴³.

³⁸ F. Bornarel, « La confiance comme instrument d'analyse de l'organisation », *Revue française de gestion*, 2007, n°6, p. 95-109.

³⁹ V. en ce sens B. Deffains et C. Desrieux, *Impacts économiques de la médiation sur les relations inter-entreprises en France*, étude économique pour le compte du médiateur des entreprises, 25 novembre 2019.

⁴⁰ Près de 80% des chefs d'entreprises ont confiance en l'institution judiciaire, d'après une étude de 2020 menée auprès d'un panel de 1 000 entreprises représentatif des entreprises françaises de 10 salariés et plus, v. Institut Montaigne, *Les chefs d'entreprise et la justice en France*, rapport de résultats, 2020, p.5.

⁴¹ Guy Canivet souligne, en 2010 : « Pour imposer la médiation il faut bousculer, bousculer la hiérarchie judiciaire, les greffes, les magistrats, les avoués et les avocats. Il faut déranger, imposer, créer, organiser, animer ; trouver des médiateurs, les former, les mobiliser, les contrôler, les évaluer, garder les meilleurs, écarter ceux qui le sont moins, persévérer... continuer nonobstant l'hostilité, en dépit de l'incrédulité ambiante, malgré les réserves » (G. Canivet, préface in B. Brenner, *Stress et souffrance au travail. Un juge témoigne*, L'Harmattan, 2010).

⁴² Plus généralement, v. M. Guillaume-Hofnung et F. Vert, « Construire la confiance entre justice et médiation », *Gaz. pal.* 22 déc. 2015, n° 253d3, p. 9.

⁴³ Nous relèverons la proposition formulée par le groupe de travail sur la justice civile, lors des Etats généraux de la justice : « développer la confiance dans les MARD par une offre de justice amiable, structurée et de qualité »

(Groupe de travail des Etats généraux de la justice, *Simplification de la justice civile*, rapport remis au comité des Etats généraux de la justice, février 2022, p.66).

LA CO-MÉDIATION, L'AVENIR DE LA MÉDIATION ?



Aude BERNARD-ROUJOU DE BOUBÉE

Enseignant-Chercheur en droit privé, Faculté libre de Droit, ICT

Médiatrice conventionnelle¹

De l'audace. « La médiation, encore de la médiation, toujours de la médiation ! » énoncent certains. Il est vrai que la médiation, bien que présente dans le paysage juridique français depuis longtemps², apparaît souvent sur le devant de la scène médiatique judiciaire, juridique et politique depuis quelques mois.

Approches variées des MARD. La médiation appartient à la grande famille des Modes Alternatifs de Règlement des Différends (ci-après MARD), appelés parfois ADR de l'anglais « *Alternative Dispute Resolution* ». Ces derniers représentent les mécanismes possibles pour les parties à un différend de trouver un accord amiable, avec ou sans l'aide d'un tiers, qui peut être, selon le choix des parties, homologué par un juge lors d'un accord trouvé. Développés aux Etats-Unis, au Québec³ et dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, les MARD sont devenus un état d'esprit concomitant à celui de la justice contentieuse traditionnelle afin d'apaiser et restaurer les relations sociales.

Droit interne. Pourtant, en droit interne, les MARD restent encore et toujours une grande nouveauté. « Il faut bien constater, en effet, qu'en dépit des initiatives qui se sont succédé, l'amiable est resté, à tous les niveaux et en comparaison des modèles

étrangers, un point faible de notre système judiciaire, malgré l'engagement, la volonté, l'enthousiasme aussi des précurseurs et promoteurs (...) de cette autre voie de résolution des litiges, qui permet, dans sa diversité, d'offrir la réponse la plus adaptée à un grand nombre de différends »⁴.

La médiation en France, entre promotion, craintes et impossibilités. Depuis le décret du 9 décembre 1975 insérant la médiation dans le Code de procédure civile, des efforts ont été faits (v. not. le célèbre Rapport Magendie de 2008 ou plus récemment le Rapport de la Cour d'appel de Paris « Promotion et encadrement des MARD » rendu public le 10 mars 2021) pour définir, encadrer, encourager le recours à la médiation. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs levé toutes barrières constitutionnelles au développement d'une telle pratique lors d'une saisine *a priori* relative à la conformité de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice instaurant le recours à un mode amiable de résolution des litiges, rappelant combien la médiation et les MARD en général pouvaient s'inscrire dans l'arsenal juridique français sans violer les principes fondamentaux de la justice civile⁵.

Pourtant, pour des raisons sociétales, la médiation a rencontré des difficultés pour véritablement émerger en France. Considérée comme une « justice douce », la médiation est souvent perçue comme un acte de faiblesse et de manque de courage face à une procédure contentieuse alors même qu'elle est au contraire la preuve d'une bonne intelligence des relations humaines.

Cette perception tient au législateur. En effet, le choix a été fait, par le législateur, depuis plusieurs années, même décennies, de privilégier le développement des MARD par pointillisme et éclatement sans ligne directrice pour promouvoir l'amiable tout en soulageant péniblement l'institution judiciaire. A notre sens, l'un n'est pas exclusif de l'autre. Le développement des MARD sur les échecs de la Justice n'est pas nécessairement ce qu'il y a de mieux, car les MARD apparaissent alors comme un substitut à une justice qui va mal, ce qui a conduit à une culture de rejet, de crainte, d'incompréhensions surtout, vis-à-vis des MARD. En réalité, ceux-ci doivent être conciliés avec et s'imbriquer dans la grande machine qu'est la Justice. Les MARD sont avant toute chose un état d'esprit qui ne doit pas être un plan B face à la voie judiciaire

mais un plan A, choisi volontairement en raison de l'état d'esprit qui irrigue chacun de ces modes de résolution des différends : l'amiable. Cet état d'esprit semble avoir été pris en compte par le législateur actuel.

Cette perception tient aussi au comportement des auxiliaires d'un procès.

Certains **avocats** ont souvent un réflexe naturel de se positionner par rapport à ce que la règle de droit impose, ou encore par rapport aux chances de réussite d'un procès, alors qu'il n'en est rien en médiation. La médiation n'est pas une justice étatique privée, elle est un mode amiable de résolution des conflits. En ce sens, elle obéit à l'équité, l'empathie et la concession et non à des règles de procédure ou de droit, pourvu bien sûr qu'elle respecte l'ordre public. Les avocats ont tout intérêt à se saisir de la médiation afin de fidéliser leurs clients et de les conseiller du mieux possible. La procédure participative est en ce sens une nouvelle corde à l'arc des avocats, qui reste encore trop peu utilisée. Mais on note bien sûr que l'avocat est tenu par le mandat de son client...Si celui-ci ne souhaite pas envisager de médiation, l'avocat ne peut forcer son client à y recourir (sauf pour certains litiges à compter du 1^{er} octobre 2023⁶).

Certains **magistrats** sont aussi en partie responsables de l'étouffement de la médiation en France. Quelques-uns considèrent cette voie amiable comme obstruant leur travail, en ce que la médiation constituerait une véritable atteinte à leur pouvoir décisionnel. En réalité, il serait faux d'estimer que la médiation empiète sur le travail des magistrats. En effet, le médiateur n'est pas là pour trancher un litige. Il n'est pas non plus le garant des libertés individuelles comme l'est l'institution judiciaire dans son ensemble (article 66 de la Constitution). Et le médiateur est encore moins là pour répondre aux problèmes de surcharge de travail/manque de moyens humains et matériels dont doit malheureusement faire face la Justice. Le médiateur a seulement la tâche de rapprocher des parties à un différend pour que celles-ci trouvent d'elles-mêmes un accord commun et équitable, qui leur permettra de poursuivre le dialogue préexistant au conflit. On relève aussi que certains magistrats négligent la médiation par manque de temps et de moyens : comment, dans une justice en souffrance en raison des sous-effectifs permanents, prendre le temps d'étudier les dossiers qui peuvent faire l'objet d'une médiation et les orienter vers un médiateur ? Ou se saisir d'office afin d'organiser une médiation ?

Dans les **entreprises**, une fois expliquée, la médiation séduit par ses avantages que sont la rapidité, la confidentialité, ainsi que son coût. Mais lorsqu'elle n'est pas expliquée en amont, la médiation n'est pas choisie car les responsables du service juridique ne sont pas toujours les personnes qui ont compétence pour participer à une médiation et accepter un accord. En clair, le responsable du service juridique est souvent pieds et poings liés aux attentes dictées par son haut responsable et n'envisage ainsi pas une médiation puisqu'il n'a pas le pouvoir d'accepter certains compromis. L'on observe néanmoins qu'une fois le domaine de la médiation défini en fonction de chaque entreprise et/ou de chaque domaine litigieux possible, les personnes travaillant dans le service juridique de l'entreprise en question recourent davantage à la médiation puisque celle-ci leur fait gagner du temps dans le traitement des dossiers de contentieux, et leur fait gagner de l'argent. Accessoirement, une certaine satisfaction personnelle du salarié qui a mené à bien une médiation le motive à renouveler l'expérience. En ce sens, l'obligation posée par le législateur pour chaque entreprise de proposer à ses clients consommateurs les services d'un médiateur commence à porter ses fruits pour instaurer un réflexe médiation au sein des entreprises⁷. Cette disposition légale, issue de l'ordonnance du 14 mars 2016, est une réformation en profondeur du droit de la consommation, sous l'élan du législateur européen, très prolifique en ce domaine. Dans d'autres domaines (familial, pénal), la médiation commence aussi à prendre une place certaine.

Le recours à la médiation ne s'ancrera ainsi dans la société française que par le temps, associé à des moyens nécessaires sur du long terme pour un changement de paradigme des différends.

Mais il est à noter que les choses changent.

2023, année de la médiation⁸. Dans le prolongement des Etats généraux de la Justice⁹ et du besoin de sauver le bateau « Justice », par des renforts en moyens humains, matériels, financiers, la médiation a été au cœur des nouvelles politiques publiques de renforcement de l'amiable. Déjà la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire avait-elle remis sur le devant de la scène la nécessité d'éclaircir le champ de l'amiable par la création notamment d'un Conseil national de la médiation¹⁰. Puis, un décret d'application de la loi susvisée n°2022-245

en date du 25 février 2022 a poursuivi ce mouvement en renforçant l'efficacité de la médiation sur certains points pratiques (rémunération du médiateur, acte d'avocat relatif à la médiation, rôle facilité du greffe...) ¹¹. Un autre décret n°2022-1353 du 25 octobre 2022 ¹², est venu affiner la composition et les modalités de fonctionnement du Conseil national de la Médiation.

Mais c'est surtout l'année 2023 qui a été profitable à la médiation. Dès le 5 janvier 2023, le Garde des sceaux indiquait vouloir recourir davantage à l'amiable. Le 13 janvier, le Ministre de la Justice annonçait vouloir « mettre au vert tous les feux de l'amiable » par le lancement d'un plan politique de l'amiable afin d'amorcer « une révolution culturelle pour le monde judiciaire ». Le 11 mai 2023, le décret n° 2023-357 relatif à la tentative préalable obligatoire de médiation, de conciliation ou de procédure participative en matière civile réécrit l'article 750- 1 du Code de procédure civile et le réintroduit dans ce même Code, prenant alors en compte la décision du Conseil d'Etat du 22 septembre 2022 ¹³ d'annuler l'article 750-1 du Code de procédure civile pour atteinte à l'article 16 de la DDHC relatif au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction ¹⁴. *Last but not least*, le tant attendu décret introduisant deux nouveaux mécanismes facultatifs de nature à favoriser le règlement amiable des litiges après la saisine du tribunal judiciaire, à savoir l'audience de règlement amiable (ARA) et la césure du procès civil, est paru le 29 juillet 2023 ¹⁵.

Des moyens sont enfin donnés pour promouvoir réellement la culture de la médiation. Si les avantages de cette technique sont indéniables (I), ne serait-il pas possible d'aller encore plus loin en promouvant la co-médiation, véritable avenir de la médiation (II) ?

I/ Les avantages de la médiation

Les avantages de la médiation sont multiples (A) ce qui explique son insertion renforcée dans le paysage de la procédure civile en France (B).

A. Sur le plan pratique

Sur le plan pratique, l'un des premiers intérêts de la médiation reste et restera toujours tant que le service public de la justice n'obtiendra pas plus de moyens, **la rapidité de la procédure**. La conciliation est guidée par le juge, qui laisse un temps déterminé aux parties pour trouver une solution. Il en est de même dans le cadre d'une procédure participative. Pour la médiation, l'article 131-3 du Code de procédure civile enjoint les parties et le médiateur à trouver une solution dans un délai de trois mois, renouvelable une fois. Les médiateurs conventionnels s'efforcent de tenir le même délai. Cela signifie que dans un délai de trois mois, maximum six mois, les parties à un différend peuvent trouver une solution commune à ce dernier. Sans nul doute cela est-il l'argument phare de la médiation tant elle tranche malheureusement avec les délais pour une décision de première instance¹⁶.

Au-delà du délai à proprement parler, dans le cadre de la médiation, **les parties sont libres d'imposer leur rythme** au déroulé du processus de résolution du différend. Cette souplesse organisationnelle vaut de l'or dans une société contrainte en permanence par le temps. Cette rapidité engendre *de facto* un autre avantage, qui est **la reprise du dialogue**. Ce dialogue peut être purement quotidien et de voisinage comme être également la base d'une relation de droit civil (famille, contrats) ou commerciale. Dans le cadre d'une relation professionnelle quelle qu'elle soit (commettant/préposé ou co- contractants), le déblocage rapide d'une situation permet aux parties de reprendre une relation apaisée et de ne pas laisser s'installer une situation de crise, qui serait préjudiciable économiquement surtout aux protagonistes. L'autre argument souvent avancé dans le cadre de la médiation est celui de **l'économie**. Le recours à la conciliation ou à la médiation évite bien souvent la question des frais de justice des auxiliaires de justice (avocat, expert, huissier...)¹⁷.

Paradoxalement, cela explique aussi le manque d'utilisation de la procédure participative, car les parties estiment souvent, à tort, que quitte à s'acquitter des frais d'un avocat, autant réaliser une procédure judiciaire contentieuse. Or, cela révèle un manque de connaissance de la procédure participative, puisque l'accord trouvé par les parties peut être communiqué au juge de la mise en état en cas de mise en état de l'affaire, mais peut également faire l'objet d'un acte sous seing privé ayant la même valeur juridique que la transaction¹⁸. En outre, les MARD font maintenant pratiquement à chaque fois l'objet d'une prise en charge, totale ou partielle, de la part

des assurances au titre de la protection juridique. Cette prise en charge de la part des compagnies d'assurance révèle à elle-seule le gain d'argent que les MARD rapportent. Un autre avantage, qui n'est cependant pas souvent le premier argument auquel il est fait référence en matière de médiation alors même qu'il est extrêmement important, est **la confidentialité**. Sorti de la sphère publique de la justice, le litige reste confidentiel entre les parties et le tiers qui les assiste (article 1531 du Code de procédure civile). Ce tiers est ainsi soumis à un secret professionnel¹⁹, particulièrement renforcé lorsqu'il est avocat, qui le contraint à ne rien pouvoir révéler sous peine d'engager sa responsabilité professionnelle.

Cette confidentialité est indispensable pour permettre un échange serein d'informations, d'opinions et de documents lors des discussions pour aboutir à un accord. La confidentialité est totale avec la médiation puisque le juge ne peut qu'homologuer l'accord trouvé sans demander d'information ou la communication d'éléments qui ont permis d'aboutir à l'accord. Il ne pourra ainsi pas demander à connaître les faits entourant le différend, ni le déroulement des séances ni l'issue de la médiation autre que celle inscrite dans l'accord. Il en va naturellement de même pour les tiers véritables *penitus extranei*, qui n'auront connaissance de rien. Par ailleurs, le terme amiable de résolution des différends prend ici tout son sens dans la longue liste des avantages des MARD puisque les parties peuvent élaborer elles-mêmes une solution commune, dans le respect de l'ordre public et des lois s'appliquant à elles, mais **en équité**. Il n'est pas besoin dans le cadre de la médiation de trouver une solution dictée par les lois régissant le litige. Les parties peuvent s'en détacher et être maîtres du processus afin de trouver la solution qui sera la plus adaptée à la sortie de leur différend. Aucune solution n'est imposée, les parties construisent elles-mêmes l'accord qui leur sera ensuite applicable. Partant, elles appliqueront d'autant mieux l'accord trouvé qu'elles y ont consenti. Le juge n'a pas à juger de la pertinence de l'accord lorsqu'il lui donne force exécutoire, tout au mieux doit-il veiller à ce que celui-ci ne trouble pas l'ordre public. Cette souplesse dans la résolution du différend est un argument double.

Deuxième volet de l'aspect amiable de la résolution des différends grâce aux MARD, **l'absence d'aléa judiciaire** est rassurant pour les parties. En effet, même malgré un excellent conseil, les parties dans le cadre d'une procédure contentieuse classique

devant le Tribunal judiciaire prennent toujours le risque de voir une décision prise à leur encontre qui soit non seulement imprévue mais aussi défavorable, sur des points parfois impensables. Dans le cadre de la médiation, l'aléa n'existe pas puisque les parties construisent leur accord de fin du différend. Elles ne peuvent donc être surprises par une quelconque disposition ultérieure s'imposant à elles. Un des derniers avantages de la médiation semble technique mais est en réalité extrêmement important dans le cadre d'une procédure litigieuse qui ne trouverait pas de solution par la voie amiable. Il s'agit de la **suspension de la prescription**²⁰. Dans ce cas, et contrairement à l'interruption de prescription qui fait reprendre le délai de prescription à zéro à compter de l'acte interruptif, la suspension arrête temporairement la prescription. Ainsi, le temps déjà échu avant la médiation n'est pas effacé mais est seulement suspendu pendant la tentative de résolution amiable du litige pour les parties. En clair, essayer une médiation pendant un litige ne coûte rien (ou presque), même pas du temps²¹. Sans que cela ne soit un avantage, il convient toutefois ici de rappeler, aux fins de clore les avantages de la médiation, que les accords amiables, outre la force contraignante qu'ils ont acquise par la rencontre des volontés qui est inscrite dans l'accord (article 1103 du Code civil), peuvent faire l'objet d'une **homologation judiciaire en vue d'obtenir force exécutoire**. Celle-ci est en effet prévue à l'article 131 du Code de procédure civile pour la conciliation et à l'article 131-12 pour la médiation conventionnelle comme judiciaire. Plus généralement, l'article 1565 du Code de procédure civile rappelle cette possibilité, prenant aussi en compte l'accord issu d'une procédure participative²².

B. Les avantages de la médiation insérés dans la procédure civile

Le décret n°2023-686 du 29 juillet 2023 qui s'appliquera aux instances introduites à compter du 1^{er} novembre 2023 vient modifier le traitement des litiges par la voie judiciaire. En effet, deux nouveaux mécanismes facultatifs permettront, après saisine du tribunal, de proposer une résolution du litige par la voie amiable.

D'une part, **l'audience de règlement amiable**²³ (ci-après ARA) mise à la disposition du président de l'audience d'orientation, du juge de la mise en état, du juge du fond et du juge des référés qui leur permet, sur demande de l'une des parties ou d'office après avoir recueilli leur avis, de convoquer les parties à une audience de règlement amiable

tenue par un juge, autre que celui de la formation de jugement (un magistrat à la retraite ou un magistrat à titre temporaire). Cette audience ne dessaisit pas le juge et est une mesure d'administration judiciaire, qui n'est donc pas susceptible de recours. Point intéressant de cette ARA, la décision de convocation à une audience de règlement amiable interrompt l'instance et le délai de péremption de l'instance.

Concrètement, si les parties n'ont pas fait le choix, avant tout litige, de recourir à l'amiable, elles en auront encore la possibilité durant la procédure judiciaire ou sur décision d'office du juge. La différence majeure avec le régime antérieur à celui du décret (qui permettait aussi un recours à l'amiable à tout moment de la procédure)²⁴ est que cette procédure de recours à l'amiable est menée par un juge. Certains contesteront cette prééminence du juge dans le circuit de l'amiable²⁵, d'autres applaudiront le fait que les magistrats (re)deviennent acteurs de l'amiable²⁶. Dans tous les cas, cette disposition profite à la médiation, ce qui est à saluer.

D'autre part, la seconde technique qui sera mise en place à compter du 1^{er} novembre est la **césure du procès civil**²⁷. Lorsque les parties sont dans le cadre d'une procédure écrite ordinaire devant le Tribunal judiciaire, elles pourront demander, par acte contresigné par avocats, au juge de la mise en état saisi de l'affaire de trancher, dans un premier temps, une partie seulement du litige qui lui est confié. Les prétentions qui sont demandées à être tranchées en priorité font l'objet de la césure. Si le juge de la mise en état fait droit à cette demande, il transmet les prétentions sollicitées au magistrat chargé du fond. Celui-ci rend alors un jugement partiel, qui sera susceptible d'un appel immédiat. Quant aux prétentions non visées par la césure, elles relèvent toujours de la mise en état. Cette nouvelle technique invite à la médiation au stade du jugement partiel : les parties ayant obtenu un jugement d'une partie de leurs prétentions peuvent se projeter, - un peu-, sur l'issue du litige. De là, elles seront peut-être plus à même de recourir à une médiation ou une conciliation afin de régler entre elles les points non tranchés dans le jugement partiel et qui font toujours l'objet d'une mise en état. On suppose ainsi que les parties pourraient demander que soit tranchée la question de la responsabilité, puis pourraient s'entendre lors d'une médiation ou d'une conciliation sur le montant des préjudices subis. La technique n'est certes pas

innovante mais a le mérite d'exister et de donner un nouvel souffle « amiabilistique » à la procédure judiciaire.

La critique est facile, l'art difficile. L'on ne s'attend pas à ce que le Garde des Sceaux réussisse là où d'autres, depuis de nombreuses décennies, ont échoué et/ou ont laissé périliter une Justice au bord du gouffre. Ces nouvelles techniques et les avancées préalables (Conseil national de la médiation, rémunération du médiateur, ...) sont autant de pierres qui s'ajoutent à l'édifice de la construction d'une « révolution culturelle » de l'amiable en France. Néanmoins il est à souligner, peut-être, quelques futures difficultés qui pourraient être résolues par le recours à la co-médiation.

II/ Les avantages de la co-médiation, un avenir pour la médiation ?

La co-médiation est une technique qui permet de conduire une médiation avec deux médiateurs. Ces derniers ne sont pas des représentants de chacune des parties mais fonctionnent en binôme pour aider à la résolution du litige. On ne peut que souscrire aux propos de Madame Hélène Abelson-Gebhardt²⁸ au sujet des effets positifs de la co-médiation : « expression des non-dits » accélérée, « fonction d'exemple » en communiquant respectueusement à haute voix même si le point de vue n'est pas le même, possibilité de « plaisanter ensemble », abolition de toute « compétition ou rivalité » entre les co-médiateurs... Si l'on reprend d'ailleurs les avantages pratiques de la médiation, il est possible de s'apercevoir que la co-médiation est un atout indéniable à cette pratique de l'amiable (A) et qu'en matière de nouveautés procédurales, la co-médiation pourrait aider à une meilleure mise en œuvre de l'ARA et de la césure (B).

A. La co-médiation, un atout pour la pratique de la médiation

Le fonctionnement, réussi, d'un binôme de médiateurs, permet de décupler les effets positifs de la médiation. On assiste en effet à un accroissement de tous les avantages précédemment exposés pour la médiation, sans compter les avantages propres à la co-médiation.

Concernant les avantages décuplés de la médiation, l'argument de la rapidité du temps de la médiation est vérifié : il y a toujours plus d'esprit dans deux têtes que dans une. En ce sens, si la contrainte d'une date commune aux médiés et aux deux médiateurs

est parfois un frein par rapport à l'activité de médiateur seul, la qualité de la médiation avec deux co-médiateurs est bien meilleure. Les idées s'échangent, des apartés avec les deux médiés en même temps sont possibles, le dialogue est enrichi de la vision du co-médiateur. Même si les litiges ne sont jamais les mêmes, on observe toutefois que la co-médiation permet de résoudre plus rapidement le différend que la médiation.

Également, comment mieux valoriser le dialogue avec l'autre médié que de dialoguer entre co-médiateurs à haute voix, face aux médiés ? Ces derniers ne sont pas face à une seule personne, qui pèserait ses mots avant de s'exprimer pour ne froisser aucune partie. Dans le cadre de la co-médiation, le dialogue est ouvert et à bâtons rompus avec le co-médiateur. Il peut d'ailleurs donner lieu à des plaisanteries, - l'humour jouant un rôle extrêmement important en médiation- , à des façons différentes d'appréhender la situation selon la personnalité des co-médiateurs, à un éclairage plus ou moins approfondi d'un médiateur sur certains points à l'égard de l'autre en raison de la différence d'expérience, d'âge, qu'ils peuvent avoir. Et lorsqu'un binôme de médiateurs dialogue, communique sereinement devant deux personnes en différend, intuitivement cela donne aux médiés le *tempo* pour trouver le ton juste et respectueux pour s'écouter et s'entendre.

Une co-médiation n'est pas synonyme de frais supplémentaires pour les parties. Sur ce point, les honoraires doivent être clarifiés dès le départ par le médiateur référent de l'affaire (qui est souvent celui qui a été saisi en premier du litige) afin de ne pas prendre au dépourvu les médiés. Mais il n'existe aucune raison de facturer plus cher un service de médiation qui a été réalisé par deux médiateurs. C'est le service qui est facturé et non la quantité de personnes qui a participé à la prestation de ce service. De même, le respect de la confidentialité est identique, que le médiateur agisse seul ou en binôme. Les effets de la médiation par rapport au litige en lui-même sont aussi identiques : le litige peut toujours être tranché en équité, pourvu qu'il respecte l'ordre public. De même, l'aléa judiciaire est évité, la prescription peut toujours être suspendue et l'homologation judiciaire est réalisable.

La co-médiation, ce sont aussi des avantages propres à ce fonctionnement supplémentaires à la technique seule de la médiation. On apprend toujours des

personnes qui nous entoure. Lorsqu'un médiateur n'a pas la même expérience professionnelle que l'autre médiateur, l'un apprendra toujours quelque chose à l'autre. En ce sens, la co-médiation est une aide précieuse dans les dossiers complexes qui nécessitent certaines habilités spécifiques (droit rural, droit de la construction, liquidation des régimes matrimoniaux, successions...). Au-delà du savoir à proprement parler, une expérience différente de la vie apporte un regard distinct sur une situation. Par ailleurs, le médiateur, quel que soit son expérience, est humain. Et l'erreur est parfois humaine. En matière de médiation, l'accord sur le désaccord, c'est-à-dire, arriver à mettre les parties d'accord sur le périmètre et les différents points de leur litige est indispensable avant toute médiation. Parfois, l'aide d'un co-médiateur pour mieux cerner la globalité et le fond du litige est utile. Cela sert sans nul doute une résolution plus rapide du différend et surtout une meilleure compréhension du dossier.

La co-médiation ne présente, en pratique, que des avantages si elle est bien vécue par les co- médiateurs : pas de rivalité, une estime de l'autre, une écoute approfondie et une juste dose d'humour permettent de mener une médiation agréable au service des médiés.

Alors, pourquoi ne pas faire profiter de ces différents avantages les deux techniques prévues par le décret du 29 juillet 2023 en ouvrant la co-médiation aux magistrats ?

B. La co-médiation, quel apport pour l'ARA et la césure du procès civil ?

On ne peut que souscrire à la politique de l'amiable voulue par le Garde des Sceaux. Celle-ci est certainement perfectible, mais déjà est-elle un premier pas vers un entrelacement indispensable entre l'institution judiciaire et la résolution amiable des différends. Néanmoins, si l'un ne va pas sans l'autre grâce au décret du 29 juillet 2023 puisque le juge peut conduire une médiation, à notre sens l'un devrait aller avec l'autre pour se diriger vers une « qualité du service rendu au justiciable »²⁹.

Des nombreuses questions se forment depuis la parution du décret du 29 juillet 2023 : cette politique aura-t-elle les moyens budgétaires, humains pour faire face aux attentes ? Une mise en œuvre aussi rapide (aux instances introduites au 1^{er} novembre

2023) n'est-elle pas trop prématurée avant de pouvoir former les magistrats actuels, les futurs magistrats, recruter les juges de l'ARA, trouver des lieux appropriés pour l'ARA, diffuser et expliquer ces nouvelles procédures aux citoyens français, peu habitués à l'amiable contrairement à d'autres pays ? L'ARA fera-t-elle partie de l'aide juridictionnelle comme en bénéficie la médiation ? Le juge devra-t-il porter sa robe ? Sera-t-il légitime à conseiller les parties sur leurs droits pour ensuite prendre la posture du médiateur puis de celle du juge ?

Les réponses à ces questions existent déjà dans la co-médiation.

La médiation judiciaire, prévue (principalement) aux articles 131-1 à 131-15 du Code de procédure civile, permet au juge, après avoir recueilli l'accord des parties, d'ordonner une médiation (article 131-1 du Code de procédure civile). Pourquoi alors ne pas envisager d'associer la procédure de l'ARA à la médiation judiciaire ?

Sur les magistrats participant à l'ARA. Chaque Cour d'appel possède une liste de médiateurs judiciaires, dont les compétences ont été vérifiées par la Cour : « Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige ; Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ; Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation »³⁰.

La **compétence** des médiateurs, doit être suffisante pour le rôle attribué : rapprocher les parties en vue de trouver un accord. Rien n'empêche de vérifier au surplus si le médiateur a les connaissances requises pour gérer le dossier. Dans tous les cas, les parties peuvent toujours se faire assister de leurs conseils. En ce sens, que l'Ara soit tenue par un magistrat ou par un médiateur, le rôle de l'avocat reste toujours aussi déterminant. En effet, il serait question de faire appel à des magistrats à titre temporaire ou à des juges honoraires. Mais ces derniers seront-ils en nombre suffisant? Seront-ils compétents lorsqu'ils ont passé leur vie professionnelle dans un pôle spécifique et qu'ils sont réquisitionnés pour un dossier qui ne relève pas directement de ce qu'ils maîtrisent ? N'auront-ils pas l'esprit préoccupé par la connaissance des rouages de la Justice et des règles de droit applicables au détriment de l'esprit d'équité et de concession qui règnent en médiation ? Enfin, parmi les médiateurs judiciaires inscrits sur les listes des Cours d'appel, nombre d'entre eux sont

des magistrats à titre temporaire ou des juges honoraires. Quel sera leur **statut** ? Quitter leurs fonctions de médiateurs judiciaires pour devenir médiateurs près le juge qui organisera une ARA ? Il semble que ce soit déshabiller Paul pour habiller Pierre. Ce sera, *in fine*, un coup dur pour la médiation judiciaire qui avait réussi à se créer une place dans le paysage judiciaire. Accessoirement, confier l'ARA à des médiateurs judiciaires mettrait fin aux réflexions quant au port – ou non – de la robe par le magistrat tenant l'audience de règlement amiable. Le médiateur, en **tenue civile**, donnerait une image peut-être plus accessible face à un objectif de résolution amiable du différend, que le magistrat portant sa robe de fonction.

Que dire aussi de la **formation** des magistrats, futurs et actuels face à l'ARA ? L'idée est bonne, elle est même indispensable. On ne peut, à l'heure actuelle, continuer de suivre un chemin judiciaire sans introduire l'amiable, et ce par la formation, tout au long de la vie professionnelle des magistrats, à l'amiable. Toutefois, ne serait-il pas concevable que les médiateurs judiciaires, qui suivent des formations en matière de médiation depuis plusieurs mois, années pour certains, qui la pratiquent régulièrement, seraient les plus à même de former les magistrats devant organiser une ARA ? En effet, il serait dès lors possible d'envisager non seulement des formations à l'amiable à l'ENM ainsi que des formations *in vivo* en Belgique mais aussi et surtout des formations sur le terrain, dès maintenant, grâce aux médiateurs judiciaires déjà en place. Ceux-ci réalisent souvent un travail efficace, en étroite collaboration avec le magistrat qui a souhaité leur confier le dossier. La France possède donc déjà une base de ressources humaines, - certainement perfectible, ce qui est un des chantiers du Conseil national de la médiation sur la formation et les attendus des médiateurs conventionnels et judiciaires -, qui pourrait contribuer à former et valoriser l'intérêt de l'amiable. Pourquoi ne pas recourir aux médiateurs reconnus par la Cour d'appel ?

La co-médiation, entendue aujourd'hui comme la collaboration de deux médiateurs dans le cadre d'une médiation, pourrait s'ouvrir à une co-médiation entre médiateur judiciaire près la Cour d'appel et magistrat saisi d'un dossier souhaitant organiser une ARA. Chacun serait complémentaire de l'autre et apporterait ses compétences distinctes au service de l'amiable, sans pour autant dessaisir le magistrat de l'amiable. Cette proposition ne vise pas à éloigner le juge de son office de conciliateur³¹ seulement à lui donner les moyens concrets de mettre en œuvre cette pratique qui

entre en application dans un mois et demi. Dans quelques années, une fois cette culture ancrée, une assimilation du magistrat au médiateur, qui serait tantôt l'un, tantôt l'autre, pourra peut-être s'envisager³².

Sur la procédure de l'ARA par des médiateurs. La procédure de l'ARA est voulue à la demande de l'une des parties ou est imposée par le juge aux parties (art. 774-1 du CPC). Le législateur propose ainsi un amiable un peu « forcé », à la discrétion du magistrat qui appréciera l'opportunité de tenter de trouver un accord amiable dans tel ou tel dossier. Dans le cas où l'ARA est imposée, la voie de l'amiable s'annonce périlleuse. En effet, un des points fondamentaux en médiation est le souhait commun des parties d'essayer de trouver un accord à l'amiable. L'autre étape est de souscrire communément au champ du désaccord qui les sépare : l'accord sur le désaccord.

Il apparaît toutefois que le forçage de l'amiable est la seule possibilité pour imposer ce recours en France. En effet, « la France est davantage marquée par une culture de l'affrontement que par une culture du compromis »³³, c'est un fait. Or, la situation belliqueuse est telle en France qu'elle n'est plus une marque de la tradition d'un pays mais le révélateur de souffrances sociales dont l'apaisement est recherché paradoxalement dans le « combat » judiciaire, où le juge est recherché comme partie prenante.

La médiation a fait ses preuves depuis plusieurs années pour démontrer combien un accord accepté par les parties était un accord par la suite respecté, combien le détachement du médiateur par rapport à la stature d'un juge était d'une aide non négligeable pour que les médiés osent parler et rechercher un accord, combien enfin la disponibilité d'un médiateur est indispensable pour réaliser une médiation dans de bonnes conditions. Ainsi est-il possible de s'interroger quant au fait de confier l'ARA à un autre magistrat. Les parties - et leurs conseils surtout - n'auront-elles pas à l'esprit la façon de juger du magistrat médiateur ? Ou sa proximité – ou non – avec le juge en charge de l'affaire ou avec certains conseils des parties – notamment dans les petites juridictions -? Le magistrat qui tient l'audience de règlement amiable n'aura-t-il pas nécessairement des réflexes juridictionnels et judiciaires contraires à l'essence de la médiation ? Dans quelle mesure pourra-t-il prendre connaissance des éléments du dossier nécessaires pour expliquer aux parties « les principes juridiques applicables

au litige »³⁴ ? Son point de vue ne sera-t-il pas tronqué par l'étude préalable du dossier ?

Une des forces de la médiation est l'écoute « brute » des parties, telle qu'elles ressentent le différend. Si parfois celui-ci est qualifié juridiquement d'une telle étiquette, il en revêt une autre pour la partie qui souffre du différend. Comment les parties ressentiront la venue imposée d'un autre magistrat, même honoraire ou à titre temporaire, dans la résolution de leur différend ? N'aurait-il pas été possible de laisser au magistrat en charge du dossier le soin de décider du recours à l'amiable, à la demande des parties ou d'office, et de poser éventuellement, si tant est que cela s'avère nécessaire, le cadre juridique du procès ? Puis de confier la tâche, au médiateur, d'expliquer l'intérêt de recourir à la médiation afin d'améliorer leur adhésion au processus de l'amiable ? A l'heure actuelle, le magistrat qui propose aux parties, en cours de procédure, une médiation judiciaire laisse à leurs conseils le soin d'expliquer aux parties les principes juridiques applicables au litige et au médiateur le soin d'expliquer la procédure de médiation. Le médiateur officie ensuite sans avoir connaissance préalable du dossier, dans le respect des règles de droit, rendant compte du résultat de sa mission au magistrat à l'issue de celle-ci, ce qui apporte au médiateur ce recul si nécessaire dans la bonne réalisation de sa mission.

Enfin, à l'issue de la médiation, le médiateur est soumis à la confidentialité. Il ne peut donc rien indiquer au juge saisi de l'affaire qui n'aurait pas été autorisé préalablement par les parties. Le juge saisi n'est donc informé ni de ce qui s'est dit en cours de médiation, ni de la partie qui a éventuellement mis fin à la médiation³⁵. Qu'en sera-t-il dans le cadre de l'ARA ? Le magistrat référent pour l'ARA devra-t-il rendre des comptes au juge chargé du dossier ? L'impartialité sera-t-elle respectée ou au moins son apparence, aux yeux des parties ? Pourquoi ne pas tout simplement avoir étendu l'office du juge à la possibilité de renvoyer d'office les parties en médiation judiciaire, quel que soit le montant du litige ou la nature de l'affaire ? D'autant que la démarche apparaît satisfaisante et respectueuse pour les médiés aux yeux des magistrats et médiateurs qui collaborent déjà ainsi³⁶. Outre l'éviction de nombreuses questions fondamentales (surtout dans leur aspect pratique ! : le temps alloué par un magistrat pour renvoyer en ARA, les locaux, la disponibilité du magistrat qui tiendra l'ARA, les frais..) quant à la mise en œuvre de l'ARA dans un si court délai, cela aurait permis de

renforcer un dispositif déjà existant et efficace et de créer un modèle français de l'amiable (une french touch de l'amiable) qui ne soit pas la reproduction de techniques étrangères même si elles sont satisfaisantes par ailleurs.

Enfin, et à toutes fins utiles, la procédure de la médiation judiciaire fait déjà souvent l'objet d'une prise en charge (aide juridictionnelle, protection juridique). Il semble que l'accès financier à l'ARA n'ait pas encore été clairement décidé par le législateur. On ne doute pas qu'au nom de l'accès effectif à la justice ce point sera résolu d'ici le 1^{er} novembre mais sera-t-il effectif à compter de cette date-là ?

La césure. La césure telle que souhaitée par le législateur apparaît moins comme un véritable mode amiable de résolution des différends mais davantage comme une modalité de résolution amiable du différend. En effet, à la demande des parties, certaines prétentions pourront être renvoyées à un magistrat qui les tranchera sur le fond. Les autres prétentions relèveront toujours de la phase de mise en état, à charge pour les parties une fois qu'elles ont connaissance du jugement partiel sur le fond de s'entendre, par l'amiable, à résoudre les prétentions qui étaient encore mises en état. On dissocie alors la question fondamentale résolue en droit, par un magistrat, des questions découlant de la réponse judiciaire faite qui peuvent être solutionnées par l'amiable. Il apparaît qu'il s'agit d'un encadrement et d'une simplification d'une technique qui existe déjà. Cela permettra de mettre fin aux disjonctions d'instance et de clarifier le domaine de l'instance en cours. Également, il est appréciable de constater la liberté qu'ont les parties à l'issue du jugement rendu sur le fond. Elles peuvent recourir, ou non, à l'amiable, et sont maîtres du procédé souhaité : étant accompagnées par un avocat, peut-être préféreront-elles poursuivre les points non soumis à la césure par une procédure participative, ou au contraire rencontrer un tiers conciliateur ou médiateur. Cette nouveauté est une opportunité non négligeable pour les avocats pour se saisir de l'amiable de façon spontanée, sans recours obligatoire décidé par le juge.

Conclusion. En ce qu'elle laisse libres les parties de recourir à la césure, de décider des prétentions soumises à la césure, du sort des prétentions non soumises à la césure (poursuite de la mise en état avec une vigilance accrue pour le délai de péremption ou soumission à un mode amiable), du choix éventuel du tiers qui conduira

l'amicable, la césure conserve la liberté indispensable à une résolution amiable réussie du différend. Mais elle n'est pas à proprement parler un mode de résolution amiable des différends.

L'ARA, véritable mode amiable de résolution des différends, est certes encore un peu hésitant, prêt à flancher en raison des objectifs fixés par rapport aux moyens alloués mais a tout de même le mérite d'exister. En cela, l'espoir reste permis que l'amicable devienne une véritable façon de penser la résolution d'un différend et non une contrainte légale obligatoire, vers laquelle nombreux sont ceux qui rechignent à y aller. Mais, dans le cas de l'ARA, le mieux est presque l'ennemi du bien : face à une mise en œuvre si proche et des obstacles pratiques indéniables, il est regrettable de ne pas avoir utilisé les forces actuelles à disposition, à savoir les médiateurs judiciaires, en les associant aux magistrats, dans un esprit de co-médiation au bénéfice de l'amicable.

Notes

¹ Agissant seule ou en co-médiation : www.brmediations.fr

² La médiation a été insérée dans le Code civil par Décret n°75-1123 1975-12-05 JORF 9 décembre 1975 rectificatif JORF 27 janvier 1976 mais elle serait présente depuis le XIII^e siècle en France et des écrits du XVII^e siècle indiquent son essor dans la société civile française. Essor qui s'affaiblira au XVIII^e siècle, par la consécration de l'individu avec la DDHC et la judiciarisation des rapports sociaux : v. J.-E. Grésy, F. Duret-Salzer, et C. Kuri. « Introduction. La médiation, toute une histoire ! », in *La médiation au travail. Comment réussir*, De Boeck Supérieur, 2019, pp. 13-16.

³ En ce sens, v. A. Audredie, *L'émergence d'un droit du règlement amiable des différends : analyse croisée des systèmes de justice français et québécois*, Toulouse I Capitole et Université de Sherbrooke, dir. L. Cazeaux- Labrunée et V. Fraser, 2022.

⁴ R. Decout-Paolini, « Défense et illustration d'un changement de culture en matière d'amicable », in *JCP G*, suppl. n°24, 19 juin 2023, p.8.

⁵ Cons. const. 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, spéc. §§ 19-20, AJDA 2019. 663 ; D. 2019. 910, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2019. 172, obs. V. Avena-Robardet ; Constitutions 2019. 40, chron. P. Bachschmidt.

⁶ V. en ce sens l'article 750-1 du Code de procédure civile qui (re)deviendra applicable à compter de cette date.

⁷ V. en ce sens le rapport de la DGCCRF rendu public le 2 août 2023, rendant compte de 180.000 demandes de médiation reçues en 2022 ayant abouti à 91% de recevabilité et dans 74% des cas, à un accord amiable accepté par les parties.

⁸ S. Amrani Mekki, 2023, *année de l'amicable ?*, GP 31 janv. 2023, p. 56.

⁹ J.-M. Sauvé, « Rendre justice aux citoyens - Rapport du Comité des États généraux de la justice (octobre 2021- avril 2022) », remis le 8 juillet 2022, consultable sur : <https://www.vie-publique.fr/rapport/285620-rapport-du-comite-des-etats-generaux-de-la-justice-oct-2021-avril-2022>.

¹⁰ V. Aperçu rapide R. Laher, « Loi « Confiance » - Les apports de la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire au droit judiciaire privé », *JCP G*, 2022, act. 87.

¹¹ F.-X. Berger, « Décret d'application de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire : répercussions sur la procédure civile », *D. actu* 3 mars, 2022 ; L. Mayer, « Les aspects du décret n°2022-245 du 25 février 2022 relatifs aux modes amiables de résolution des différends », *GPL* 26 avril 2022 ; S. Amrani-Mekki, « Des modes amiables à l'annexe à la déclaration d'appel. Pot-pourri procédural de nature à renforcer la confiance dans l'institution judiciaire ? », *JCP G* 2022, doct. 436.

¹² Corrigé par le décret n° 2023-357 du 11 mai 2023.

¹³ Conseil d'État, 6ème - 5ème chambres réunies, 22 sept. 2022, n°436939, v. spéc. §42.

¹⁴ M. Barba, « Le retour de l'article 750-1 du code de procédure civile », *D.* n°28, p. 1456.

¹⁵ Décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire.

¹⁶ En 2019, le délai moyen pour obtenir une décision de justice en France était de : 6,2 mois au Tribunal d'instance ou juridiction de proximité ; 5,4 mois au Tribunal de commerce ; 9,4 mois devant le Tribunal de grande instance ; 14,5 mois devant le Conseil des prud'hommes (Chiffres-clés de la Justice 2020, disponible sur le site <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/chiffres-cles-de-la-justice-10303/>).

¹⁷ En ce sens, v. pour un rappel général sur les frais de la médiation : M. Defix, *Droit et pratique du divorce*, Dalloz action, 2022/2023, spéc. 613.11.

¹⁸ Art. L.111-3 7° du Code des procédures civiles d'exécution.

¹⁹ Qui sera certainement délimité et explicité dans les prochains mois par le Conseil national de la médiation. En attendant, v. : Confidentialité de la médiation Question écrite n°05167 - 16e législature, Réponse du Ministère de la justice publiée le 23/03/2023, disponible sur : <https://www.senat.fr/questions/base/2023/qSEQ230205167.html>

²⁰ Art. 2238 du Code civil.

²¹ L'article 2238 du Code civil prévoit que : « La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative ou à compter de l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure prévue à l'article L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution ». Cette disposition vaut bien évidemment pour la conciliation menée par un juge ou un conciliateur de justice, ainsi qu'en cas de médiation conventionnelle ou judiciaire. Le paragraphe 2 de cette même disposition organise la reprise de la prescription, en cas d'échec d'un mode amiable : « le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. En cas de convention de procédure participative, le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois. En cas d'échec de la procédure prévue au même article, le délai de prescription recommence à courir à compter de la date du refus du débiteur, constaté par l'huissier, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois ».

²² Article 1565 du Code de procédure civile.

²³ Art. 774-1 et s. du Code de procédure civile qui entrera en vigueur le 1^{er} novembre 2023 aux instances introduites à cette date.

²⁴ Art. 131-1 et s. du Code de procédure civile.

²⁵ Comme le rappelle le Professeur Lucie Mayer, « La future audience de règlement amiable, ultime avatar de la longue quête vers un idéal de conciliation par le juge, *JCP G*, suppl. au n°24, p. 14, n°13.

- ²⁶ « L'amiable doit être ainsi perçu comme un enrichissement de l'office du juge, devant lui permettre, dans une approche attentive à la singularité de chaque dossier, de choisir la modalité de règlement la plus adaptée » : R. Decout-Paolini, « Défense et illustration d'un changement de culture en matière d'amiable », *JCP G*, suppl. au n°24, 19 juin 2023, « La conciliation par le juge : vers quels horizons ? », Actes de la journée du 30 mars 2023, p. 10.
- ²⁷ Art. 807-1 à 807-3 du Code de procédure civile dans leurs versions en vigueur au 1^{er} novembre 2023. Cette technique est issue des droits allemand et néerlandais.
- ²⁸ H. Abelson-Gebhardt « La comédiation, un accélérateur de changement chez les personnes ? », *Tiers*, vol. 18, no. 1, 2017, pp. 117-126.
- ²⁹ S. Amrani-Mekki, « Des modes amiables aux modes adaptés de résolution des différends », *Etude, JCP G*, n°37, 18 sept. 2023, p. 1606, n° 2.
- ³⁰ Ainsi bien évidemment de « Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire ; N'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation (...) » art. 131-5 du Code de procédure civile.
- ³¹ Art. 21 du Code de procédure civile. V. aussi en ce sens S. Amrani-Mekki, *ibid*, n°12.
- ³² Sous condition d'un nombre suffisant de magistrats.
- ³³ F. Vert, « Médiation, conciliation, audience de règlement amiable : vers un office conciliatoire effectif du juge français ? », *JCP G*, suppl. au n°24, p. 23, n°1 à 6.
- ³⁴ Art. 774-2 du Code de procédure civile.
- ³⁵ V. not. Civ. 2e, 9 juin 2022, FS-B, n° 19-21.798 ; Versailles, 13e ch., 26 janv. 2021, n° 19/05110 ; J.-Ph. Tricoit in *Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits*, *Rev. Arb.* 2011, p. 207.
- ³⁶ C. Feral-Schuhl, F. Vert, « L'injonction de rencontrer un médiateur : regards croisés d'un juge prescripteur et d'une avocate médiatrice », *D.*, 13 janv. 2021.

CHAMBRE NATIONALE DES COMMISSAIRES DE JUSTICE ET MEDIATION



Maître Christine VALES, Présidente Nationale du Groupement des Commissaires Médiateurs, Déléguée auprès de la Chambre Nationale des Commissaires de Justice s'est prêtée pour la réalisation de cet article aux questions que Maître Luc ERMET ex-Huissier de Justice, qualifié Commissaire de Justice, lui a posées.

Q. : Vous êtes Commissaire de Justice, Présidente du Groupement national des Commissaires médiateurs, et membre déléguée de la Chambre Nationale des Commissaires de Justice. Pouvez-vous nous éclairer sur votre rôle en cette qualité et la mission de la Chambre Nationale à l'égard de la Médiation ?

R. : La Chambre Nationale soutient la médiation depuis plus de 10 ans et a permis aux Commissaires de justice, anciens Huissiers de justice d'exercer l'activité accessoire de médiation avec une particularité, celle de pouvoir conserver la dénomination d'Huissier de justice ou de Commissaire de justice et d'y accoler le mot médiateur, ce qui démontre l'importance accordée par nos instances à cette matière.

En 10 ans, le paysage de la médiation a largement évolué et prend une dimension plus large appréhendant la médiation sous l'angle des MARDS Mode Alternatif de règlement des différends. Nous nous rapprochons du concept canadien de CONCILIACION qui tend à rejoindre le concept de MARDS dans notre code de procédure civile.

Dès le début de la création de cette nouvelle activité dite accessoire au sens de notre ordre professionnel, la chambre Nationale a souhaité qu'une association indépendante soit créée dénommée MEDICYS dans un premier temps et devenue aujourd'hui GNCM Groupement National des Commissaires Médiateurs.

Le point commun de ces deux structures est l'utilisation d'une plateforme dématérialisée, modélisée selon l'exemple canadien, pour gérer les tentatives de médiation désormais rendu obligatoire par l'Article 750-1 du CPC.

Des formations à la médiation, des analyses de pratiques sont proposées aux confrères depuis plusieurs années afin qu'ils deviennent médiateurs conventionnels ou judiciaires et actuellement même si l'Association GNCM reste autonome, la chambre Nationale travaille avec nous pour la mise en place de spécialisation en Médiation conventionnelle et judiciaire.

Elle est impliquée à nos côtés.

Q. : La volonté politique du Ministre de la Justice de promouvoir l'amiable ne se dément pas, plusieurs mesures pour favoriser l'investissement des Avocats et des Juges dans la voie amiable sont envisagées-comment la Profession de Commissaire de Justice s'inscrit dans cette volonté- comment perçoit-elle la Médiation ?

R. : Dès l'annonce du Conseil National de la Médiation et de la création des Ambassadeurs de l'amiable, le Président de la chambre Nationale a nommé la Présidente de l'association GNCM en l'occurrence moi-même afin de représenter les commissaires de justice souhaitant exercer les MARDS auprès de ce groupe d'échange et de réflexion sur l'évolution de la médiation.

Des textes sont actuellement à l'étude afin d'unifier et d'harmoniser des pratiques parfois divergentes.

De plus, les membres du Groupement participe avec grande diligence aux journées des Ambassadeurs de l'amiable qui se rendent dans chaque cour d'appel afin d'échanger avec les magistrats sur des renvois de litiges en plus grand nombre vers des solutions négociées avant de revenir dans les prétoires.

La CESURE permettra de renvoyer au sein d'une instance les parties devant un autre magistrat qui désignera un conciliateur ou un médiateur dans le cadre d'une audience de règlement amiable dénommée ARA.

Q. : Depuis le 1^{er} octobre 2023 l'article 750-1 du CPC a rétabli l'obligation de tentative de résolution amiable dans les cas suivants : - demande en paiement d'une somme ne dépassant pas le montant de 5000 euros, -demande liée aux troubles anormaux du voisinage, -demande relative au bornage, au curage des fossés et canaux, aux distances de plantations ou à l'élagage des arbres. Qu'en pensez-vous, cela ne va-t-il pas alourdir la responsabilité de vos confrères Commissaires de Justice dans le traitement de ces litiges ?

R. : Notre responsabilité ne sera pas plus engagée, cela demandera aux confrères de mener un Mode Alternatif de Règlement des différends avant de renvoyer l'affaire en contentieux et de signifier assignation ou dépôt de requête en injonction de payer.

La culture de la médiation a toujours été limitée par la pensée des confrères qui voit la perte d'actes, et donc une diminution de l'économie de leurs études. A mon sens c'est un faux problème car on voit bien que la justice s'est déplacée.

Que les huissiers de justice aujourd'hui commissaires de justice l'aient souhaité ou pas, nous sommes passés d'une culture de l'acte à celle d'un résultat.

Les modes de règlement amiable étant parfaitement adapté à ce nouveau monde du droit.

La profession a créé la procédure simplifiée de recouvrement de petites créances Article L125-1 du CPC, correspondant à la situation que vous évoquez, à savoir, après la mise en œuvre d'un MARD qui peut d'ailleurs être une médiation et suite à un accord des parties sur un échéancier de paiement par exemple, le commissaire de justice

pourra apposer la formule exécutoire lui-même et confier ainsi l'acte à un de ces confrères pour exécution.

Q. : Le texte de l'article 750-1 du CPC pourrait-il s'appliquer aux requêtes en injonction de payer qui sont très pratiquées dans les Offices de Commissaires de Justice, de même pour les assignations visant la clause résolutoire et le recouvrement des loyers impayés de moins de 5000 euros. Comment la Chambre Nationale de Commissaires de Justice interprète-t-elle cela ?

R. : Ce texte impose une tentative de médiation c'est-à-dire la démonstration que l'on a tenté de convaincre l'autre partie afin de trouver une solution amiable à son différend. Si cela réussit, une médiation sera initiée qui permettra aux parties de régler ensemble leur litige amiablement.

Si cela n'était pas le cas, le créancier pourra reprendre la procédure contentieuse par Assignation ou dépôt d'une requête en injonction de payer. La procédure de l'article 750-1 devient un préalable obligatoire dans les cas précisés aux procédures contentieuses et à mon sens tant à la procédure d'assignation qu'en procédure d'injonction de payer a minima en matière civile.

Q. : Comment se pratique une médiation dans un Office pouvez-vous nous apporter votre éclairage ?

R. : Les médiations que les commissaires de justice sont les mieux à même de réussir et sur lesquelles nous devons travailler sont **les médiations après constat** autorisées depuis peu par notre déontologie.

C'est une excellente chose car cela permet de renforcer la force probante du constat qui sert de base à l'accord des parties qui est donc neutre et objectif, tel que se doit d'être cet acte et n'est pas la chose d'une des parties.

De plus la problématique étant évoquée très vite, voire sur le champ, la solution est beaucoup facile à déterminer et à mettre en œuvre, aujourd'hui on peut dire que 70% des litiges ayant déclenché un constat et qui serait suivi d'une médiation, sont solutionnés.

Ceci est vraiment une des missions du commissaire de justice, elle a aussi le mérite de permettre au commissaire de justice de mesurer l'utilité et la portée de ces constatations.

En ce qui concerne la médiation conventionnelle dite émotionnelle, nous rencontrons moins ces situations que nos amis les avocats ou les notaires. C'est dans cette matière que le processus de médiation est le plus développé et abouti. Il convient de se former et de le mettre en place chaque fois que le litige trouve son origine dans une cause affective enfouie.

Vous aurez relevé que le Groupement des commissaires médiateurs que j'ai l'honneur de présider parle de **Mode Alternatif des différends et non de médiation *stricto sensu***.

En effet, les confrères utilisent les techniques de négociation, de conciliation, de médiation, de gestion des conflits et autres outils de développement personnel pour gérer tous les différends que nous rencontrons, surtout en matière de recouvrement amiable des créances. Nous sommes donc les acteurs principaux de l'amiable et ce depuis très longtemps.

Les procédures créées et la volonté des confrères de se former à ces processus appréhendés souvent subjectivement, leur permettra d'être très efficaces, de structurer leur discours et leur technique et de participer ainsi et effectivement à l'allègement du contentieux judiciaire.

Les modes alternatifs de règlement des différends sont très certainement l'avenir pour réguler l'encombrement du contentieux des tribunaux, et ainsi participer tout comme en matière de signification, à l'amélioration de la qualité de la justice et à la prise en compte de l'intérêt et des problématiques souvent profondes du justiciable.

MEDIATION ET COMPLIANCE

QUELLE PLACE POUR LE MEDIATEUR ?



Caroline BERGER

Maître de conférences, Université de Nîmes

La « logique de compliance » s'impose désormais comme une nouvelle grammaire de la vie juridique des entreprises, voire plus largement encore, des organisations¹. Et il ne s'agit pas que d'une question de vocabulaire, mais véritablement d'un changement de pratiques, de culture. La compliance vise les programmes mis en place par une organisation pour assurer *ex ante*, le respect d'objectifs d'intérêt général, des « buts monumentaux », qu'ils soient imposés par des règles juridiques, ou qu'il s'agisse de règles de nature éthique qu'elle s'impose à elle-même dans le cadre d'une démarche socialement responsable. La compliance englobe alors l'ensemble des procédures mises en place par une organisation, qui permettent d'assurer le respect de ces normes d'intérêt supérieur, par toutes les personnes placées dans sa sphère d'autorité ou d'influence, que ce soit en interne ou en externe². La compliance conduit à un changement de paradigme car il s'agit désormais de développer bien en amont d'une éventuelle sanction, des outils organisationnels³ destinés à prévenir et à gérer le risque de violation par toutes ces personnes.

¹ L'objectif n'est pas exclusivement de satisfaire à des injonctions réglementaires mais aussi de profiter de ce levier afin d'améliorer dans une logique proactive leur compétitivité et réputation auprès de leurs partenaires et notamment de leurs clients. La compliance ne repose plus exclusivement sur les leviers traditionnels du droit, que sont l'interdiction et la sanction.

² En interne par ses collaborateurs, dirigeants, et en externe par ses partenaires contractuels en rapports de sujétions avec elle ou ses clients ou administrés

³ Par un plan dit de vigilance ou de compliance

Dans ce nouveau paradigme, la médiation pourrait bien trouver sa place et même largement s'y déployer. En effet la médiation s'entend traditionnellement comme un « processus structuré » permettant à des parties à un « conflit »⁴, de tenter de le résoudre à l'amiable et de manière totalement confidentielle, à l'aide d'un tiers, le médiateur, qui va jouer un rôle de facilitateur de la négociation⁵. C'est un mode non-juridictionnel de gestion des conflits qui va donc permettre de prévenir le risque d'une éventuelle sanction, que celle-ci soit juridique ou simplement réputationnelle, contractuelle ou disciplinaire, judiciaire ou administrative, arbitrale ou étatique, civile ou même pénale.

En tant que mode amiable de règlement des conflits, la médiation repose nécessairement sur un accord de volonté des parties à un conflit et donc nécessairement sur un contrat. Aussi, le recours à la médiation peut en lui-même déjà être considéré comme un contrat de compliance dans la mesure où il intervient *ex ante*, c'est-à-dire en amont d'une éventuelle sanction. Pour que l'on puisse cependant véritablement considérer qu'il s'agisse d'un contrat de compliance, encore faudrait-il en théorie qu'il ait pour objet de tenter de résoudre un conflit relatif au non-respect d'un objectif d'intérêt général supérieur. Mais au fond, est ce même vraiment nécessaire dans la mesure où en soit, le recours à la médiation est déjà une démarche responsable et éthique, qui peut donc parfaitement s'inscrire dans une démarche RSE, composante importante d'une démarche de compliance ? La médiation permet en effet de résoudre un conflit de manière non violente, dans un but de réparation du lien et même d'amélioration de la collaboration. En responsabilisant les parties, amenées à élaborer elles-mêmes la réponse à leur conflit, elle tend à traiter leur relation, plus qu'à imposer une solution strictement juridique à un différend. Elle est donc profitable aussi bien à l'organisation qui la propose, qu'à ses parties prenantes.

Autre intérêt, et pas des moindres dans une stratégie de compliance, elle permet de minimiser considérablement le cout de traitement du risque juridique ou réputationnel, et de gagner de surcroît un temps et une énergie considérable. Nous nous en tiendrons

⁴ Entendu au sens très large, et pas seulement juridique

⁵ Ce mode de résolution des conflits fait partie plus largement des MARD au côté d'autres modes amiables, comme notamment la conciliation. La différence entre la médiation et cette dernière est davantage historique et terminologique, si bien qu'elles sont, quasiment aujourd'hui considérées comme synonymes, le terme de médiation, considéré comme plus générique ayant tendance à l'emporter, en France et un peu partout dans le monde.

cependant ici aux conflits qui pourraient surgir à propos du non-respect d'une règle de compliance.

Il nous faudra d'abord envisager au travers du rôle du médiateur, comment ce mode de résolution des conflits peut trouver sa place dans une logique de compliance (I). Ensuite, et surtout, au travers de la figure du médiateur, la question se posera de savoir qui peut en pratique jouer pertinemment ce rôle (II).

I – Le rôle du médiateur

Le médiateur est un tiers qui va déployer ses compétences pour faciliter la résolution des conflits, voir même pour les prévenir. Son rôle peut être double en effet. Non seulement il peut intervenir dans son rôle traditionnel d'aide à la résolution des conflits, mais aussi il peut jouer un rôle, déjà bien en amont du conflit, avant même qu'il n'apparaisse. Il nous faut donc successivement envisager, la médiation curative (A), puis la médiation préventive (B).

A – La médiation curative

1 – Intérêt et illustrations

La médiation peut venir traiter tout type de conflits, à propos d'un objectif de compliance, qui pourraient surgir avec les différentes parties prenantes d'une organisation, aussi bien en interne qu'en externe. Il est cependant difficile ici de faire l'inventaire des exemples de situations où la médiation peut apporter une solution pertinente dans une logique de compliance, tant les possibilités sont nombreuses. Mais en théorie, à chaque fois qu'une négociation est possible, ne serait-ce que pour négocier une sanction, une réparation en nature et/ou un programme de mise en conformité à la règle, le médiateur pourrait trouver sa place, que ce soit en matière sociale, civile, commerciale, ou même pourquoi pas aujourd'hui en matière administrative ou pénale. Et le fait en l'occurrence, que soit en cause l'ordre public, ne nous semble poser aucune difficulté pour y recourir, temps que l'objectif impérieux dont il est question est bien respecté dans l'accord issu de la négociation, (et temps

que ce dernier n'a pas pour effet d'aboutir à transiger sur le principe d'un droit dont une partie n'aurait pas la libre disposition).

Pour une entreprise, les conflits en question pourraient être des conflits entre salariés, dirigeants ou associés, comme un conflit collectif ou individuel de travail, un conflit entre associés majoritaires ou minoritaires, ou entre actionnaires et dirigeants. Il pourrait encore s'agir de conflits avec une banque, un fournisseur ou encore un sous-traitant à propos de l'exécution d'une clause de compliance. Un conflit pourrait également surgir entre une entreprise transnationale et une ONG ou une autorité publique (française ou étrangère) à propos du non-respect des droits humains, de l'environnement, des règles relatives à la délinquance économique ou financière, des règles de concurrence, de protection des données à caractère personnel ou encore relative à un embargo, Le recours à ce mode de traitement du conflit peut être motivé par la nécessité de vouloir régler le conflit « en interne » et surtout de manière confidentielle, avant qu'il ne soit porté devant une juridiction étatique et bien souvent alors, rendu public, avec toutes les conséquences parfois désastreuses pour la réputation de l'entreprise et les risques de sanction pour elle et/ou ses dirigeants.

Dans le cadre des entreprises transnationales, la médiation présente aussi l'intérêt d'éviter la question de conflit de lois et/ou de juridictions, d'autant que lorsque c'est la loi et/ou la juridiction du lieu de réalisation du dommage qui est compétente, cela conduirait bien souvent à une quasi-irresponsabilité de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre. Or, si cela a pu être parfois à l'origine l'une des raisons de sa délocalisation, cette irresponsabilité juridique peut conduire aujourd'hui à une responsabilité éthique et réputationnelle, dont les conséquences peuvent être bien plus néfastes encore, sans parler des obligations extraterritoriales sanctionnées par certains États. On perçoit alors ici tout l'intérêt de recourir à un processus amiable, et confidentiel, qui aboutirait à une solution extra-judiciaire, et parfois même extra-juridique. C'est notamment un tel mode de résolution des conflits qui est proposé par les Points de Contacts Nationaux (PCN), institués par l'OCDE pour l'application de ses principes directeurs par les entreprises transnationales.

Mais outre les entreprises, bien d'autres organisations peuvent encore recourir à la médiation curative pour tenter de résoudre de nombreux conflits portant sur des objectifs de compliance.

- Son recours peut être proposé au sein d'une collectivité territoriale, ou d'une administration, que ce soit pour traiter les conflits internes ou avec les usagers ou administrés, ou encore avec une entreprise partenaire dans le cadre d'un marché public ou d'une commande publique.
- L'instance de contrôle d'une profession peut également proposer cette solution pour traiter les conflits en son sein à propos d'une règle déontologique, qu'il s'agisse de conflits entre les membres de la profession, ou avec leurs clients (ou patients).
- L'autorité régulatrice d'un secteur d'activité peut aussi proposer une telle solution pour permettre de résoudre un conflit dans sa sphère d'autorité, par exemple entre des entreprises concurrentes ou une entreprise et ses clients ou usagers, voire pourquoi pas nous semble-t-il, entre l'entreprise et l'autorité administrative indépendante de contrôle, à propos du respect de la règle d'intérêt général qu'elle a vocation à faire respecter. Certaines autorités administratives indépendantes françaises peuvent cependant être réticentes à accepter une médiation quand elles sont elles-mêmes parties au conflit à propos de la violation d'une règle qu'elles ont justement pour objet de faire respecter. C'est que la compliance résulte d'un phénomène d'acculturation dans le paysage juridique français. Mais selon nous, rien n'empêcherait (à part peut-être une habilitation législative), qu'une telle autorité puisse entrer en médiation, tant que la négociation n'a pas pour effet de transiger sur le principe même de l'objectif d'ordre public poursuivi, mais au contraire plutôt d'envisager les moyens concrets pour s'y conformer et/ou sur le montant de la sanction.
- Le Parquet également, pourrait aussi nous semble-t-il entrer en médiation avec une entreprise, à partir du moment où aujourd'hui, il peut être amené à transiger dans le cadre d'une Convention Judiciaire d'Intérêt Public. Un médiateur pourrait parfaitement venir accompagner cette négociation, notamment pour garantir l'équilibre dans la discussion.

Quoi qu'il en soit, le recours à une telle démarche doit en principe toujours rester volontaire, étant basé sur la liberté contractuelle.

2 – Processus volontaire

Cette volonté de recourir à un tel processus pourra se manifester à deux moments,

- soit une fois le conflit apparu, elle se concrétisera alors par un accord de médiation, écrit ou même verbal,
- soit parce que les parties se sont engagées en amont par une clause de médiation à recourir à un tel mode de résolution des conflits.

La technique de la clause de médiation est certainement celle qui s'inscrit le plus encore dans une stratégie de compliance car elle oblige les parties à un conflit à recourir à ce mode de règlement, avant même que celui-ci n'apparaisse, et parfois bien en amont. Elles se trouveront alors tenues de mettre en œuvre ce processus, alors que peut être une fois le différend apparu, elles auraient été plutôt tentées d'emprunter des voies bien plus agressives, notamment judiciaires. La clause aura alors pour effet de calmer leur velléité d'obtenir gain de cause à tout prix devant un tribunal, avec le risque cependant de tout perdre, et quitte à détruire définitivement la relation !

Cette clause peut être insérée dans un contrat de compliance et obliger les deux parties à recourir à la médiation, avant de saisir un tribunal ou même pourquoi pas avant d'utiliser une autre voix, comme le lancement d'une alerte externe. La solution négociée pourra alors consister juste dans le fait de se conformer aux obligations de compliance pour éviter la rupture de la relation commerciale établie, en définissant d'un commun accord les modalités de cette mise en conformité.

La clause de médiation pourrait aussi être insérée dans un code de bonne conduite (ou éthique ou déontologique), d'une entreprise, d'une collectivité, ou encore d'une profession.

S'agissant d'un code élaboré par une organisation privée, l'adhésion au code ou même le simple renvoi contractuel à ce dernier dans le contrat d'un collaborateur ou d'un partenaire commercial, devrait alors suffire à obliger à recourir à un tel processus, pour peu que cette obligation soit suffisamment précise. Mais la liberté contractuelle de

recourir à la médiation sur laquelle elle repose en principe s'en trouve alors considérablement amoindrie⁶.

Aussi, pour que le recours à la médiation soit véritablement contraignant, encore faut-il s'assurer que la partie concernée ait véritablement adhéré au préalable au code, ce qui ne sera pas le cas de certaines parties prenantes de l'organisation, surtout celles qui ne sont pas en relation contractuelle avec cette dernière.

Quant à l'organisation elle-même, une obligation générale insérée dans son code éthique l'obligerait nécessairement à recourir elle-même à la médiation en cas de différend avec un collaborateur ou un partenaire contractuel, car à défaut de trouver une véritable valeur juridique à sa déclaration unilatérale, elle se verrait à tout le moins exposer à un risque réputationnel si elle ne s'appliquait pas à elle-même les règles de bonne conduite qu'elle a elle-même édictées !

Aussi pour s'assurer de l'adhésion de toutes les parties prenantes au processus de médiation prescrit par un code éthique, le mieux est de les faire toutes participer à son élaboration ! On perçoit alors l'intérêt du rôle préventif cette fois, que le médiateur peut venir utilement jouer au sein de l'organisation en question.

B- La médiation préventive (ou créative de normes)

Les organisations quelles qu'elles soient, publiques ou privées, sont de plus en plus amenées à élaborer des normes qui ont vocation à s'appliquer dans leur sphère d'autorité. C'est d'ailleurs le propre de la compliance que les organisations s'autorégulent, de manière plus ou moins volontaire, pour faire respecter en interne ou dans leur sphère d'influence des objectifs d'intérêt général, voir planétaires. Bien qu'a priori non véritablement contraignantes, ces règles, qualifiées de « droit souple », présentent néanmoins une efficacité de plus en plus réelle, ne serait-ce que du fait de la pression de médias, des consommateurs, des investisseurs, des ONG, des

⁶ Quoi qu'il en soit, toutes ces techniques de recours à la médiation ne doivent pas pour autant priver une partie de son droit à recourir à un juge. Si cette privation n'est que provisoire, le temps, raisonnable, de tenter de trouver une solution amiable, cela ne devrait en principe pas rendre la clause illégale. A défaut, une telle clause pourrait être légitimement neutralisée.

électeurs..., mais aussi parce qu'il est parfois possible de mobiliser des outils juridiques de droit commun pour les faire respecter.

Ces règles de droit souple sont particulièrement utilisées en matière de RSE où il s'agit par hypothèse d'aller au-delà du cadre légal qui est imposé aux organisations ou à leurs membres.

Ces règles peuvent prendre diverses formes : recommandations, avis, chartes éthiques, principes directeurs, codes de déontologie ou de bonnes conduites...

Si le but de ces règles est de concourir à la réalisation d'objectifs supérieurs aux intérêts propres de l'organisation, elles ont cependant vocation à s'appliquer à des personnes qui ont leurs propres intérêts, parfois très éloignées des « buts monumentaux » que ces règles poursuivent. Pour s'assurer du respect de ces règles, non seulement par ceux qui les édictent, mais aussi par les différentes parties prenantes, et ainsi empêcher le conflit avant même qu'il ne surgisse, rien ne vaut donc mieux, que de toutes les associer à la construction de ces règles ! Mais comment trouver un terrain d'entente autour de règles ayant un objectif d'intérêt général, entre des parties dont les intérêts peuvent être extrêmement divergents, et surtout parfois très éloignés de cet objectif d'intérêt général ? C'est là que le médiateur peut encore venir utilement jouer un rôle en aidant à la négociation préalable à la co-construction de ces règles. Surtout, par son autorité et ses compétences, il aidera les différentes parties prenantes à placer le curseur au bon endroit, afin de prendre en compte leurs intérêts divergents, mais en gardant toujours comme boussole l'intérêt supérieur à respecter.

Par exemple, nous savons qu'une entreprise, notamment transnationale, pourrait parfaitement être amenée à élaborer tout à la fois :

- une charte éthique dans une démarche RSE
- une raison d'être
- un programme de compliance destiné à prévenir en son sein les risques de délinquance économique ou financière
- un plan de vigilance pour prévenir dans toute sa sphère d'influence les atteintes à l'environnement et aux droits fondamentaux

- un programme de conformité aux règles de protection des données personnelles
- un règlement intérieur pour définir les règles de discipline applicables aux collaborateurs
- des accords salariaux d'entreprise, notamment transnationaux
- des règles contractuelles avec ses partenaires commerciaux dans l'objectif de leur faire respecter les objectifs et les règles et de compliance

Certaines entreprises ont instauré un comité des parties prenantes pour les aider à édicter et faire évoluer un certain nombre de ces règles. Il peut alors nourrir les réflexions de l'entreprise et jouer un rôle d'incubateur, de conseil, ou être force de propositions. Le dernier mot revient cependant toujours aux dirigeants qui feront des arbitrages entre tous les intérêts divergents exprimés, avec toujours le risque de privilégier leurs intérêts et/ou celui des actionnaires. On pourrait alors imaginer que ce comité soit véritablement un lieu de co-construction de la norme et qu'il ne soit pas simplement amené à jouer un rôle consultatif. Mais pour que ce rôle de fabrication de la norme soit effectif, encore faut-il qu'il soit animé par un véritable médiateur, garant à la fois de la réussite du processus et du respect de l'objectif de compliance.

Là encore, ce rôle d'aide à la fabrication de la norme peut parfaitement être dupliqué ailleurs que dans des entreprises, par exemple au sein

- d'une profession pour l'établissement et l'amélioration des règles déontologiques et disciplinaires,
- d'une collectivité pour les règles de compliance applicables dans toute sa sphère d'autorité,
- ou encore par une autorité de supervision pour les règles qu'elle est amenée à édicter au sein du secteur d'activité qu'elle régule...

Cette forme de « démocratie participative » est d'ailleurs aujourd'hui une revendication générale et représente le meilleur moyen de s'assurer du respect des normes, parce qu'elles sont élaborées « horizontalement » par tous les acteurs concernés, et non imposées « verticalement ».

Ce n'est pas tout de convenir qu'un médiateur puisse être particulièrement utile dans une démarche de compliance, encore faut-il trouver le bon acteur, c'est à dire la personne capable de jouer efficacement ce rôle. Une fois présenté le rôle du médiateur, il nous faut donc envisager la figure du médiateur.

II – La figure du médiateur

Qui est ce personnage mystère, cet homme (ou femme) providentiel capable de résoudre tous les maux d'une organisation, voire de la Société toute entière ? Et quelle garantie ont les parties à un conflit, qu'un tiers les amènera à réussir, là où elles ont elles-mêmes échoué ?

Sous l'influence du Conseil de l'Europe, de l'UE, ou même de la CNUDCI, le législateur français a peu à peu défini des critères qui permettent de garantir une « médiation équitable », parmi lesquels la confidentialité des échanges, la diligence, la compétence, l'impartialité, et la neutralité du médiateur.

A notre sens cependant, et particulièrement dans une démarche de compliance, le médiateur choisi doit présenter deux caractéristiques essentielles, permettant de respecter ces critères, et sans lesquels le processus de médiation serait voué à l'échec ! En effet, pour emporter l'adhésion des parties au processus et susciter leur confiance, conditions de son succès, le médiateur doit présenter tout à la fois les garanties de compétence et d'indépendance. En revanche, peu importe que la personne qui soit amenée à jouer ce rôle ne porte pas le nom de médiateur, tant qu'elle présente ces deux caractéristiques.

A – la compétence

En théorie, le médiateur n'ayant pas pour objet de trancher le conflit, ni même en principe d'y apporter lui-même sa solution, la négociation entre les parties pourrait se dérouler sans lui. Mais cela serait vrai dans un monde idéal avec des parties suffisamment responsables, respectueuses de la position de l'adversaire et négociant loyalement et sur un pied d'égalité ! La réalité est généralement toute autre. D'ailleurs, avant même que les parties n'entament un processus quelconque de résolution de

leurs conflits, elles ont généralement, vainement tenté de négocier de manière informelle. Là où le tiers-médiateur devient utile, c'est justement parce qu'il va apporter, en principe du moins, une compétence susceptible de garantir une négociation équitable.

Or, n'est pas médiateur qui veut ! Le processus de médiation est un « processus structuré », qui repose sur un savoir-faire, et un savoir-être particulier. Le médiateur n'est pas juste un « gentil organisateur » de la négociation. Par son autorité et son expérience, et surtout par des techniques apprises, le médiateur va poser un cadre à la négociation et aider les « médiés » à dépassionner leur conflit, à se décentrer de leur position, pour envisager les besoins et intérêts de l'autre, tout en garantissant l'équité et « l'égalité des armes » entre les médiés, le tout dans un délai raisonnable. Son office repose aussi sur un savoir, et il est préférable qu'il ait une bonne connaissance de l'environnement, notamment juridique, ayant donné lieu au conflit. Il est en principe choisi d'un commun accord par les parties, en fonction à la fois de son expérience de médiateur et de compétences avérées dans tel ou tel domaine, qui peuvent être juridiques ou techniques, (ou idéalement les deux). Cependant, la fonction de médiateur n'est en France pas véritablement envisagée comme une profession à part entière, mais d'avantage comme une compétence, qui fait malheureusement défaut chez bien des médiateurs ! Or par son incompetence, un médiateur peut même envenimer le conflit, ou parvenir à arracher un accord non pérenne, car n'ayant pas été élaboré dans des conditions équitables, ou encore ne respectant pas l'ordre public.

Nombre de tiers, médiateurs ou conciliateurs, surtout institués par l'État, dans de très nombreux domaines, relevant tant du droit administratif que du droit privé, ne sont pas véritablement formés à l'exercice, et ne présentent pas le savoir-être, ni même le savoir-faire nécessaire⁷. Ces médiations institutionnelles, généralement gratuites, ont davantage été envisagées comme un mode de délestage de la justice étatique, et sont perçus comme un service public supplémentaire offert par l'État dans des conflits à faibles enjeux et/ou présentant peu de difficultés juridiques⁸. Et que dire des

⁷ La plupart ont juste pour mission d'entendre successivement chacune des parties et de donner *in fine* leur solution, que les parties adopteront ou rejeteront en bloc

⁸ La loi propose (Médiateur des entreprises, du crédit, de l'Énergie, de l'Éducation...), voir impose parfois le recours préalable à la médiation (dans certains domaines administratifs ou civils). La loi impose également de plus en plus

conciliations parfois obligatoires imposées et menées directement par les ordres professionnels eux-mêmes ? Ces médiations n'ont finalement souvent de médiations que le nom, d'autant que la liberté contractuelle sur laquelle repose en principe tout processus de médiation est ici extrêmement limitée, surtout quand les parties se voient dans l'obligation d'y recourir, en amont de la saisine d'un tribunal⁹.

Quant aux médiations *ad hoc*, la profession de médiateur n'étant pas réglementée, on trouve actuellement sur le marché peut être plus de médiateurs encore que de médiations. C'est que les organismes de formation sont nombreux et proposent des formations de diverses qualités, sans parler de ceux qui s'érigent médiateurs sans aucune formation ! Dans cette jungle, il est peu probable que les parties à un conflit tombent par hasard sur l'oiseau rare présentant toutes les garanties de compétence nécessaire, permettant de garantir en même temps une négociation équitable, loyale, confidentielle, efficace, constructive et le respect de l'objectif de compliance. Aussi, à ce jour, quand les parties ont le choix (et parfois les moyens), le mieux encore est de s'appuyer sur des institutions privées reconnues (ex : CMAP), qui proposent elles-mêmes des médiateurs qu'elles agrémentent, et qui imposent de surcroît un règlement clair, offrant toutes les garanties d'une médiation « équitable ».

Notamment, outre la compétence, la plupart de ces règlements offrent généralement des garanties en matière d'indépendance, qui peuvent dans certaines hypothèses de compliance, s'avérer fondamentales.

B – L'indépendance

Le législateur français évoque de plus en plus souvent ce principe déontologique, mais sans jamais préciser de quelle indépendance il s'agit.

Il est commun d'envisager l'indépendance d'un médiateur comme une garantie de son impartialité vis à vis des médiés. Il est certain que pour la réussite de la médiation, il vaut mieux que le médiateur ne présente aucun conflit d'intérêt avec l'une des parties et qu'il ait l'éthique personnelle de se déporter si tel était le cas. Car si l'autre partie

souvent aux entreprises de certains secteurs de mettre en place un dispositif de médiation et d'en informer leurs clients ou usagers (secteur de la consommation, des assurances, bancaire, des télécommunications)

⁹ Conciliation obligatoire devant le CNOSF dans certains différends du domaine sportif, notamment au sein du « Mouvement sportif ».

perçoit un manque d'équité de la part du médiateur, ou ne serait-ce qu'une préférence pour la position de l'autre partie, il perdra toute confiance dans le processus, qui sera alors voué à l'échec. Le médiateur par son impartialité, mais aussi par son savoir-faire, sera garant de « l'égalité des armes » et donc notamment du rétablissement de l'équilibre des forces entre les parties, qui fait justement souvent défaut dans des conflits liés au non-respect d'une règle de compliance.

En revanche, il est beaucoup plus rare qu'il soit fait référence à l'indépendance du médiateur vis-à-vis de pressions externes qu'il pourrait subir, et donc comme garantie cette fois de sa neutralité. Certes, il est difficile de calquer cet impératif sur celui d'indépendance du juge car ce dernier a un pouvoir de sanction, alors que le médiateur n'a qu'un pouvoir au mieux de facilitateur, au pire d'aviseur. Mais par son autorité et sa force de persuasion, il peut jouer un rôle décisif dans la conduite des négociations et leur aboutissement. Comme le juge qui doit rester neutre et suivre comme unique boussole le respect de la loi et de l'ordre public, le médiateur a aussi sa boussole. En principe, sans tenter d'orienter les parties vers une solution, il devra à tout le moins s'assurer que la négociation reste équitable, sans dériver vers une direction qui serait contraire à l'ordre public, incarné ici par le but monumental poursuivi pas la règle de compliance bafouée.

Plus concrètement encore, la question de l'indépendance du médiateur comme garantie de son impartialité et de sa neutralité pose surtout difficulté à propos des médiateurs internes aux organisations qui proposeraient ce processus, ou pire, qui l'imposeraient !

Et notamment, à partir du moment où la médiation est encore davantage perçue comme une compétence adossée à une autre, la question se pose plus généralement pour les personnes, qui, de par leur fonction principale au sein d'une organisation, peuvent être amenées à jouer incidemment ce rôle. Notamment, le Référent déontologue ou le Compliance Officer, ou encore le Data Protection Officer (DPO), ne peuvent selon nous pas jouer ce rôle, car ils sont soumis par un lien hiérarchique à l'organisation qui les emploie, et qu'il pourrait y avoir de surcroît un risque de révélation à la hiérarchie des informations échangées. Aussi, tout au plus, peuvent-ils tenter de jouer un rôle d'animateur dans la toute première phase de négociation informelle. Mais

rapidement, si ce premier espace de négociation se révèle insuffisant à offrir toutes les garanties d'une médiation équitable, efficace, et confidentielle, ils doivent impérativement proposer aux parties de renvoyer à un médiateur externe. Il nous semble par ailleurs que le médiateur, par la nécessaire confidentialité que la médiation impose, tant aux parties qu'au médiateur, ne puisse pas actionner le dispositif d'alerte. En revanche, il se doit de rappeler aux parties cette possibilité pour le cas où la négociation échouerait.

Quant aux médiations internes à un secteur d'activité ou à une profession, il est impérativement nécessaire que les médiateurs proposés n'aient pas de pouvoir de sanctions. Aussi, les autorités de contrôle peuvent tout à fait proposer des médiations en leur sein, mais il est nécessaire qu'elles soient suffisamment structurées, à la manière de l'AMF pour éviter la confusion des rôles, de médiation, de poursuites et de sanctions, et plus encore évidemment si le conflit concerne l'autorité elle-même en tant que partie. Dans ce dernier cas, il faudra même nécessairement aller chercher un médiateur externe si l'autorité administrative accepte de négocier, ne serait-ce que pour garantir l'égalité des armes et la confidentialité des négociations. (Dans le même ordre d'idée, il n'est pas non plus certain que les ordres professionnels qui imposent parfois une conciliation obligatoire devant eux respectent là encore cette séparation des pouvoirs).

Aussi, pourquoi ne pas tendre vers la création d'une profession générale, réglementée et offrant toutes ces garanties d'indépendance et de compétence, à l'image du commissaire aux comptes, à la fois organe de la société qu'il contrôle et professionnel indépendant lui-même contrôlé par un organisme tiers ? La profession de médiateur tend certes peu à peu à s'auto-réguler mais il est nécessaire de la structurer davantage encore par un cadre légal plus clair et surtout par l'instauration de formations de qualité certifiées, qui seraient autant de garantie d'une « médiation équitable ». Peut-être même, il serait intéressant d'envisager la création d'un nouveau métier de « médiateur en compliance », avec des formations spécifiques adaptées et également certifiées.

En définitive, ce mode de traitement des conflits peut être décliné dans une multitude de situations de conflits liés au respect d'une règle de compliance. Mais pour que ce mode soit efficace, il est aussi absolument nécessaire que les parties coopèrent de

manière active et loyale. Si elles usent de stratégies comme elles ont l'habitude de le faire en matière judiciaire, le processus sera au pire un échec, au mieux une perte de temps, voire d'argent ! Mais cette nécessaire loyauté a une contrepartie : la confidentialité des échanges ! Elles pourront alors négocier en toute sécurité un accord sur mesure, satisfaisant (ou « satisfactoire »), car prenant en compte les intérêts de chacune des parties, sans sacrifier l'objectif impérieux d'ordre public. Surtout la médiation est un processus qui permet de réparer la relation, (ce qui peut permettre de préserver une relation commerciale établie), ou de préserver le capital réputationnel de l'organisation. Pour une autorité publique, elle permet aussi à notre sens d'asseoir sa légitimité et donc son autorité. Mais rappelons que pour être vraiment efficace, ce mode de résolution des différends ne doit fonctionner qu'en complémentarité d'une menace de sanction, qu'elle soit juridique, judiciaire ou simplement réputationnelle.

La médiation participe d'un mouvement plus général de justice négociée et non imposée, justice qui tend même à « s'externaliser », voir même à se privatiser. C'est pour les systèmes juridiques de tradition civiliste un véritable changement de paradigme, qui impose une révolution culturelle, qui cependant est déjà en marche sous l'effet de la globalisation des échanges et du droit ! Au législateur et aux politiques publiques maintenant de prendre suffisamment conscience de l'intérêt, ou à tout le moins de l'inéluctabilité de ce changement, pour accompagner et accélérer la transition, dans le domaine plus général de la compliance, mais aussi dans celui plus spécifique de la médiation.

PERSPECTIVES ET APPORTS DES PRATIQUES INTERNATIONALES

LE RECOURS A LA MEDIATION DANS LES RAPPORTS ENTRE ASSOCIES EN DROIT OHADA



Monique Aimée MOUTHIEU épouse NJANDEU
Agrégée des Facultés de Droit
Professeur à l'Université de Yaoundé II-Cameroun

Le droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a été créé, par un acte juridique fondateur appelé le traité OHADA¹. Son but général était d'assurer le développement et la croissance économique des États africains de la zone franc, d'améliorer le climat des affaires, d'attirer les investisseurs et donc les capitaux pour l'essentiel, dans cet espace communautaire². Des objectifs spécifiques lui ont été également assignés au rang desquels figure en bonne place la promotion des modes alternatifs de règlement des différends (MARD)³.

¹ Signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis en île-Maurice et révisé le 17 octobre 2008 au Québec au Canada.

² Constitué de 17 États membres au nombre desquels figure le Cameroun.

³ Encore appelés modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) ou modes alternatifs de règlement des conflits (MARC).

Ces MARD n'ont pas été mis en place d'un trait. L'arbitrage⁴ a fait l'objet en 1999 d'un acte uniforme ainsi que d'un règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage⁵ (CCJA) qui ont été tous deux révisés le 23 novembre 2017. La conciliation pour sa part, va apparaître dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE)⁶, puis dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif⁷ (AUPCAP) révisé en 2015⁸. La médiation pour terminer, va connaître une consécration différente des deux autres MARD susmentionnés. Il faudra attendre la révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) intervenue le 30 janvier 2014 pour envisager cette possibilité dans le cadre du litige entre associés, à travers l'article 148 qui dispose que : « *ce litige peut être également soumis (...) à d'autres modes alternatifs de règlement des litiges* ». Il ressort de l'article 1-2 AUPCAP révisé en 2015 que : « *toute entreprise a la faculté de demander avant la cessation de ses paiements, l'ouverture d'une procédure de médiation selon les dispositions légales de l'État partie concerné* ». Par ailleurs, les articles 8-1 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA) et 21-1 du règlement d'arbitrage CCJA ouvrent la voie à une interaction entre la médiation et l'arbitrage à travers de la mention « *en présence d'une convention imposant aux parties de suivre une étape de résolution du différend préalable à l'arbitrage* ». L'on note la prise en compte par le législateur de 2017 de l'usage croissant des clauses de résolution de litige à plusieurs étapes dans les contrats commerciaux internationaux⁹. La consécration d'un Acte uniforme relatif à la médiation (AUM)¹⁰ la même année fait de la médiation¹¹, au succès fulgurant et retentissant ailleurs, et ancrée dans la culture africaine de manière informelle¹², « *un mode usuel de règlement des différends et non plus seulement alternatif à la justice étatique* »¹³. Pour être complet sur l'institution de

⁴ Qualifié d'arbitrage de droit commun.

⁵ Qualifié d'arbitrage de droit spécial.

⁶ En matière d'injonction de payer (articles 9, 12), d'injonction de restituer ou de délivrer (article 26), de saisie des rémunérations (article 179).

⁷ En matière de procédure collective préventive consensuelle (article 5 AUPCAP).

⁸ Révisé en Grand Bassam en Côte d'Ivoire.

⁹ Sous la dénomination des « multi-step-clauses ».

¹⁰ Du 23 novembre 2017 signé à Conakry et entré en vigueur le 15 mars 2018.

¹¹ N. DIOUF, « L'adoption de l'acte uniforme relatif à la médiation : une nouvelle avancée vers l'unification du droit des affaires dans l'espace Ohada et un nouveau recul des lois nationales ? », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, Éditions, 2019, pp. 395-409.

¹² A. DIDOT SEID ALGADI, « Médiation et droit Ohada des procédures collectives » in *Rencontres multicolores autour du droit, Mélanges en l'honneur du professeur Deen GIBIRILA*, Presses Universitaires de Toulouse, 2021, pp. 431-429.

¹³ M. BACQUE, « Statut du médiateur et conduite Ohadienne » in *Actes de la journée d'étude de l'institut du droit des affaires de l'université de Toulouse* à retrouver dans N. DIOUF, « l'adoption de l'acte uniforme relatif à la

la médiation dans l'espace OHADA, il est important de relever qu'un Avant-projet de l'Acte uniforme relatif au droit des contrats préparé par l'Unidroit prévoit¹⁴ que « *les parties peuvent demander à un tiers de les aider à trouver une solution amiable à leur litige* ».

Il importe dès lors de distinguer la médiation des autres MARD pour éviter toute confusion. La médiation a reçu une définition plurielle tout en restant un concept pluriel¹⁵. Employée en entreprise, en politique, en administration et surtout en droit¹⁶, la médiation dérive du latin « médire » qui veut dire « être au milieu », ce qui renvoie au médiateur, c'est-à-dire celui qui intervient entre les parties en conflit.

La médiation est définie comme « *un processus de construction, de réparation du lien social et de gestion des conflits de la vie quotidienne, dans lequel un tiers impartial, indépendant, parfois médié tente à travers l'organisation d'échanges entre les personnes ou les institutions de les aider soit à améliorer, soit à établir une relation ou de régler un conflit* »¹⁷.

L'article 3 de la directive européenne de 2008/52/CE définit la médiation comme « *un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige à l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre* ».

Elle désigne, aux termes de l'article 1(a) de l'AUM : « *tout processus quel que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord, découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des États* »¹⁸.

médiation : une nouvelle avancée vers l'unification du droit des affaires dans l'espace Ohada et un nouveau recul des lois nationales ? » *op. cit.*

¹⁴ À l'article 12-7.

¹⁵ M. GUILLAUME-HOFNUNG, « Le concept de médiation et l'urgence théorique », in *Les Cahiers du CREMOC*, p. 20.

¹⁶ Rural, fiscal, civil, pénal, des affaires *etc.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ L'article 3 de la directive européenne de 2008/52/CE définit la médiation comme « *un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige à l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre* ». Pour plus de détails sur l'acte uniforme relatif à la médiation, lire M. W. BUHLER et A.-S. GIDOIN, « Le 10^e acte uniforme sur la médiation », *Lexbase Edition, Ohada* n°13 du 12 juillet 2017.

C'est donc un processus de remédiation à tout conflit voulu¹⁹ en principe²⁰ par les parties appelées médiés accompagnées par un tiers appelé médiateur observant les règles du procès équitable au même titre que le juge étatique.

L'arbitrage se définit comme « *une procédure de règlement des litiges par une personne privée, dite arbitre, investie par des parties du pouvoir de juger* »²¹. La conciliation est un « *accord par lequel deux personnes en litige mettent fin à celui-ci (soit par transaction, soit par abandon unilatéral ou réciproque de toute prétention), la solution du différend résultant non d'une décision de justice (ni même de celle d'un arbitre) mais de l'accord des parties elles-mêmes* »²². La transaction peut être envisagée comme « *un contrat de droit commun, règlementé par le Code civil, par lequel deux parties à un litige règlent leur différend au moyen de concessions réciproques* »²³.

À notre sens, la distinction majeure entre ces MARD est que dans l'arbitrage, la solution est imposée par l'arbitre, dans la conciliation, elle est fortement suggérée par le conciliateur, dans la transaction, elle est la résultante des concessions réciproques des parties sans l'intervention d'un tiers et dans la médiation, elle est choisie par les parties avec l'aide du médiateur.

L'AUSCGIE est la législation unifiée²⁴ de l'OHADA qui intéresse cette étude aux côtés de l'AUM. Créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat, d'affecter à une activité, des biens en nature ou en numéraire ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter²⁵, la société commerciale²⁶, levier important de croissance économique et d'emploi dans l'espace correspondant, s'est vue appliquer des règles simples, modernes et appropriées aux situations économiques²⁷ des dix-sept (17) États membres.

Étymologiquement, le mot associé vient du latin « *associare* » qui veut dire joindre et de « *socius* » qui signifie compagnon²⁸. L'associé est donc un membre de la

¹⁹ Elle sera dans ce cas conventionnelle et si possible *ad hoc*.

²⁰ Elle peut se faire sur demande ou sur invitation de la juridiction étatique ou d'un tribunal arbitral ou d'une entité étatique. Dans ce cas, elle sera judiciaire ou encore institutionnelle.

²¹ J. T. KOUMENI TCHOUBE, *La transaction en droit du travail camerounais*, Paris, Eldilivre, 2020, p. 32.

²² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, 12ème éd., PUF, Quadrige, 2018, p. 498.

²³ J. MOULY, *Droit du travail*, éd. Bréal, 2002, p. 172 ; Article 2044 (1) du Code civil applicable au Cameroun.

²⁴ Il y en a actuellement 10 et d'autres en gestation concernant le droit relatif aux contrats, le droit du travail, le droit de la concurrence *etc.*

²⁵ Article 4 (1) de l'AUSCGIE précité.

²⁶ Le Code civil applicable au Cameroun a pris le soin de définir la société en son article 1832.

²⁷ Article 1^{er} du Traité OHADA précité.

²⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, 11ème édition, PUF, 2016, p. 235.

société, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale. C'est la personne qui a fait des apports en nature, en numéraire ou même en industrie à la société et qui reçoit en contrepartie des titres sociaux²⁹.

Les rapports ou les relations, pour le dire autrement, entre les associés ne sont pas un long fleuve tranquille et il le sera aussi longtemps qu'au moins deux personnes décideront de fédérer autour d'un projet commun. En effet, la recherche du profit par les associés au détriment de l'intérêt social³⁰ ou encore le désir de préservation des intérêts personnels divergents engendrent le plus souvent des conflits³¹ susceptibles d'affecter le fonctionnement de la vie sociale voire de paralyser la poursuite des activités de ladite société commerciale. Conscient de cette réalité, l'AUSCGIE a prévu un moyen de règlement des conflits entre associés aux articles 147 et 148 parallèlement à la possibilité de recours aux juridictions étatiques jugée cependant moins efficace³².

Compte tenu du fait que la survenance d'un conflit entre associés au cours de la vie sociale est inévitable, la question est celle de savoir dans quelle mesure la médiation pourrait s'appliquer aux différends entre associés?

Ce questionnement s'inscrit en réalité dans le contexte du constat difficilement contestable d'une certaine répulsion du procès judiciaire, mieux de la désaffection des justiciables vis-à-vis de celui-ci, nul doute du fait de la saturation des tribunaux, du nombre élevé de litiges, de son coût et du temps extrêmement long de la procédure. Exprimé autrement, pendant que le dialogue au sein de la société commerciale ainsi que la préservation des rapports entre les associés sont promus par la médiation, le risque de rupture du dialogue et de la confiance entre les associés affectant la vie sociale est très grand dans le contentieux judiciaire.

Au-delà de son importance significative en tant que mode alternatif de règlement des litiges, la médiation est surtout un moyen de résolution des litiges entre associés (I) et aussi, une solution aux différends entre ces derniers (II).

²⁹ P.-G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU, *Le droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique Ohada*, Coll. droit uniforme, Presses universitaires d'Afrique, 1998, p. 64.

On parle d'associé en nom dans les SNC, de commandité et commanditaire dans les SCS, de participant dans les sociétés en participation, d'actionnaire dans les SA et SAS et de porteur de parts dans les SARL.

³⁰ Voir en ce sens, M. A. MOUTHIEU, *L'intérêt social en droit des sociétés*, L'Harmattan, Paris, 2009, 420 p.

³¹ Le mot conflit ici doit être entendu comme un différend, une mésentente. Il peut aussi désigner toute « *situation relationnelle structurée autour d'un antagonisme ou dû à la présence simultanée de forces opposées, à un désaccord sur des valeurs, des opinions, des positions, à une rivalité lorsque des acteurs sont en compétition pour atteindre le même but ou posséder le même objet ou enfin à une inimitié affective* » in D. PICARD et E. MARC, *Les conflits relationnels*, PUF, coll. Que sais-je, 2020, pp. 7 à 17.

³² Parce que lente et peu adaptée.

I- La médiation, un moyen de résolution à large spectre des différends entre associés

A la différence des autres MARD dont l'assiette est limitée aux rapports contractuels, les dispositions des articles 148 AUSCGIE, 1-2 de l'AUPCAP, confortées par l'AUM semblent conférer aux associés la possibilité de recourir à la médiation dans la perspective de régler les différends d'ordre contractuel (B) ou non (A) qui surviennent entre eux.

A- La possible médiation dans le cadre des différends non contractuels

Les litiges non contractuels qui interviennent dans les rapports entre associés peuvent revêtir plusieurs natures. Mais, ceux qui relèvent du domaine pénal ne sont pas éligibles à la médiation conventionnelle³³. La société commerciale étant considérée comme le point de rencontre de multiples intérêts³⁴, le champ de cette étude portera sur les litiges qui pourraient survenir soit de la méconnaissance des intérêts individuels des associés (1), soit de la négation de l'intérêt social (2).

1- Les différends nés de la méconnaissance des intérêts individuels des associés

Les conflits liés à la méconnaissance des intérêts individuels des associés peuvent porter soit sur la preuve de leur qualité d'associé (a), soit sur leurs prérogatives individuelles (b).

a- La preuve de la qualité d'associé

Pour être associé, il faut au-delà de la volonté de s'associer, réaliser au profit de la société un apport qui peut être en nature, en numéraire ou en industrie³⁵. Ainsi, la qualité d'associé se prouve par le contrat de société matérialisé par les statuts et identifiant clairement les noms des associés ainsi que le montant ou la proportion de leur apport³⁶. Cette qualité ne semble pas poser de problèmes dans les sociétés de

³³ La médiation pénale est une mesure alternative aux poursuites dans un conflit pénal. Elle est proposée par le procureur de la République et non par les parties.

³⁴ M. C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, thèse, LGDJ, 1998, p. 317.

³⁵ Article 40 AUSCGIE.

³⁶ Article 12 AUSCGIE : « les statuts constituent le contrat de société en cas de pluralité d'associés, soit l'acte de volonté d'une seule personne en cas d'associé unique » et l'article 13 poursuit en précisant que les statuts doivent

personnes et les SARL considérées comme des sociétés fermées à cause de l'*intuitus personae* qui les caractérise. Dans les sociétés par actions, elle se prouve par le registre des titres nominatifs si les actions sont nominatives³⁷ et par la simple possession du titre lorsqu'il est au porteur ; si la société est cotée en bourse, par le registre des titres au porteur³⁸ ou encore par la production d'un certificat de dépôt établi par l'intermédiaire agréé qui tient le compte des titres.

Il convient de préciser que le contrat de société se particularise par trois éléments substantiels contenus dans la définition de la société, tel qu'il résulte de l'article 4 (1) de l'AUSCGIE. Il s'agit de l'affectation à une activité des biens, du partage du bénéfice ou du profit de l'économie qui pourra en résulter et de l'*affectio societatis*. Ces éléments spécifiques ne se retrouvent pas dans la société d'une seule personne qui ne peut par définition comporter ni mise en commun des apports, ni partage, ni volonté de collaboration³⁹.

En présence d'une contestation liée à la preuve de la qualité d'associé et spécifiquement lorsque celle-ci se trouve dédoublée en cas d'indivision, d'usufruit, de nantissement, de séquestre, de saisie et de prêt, les associés pourraient recourir à la médiation. Il appartiendra à celui qui prétend avoir cette qualité, de démontrer soit qu'il a été partie au contrat de société, soit qu'il a, au cours du fonctionnement de la société, acquis des titres sociaux. En cas de démonstration de la preuve alléguée, et grâce à l'accompagnement du médiateur, les parties pourraient parvenir à un accord amiable tant que l'atteinte ne heurte pas sérieusement les prérogatives de l'associé.

b- L'atteinte aux prérogatives de l'associé

L'engagement de chaque associé dans la société, qui « *n'est pas constituée pour satisfaire un intérêt autre que celui des associés (...)* »⁴⁰, par la réalisation d'un apport, lui vaut en principe l'attribution des titres sociaux. Ces derniers, en plus d'attester de la qualité d'associé, lui confèrent des droits pécuniaires⁴¹ ou non, en principe proportionnels au montant de leurs apports.

indiquer l'identité des apporteurs en nature, en numéraires, le montant de leur apport, la valeur des titres sociaux remis en contrepartie ainsi que l'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers.

³⁷ Article 541 AUSCGIE.

³⁸ Article 831-1 AUSCGIE.

³⁹ F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF et *alii*, *OHADA, Sociétés commerciales et G.I.E.*, Coll. Droit uniforme africain, Bruylant-Bruxelles, Juriscope, 2002, n° 75, p. 52.

⁴⁰ D. SCHMIDT, *De l'intérêt commun des associés*, JCP, 1994, éd. E, II, n° 404, p. 535-538.

⁴¹ Comprenant le droit au boni de liquidation, aux dividendes, droit préférentiel de souscription, droit au bénéfice.

Si les droits non-pécuniaires encore dénommés droits politiques sont constitués du droit à l'information de l'associé sur les comptes et la politique sociale auquel se greffe le droit de participer aux décisions collectives, les droits pécuniaires comportent un droit sur les bénéfices réalisés par la société lorsque leur distribution a été décidée ; un droit sur les actifs nets de la société lors de leur répartition, à sa dissolution ou à l'occasion d'une réduction de son capital ; le cas échéant, l'obligation de contribuer aux pertes sociales dans les conditions prévues pour chaque forme de société⁴². Les droits pécuniaires s'expriment essentiellement par la vocation à percevoir d'une part, des dividendes qui peuvent trouver leur origine dans une distribution des bénéfices de l'exercice ou dans une distribution de réserves et d'autre part, le boni de liquidation. Ce dernier est le solde restant après règlement du passif social et remboursement du capital aux associés lors de la dissolution de la société.

Aussi, en cas d'atteinte aux droits politiques ou de violation des droits pécuniaires des associés par le fait par exemple d'une répartition inéquitable des dividendes ou des bénéfices, ou du boni de liquidation, l'associé qui s'en prévaut peut opter pour la voie de la médiation aux fins de constatation, suivie de réparation de l'atteinte portée à ses prérogatives. Le recours à la médiation peut être également envisagé pour les différends issus de la négation de l'intérêt social.

2- Les différends nés de la négation de l'intérêt social

Le devoir de loyauté et de transparence couplés aux idées de justice, d'équité, et d'égalité doivent animer les relations contractuelles⁴³. Ainsi, les différends nés de la négation de l'intérêt social, appréhendé par rapport à la conception contractuelle de la société et qui se confond à l'intérêt commun des associés⁴⁴, peuvent faire l'objet de médiation. Ils résultent soit de la rupture de l'égalité entre associés (a), soit de l'acte d'abus entre ceux-ci (b).

⁴² Article 53 AUSCGIE.

⁴³ J. MESTRE, *La société est bien encore un contrat*, in Mélanges Christian MOULY, Litec, 1998.

⁴⁴ D. SCHMIDT (D), *De l'intérêt commun des associés*, *op. cit.* Il convient de préciser par ailleurs que dans sa conception médiane voire maximaliste, l'intérêt social est défini par rapport à la conception institutionnelle de la société. Et dans ce cas, l'intérêt social est rattaché à celui de la société entendue comme une entité juridique ou comme une entité économique. Il en découle que l'intérêt social peut s'entendre comme l'intérêt de la personne morale ou comme l'intérêt de l'entreprise : voir, sur l'ensemble de la question, M. A. MOUTHIEU épouse NJANDEU, *L'intérêt social en droit des sociétés*, L'Harmattan, Paris, 2009 n° 6, p. 19

a- La rupture de l'égalité entre associés

Que ce soit l'*animus contrahende societatis*, pour s'exprimer comme les romains c'est-à-dire l'intention de conclure le contrat de société⁴⁵, ou plus exactement l'*affectio societatis*, pour faire corps avec le législateur OHADA, il convient de souligner que cet élément psychologique du contrat de société qui galvanise les associés, traduit l'idée de collaboration. Par conséquent, il les place tous sur un même pied d'égalité.

L'égalité entre associés signifie que chaque titulaire de parts ou d'actions dans une société, compte pour un associé quelle que soit sa qualité ou sa fonction dans la société. Mais, il ne s'agit pas d'une égalité dans le sens politique car la société est créée par la mise en commun des apports et ceux-ci ne sont pas forcément égaux⁴⁶. C'est dire qu'en droit des sociétés, l'égalité ne saurait se confondre ni avec l'uniformité ni avec l'identité⁴⁷ ; ce qui signifie que l'étendue des droits et obligations de chacun des associés, comme l'équilibre existant entre eux, peuvent être variables d'un associé à l'autre⁴⁸. L'égalité impose aux associés de ne pas profiter d'une situation personnelle pour poser un acte qui les avantagerait indûment au détriment de la société ou au détriment des autres associés⁴⁹.

Nonobstant les avantages particuliers qui caractérisent les actions de préférence ou encore le droit de vote double conférés à certaines actions⁵⁰ prévues par le législateur Ohada, ces actions comportent incontestablement des germes d'inégalité lorsque lesdits avantages sont excessifs⁵¹. Cependant, la rupture d'égalité est plus

⁴⁵ P.-G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique Ohada*, op. cit., p. 45.

⁴⁶ A titre d'illustration, au sujet de la rémunération des apports en industrie qui sont des connaissances techniques ou professionnelles ou des services, l'AUSCGIE prévoit : que les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social; que les droits de vote attachés aux titres sociaux résultant d'apports en industrie ne peuvent être supérieurs à vingt-cinq pour cent (25%) de l'ensemble des droits de vote. De même, la part totale attachée à ces titres sociaux ne peut excéder vingt-cinq pour cent (25 %) des bénéfices, de l'actif net et des pertes de la société (article 50-3). L'on comprend clairement que l'apporteur en industrie reçoit des titres sociaux d'une nature particulière; en effet, ceux-ci constatent ses droits sociaux, sans représenter une quote-part du capital social.

⁴⁷ Certes, il y a dans la société, en vertu de l'*affectio societatis*, une égalité des droits entre associés, mais celle-ci est relative, en ce sens qu'elle dépend des apports respectifs et même en certains cas, du rôle joué par l'associé dans la société : voir, F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF et *alii*, OHADA, *Sociétés commerciales et G.I.E.*, Coll. Droit uniforme, Bruylant-Bruxelles, 2002, n° 115, p. 75.

⁴⁸ Dans la société anonyme par exemple, le droit de vote est attaché aux actions et par principe, un associé a autant de voix que de titres (article 751 AUSCGIE) ; de ce point de vue, le régime est inégalitaire. De même, la règle « une action-une voix » n'est pas absolue car la loi autorise la création d'actions de préférence sans droit de vote ou d'actions à droit de vote double : articles 755, 778-1 et 752 AUSCGIE.

⁴⁹ J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés. Aspects de droit privé », *Rev. sociétés*, 1989, p. 400.

⁵⁰ Voir les articles 752 et 755 AUSCGIE.

Sur la notion d'avantages particuliers, lire Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés*, Coll. droit des affaires et de l'entreprise, 12^e éd., Paris, Economica, 2003 et R. PERCEROU, « La notion d'avantage particulier » in *Dix ans de conférence d'agrégation*, Paris, Dalloz, 1961, p. 171.

⁵¹ Il convient de souligner que le traitement favorable offert à de telles actions constitue en lui-même déjà une atteinte au principe d'égalité des actionnaires. Lorsqu'en outre les avantages accordés à leurs titulaires s'avèrent excessifs, les clauses qui les prévoient pourraient être qualifiées de léonines : voir, article 54 (2) AUSCGIE.

évidente lorsqu'en présence des associés possédant les mêmes titres sociaux, le partage des bénéfices et la contribution aux pertes profitent ou nuisent à certains par rapport aux autres⁵². Bien plus, l'égalité dans le savoir peut faire défaut, notamment lorsque le président du conseil d'administration de la société anonyme s'abstient de donner des informations qu'il détient à chaque administrateur. Dans ces différents contextes, les associés pourront recourir à la médiation afin de rétablir l'égalité rompue entre eux. Cette faculté leur est également reconnue en cas d'abus.

b- L'acte d'abus entre associés

Les conflits entre les associés apparaissent généralement à travers l'exercice abusif du droit de vote. Le respect dû à l'intérêt social commande de veiller sur le fonctionnement de la société qui peut être entravé par les situations d'abus entre les associés. Or, le droit de vote de l'associé doit s'exercer, à la fois dans l'intérêt égoïste de son titulaire et être conforme à l'intérêt de la société. Il en découle que l'abus n'est caractérisé qu'en cas d'irrespect de la finalité recherchée, mieux, de détournement de fonction, si la décision ne s'explique que par un intérêt personnel contraire à l'intérêt social et aboutit à sacrifier les intérêts légitimes des autres associés⁵³.

L'AUSCGIE distingue trois types d'abus : l'abus de majorité⁵⁴, l'abus de minorité et l'abus d'égalité⁵⁵. Ceux-ci sont manifestes lorsque, dans leur intérêt personnel, les associés agissent ou s'abstiennent contrairement à l'intérêt social. Ils donnent très souvent lieu à des différends entre les associés dès lors qu'ils mettent en péril l'intérêt social et peuvent par conséquent, paralyser la prise de décisions essentielles au fonctionnement de la société commerciale. Ainsi, à leur survenance, les associés victimes pourront s'attacher les services d'un médiateur qui les aidera à trouver une solution amiable afin de mettre un terme aux abus commis. La présence de ce dernier

Dans le même sens, la loi exige que « *les commissaires à la fusion vérifient que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable* » : article 672 (3) AUSCGIE.

⁵² Ces clauses sont appelées clauses léonines et prohibées par le législateur Ohada qui les répute non écrites en son article 54 al 2.

⁵³ M. A. MOUTHIEU épouse NJANDEU, *L'intérêt social en droit des sociétés*, L'Harmattan, Paris, 2009, n^o, 66, p. 55.

⁵⁴ Il y a abus de majorité lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, sans que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société : article 130 (2) AUSCGIE. Ce type d'abus suppose que soient réunis deux éléments : la violation de l'intérêt social et la rupture d'égalité entre les associés.

⁵⁵ Il y a abus de minorité ou d'égalité lorsque, en exerçant leur vote, les associés minoritaires ou égalitaires s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime : article 131 (2) AUSCGIE.

évincera naturellement celle d'un mandataire *ad hoc* que le juge serait tenté de désigner pour voter en lieu et place des auteurs de l'abus⁵⁶.

Le recours à la médiation est également envisageable pour le règlement des litiges d'ordre contractuel entre les associés.

B- La possible soumission des différends d'ordre contractuel entre associés à la médiation

Les différends d'ordre contractuel, manifestations de l'excès de liberté, peuvent naître des pactes d'associés conclus entre les associés afin d'adapter le fonctionnement de la société à leur besoin de contrôle du pouvoir ou de la cartographie du capital social⁵⁷ (1). Ils peuvent découler également des dispositions débouchant sur la perte de la qualité d'associés dans certaines circonstances (2).

1- Les différends nés des pactes d'associés

L'AUSCGIE prévoit que : « *les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires en vue notamment d'organiser, selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées les relations entre associés(...)* »⁵⁸. La voie de la médiation pourrait être envisagée par ces derniers en cas de différends nés de pactes d'associés relativement aux modalités de vote (a) et à la cession des titres sociaux (b).

a- Les conventions de vote entre associés

L'article 125 de l'AUSCGIE dispose que : « ... *tout associé a le droit de participer aux votes des décisions collectives* ». Il s'agit de la reconnaissance à tout associé d'un pouvoir politique, en l'occurrence le droit de vote, qui lui permet de donner son opinion sur l'orientation générale de la société. Le droit de vote constitue un attribut essentiel de la qualité d'associé tel qu'il résulte de l'article 53-4° de l'AUSCGIE. C'est également un droit d'ordre public. Il s'ensuit que les statuts ne peuvent contrevenir au droit d'expression de l'associé. Aussi, les conventions y portant atteinte sont nulles et les trafics ou achat de droit de vote devraient être sanctionnés pénalement.

⁵⁶ Dans ce sens, il est prévu par l'article 131 (3) AUSCGIE que : « *la juridiction compétente peut désigner un mandataire ad hoc aux fins de représenter à une prochaine assemblée les associés minoritaires ou égalitaires dont le comportement est jugé abusif et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social y compris celui des différents associés* ».

⁵⁷ A. K. G. N'GUETTA, *Les pactes d'actionnaires en droit Ohada : essai d'étude comparée avec le droit français*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2022 ; G. PARLEANI, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. sociétés*, 1991, p. 2.

⁵⁸ Article 2-1 AUSCGIE du 30 janvier 2014.

L'on comprend alors que les conventions de vote entre associés sont limitées. Elles ne sont admises que si l'associé ne se trouve pas irrévocablement privé de son droit de vote, que si l'opération concernée est conforme à l'intérêt social et si l'accord est exempt de toute idée de fraude⁵⁹. Tel serait le cas des conventions relatives à l'engagement à voter dans un sens déterminé⁶⁰ qui ont pour objectif de contraindre un associé à voter dans un sens déterminé ou à se concerter avant le vote avec les autres signataires dudit pacte pour déterminer au préalable le sens dans lequel il votera. L'on peut évoquer dans le même sens, les conventions portant sur la cession temporaire du droit de voter ou sur des questions précises telles que le maintien du siège social ou la dénomination sociale⁶¹. En outre, les pactes de vote entre associés peuvent aussi prendre la forme de conventions relatives au fonctionnement de la société⁶².

Toutefois, lorsque les conventions de vote ne sont pas exercées conformément à la loi, elles peuvent être constitutives d'atteinte à l'égalité des associés. En effet, non seulement elles mettent en danger les associés, mais surtout, au pire des cas, elles excluent ceux qui ne sont pas parties à la convention de vote. Au-delà, la question de non-respect de l'engagement issu de la convention de vote peut se poser. Le règlement de ces situations conflictuelles, de même que celles issues de la cessibilité des titres sociaux, peut être soumis à la médiation.

b- Les conventions relatives à la cession des titres sociaux

Les titres sociaux ont une valeur vénale et font partie du patrimoine de l'associé. Il a sur ces derniers le droit de propriété et à ce titre, il peut les monnayer à travers leur cession⁶³, avec plus-value le cas échéant. L'article 57 de l'AUSCGIE dispose à cet effet que : « *les parts sociales sont cessibles. Les actions sont cessibles ou négociables* ». La cession des titres sociaux est une convention entre associés qui

⁵⁹ A. VIANDIER, « Observations sur les conventions de vote », *JCP E* 1986, 15405 ; M. JEANTIN, « Les conventions de vote », *RJ com.* 1990, p. 124 ; M. GERMAIN, « Le transfert du droit de vote », *RJ com.* 1990, p. 135 ; P. DIDIER, « Les conventions de vote », *Mélanges FOYER*, 1997, p. 341 ; A. VIANDIER, « Après l'article de M. JEANTIN sur les conventions de vote », *Mélanges M. JEANTIN*, Dalloz 1999, p. 311 et s. ; A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », *Mélanges J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 255 ; CA Paris, 30 juin 1995, *Métaleurop*, JCP 1996, éd. E, II, n° 795.

⁶⁰ M. KONATE, B. DIALLO, B. MEUKE, « Gestion de crise en droit Ohada : anticipation conventionnelle et statutaire- gestion négociée et règlement des conflits internes », *Ohadata D-09-43* à lire sur fr.scribd.com

⁶¹ B. MEUKE, « Gestion de crise en droit Ohada : anticipation conventionnelle et statutaire- gestion négociée et règlement des conflits internes » *op. cit.*

⁶² D'après une classification du professeur GUYON, on distingue les conventions portant sur le renforcement de la stabilité des dirigeants, les conventions tendant à éviter la révocation des dirigeants, les conventions limitant les effets de la révocation, les clauses de représentation proportionnelle au sein du conseil d'administration.

⁶³ Il convient de préciser toutefois que les titres sociaux résultant d'apports en industrie ne sont ni cessibles ni transmissibles : article 50-4 AUSCGIE.

peut être écrite ou verbale⁶⁴. C'est un contrat commercial dans la mesure où il a pour objet « *d'assurer aux acquéreurs le contrôle ou de garantir le contrôle d'une société commerciale* »⁶⁵. Les modalités d'une telle cession varient selon le type de société⁶⁶ et surtout, selon que les titres sont ou non admis à la négociation sur un marché réglementé. Cependant, compte tenu de la prégnance de *l'intuitus personae* notamment dans les sociétés de personnes ou de la tendance moderne à verrouiller le capital social de la société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne⁶⁷, il n'est pas impossible que, par des clauses statutaires, les associés limitent la cession des titres sociaux.

A ce titre, l'article 2-1 de l'AUSCGIE prévoit que les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires en vue notamment d'organiser selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées la transmission des titres sociaux. Allant en droite ligne de ces dispositions, l'article 765 du même texte précise au sujet des sociétés anonymes que : « *nonobstant le principe de la libre transmissibilité énoncée à l'article 764 ci-dessus, les statuts ou les conventions mentionnées à l'article 2-1 ci-dessus peuvent stipuler certaines limitations à la transmission des actions dans les conditions prévues aux articles 765-1 à 771-3 ci-après* ». Il s'agit là des habilitations légales qui restreignent la liberté de cession des titres sociaux⁶⁸. Dans ce sens, nombre de conventions extrastatutaires⁶⁹ – telles que les clauses de sorties prioritaires⁷⁰, les clauses de rachat⁷¹, les conventions d'option croisées⁷², la clause d'agrément⁷³, la clause de préemption⁷⁴, la clause d'inaliénabilité⁷⁵– restrictives de cessibilité des droits sociaux

⁶⁴ Cass.com, 27 juin 2000, JCP 2000.

⁶⁵ Cass.civ, 2^e, 30 mars 2000, RJDA, 2000, n° 873 et M. A. MOUTHIEU, *L'intérêt social en droit des sociétés*, *op.cit.*, p. 234.

⁶⁶ Pour la société en nom collectif (articles 274-275 AUSCGIE), pour la société en commandite simple (articles 296-297 AUSCGIE), pour la société à responsabilité limitée (articles 317-321 AUSCGIE), pour la société anonyme et la société par actions simplifiée (articles 759-764 AUSCGIE).

⁶⁷ Article 765-3 AUSCGIE.

⁶⁸ Voir également, pour ce qui est de la société par actions simplifiée, les articles 853-17 à 853-19 AUSCGIE.

⁶⁹ Voir dans ce sens, M. W. TSOPBEING, « Le caractère d'ordre public du principe de la libre transmissibilité des actions en droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Revue UNIDROIT* 2021, disponible sur internet

⁷⁰ Clause par laquelle un associé majoritaire, en cas de cession, tend à permettre aux associés minoritaires de céder leurs titres en priorité au candidat cessionnaire.

⁷¹ Clause qui a pour but de permettre à un associé de ménager la possibilité de réviser à la hausse sa participation dans le capital social.

⁷² D'origine américaine, ces conventions sont appelées *shotgun* et permettent à un associé d'initier en toute circonstances une procédure agressive d'achat ou de vente des actions d'un autre associé.

⁷³ Clause qui oblige l'associé qui souhaite céder tout ou partie de ses titres sociaux à obtenir au préalable le consentement de la société ou d'un groupe d'associés.

⁷⁴ Clause qui donne aux associés le droit de racheter en priorité les titres sociaux dont la cession est envisagée. Elle oblige l'associé voulant céder ses titres à le notifier aux autres associés pour leur permettre de les acquérir en priorité.

⁷⁵ Clause statutaire qui empêche les associés de vendre leurs titres sociaux au cours des premières années d'existence de la société. Soumise au principe de la liberté contractuelle, des aménagements sont possibles pour permettre d'accomplir au mieux les desseins des associés.

peuvent être conclues par les associés. Leur mise en œuvre pourra donner certainement lieu à des conflits nécessitant l'intervention d'un médiateur pour atténuer leur impact sur la qualité d'associé.

2- Les différends débouchant sur la perte de la qualité d'associé

Le droit de demeurer associé étant considéré comme une prérogative importante de ce dernier, l'on comprend que la perte de la qualité d'associé n'est envisagée que dans certaines circonstances particulières. Il en est ainsi de son exclusion (a) ou de son retrait volontaire (b) de la société qui engendre naturellement des différends entre associés.

a- L'exclusion d'un associé

Le droit que détient l'associé de conserver cette qualité aussi longtemps qu'il le désire ne semble pas absolu dans la mesure où la loi prévoit des exceptions dans un certain nombre d'hypothèses⁷⁶. Dans ce sens, l'article 249 (1) de l'AUSCGIE énonce que « *la société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi (...) toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur, notamment par le rachat des titres sociaux de l'associé incapable ou dont le consentement a été vicié* ». C'est dire qu'il est possible d'éviter la nullité de la société et par conséquent sa dissolution, en excluant le demandeur de la société, quand bien même sa demande serait fondée en droit. Il s'agit ici d'une exclusion-remède qui s'assimilerait à une sorte de « *squeeze out* » de l'associé, dictée par l'intérêt social. Sa finalité est de préserver d'une part, la vie de la société en lieu et place de la dissolution qui signifie la mort pure et simple, mieux, la disparition de la société sur la scène économique, et d'autre part, l'*affectio societatis*⁷⁷. On le voit bien, la pérennité de la société prend le pas sur les intérêts individuels des associés.

Par ailleurs, l'article 269-6 de l'AUSCGIE dispose de manière explicite et claire qu' : « *il peut être stipulé que l'assemblée générale ou la collectivité des associés a le droit de décider, à la majorité fixée par les statuts, que l'un ou plusieurs des associés cessent de faire partie de la société. Toute délibération ou décision prise en violation des règles de majorité fixées par les statuts est nulle* ». Il en découle à n'en point

⁷⁶ Voir sur l'ensemble de la question, M. A. MOUTHIEU, « La figure polyvalente du *squeeze out* : réflexion à partir du droit applicable dans l'espace OHADA », *Rev. juridique de l'ouest*, 2011, p. 505.

⁷⁷ RIPERT (G) et ROBLOT (R), *Droit commercial*, 17^e éd., 1998. D'après Marie RAKOTOVAHINY, l'exclusion est « *la réponse de la société vis-à-vis d'un associé qui ne mérite plus participer à l'aventure collective* ».

douter, la consécration formelle de l'exclusion forcée, c'est-à-dire du « *squeeze out* » d'un associé de la société⁷⁸. Il semble qu'il soit également caractérisé ici une manifestation de la prépondérance de l'intérêt de la société seule capable de justifier une telle décision d'exclusion-sanction dont rien ne garantit le caractère contradictoire, qui vient spolier le droit que détient un associé de continuer à faire partie de la société.

Les contestations qui naissent de l'exclusion d'un associé peuvent porter sur la validité de l'exclusion et son opposabilité si la procédure et les exigences légales et statutaires obligatoires n'ont pas été scrupuleusement respectées. Le recours à un médiateur peut alors être envisagé. Par ailleurs, l'exclusion n'étant pas synonyme de spoliation⁷⁹, il est indiqué qu'en cas de désaccord sur le prix de rachat des titres sociaux, un médiateur qui procèdera à leur expertise et à leur évaluation soit sollicité pour aider les associés à fixer un juste prix qui intégrera éventuellement la réparation du préjudice subi par l'associé évincé ou parti.

b- Le retrait d'un associé

Contrairement au *squeeze-out* qui est l'exclusion de l'associé par les autres associés ou encore le retrait forcé de ce dernier, le retrait est une procédure totalement différente car initiée par l'associé qui ne désire plus rester dans la société⁸⁰. L'AUSCGIE du 30 janvier 2014 consacre le droit de retrait d'un associé de la société en son article 269-6 (1) en ces termes : « *à moins de conventions contraires et sauf application du premier alinéa de l'article 269-5 ci-dessus, chaque associé peut se retirer de la société à tout moment* ».

Ce droit de retrait est donc une prérogative reconnue à tout associé de pouvoir quitter la société en cédant ses droits. Il permet à un associé d'obtenir, tantôt le remboursement par la société de la valeur de ses droits sociaux, tantôt la cession ou le remboursement par un associé ou un tiers⁸¹. L'exercice de ce droit peut être

⁷⁸ La clause d'exclusion aura alors pour but de permettre aux associés d'exclure l'un d'eux en cas de survenance d'un évènement ou si certaines qualités essentielles à l'associé venaient à disparaître comme le manquement à ses obligations contractuelles.

D'origine anglo-saxonne, le *squeeze-out* signifie littéralement l'éviction d'une personne d'un lieu où il avait primitivement accès ou d'un groupe auquel il appartenait.

⁷⁹ M. A. MOUTHIEU, *L'intérêt social en droit des sociétés*, op.cit., p. 239.

⁸⁰ Ce droit de retrait avait été initialement consacré en droit français et permettait à l'actionnaire en bourse de contraindre le repreneur à acheter ses titres sociaux en cas d'offre publique d'achat desdits titres : article 33 de la loi française du 2 juillet 1996.

⁸¹ En droit français, le droit de retrait obligatoire contraint les actionnaires minoritaires des sociétés cotées qui ne représentent pas plus de cinq pour cent (5%) du capital ou des droits de vote, à céder leurs actions à la demande des majoritaires. Ce droit de retrait permet ainsi à l'actionnaire minoritaire d'obtenir l'achat par les majoritaires de ses actions. Il constitue un bon compromis entre la garantie de la pérennité de la société et la protection des associés minoritaires.

discrétionnaire, ou subordonné à la réalisation des conditions prévues par les statuts de la société ou alors à la démonstration de justes motifs⁸². A notre sens, en s'inspirant des dispositions de l'article 200 (5°) de l'AUSCGIE, l'on peut suggérer qu'il soit soumis à l'existence d'un juste motif, tel celui résultant de l'inexécution de ses obligations par un associé ou d'une mésentente entre associés paralysant le fonctionnement normal de la société. Autrement exprimé, un retrait inopportun qui s'avèrerait préjudiciable pour la société pourrait se heurter au blocage des autres associés consécutif à leur refus de libérer l'associé auteur de la demande de retrait.

L'associé qui se retire a droit à un remboursement de la valeur de ses droits sociaux. Se pose alors la question délicate de leur évaluation, couplée à celle sous-jacente de la qualité du bénéficiaire de la cession des titres sociaux. La chambre commerciale de la Cour de cassation française avait d'ailleurs affirmé qu'en cas de demande de retrait par un associé, celui-ci sera tenu de proposer aux autres associés de leur céder ses parts⁸³. Ainsi, le litige qui naîtra du refus de cession des titres sociaux en priorité aux autres associés ou de la valeur de leur remboursement pourrait justifier le recours à la médiation. En effet, celle-ci semble être la voie indiquée pour mettre un terme aux différends entre associés par la solution négociée à laquelle elle aboutit.

II- La médiation, une solution aux différends entre associés

Aux côtés de l'arbitrage et de la conciliation, la médiation s'est facilement imposée dans les pratiques de règlement des litiges en droit Ohada⁸⁴. La médiation peut être mise en œuvre par les parties, c'est la médiation conventionnelle ou sur demande ou invitation d'une juridiction étatique, c'est la médiation judiciaire. Elle peut être aussi l'œuvre d'un tribunal arbitral ou d'une entité publique compétente⁸⁵. Toutefois, l'Acte

⁸² D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Pratique des affaires, éd. Joly, 2004, n° 248.

⁸³ M. KONATE, B. DIALLO, B. MEUKE, « Gestion de crise en droit OHADA : anticipation conventionnelle et statutaire- gestion négociée et règlement des conflits internes », *op. cit.*

⁸⁴ D'ailleurs le florilège des travaux en la matière atteste de son importance : B. BLOHORN-BRENNEUR, *La médiation dans l'espace Ohada et en Afrique de l'ouest : théorie, pratique et cadre juridique de la médiation*, Paris, L'Harmattan, 2018 ; P. E. KENFACK, « La notion de médiation chez le législateur Ohada », *Lexbase, Edition Ohada*, avril 2019, n°10, pp. 13-18 ; N. AKA, A. FENEON et J.-M. TCHAKOUA, *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (Ohada)*, France, LGDJ, 2018 ; H. KENFACK, « L'état du droit et de la médiation en France et dans la zone Ohada », *Lexbase, Edition Ohada*, avril 2018, n°10, pp. 9-11 ; E. DEWEDI, « le nouvel acte uniforme Ohada sur la médiation et la pratique de la médiation dans l'espace Ohada. Quels apports en pratique ? », actualitésdudroit.fr disponible sur www.actualitésdudroit.fr; M. GORE, C. GRIMALDI, « Arbitrage, médiation et règlement de la CCJA : les nouveaux textes en vigueur », *LEDAAF*, mai 2018, n°5 ; S. KOÏTA, « la médiation ou le blavet du droit Ohada », *PMA-OHADA*, pp. 1-21 ; C. GINESTET, « Médiation et notions voisines », *Lexbase Edition Ohada*, avril 2018, n°10, p.19.

⁸⁵Article 1 (2 et 3) AUM.

uniforme relatif à la médiation (AUM) ne s'applique pas lorsqu'en cours d'instance judiciaire ou arbitrale, le juge ou l'arbitre tente un règlement amiable entre les parties. En revanche, il autorise les juges ou les arbitres à suspendre une procédure judiciaire ou arbitrale pour renvoyer les parties à la médiation. La médiation ayant été suggérée comme une solution aux différends entre associés, il convient de préciser la mise en œuvre de cette technique (A) ainsi que ses différentes issues (B).

A- La réalisation de la procédure de médiation

La médiation débute en principe, le jour où les associés en prennent l'initiative par une convention. La convention de médiation est un accord conclu entre les parties unies par un lien contractuel et par lequel, elles expriment librement leur volonté de recourir à une tierce personne, le médiateur, en cas de litige ou de différend. La procédure de médiation se caractérise par sa souplesse (1) et la confidentialité qui entoure sa conduite (2).

1- La souplesse de la procédure de médiation

Les contours minutieusement détaillés de la procédure de médiation par le législateur Ohada, mettent en évidence la souplesse de la convention d'entrée en médiation tant au niveau de sa forme (a), que de son fond (b)⁸⁶.

a- La non-exigence de l'écrit pour la validité de la convention d'entrée en médiation

La convention d'entrée en médiation revêt une importance indéniable car elle est créatrice de droits et d'obligations pour les associés. L'on peut donc penser à juste titre, que sa rédaction traduira avec rigueur la volonté des associés. Cependant, si l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage semble être plus formaliste en précisant que la convention d'arbitrage doit être faite par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve notamment par la référence faite à un document la stipulant⁸⁷, celui relatif à la médiation se caractérise au contraire par sa souplesse, sa facilité et sa rapidité.

⁸⁶ Pour d'autres, il a fait le choix du pragmatisme : voir, S. KOÏTA, « *la médiation ou le blivet du droit Ohada* », *op.cit.*, p. 13.

⁸⁷ Article 3-1 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage du 23 novembre 2017.

En effet, l'exigence formelle de l'écrit n'est pas requise par le législateur. L'acte uniforme prévoit que la convention de médiation peut être écrite ou non⁸⁸. Il s'ensuit que le recours à la médiation peut résulter, comme en matière d'arbitrage, d'une clause prévue dans une convention. Dans tous les cas, la procédure est ouverte lorsque l'associé le plus diligent met en œuvre la convention de médiation qu'elle soit écrite ou non. En l'absence de convention, l'un des associés peut toujours recourir à un médiateur après y avoir invité les autres et obtenu leur accord écrit. Il n'y a pas accord en l'absence d'acceptation de l'invitation écrite dans les quinze jours de la date de réception ou à l'expiration de tout autre délai qui y est spécifié. L'associé qui a invité peut considérer l'absence de réponse comme un rejet de l'invitation à la médiation⁸⁹.

Il appartient donc aux associés, de savoir tirer profit de cette facilité d'accès à la médiation qui participe en droit OHADA à « la privatisation du contentieux judiciaire »⁹⁰, mieux, à la contractualisation du procès, pour le règlement de leurs différends protéiformes. La souplesse de la médiation transparaît aussi à travers la liberté pour les associés d'organiser sa procédure.

b- Le caractère peu formaliste de la procédure de médiation

Le caractère peu formaliste de la procédure de médiation organisée par le législateur Ohada semble être la traduction de la liberté contractuelle qui est un principe fondateur en droit des contrats. Celle-ci se présente sous trois volets à savoir, la liberté de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de prévoir le contenu du contrat sous réserve du respect des règles d'ordre public. Ainsi,

L'acte uniforme précise en outre que la convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire (convention par laquelle les parties s'engagent à soumettre à l'arbitrage les différends pouvant naître ou résulter d'un rapport contractuel) ou d'un compromis d'arbitrage (convention par laquelle les parties à un différend déjà né conviennent de le régler par voie d'arbitrage) : article 3-1(2^o et 3^o).

⁸⁸ Article 4 (1) AUM. Sur la question de la nécessité d'un écrit, certains estiment que certes il n'y a aucune obligation d'avoir un écrit mais au regard des conséquences de la médiation, notamment concernant les délais, un écrit est préconisé. De plus, la preuve par écrit permet de prouver plus facilement le caractère sincère et éclairé du consentement des parties. C'est enfin un instrument du médiateur pour asseoir l'autorité que lui donnent les parties pour mener les échanges : voir, H. DEGHANI-AZAR, « Procès-civil-Incitation à conclure des conventions de médiation-Regard de l'avocat », *JCP G*, n° 1049, 12 décembre 2022, 50008, n° 31.

⁸⁹ Article 4 (2) AUM.

⁹⁰ J. L. CORREA, « La médiation et la conciliation en droit sénégalais : Libre propos sur un texte réglementaire », *Bulletin de droit économique*, Université de Laval, 2017-2, pp. 1-16 ; J. NDIAYE, « La déjudiciarisation au Sénégal : réflexion sur un parcours progressif d'évitement du juge », *in Mélanges en l'honneur du professeur Ndiaw DIOUF*, pp. 509-529.

lorsque la décision de recourir à la médiation est prise, les associés peuvent choisir un ou plusieurs médiateurs d'un commun accord ; se faire assister dans cette entreprise par l'autorité de désignation qui leur recommandera des personnes aptes à la fonction de médiateur ou alors en désignera directement. Cette autorité devra se plier aux exigences qui sont au cœur de tous les modes privés de résolution des différends et qui commandent de tenir compte des considérations propres à garantir la désignation d'une personne indépendante, impartiale et disponible⁹¹.

Les associés ont également la liberté de convenir du règlement de la médiation ainsi que de la manière dont celle-ci sera conduite. Ils disposent de la liberté absolue de convenir d'une procédure particulière de médiation, c'est-à-dire, la manière dont ils entendent mener la médiation, y compris la possibilité pour eux de se référer à un règlement de médiation⁹². A défaut, le médiateur conduira la médiation comme il l'estime appropriée en tenant compte des souhaits des associés et de l'impératif de parvenir à un accord amiable, de trouver une solution de pacification entre des personnes qui doivent continuer à vivre ensemble au sein de leur société.

2- La conduite de la médiation

La procédure de médiation est innervée par le sacro-saint principe de la confidentialité consacré à l'article 10 de l'AUM⁹³. Ce principe s'applique aussi bien au médiateur dans l'exercice de sa mission (a), qu'aux médiés appelés à lui prêter main forte (b).

a- La mission du médiateur

La procédure de médiation ne peut avoir lieu sans la présence d'un maillon indispensable à savoir, le médiateur. D'après l'article 1 de l'AUM, le terme médiateur désigne « *tout tiers sollicité pour mener une médiation quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'Etat partie* ».

⁹¹ Article 5 AUM.

⁹² Article 7 (1 et 2) AUM.

⁹³ D'après ce texte, « *toutes les informations relatives à la procédure de médiation doivent demeurer confidentielles sauf convention contraire des parties, à moins que leur divulgation soit exigée par la loi ou rendue nécessaire pour la mise en œuvre de l'accord de médiation* »

Le législateur a instauré certains principes qui gouvernent la mission du médiateur. Celui-ci est tenu de prouver son indépendance, son impartialité, son intégrité morale et sa disponibilité par déclaration écrite⁹⁴. Il doit en outre, respecter strictement la volonté des parties afin d'assurer la confidentialité et l'efficacité du processus de médiation⁹⁵.

S'agissant de ses obligations, l'article 9 de l'AUM précise que le médiateur peut rencontrer les associés ou communiquer avec eux, ensemble ou séparément. Lorsque le médiateur souhaite rencontrer ou s'entretenir avec l'un des associés et/ou son conseil séparément, il en informe l'autre ou les autres associés et/ou son (ou leur) conseil au préalable ou dès que possible après sa rencontre ou communication unilatérale avec l'un des associés. Si le médiateur reçoit d'un associé des informations concernant le différend, il peut en révéler la teneur à tous les autres associés, parties à la médiation. Toutefois, lorsque l'information donnée au médiateur par un associé a été faite sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle, celle-ci ne doit être révélée à aucun autre associé, partie à la médiation.

En outre, le médiateur accomplit sa mission avec diligence et accorde, dans la conduite de la médiation, un traitement équitable aux associés ; ce faisant, il prend en compte les circonstances de l'affaire. Il n'impose pas aux associés une solution au différend. Mais, il peut, à tout stade de la médiation, en fonction des demandes des associés et des techniques qu'il estime les plus appropriées au vu des circonstances du différend, faire des propositions en vue du règlement du différend⁹⁶. On le voit bien, la posture du médiateur dans le règlement des différends n'est pas celle d'un dictateur. Les associés en conflit qui font recours à la médiation, bénéficient de l'accompagnement du médiateur dans la recherche d'une solution amiable qui permettra de rétablir le dialogue rompu entre eux. Pour cela, ils doivent jouer un rôle décisif aux côtés du médiateur, pour l'adoucissement de l'accord de médiation.

b- Le rôle décisif des médiés aux côtés du médiateur

Tout comme le médiateur, les associés, parties à la médiation, ont eux-aussi un rôle important. Dans la recherche d'une solution amiable au règlement du litige, ils peuvent

⁹⁴ Article 6 (1) AUM.

⁹⁵ Article 8 AUM.

⁹⁶ Article 7 (3 et 4) AUM.

faire des propositions. Ils jouent donc un rôle particulièrement actif aux côtés du médiateur. Ils peuvent aussi désigner d'un commun accord, un expert sur proposition du médiateur. L'article 12 de l'AUM reconnaît aux associés la latitude de mettre un terme à la médiation à tout moment, sans obligation de justification ou sans encourir de sanction.

En tout état de cause, le médiateur ne peut pas imposer aux associés une solution au différend. Il leur fait des propositions en vue du règlement du différend et ce, à tout stade de la médiation. Ceux-ci sont libres de décider si la solution trouvée leur convient ou non. Il s'ensuit que la décision rendue par le médiateur n'est pas contraignante.

Cette liberté consubstantielle à la médiation permet de la distinguer de l'arbitrage, en ce qu'elle a pour objet de parvenir à un accord amiable entre les parties, grâce à l'intervention d'un tiers professionnel et qualifié, le médiateur. Son rôle consiste essentiellement à organiser les débats et accompagner les parties, tout en laissant à ces dernières l'entière liberté pour former un accord mutuellement acceptable sur le fond. Cette solution négociée accrédite davantage la médiation comme mode de règlement des différends entre associés du fait qu'elle préserve la confiance, le dialogue et *l'affectio societatis* qui les lient. Elle permet par ailleurs, d'éviter un risque de dissolution de la société lorsque survient une simple mésentente entre les associés. Toutefois, l'issue de la médiation dépend du sort que les médiés eux-mêmes réservent à leur différend.

B- Les issues de la procédure de médiation

La réalisation de la procédure de médiation conduite par le médiateur qui y joue le rôle de chef d'orchestre à travers la coordination des opinions des associés, aboutit à deux issues possibles selon la volonté commune des associés : une, qualifiée de positive, qui se solde par l'accord de médiation (1) et l'autre, de peu heureuse ou négative (2).

1- L'issue positive de la procédure de médiation

La procédure de médiation peut s'achever par une fin heureuse. Dans ce cas, elle donne lieu à l'établissement d'un accord de médiation écrit (a), qui doit être exécuté par les associés (b).

a- Le formalisme de l'accord de médiation

Lorsque la procédure de médiation connaît une issue positive, elle prend fin par la conclusion d'un accord de médiation écrit. Cette exigence est clairement exprimée par les articles 12 (1) a et 16 (1) de l'AUM⁹⁷. Cet accord doit être écrit au contraire de la convention de médiation qui ouvre le processus de médiation et dont la forme est laissée à la liberté des parties. Si cette formalité est exigée à peine d'invalidité de l'acte, cela signifie que si cette condition n'est pas remplie, l'acte en cause risque d'être entaché de nullité : on dira que l'écrit est exigé *ad validitatem* ou *ad solemnitatem*. Au contraire, si l'écrit est exigé seulement pour l'efficacité de l'acte notamment en matière de preuve, l'acte demeure valable mais ne pourra pas être opposé aux tiers : on dira que l'écrit est exigé *ad probationem*. Partant du constat selon lequel « *l'application de l'accord négocié par médiation se fait sans difficulté et spontanément, le contentieux étant très rare sur ce point* »⁹⁸, l'on peut questionner la précaution du législateur de faire de l'écrit de l'accord de médiation une exigence *ad validitatem* et non simplement *ad probationem*. A notre sens, l'accord de médiation matérialise la volonté commune des parties en l'occurrence, des associés. En donnant une forme sécurisée à l'accord final négociée entre ces derniers, on le met à l'abri des contestations postérieures qui viendraient plomber son efficacité. De même, la rédaction de l'accord de médiation, fruit de la négociation pacifique des associés dans un document fiable, leur évitera de faire un rappel de mémoire préjudiciable à son exécution.

b- L'exécution de l'accord de médiation

A l'issue de la procédure de médiation, l'accord de médiation établi par les associés doit être exécuté. Le principe étant l'exécution spontanée et libre de l'accord de médiation par les associés, l'exécution forcée s'avère être une mesure exceptionnelle⁹⁹. Aussi, à défaut d'exécution volontaire par les associés, l'Acte

⁹⁷ « *La procédure de médiation prend fin par la conclusion d'un accord écrit de la procédure de médiation signé par les parties si celles-ci en font la demande* » : article 12 (1) a AUM.

« *Si à l'issue de la médiation, les parties concluent un accord écrit réglant leur différend, cet accord est obligatoire et les lie* » : article 16 (1) AUM.

⁹⁸ D. TRICOT, « Propos conclusifs », *Lexbase, Edition Ohada*, avril 2018, n°10, p. 72. En effet, la quasi-totalité des accords de médiation dans la zone Ohada sont presque tous exécutés volontairement par les parties engagées : voir I.VAUGON, « La médiation commerciale : une alternative au système judiciaire », *JADA*, n°11, 2011, p. 9.

⁹⁹ D. TRICOT, « Propos conclusifs », *Lexbase Edition Ohada, op. cit.*

uniforme relatif à la médiation a prévu deux procédures ayant pour but de rendre l'accord de médiation exécutoire. Les associés peuvent faire recours soit à la voie notariale, soit à la voie judiciaire.

Lorsque l'option faite par les associés pour exécuter leur accord est en faveur de la voie notariale, l'article 16 (2) précise qu'« *à la requête conjointe des parties, l'accord de médiation peut être déposé au rang des minutes d'un notaire avec reconnaissance d'écritures et de signatures* ». Il est cependant à déplorer que le législateur Ohada n'ait pas prévu une option d'exécution forcée à la requête d'un seul associé. L'admission de la requête individuelle aurait été appréciable.

A côté de la voie notariale, il est prévu par le législateur Ohada la possibilité pour les associés de se tourner vers le juge pour rendre leur accord exécutoire. C'est l'option classique. Ainsi, en application de l'article 16 (3) de l'AUM, les associés ont la possibilité, conjointement ou seuls, de soumettre leur accord à l'homologation ou à l'*exequatur* du juge. Le juge, qui ne doit modifier les termes du contrat, « *se borne à vérifier l'authenticité de l'accord de médiation* »¹⁰⁰ avant d'accorder l'homologation. Il ne peut la refuser qu'en cas de contrariété à l'ordre public de l'accord¹⁰¹.

L'Acte uniforme relatif à la médiation prévoit *in fine* que la décision du juge qui accorde l'homologation ou l'*exequatur* n'est susceptible d'aucun recours. Celle qui refuse l'homologation ou l'*exequatur* ne peut faire l'objet que d'un pourvoi devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, qui statue dans un délai maximum de six (6) mois. Le recours est possible si, à l'expiration du délai de quinze (15) jours après l'introduction de sa demande d'homologation, le requérant a bénéficié automatiquement de l'homologation conformément à l'alinéa 6 de l'article 16 ; la partie adverse est alors admise à saisir la CCJA d'un recours contre l'acte d'homologation automatique. Les modalités de cette saisine sont précisées par le texte : elle est opérée lorsque le défendeur « *estime que l'accord de médiation est contraire à l'ordre public* » et cela, « *dans les quinze (15) jours de la notification de l'accord revêtu de la formule exécutoire* »¹⁰². Ce recours est alors suspensif de l'exécution de l'accord de médiation. A cela, s'ajoute le fait que la procédure de médiation peut plutôt connaître une issue moins heureuse.

¹⁰⁰ L. POSOCCO, « L'exécution de l'accord de médiation Ohada : principe de faveur », *Lexbase, Edition Ohada*, avril 2018, n°10, p. 63 et s.

¹⁰¹ Article 16 (5 et 6) AUM.

¹⁰² Article 16 (6) AUM.

2- L'issue négative de la procédure de médiation

Si le souhait des médiés est que le processus de médiation enclenché apporte une solution à leur différend, il peut arriver qu'il n'en soit pas ainsi. Diverses raisons peuvent justifier cette issue peu heureuse (a). Dans cette situation, les associés peuvent faire recours à la juridiction judiciaire ou arbitrale (b).

a- Les causes d'extinction de la procédure de médiation

Les causes d'extinction de la procédure de médiation sont énumérées à l'article 12 de l'AUM. La médiation peut se solder par un accord de médiation signé des associés. Cependant, il arrive que cet accord ne puisse être trouvé en raison de la divergence d'opinions des associés ou pour toute autre raison. La médiation peut aussi s'achever par la déclaration écrite du médiateur indiquant, après consultation des associés, que de nouveaux efforts de médiation ne se justifient plus, à la date de la déclaration, ou lorsqu'une partie des associés ne participe plus aux réunions de médiation malgré des relances du médiateur¹⁰³.

La médiation peut également prendre fin par la déclaration écrite des associés adressée au médiateur indiquant qu'ils mettent fin à la procédure de médiation, à la date de la déclaration ou d'un associé adressée à l'autre associé ou aux autres associés et, si un médiateur a été nommé, au médiateur, indiquant qu'il est mis fin à la procédure de médiation, à la date de la déclaration.

Enfin, l'expiration du délai de médiation sauf si les parties décident conjointement de prolonger ce délai en accord avec le médiateur, peut entraîner la fin de la procédure de médiation. L'associé qui entend se prévaloir de la fin de la médiation, est tenu d'en apporter la preuve et ce, par tout moyen. Bien plus, il peut faire entendre sa cause devant une juridiction arbitrale ou judiciaire.

b- Le renvoi des associés devant une juridiction arbitrale ou judiciaire

Lorsqu'une solution heureuse n'est pas trouvée entre les parties, ou lorsque le délai de médiation convenu par les parties est écoulé et en l'absence de prorogation, les

¹⁰³ Article 12 (1) b AUM.

parties peuvent se tourner vers une juridiction judiciaire ou arbitrale pour trouver une solution au différend qui les oppose. Le recours au tribunal arbitral ou à la juridiction judiciaire ne sera possible qu'après l'expiration de la période fixée par les parties ou la survenance d'un événement¹⁰⁴ préalablement déterminé par elles. Ainsi, les associés peuvent être renvoyés devant le juge judiciaire dans deux hypothèses : la première, est l'exercice d'une procédure de sauvegarde des droits et la seconde, est la non médiation totale intervenue entre les associés.

En effet, le législateur Ohada reconnaît à l'associé le plus diligent le droit de saisir le juge judiciaire pour « *engager, à des fins provisoires et conservatoires, une procédure pour la sauvegarde de ses droits* » alors qu'une procédure de médiation est pendante¹⁰⁵. Ces mesures de sauvegarde de droits sont en réalité des saisies conservatoires prises au sens large, qui ont but d'empêcher que l'associé débiteur n'organise son insolvabilité ou que les créanciers de l'associé débiteur ne distraient certains biens du premier¹⁰⁶. Cependant, la saisine du juge judiciaire aux fins d'exercice des mesures provisoires ou conservatoires a pour effet de suspendre la procédure de médiation et non d'y mettre fin. Après la réalisation de la procédure de sauvegarde des droits, les associés sont renvoyés par le juge à terminer la médiation préalablement entamée.

Ensuite, tout comme la conciliation, la procédure de médiation peut donner lieu soit à une médiation totale ou partielle, soit à une non médiation. La non médiation suppose que le médiateur n'a pas réussi à amener les associés à faire des concessions réciproques et que ces derniers n'ont pas accepté le projet d'accord qu'il leur a soumis. En cas de non-médiation, le médiateur la constate et interpelle les associés à se pourvoir soit devant l'arbitre, soit devant le juge judiciaire. Ils auront donc le choix, de se soumettre selon le cas, aux dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, ou au droit interne de l'État partie en cause.

A l'issue de cette étude, il apparaît que l'institution de la médiation comme moyen de gestion des différends entre associés est une bonne initiative qui a pour principal but de régler les difficultés pouvant survenir dans leurs rapports contractuels

¹⁰⁴ Article 15 AUM.

¹⁰⁵ Ce droit est en fait une exception de l'article 15 alinéa 1^{er} de l'Acte Uniforme qui pose un principe : l'interdiction de recourir à la justice arbitrale ou étatique en cas d'engagement préalable à la médiation.

¹⁰⁶ Voir, article 54 de l'AUPSRVE.

ou non. L'intervention du juge ou celle d'autres auxiliaires de justice dans la phase de l'exécution de l'accord issu de la médiation et la possibilité restreinte liée à l'échec de ce MARD ne sauraient occulter ses nombreux atouts. Outre les avantages généraux que comportent les autres MARD à savoir la célérité, la confidentialité, l'expertise, le titre exécutoire pour l'essentiel sans que les exigences du procès équitable ne soient méconnues, la médiation confère aux associés la possibilité de fabriquer la solution idéale qui concilie à la fois leur intérêt commun, l'intérêt de la société et l'*affectio societatis* à leurs différends, grâce à l'aide du médiateur.

LA MEDIATION

DANS UN CONTEXTE DE DEJUDICIARISATION DU CONTENTIEUX DANS LE SECTEUR DE L'ELECTRICITE CAMEROUNAIS



Elyse Cyrielle BOLO

Doctorante en Droit privé fondamental à l'Université de Douala (Cameroun)

Stagiaire à l'Agence de Régulation du Secteur de l'Électricité (ARSEL)

Dans son allocution du 19 août 2017 à l'occasion de l'Assemblée générale de l'Union des Magistrats du Sénégal, Monsieur Sidiki KABA, Ministre de la Justice a affirmé que « la justice est le fondement de l'État de droit ». Elle est rendue au nom du peuple par le juge, fidèle « bouche du droit »¹. Il s'agit ici de la justice étatique incarnée par les différents tribunaux et cours dont les trois principales missions sont de protéger, de décider et de sanctionner². Elle dispose à cet effet de la force publique pour faire exécuter tous les actes et décisions qu'elle prend. Mais deux reproches lui sont fait : son caractère onéreux et sa lenteur. Pour y pallier, l'État a institué à côté de la justice étatique, la justice alternative : c'est l'avènement de la déjudiciarisation.

Inaugurée en Allemagne en 1920 avec la création du *Rechtspfleger*³, prenant forme aux États-Unis en 1976⁴, se développant en France dans les années 1970-

¹ MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois* (1948), Paris, Flammarion, 2008, Livre XI, chap. VI, p.252.

² Afin de préserver la vie en société, la justice protège les citoyens, tranche les conflits et sanctionne les comportements interdits.

³ Le *Rechtspfleger* était l'organe chargé de résoudre les litiges en Allemagne après la première Guerre Mondiale en raison du manque de magistrats.

⁴ La déjudiciarisation trouve ses origines aux Etats Unis dans les années 1976 à la faveur des recommandations de la commission présidentielle sur le maintien de la loi et de l'administration de la justice. Voir P.NEJLSKY, « Division : The promise and the danger », *Crime and Delinquency* 1976, XXII, 4, pp. 393-410 cité par Laplante Jacques, Actualités bibliographiques : la déjudiciarisation : sa portée au niveau communautaire (aux Etats-Unis). In : *Déviance et société*. 1977- Vol. 1-N°4. pp. 459-470.

1980 et au Cameroun à la fin des années 1990⁵, la déjudiciarisation s'imisce dans divers mécanismes judiciaires.

La question de la déjudiciarisation fait couler beaucoup d'encre et de salive parce que dans certains cas elle peut s'accompagner de déjuridictionnalisation. En réalité on parle des déjudiciarisations car le mot renvoie à des pratiques différentes⁶.

D'abord, la déjudiciarisation peut s'entendre comme l'opération par laquelle le législateur peut décider de retirer une compétence au juge, afin de la conférer à une entité extérieure, telle que l'officier d'état civil ou le notaire, ce qui constitue une déjudiciarisation doublée d'une déjuridictionnalisation⁷.

Ensuite, le législateur peut transférer à une entité extérieure une compétence initialement dévolue au greffe, auquel cas la déjudiciarisation n'implique pas de déjuridictionnalisation puisque le traitement initial n'était pas juridictionnel⁸.

Enfin, il est permis de qualifier de « déjudiciarisation », l'opération consistant pour le législateur à transférer à une autorité administrative le règlement de certains aspects d'un litige jusqu'alors entièrement confié au juge judiciaire, auquel cas la déjudiciarisation consiste en un allègement de l'office du juge spécifiquement judiciaire, et ne s'accompagne pas vraiment d'une déjuridictionnalisation puisque c'est la nouvelle entité qui va désormais trancher ces aspects du litige⁹. Dans le cadre de cette étude, nous adopterons comme définition de la déjudiciarisation, le transfert de compétence du juge vers des entités extrajudiciaires.

La déjudiciarisation est une notion qui renvoie inéluctablement aux modes alternatifs de règlement de différends (MARD) dont l'objectif commun est de décongestionner les juridictions étatiques et libéraliser l'accès à la justice. C'est cet objectif qui a inspiré le législateur camerounais à consacrer la conciliation et

⁵ Au Cameroun, et plus précisément dans le secteur de l'électricité, la déjudiciarisation a été instituée aux articles 46 à 49 de la loi N°98/022 du 24 décembre 1998 régissant le secteur de l'électricité abrogée et remplacée par la loi N° 2011/022 du 14 décembre 2011 régissant le secteur de l'électricité au Cameroun

⁶ <https://theses.hal.science/tel-02064791>, C-H. MASSOSSO BENGA, *La déjudiciarisation de l'arbitrage OHADA*, p.17.

⁷ Ibid.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibid.

l'arbitrage comme modes alternatifs de règlement des différends dans le secteur de l'électricité. En effet, peu importe le sous-secteur¹⁰, le contentieux de l'électricité est à la fois passionnant, riche et surtout complexe¹¹. Mais en dépit de ces caractéristiques, le législateur fait fi de la pléthore des MARD¹² existant et notamment de la médiation, à la différence de ses homologues étrangers qui eux, ont institué la médiation soit dans le secteur large de l'énergie soit dans le secteur de l'électricité¹³. D'où tout l'intérêt de notre analyse.

La médiation est une technique de résolution amiable des différends entre deux ou plusieurs personnes. Elle est reconnue aussi bien en droit coutumier qu'en droit écrit¹⁴.

En droit coutumier, la médiation est une justice de proximité dont l'organisation et le fonctionnement varient d'un pays à l'autre, d'une culture à l'autre. Elle est rendue par un conseil qui prend généralement l'appellation : conseil d'anciens, conseil tribal, tribunal chariatique, conseil des notables, conseil coutumier ou arbre à palabres¹⁵, etc. Il s'agit concrètement d'un mode de règlement pacifique de litiges très restreints tels que les conflits familiaux, fonciers et les troubles de voisinage qui ont pour but de prévenir et de garantir la paix au sein du clan ou de la tribu. Cependant, la médiation traditionnelle a plusieurs faiblesses. Premièrement sa procédure est purement orale et les résolutions arrêtées à son issue ne sont pas consignées par écrit. Deuxièmement, les sanctions prononcées en cas de non-respect des résolutions consistent plus à une réprobation sociale,

¹⁰ Le secteur de l'électricité admet cinq sous-secteurs : la production, le transport, la gestion du réseau de transport, la distribution et la gestion du réseau de distribution.

¹¹ Le contentieux de l'électricité est passionnant parce qu'il fait intervenir plusieurs acteurs : l'Etat, les sociétés et établissements publics, les opérateurs, les grands comptes et les usagers. Il est riche en raison de l'abondance des contestations portées aussi bien devant les instances judiciaires qu'extrajudiciaires et complexe parce qu'il porte sur des chaînes de contrats.

¹² Il existe plusieurs MARD que l'on retrouve aussi bien en droit pénal qu'en droit civil : transaction, médiation, conciliation, divorce sans juge, tentative de règlement amiable, composition pénale, alternatives aux poursuites, convention de procédure participative, convention judiciaire d'intérêt public, etc. Voir S. CIMAMONTI et J-B PERRIER, Les enjeux de la déjudiciarisation, LGDJ, Lextenso, 1^{ère} éd., 2019.

¹³ En France, il est institué le médiateur national de l'énergie.

¹⁴ La médiation traditionnelle est appliquée par les autorités traditionnelles. Au Cameroun, elle est développée dans les régions où la chefferie traditionnelle incarnée par son chef est assez forte comme c'est le cas dans le grand ouest et le grand nord. Lire à cet effet J. MINLA MFOU'OU, « Etat des lieux de la médiation au Cameroun », *in* *Conseil international de la Médiation*, 2014, en ligne (<https://www.cim-imc.cdn.ampproject.org>), consulté le 15 septembre 2023 à 15h00.

¹⁵ <https://www.radiofrance.fr/podcasts>, consulté le 27 septembre 2023 à 2h30. Voir aussi J. NGUEBOU, « Résolution pacifique des conflits et respect au sein des communautés villageoises du Cameroun : cas du groupement Ndong Ngond face à la crise de Maholé. *In* *Gouvernance en Afrique*, Yaoundé, août 2002, en ligne (<https://www.afrique-gouvernance.net>), consulté le 27 septembre à 3h04.

une exclusion temporaire ou permanente du groupe qu'en une sorte de réparation, ce qui laisse court à l'arbitraire. Troisièmement et enfin, la médiation coutumière n'est pas adaptée à des litiges d'envergure macro-économique, et donc inadaptée aux sociétés en plein essor. D'où l'urgence pour le droit écrit de consacrer et d'aménager cette pratique.

En droit écrit, la médiation désigne un mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes (en raison le plus souvent de son autorité personnelle), à proposer à ceux-ci un projet de solution, sans se borner à s'efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation, mais sans être investi du pouvoir de le leur imposer comme décision juridictionnelle, à la différence de l'arbitrage et de la juridiction étatique¹⁶. Elle est également, au sens de l'article 1^{er} de l'Acte Uniforme OHADA relatif à la médiation du 23 novembre 2017 « tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord (ci-après le « différend ») découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des Etats »¹⁷. Elle est donc un peu plus dynamique que la plus part des MARD. En réalité, il s'agit du MARD qui couvre le plus de domaines du droit. On la retrouve, en droit du travail, du sport, droit public interne et international public¹⁸ et même en droit de l'énergie.

Relativement au droit de l'énergie, il faut dire que la médiation peut y être instituée aussi bien dans le secteur des hydrocarbures, des énergies nucléaires que dans le secteur de l'électricité. Par secteur de l'électricité au Cameroun, il faut entendre l'ensemble des activités de production à partir de toute source primaire ou secondaire d'énergie, de transport, de distribution, de fourniture, d'importation, d'exportation et de vente de l'électricité, réalisées par toute personne physique ou morale sur le territoire¹⁹.

¹⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 12^{ème} éd. mise à jour, Quadrige, PUF, 2018, p.1388.

¹⁷ OHADA signifie Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. Il s'agit du droit communautaire applicable en matière du droit des affaires aux Etats signataires du traité OHADA signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis à l'île Maurice.

¹⁸ En droit public et droit international public, la médiation est instituée pour surveiller l'action administrative. Elle est incarnée par l'Ombudsman.

¹⁹ Article 1^{er} de la loi N°2011/022 du 14 décembre 2011 régissant le secteur de l'électricité.

Si l'on peut comprendre le choix du législateur camerounais d'établir dans le secteur de l'électricité la conciliation et l'arbitrage, rien ne saurait justifier sa réticence à ne pas y inclure la médiation aux vues de l'accroissement du contentieux observé depuis une décennie et de l'engorgement du service de la conciliation de l'Agence de Régulation du secteur de l'électricité (ARSEL). Mais quelle serait la plus-value de la médiation dans un secteur dont le contentieux est d'ores et déjà soumis à la conciliation et l'arbitrage ?

La question posée ci-haut peut paraître sans intérêt à première vue, mais elle vaut tout son pesant d'or lorsque l'on évalue l'efficacité et l'effectivité de l'arbitrage et de la conciliation en matière de gestion du contentieux dans le secteur de l'électricité, intérêt juridique de notre étude. Cette question revêt également un intérêt économique notamment pour les opérateurs du secteur de l'électricité, parce qu'ils sont enclins à s'intéresser aux MARD où le traitement du contentieux est rapide. Chose qui a pour effet de faciliter la rentabilité de leurs activités et la pérennisation de leurs investissements.

Notre analyse qui s'inscrit dans le temps est en réalité une interpellation faite au législateur à consacrer à côté de l'arbitrage et la conciliation, la médiation, en lui exposant les retombées bénéfiques que produira cette dernière dans le secteur de l'électricité. Ainsi, l'institution de la médiation dans le secteur permettra non seulement d'accroître l'efficacité de la résolution des différends qui opposent le distributeur à l'utilisateur de l'électricité **(I)** mais aussi de combler les insuffisances du législateur en matière de résolution des conflits entre professionnels du secteur **(II)**.

I- La médiation, facteur d'accroissement de l'efficacité de la résolution des différends entre le distributeur et l'utilisateur

Le législateur camerounais en consacrant en 2011 la conciliation au sein de l'ARSEL²⁰ avait entre autres objectifs la décongestion des juridictions étatiques et

²⁰ Article 85 alinéa 1^{er} de la loi N° 2011/ 022 du 14 décembre 2011 régissant le secteur de l'électricité au Cameroun : « l'Agence de Régulation du Secteur de l'Electricité peut être saisie dans le cadre d'une procédure de conciliation par toute personne physique ou morale, par toute organisation professionnelle ou association d'utilisateurs, afin de régler les conflits entre les usagers, d'une part, et les opérateurs d'autre part ». Même si le

le maintien de la relation contractuelle existant entre le distributeur et l'utilisateur. Seulement, ces objectifs louables se heurtent une décennie plus tard à plusieurs obstacles, lesquels ont pour conséquence de fragiliser l'efficacité de la conciliation²¹. Il faut donc repenser la résolution des différends entre distributeur et les usagers par la consécration de la médiation, qui juxtaposée à la conciliation favorisera la gestion optimale du contentieux de la distribution de l'électricité **(A)** et réduira le déséquilibre structurel existant entre les parties **(B)**.

A- La gestion optimale du contentieux de la distribution de l'énergie électrique par juxtaposition de la conciliation et de la médiation

La gestion optimale est une expression propre à la science économique. Elle désigne l'exécution des commandes y compris par sous-traitance, visant à satisfaire au maximum toutes les parties²². Ainsi parle-t-on souvent de la gestion optimale des commandes. Elle renvoie donc à la recherche de l'efficacité. Pareillement, la gestion optimale du contentieux de la distribution de l'énergie vise à promouvoir et à renforcer l'efficacité des moyens mis en œuvre pour résoudre les conflits entre le distributeur, qui dans le cas d'espèce est la société Eneo (New Energy of Cameroun) et les usagers de l'électricité. Pour ce faire, il nous semble judicieux de prévoir à côté de la conciliation de l'ARSEL (Agence de Régulation du Secteur de l'Électricité) la médiation à l'effet de décongestionner le service chargé d'organiser la première **(2)**. Si la gestion optimale du contentieux de la distribution vise l'accroissement de l'efficacité des modes alternatifs usités pour solutionner les litiges entre Eneo et les usagers du secteur de l'électricité, elle n'est en aucun cas synonyme d'arbitraire et devra obéir au principe du non-cumul de la conciliation et de la médiation **(1)**.

1- La consécration du principe du non-cumul de la conciliation et de la médiation

La conciliation et la médiation sont deux modes alternatifs que l'on peut associer pour apporter remède aux conflits entre usagers et Eneo sans toutefois les

législateur parle d'opérateurs au pluriel, seul le distributeur peut être en conflit avec l'utilisateur et donc, fondé à bénéficier de la conciliation parce que l'utilisateur en droit camerounais ne peut être fourni en électricité que par le distributeur ».

²¹ La conciliation n'est plus suffisante pour assurer la résolution des conflits entre distributeur et usagers en raison de la densité du contentieux due à un boom démographique et à la modernisation de la vie

²² <https://www.lalanguefrancaise.com>

cumuler. Le principe du non cumul de la conciliation et de la médiation envisagé, inspiré du principe du non cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle²³, vise à instituer la liberté de choix de la procédure qui sera appliquée à Eneo et à l'usager en cas de différend porté devant l'ARSEL.

Par usager il faut entendre la personne physique ou morale connectée à un réseau de distribution en vue d'être approvisionnée en électricité au point de livraison²⁴. C'est un terme technique qui renvoi au consommateur, et dont la définition est donnée par l'article 2 de la loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun. Est consommateur au sens de cet article « toute personne qui utilise des produits pour satisfaire ses propres besoins et ceux des personnes à sa charge et non pour les revendre, transformer ou les utiliser dans le cadre de sa profession, ou toute personne qui bénéficie des prestations de service ». Le consommateur ou usager de l'électricité est donc sur la base de la définition précédente la personne physique ou morale qui utilise l'énergie électrique en vue de satisfaire ses besoins personnels ou ceux des personnes à sa charge. C'est un acteur protégé par les agences de régulation en général²⁵ et dans notre contexte, il s'agit de l'ARSEL.

Le principe du non cumul de la conciliation et de la médiation, qui tend à imposer aux parties à un différend relatif à la distribution de l'énergie électrique de faire un choix entre ces deux modes alternatifs de résolution des conflits, prendra effet dès le jour du dépôt de la requête à l'ARSEL. En effet, selon les articles 2 et 6 de la résolution XXXII-12-2015/ARSEL/CA du 10 juillet 2015 adoptant le Règlement de conciliation de l'ARSEL, tout différend portant sur le montant d'un devis, le montant d'une facture, les pénalités /calcul de rappel de consommation, l'application des arrêtés tarifaires, la qualité de la fourniture de l'énergie électrique,

²³ Le principe du non cumul de la responsabilité délictuelle et contractuelle interdit aux justiciables d'engager à la fois la responsabilité délictuelle et contractuelle de l'auteur d'un dommage. La responsabilité civile est soit contractuelle, soit délictuelle. Voir P. JOURDAIN, *Les Principes de la Responsabilité Civile*, 7^{ème} éd. , Paris, Cedex, Dalloz, 2007, p. 32.

²⁴ Voir article 2 de l'arrêté n°00000013/MINEE du 26 jan 2009 portant approbation du Règlement du Service de distribution publique d'électricité de la société AES SONEL, subrogée par ENEO depuis 2014 et article 5 de la loi régissant le secteur de l'électricité.

²⁵ M.A. MOUTHIEU, « Regard d'un universitaire sur la protection du consommateur des technologies de l'information et de la communication », in M.A. MOUTHIEU (sous dir.), *Le Consommateur des technologies de l'information et de la communication en Afrique noire francophone*, Série communication, Etudes africaines, l'Harmattan, 2021, p. 17.

les dommages électriques, l'installation et la fiabilité des équipements de mesure de l'énergie électrique, doit être porté à la connaissance de l'ARSEL par le biais d'une requête en contestation adressée au Directeur général de l'Agence par l'utilisateur ou Eneo²⁶. Ladite requête doit être constituée conformément aux dispositions des articles 6.1 et 7 du même texte et déposée par la partie diligente à l'ARSEL²⁷. Au fait, le jour du dépôt de la requête le demandeur devra remplir un formulaire qui contiendra des informations détaillées sur les deux voies usuelles de règlement des conflits et l'interpellera à choisir soit la conciliation soit la médiation comme mode de règlement du litige. Ce formulaire sera délivré par le service de la protection du consommateur à la partie diligente, qui devra le remplir et le retourner à un agent dudit service. Le service de la protection du consommateur notifiera par la suite à la partie adverse, l'existence d'une contestation à son égard, l'option de procédure choisie par le demandeur. Cette dernière à son tour devra infirmer ou confirmer l'option retenue par le demandeur. En cas d'infirmerie, l'ARSEL tranchera du choix de procédure en fonction des circonstances de la cause.

Si le principe du non cumul de la conciliation et de la médiation a pour effet d'interdire l'application simultanée de ces modes de résolution des différends à la même affaire, rien n'empêchera aux parties qui avaient au préalable choisies la conciliation, d'opter pour la médiation suite à la non conciliation constatée entre-elles. Mais peu importe que les parties l'aient choisi en premier ou par défaut, la médiation serait une solution efficace pour la décongestion du service la conciliation

2- La décongestion du service de la conciliation

La conciliation est organisée par le service de la conciliation de l'ARSEL²⁸, logé dans le service de la protection du consommateur de l'Agence. Elle revêt deux formes : l'audience de conciliation pour les cas de surfacturation, sous-facturation

²⁶ Articles 2, 6 de la résolution XXXII-12-2015/ARSEL/CA du 10 juillet 2015 adoptant le Règlement de conciliation de l'ARSEL ;

²⁷ L'article 6 du Règlement de conciliation de l'ARSEL pose que la requête déposée à l'Agence doit être faite par lettre recommandée avec accusé de réception, adressée au Directeur Général ou par courrier électronique à l'adresse de l'Agence. L'article 7 donne des précisions sur les informations que la requête doit contenir ou pièces qui doivent figurer dans le dossier de requête. Il s'agit : des nom et adresse du demandeur, et s'il est question d'une personne morale, sa forme, sa dénomination ou sa raison sociale, l'adresse de son siège social et l'organe qui la représente légalement, de nom ou la raison sociale et l'adresse de l'opérateur, du numéro d'abonnement, si le demandeur est abonné, d'une description complète de l'objet de la réclamation et l'évaluation chiffrée de celle-ci, accompagnées des copies des pièces justificatives, etc.

²⁸ Voir article 3 du Règlement de conciliation de l'ARSEL.

et de réparation de sinistres, et les descentes sur le terrain effectuées soit unilatéralement par les agents assermentés d'Eneo soit conjointement les agents assermentés de l'ARSEL et d'Eneo pour les cas de fraude, les rétablissements d'énergie, etc.

La conciliation telle que pratiquée à l'Agence souffre de beaucoup de maux qui ralentissent son déroulement et partant fragilise son efficacité et sa mission en matière de résolution des conflits relatifs à la distribution de l'énergie électrique. En fait, la procédure de conciliation est entravée par des divers obstacles imputables à l'ARSEL, à Eneo et à la nature de l'ARSEL²⁹, lesquels sont observables aussi bien pendant la circulation des requêtes, au moment de leur instruction, au prononcé de la décision et même après son prononcé. Il s'agit concrètement des lenteurs administratives, des renvois inopinés des audiences de conciliation et descentes sur le terrain, du caractère non coercitif du procès-verbal, etc. Il convient de relever que toutes ces entraves, qui ont pour principal effet de congestionner la procédure de conciliation pourront facilement être jugulés avec la médiation.

En réalité, les renvois inopinés des séances de conciliation constituent l'obstacle majeur de la procédure de conciliation. Ils sont dus au fait que le conciliateur cherche à tout prix à rapprocher les parties sans toutefois leur proposer une solution concrète. Ce qui accroît la longueur de la procédure de conciliation, qui dans bien de cas met plus d'un an à en juger la différence de temps entre la date de dépôt de la requête et celle de la dernière audience³⁰. Or les délais de la médiation sont nettement courts. Effectivement le délai maximal accordé à un médiateur pour clôturer une affaire qui lui a été soumise est de six mois. Ce délai nous semble justifier eu égard à la pratique de la médiation dans d'autres secteurs d'activités, parce que le médiateur n'a pas à s'éterniser dans les débats avec les parties. Ce qui lui est demandé c'est de trouver une solution concrète dans de brefs délais, afin de clôturer l'instance, libérer les parties et résoudre de nouveaux cas. Mais pour y arriver,

²⁹ Les obstacles imputables à l'ARSEL sont le manque de personnel, le non-respect des délais de conciliation, le suivi d'une requête par plusieurs conciliateurs, etc. Les obstacles imputables à ENEO sont les renvois inopinés des audiences de conciliation et descentes sur le terrain, le refus d'ENEO d'exécuter spontanément la réparation et la lenteur et la forfaitisation de la réparation. La nature d'établissement public de l'ARSEL fait que les procès-verbaux qu'elle établit n'ont pas de force juridique, sous-réserve de l'homologation du juge judiciaire. Ce qui a comme effet de ternir l'effectivité de la conciliation.

³⁰ Procès-verbal de la rencontre trimestrielle de suivi-évaluation des résolutions de la conciliation de l'ARSEL, décembre 2022.

encore faudrait-il consacrer légalement la médiation et l'aménager sur les plans juridique et institutionnel tout comme la conciliation³¹. La consécration de la médiation ne permettra pas seulement de décongestionner la conciliation. Elle contribuera encore plus à réduire le déséquilibre structurel qui existe entre le distributeur et l'utilisateur.

B- La réduction du déséquilibre structurel entre le distributeur et l'utilisateur

Originaire des États-Unis³², le mouvement de protection du consommateur ou consumérisme a connu une consécration mondiale le 09 avril 1985³³. Il a ensuite été réceptionné aussi bien par le droit communautaire que national. Au Cameroun, c'est à la faveur de la loi-cadre portant protection du consommateur précitée, que le consumérisme va être pleinement reconnu. Il promeut la protection du consommateur parce qu'il est la partie la plus faible ou ignorante face à des professionnels³⁴ avisés, rusés et économiquement puissants³⁵. Il est question en de termes plus simples de lutter contre le déséquilibre structurel qui existe entre profane et professionnel, et ce, peu importe le domaine de consommation. C'est cet objectif qui est recherché avec la consécration de la médiation au rang des modes alternatifs de résolution des litiges entre usagers et distributeur. Au fait, la médiation contribuera fortement à réduire le déséquilibre entre les parties en ce qu'elle rééquilibrera les rapports entre usagers et distributeur **(1)** par le biais de son projet de solution, qui, une fois accepté et signé par les parties acquerra l'autorité de la chose jugée **(2)**.

³¹ L'aménagement juridique de la médiation consiste en l'élaboration d'un règlement de médiation alors que l'aménagement institutionnel fait référence aux locaux qui abriteront le service de la médiation ainsi qu'à la dotation en personnel utile pour le plein fonctionnement dudit service.

³² Voir Court of Appeals for the third Circuit-172 F.2d 80 (3d Cir.1948), décembre 1948 et Supreme Court of New Jersey, 32 NJ/358 (1960) 161 A 2 d. 69.

³³ Il s'agit de la Résolution n°39/248 de l'Assemblée générale de l'ONU du 09 avril 1985 reprise par le Conseil économique et social dans sa Résolution 199/7 du 26 juillet 1999 révisée par la Résolution n°70/186 de l'ONU du 22 décembre 2015

³⁴ Selon l'article 4 de loi n° 2015/018 régissant l'activité commerciale au Cameroun, le professionnel est « toute personne physique ou morale qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

³⁵ J. KOM, « L'obligation d'informer les consommateurs » in F. Anoukaha et A-D OLINGA (sous coord.), *L'obligation, Etudes offertes au professeur Paul-Gérard Pougoué*, Harmattan-Cameroun, 2015, p. 420.

1- Le rééquilibrage des rapports entre distributeur et usagers du secteur de l'électricité

Le rééquilibrage des rapports entre distributeur et usagers se matérialisera dans le projet de solution que le médiateur sera appelé à soumettre aux parties, qui devra contenir des dispositions protectrices des droits et intérêts des consommateurs. Raison pour laquelle, il faudrait que le médiateur soit une personne qui connaît et comprend l'organisation et le fonctionnement du secteur et du marché de l'électricité, qui a des connaissances avérées sur le droit de l'électricité et une formation de qualité en droit de la médiation. L'ARSEL devra à cet effet se doter des experts qui assureront la bonne tenue des audiences de médiation et garantiront les droits des usagers. Mais que faut-il entendre par projet de solution ?

Le projet de solution est un écrit rédigé par le médiateur et qui contient des propositions qui aideront les parties à mettre fin à leur litige. En tant que tel, il doit être personnalisé, adapté au différend qui est pendant devant le médiateur et surtout protéger les droits de l'utilisateur, partie faible. A cet effet, l'on doit par exemple, retrouver dans ledit projet des dispositions qui accordent des privilèges au consommateur en présence d'un certain nombre de renvois sollicités par le distributeur ou de la non application par ce dernier des mesures recommandées par le médiateur lors de sa dernière audience, etc. Lorsque le projet de solution est approuvé et contresigné par les parties, il a la même valeur qu'une sentence arbitrale. Le droit OHADA lui reconnaît l'autorité de la chose jugée dont est dépourvu le procès-verbal de conciliation, état de chose qui aura un impact sur la résolution des différends touchant à la distribution de l'énergie électrique.

2- La reconnaissance de l'autorité de la chose jugée à la médiation conventionnelle

En l'état actuel du droit positif camerounais, la médiation ne fait l'objet d'aucune consécration textuelle. Ni le Code de procédure et commerciale du 16 décembre 1954, ni les lois de fond ne font référence à elle contrairement à la conciliation et à la transaction³⁶. Pourtant d'autres droits comme le droit

³⁶ Les textes de lois prévoient aussi bien la conciliation judiciaire que non judiciaire. Le Code de procédure civile et commerciale prévoit la conciliation judiciaire en matière de divorce entre époux à son article 475 : « *Le Président fera aux deux époux les représentations qu'il croira propres à opérer un rapprochement ; s'il ne peut y parvenir, il*

communautaire OHADA et le droit français consacrent la médiation aussi bien au plan judiciaire qu'extrajudiciaire. Laquelle consécration a été parachevée avec la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée à la décision rendue d'accord partie à la suite de la médiation conventionnelle.

L'article 16 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme OHADA relatif à la médiation reconnaît à la décision prise d'accord-parties l'autorité de la chose jugée lorsqu'il énonce que « si, à l'issue de la médiation, les parties concluent un accord écrit réglant leur différend, cet accord est obligatoire et les lie (...) ». Si en droit OHADA, la reconnaissance à l'accord de médiation de l'autorité de la chose jugée s'est faite aisément, en droit français tel n'a pas été le cas. Le cadre juridique de la médiation civile et commerciale au France s'est instauré en deux étapes.

La première étape est marquée par la loi n° 95/125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, et son décret d'application n° 96/ 125 en date du 22 juillet 1996, lesquels ont déterminé les conditions de mise en œuvre de la médiation ordonnée par le juge. Cette loi a été insérée dans le Code de procédure civile français aux articles 131-1 à 131-15.

La deuxième étape a été réalisée par l'ordonnance n° 2011/1540 du 16 novembre 2011 et son décret d'application n° 2012/66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, qui ont transposé la directive européenne 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur la médiation conventionnelle et commerciale dans le Code de procédure civile. Grâce à ces textes, le Code de procédure civile français prévoit aujourd'hui un livre V intitulé « *la résolution amiable des différends* » qui détermine les règles applicables à la médiation conventionnelle, et confère à la décision rendue à l'issue de la médiation conventionnelle l'autorité « de la chose jugée », comme il en était déjà pour la transaction³⁷. L'autorité de la chose jugée reconnue en à la médiation fait d'elle un MARD spécial, parce que contrairement au

rendra, en suite de la première ordonnance, une seconde portant qu'attendu qu'il n'a pu concilier les parties il les renvoie à se pourvoir sans citation préalable, au bureau de conciliation (...) ». La conciliation non judiciaire est prévue par plusieurs lois notamment le décret de création de l'Agence de Régulation des Télécommunications, la loi régissant le secteur de l'électricité et le décret n°2013/203 du 28 juin 2013 portant organisation et fonctionnement de l'ARSEL. La transaction quant à elle est prévue aux articles 2044 et suivants du Code civil de 1804 dans sa version applicable au Cameroun.

³⁷ Article 2052 du Code civil de 1804 dans sa version applicable au Cameroun « *Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* ».

procès-verbal de conciliation qui n'a aucune valeur légale, la décision constatant la médiation a la même autorité qu'un jugement ou une sentence arbitrale. Ce point constitue alors un argument tangible pour encourager le législateur camerounais non seulement à consacrer la médiation au sein de l'ARSEL, mais aussi à lui reconnaître l'autorité de la chose jugée en matière de résolution des conflits aussi bien entre distributeur et usagers qu'entre professionnels du secteur de l'électricité en vue de parfaire son œuvre législative de 2011.

II- La médiation, outil de comblement des insuffisances du législateur en matière de résolution des conflits entre les professionnels du secteur de l'électricité

Si dans les rapports entre distributeur et usagers de l'électricité la médiation serait un facteur d'impulsion de l'efficacité dans la gestion et la résolution non judiciaire des conflits, sa contribution dans la résolution des litiges entre les professionnels du secteur de l'électricité sera encore plus grande. En effet, l'instauration de la médiation dans les rapports entre professionnels de l'électricité aura deux enjeux majeurs. Le premier, instituer une option de mode alternatifs en matière de règlement des conflits entre opérateurs **(B)** et le second aménager un cadre de résolution des différends qui touchent aux grands comptes **(A)**.

A- La création d'un cadre de résolution des conflits des grands comptes

A la lecture des articles 85 et 86 de la loi régissant le secteur de l'électricité, l'on se rend compte que le législateur a prévu la conciliation comme moyen de protection des droits et intérêts des usagers de l'électricité et l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des conflits entre les opérateurs. En revanche, aucun moyen de règlement à l'amiable des différends n'a été prévu pour le grand compte. Pourtant, il s'agit d'un acteur important du secteur de l'électricité parce qu'il noue des relations contractuelles non seulement avec ses homologues mais aussi avec les opérateurs du secteur. D'où l'urgence d'instituer la médiation comme cadre de résolution des conflits pour les grands comptes afin de garantir leur sécurité juridique **(1)** et promouvoir l'initiative privée **(2)**.

1- L'intérêt juridique de l'institution de la médiation : la sécurité juridique des grands comptes

La consécration de la conciliation effectuée par le législateur mérite d'être félicitée parce qu'elle recherche la stabilité et la pérennité des contrats et activités en cours dans le secteur de l'électricité. Seulement l'on peut reprocher au législateur d'avoir réduit les acteurs du marché de l'électricité aux opérateurs et aux consommateurs. Or l'article 5 de la loi précitée fait état d'une autre sorte d'acteur, le grand compte, qui en réalité constitue une catégorie sui-generis entre le consommateur et le professionnel du secteur de l'électricité. Le grand compte est un acteur non négligeable du marché de l'électricité qui mérite lui aussi qu'une procédure non judiciaire de résolution des différends le concernant lui soit reconnue légalement. Mais qui est le grand compte ?

L'article 5 de la loi de 2011 régissant le secteur de l'électricité précédemment citée, consacré aux définitions, donne des éclairages sur qui est le grand compte. Aux termes de cet article, le grand comptant est un « négociant ou acheteur final industriel ou commercial d'électricité à très haute, haute et de moyenne tension, habilité à acheter de l'électricité directement auprès du transporteur, du producteur ou du vendeur ». En de termes plus clairs, le grand compte est une personne qui est habilitée à acheter l'électricité soit pour ses besoins personnels (acheteur final) soit pour les besoins de sa profession (négociant). L'on comprend alors que la définition du grand compte doit être comprise dans deux sens. Au sens large, le grand compte est une personne qui achète l'énergie pour faire fonctionner son entreprise ou son industrie. Il l'achète pour une consommation non domestique³⁸. Au sens strict, le grand compte ou négociant est un revendeur de l'électricité. Il lui est reconnu le droit d'acheter l'énergie soit auprès de la Société nationale de transport d'électricité (SONATREL) soit auprès d'un quelconque producteur ou vendeur d'énergie électrique et de la revendre à toute personne intéressée excepté les usagers³⁹.

³⁸ Exemple : Cimencam, Congelcam, Alubassa, etc. La plupart des grandes sociétés industrielles au Cameroun sont des grands comptes.

³⁹ Vu qu'ils sont soumis au régime de la distribution publique de l'énergie électrique.

En vertu de la diversité des opérations que le grand compte accomplit, il va de soi que le législateur puisse prévoir textuellement une procédure amiable de règlement des conflits où il peut se retrouver impliqué. La médiation nous semble être une alternative à explorer par le législateur afin d'assurer la sécurité juridique du grand compte. La consécration de la médiation dans les rapports entre grands compte ou entre grands compte et opérateurs sera un gage de sécurité juridique parce qu'elle protégera les droits des premiers⁴⁰. En effet, s'il est reconnu au juge d'être le défenseur des droits des citoyens, il est aussi reconnu à la loi au sens large de fixer le cadre théorique de la protection de leurs droits. Cette œuvre de sécurité juridique entamée par le législateur sera parachevée par le l'ARSEL et le cas échéant par le juge judiciaire. La consécration de la médiation comme mode alternatif de règlement des différends entre grands compte ne vise pas seulement la sécurité juridique mais encore plus la promotion de l'initiative privée.

2- L'intérêt économique de l'institution de la médiation : la promotion de l'initiative privée

Comme précédemment mentionné les grands comptes sont de grands industriels ou commerçants qui achètent l'électricité soit pour les besoins de leur activité, soit pour la revendre. Il ne faudrait donc pas qu'à cause d'une moindre difficulté ou différend, qu'ils n'arrivent pas à s'approvisionner en électricité parce que c'est cette électricité qui est le moteur de leur activité économique. L'institution de la médiation comme moyen de résolution à l'amiable des conflits entre grands comptes ou entre grands comptes et opérateurs aura pour effet de garantir la continuité des activités des parties. Ce qui est un facteur de promotion de l'initiative privée.

De plus, l'institution de la médiation comme mode alternatif de règlement de litiges impliquant les grands comptes aura un impact positif sur l'initiative privée parce qu'elle va encourager d'autres personnes à s'intéresser au secteur en qualité de grands

⁴⁰ La sécurité juridique est considérée de manière triviale comme un principe de droit qui vise à préserver les citoyens contre les effets secondaires négatifs du droit. Elle cherche à lutter contre l'incohérence du droit, la multiplication des normes, leur complexité excessive, l'instabilité et l'imprévisibilité juridique, les changements trop fréquents, etc. Aux termes de la déclaration Jacobine « *protéger les droits, c'est bien assurer la sécurité juridique* », v. F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », in C.c.C, n°11, 2001, en ligne (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc11/11.html>).

comptes. Si dans les rapports entre grands compteurs ou entre opérateurs et grands comptes nous préconisons la consécration unique de la médiation, dans les rapports entre opérateurs, nous recommandons au législateur d'instituer un choix entre l'arbitrage et la médiation en ce qui concerne la résolution de leurs conflits.

B- L'institution de l'option arbitrage/médiation en matière de résolution des conflits entre opérateurs du secteur de l'électricité

L'institution de deux MARD au choix au sein de l'ARSEL, est une politique stratégique qui aura comme avantages majeurs la sécurisation des investissements des opérateurs (1) et l'attractivité du secteur de l'électricité (2).

1- L'option arbitrage/médiation, moyen de sécurisation des investissements des opérateurs

L'arbitrage est depuis plus d'une vingtaine d'années l'unique mode alternatif de résolution des conflits impliquant les opérateurs du secteur de l'électricité. L'article 23.2 du contrat cadre de concession et de licence relatif à l'exploitation de plusieurs parties du secteur de l'électricité sur le territoire de la république du Cameroun entre l'État du Cameroun et la Société Nationale d'Électricité du Cameroun – SONEL, conclu le 18 juillet 2001, désigne l'arbitrage comme moyen de résolution des différends entre l'État et la SONEL⁴¹ découlant du contrat-cadre, des contrats dérivés ou de leurs annexes respectives⁴². Et ce choix a été transposé dans tous les contrats conclus entre l'État et les autres opérateurs. Ce n'est qu'en 2011 que le législateur dans la loi régissant le secteur de l'électricité va consacrer l'arbitrage comme voie de règlement amiable de différends entre opérateurs.

L'article 86 de la loi régissant le secteur de l'électricité dispose que « l'Agence de Régulation du Secteur de l'Électricité peut être saisie comme instance d'arbitrage

⁴¹ La SONEL (Société Nationale d'Electricité) était la société d'Etat chargée d'assurer la desserte de l'électricité sur toute l'étendue du territoire national. Suite à sa privatisation en 2001, elle est devenue AES- SONEL et en 2014 ENEO (New Energy of Cameroun) après acquisition par le groupe Actis des parts deAES-SONEL.

⁴² Article 23.2 du contrat cadre de concession et de licence relatif à l'exploitation de plusieurs parties du secteur de l'électricité sur le territoire de la république du Cameroun entre la République du Cameroun et la Société Nationale d'Electricité du Cameroun – SONEL « *tous différends entre les Parties découlant du présent contrat, des contrats dérivés ou de leurs annexes respectives seront tranchés définitivement suivant le Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale en vigueur à la date de commencement de la procédure, par trois (3) arbitres nommés conformément à ce Règlement* ».

par tout opérateur, aux fins de règlement des différends entre opérateurs ». Mais qui peut être opérateur du secteur de l'électricité camerounais ?

L'opérateur est une « personne physique ou morale de droit camerounais ayant le droit d'opérer une activité dans le secteur de l'électricité »⁴³. Il s'agit d'un puissant homme d'affaires ou agent économique camerounais ou étranger qui investit dans le secteur de l'électricité en y exerçant une activité notamment la production, la vente ou la distribution de l'énergie électrique. Raison pour laquelle son activité mérite d'être sécurisée.

En consacrant l'arbitrage dans le secteur de l'électricité, le législateur camerounais veut protéger l'activité des opérateurs en accélérant la résolution de leurs différends parce que « le temps c'est de l'argent ». Hélas ! Ce désir n'est encore qu'une volonté d'esprit parce que jusqu'à présent le centre d'arbitrage de l'ARSEL n'est aménagé ni juridiquement ni institutionnellement. Ce qui contraint les opérateurs à prévoir par compromis ou par clause compromissoire la saisine d'un centre d'arbitrage national, communautaire ou étranger pour résoudre leurs différends. De toute évidence, le non-fonctionnement du centre d'arbitrage de l'ARSEL constitue malheureusement une grosse perte pour les opérateurs. En fait même si les opérateurs ont la possibilité de se pourvoir devant d'autres instances d'arbitrage, il n'en demeure pas moins que le centre d'arbitrage de l'ARSEL reste l'instance idéale pour la résolution de leurs différends. L'Agence est l'institution à qui l'Etat a confié la mission de sécuriser l'activité économique des opérateurs et partant leur investissement parce qu'elle se doit de « veiller à l'équilibre économique et financier du secteur de l'électricité et à la préservation des conditions économiques nécessaires à sa viabilité »⁴⁴. Or elle échoue à cette mission, vu que son centre d'arbitrage n'est pas encore opérationnel. Il faut donc combler ce manquement en instaurant la médiation comme procédure pacifique de règlement des litiges surtout que son aménagement dans la pratique est plus aisé et plus rapide que l'arbitrage. Mais, la suggestion de la médiation comme mode alternatif de règlement des litiges entre opérateurs n'est en aucun cas exclusive de l'arbitrage. Il s'agit en fait d'une proposition de prévoir l'arbitrage et la médiation

⁴³ Voir article 5 de la loi régissant le secteur de l'électricité.

⁴⁴ Article 3 alinéa 1^{er} du décret n°2013/203 du 28 juin 2013 portant organisation et fonctionnement de l'ARSEL.

comme moyens de règlement à l'amiable des différends entre les opérateurs afin de laisser aux parties le choix sur la procédure qu'ils souhaitent suivre afin de sortir du différend qui les oppose.

Il est constant que les opérateurs veillent sur la rentabilité de leur activité. A cet effet, ils recherchent le moyen le plus efficace, le plus rapide pour résoudre leurs difficultés. D'où la nécessité de leur offrir une option entre l'arbitrage et la médiation au sein de l'ARSEL. Cette option s'inscrit dans une logique préventive de lutte contre la congestion de l'un ou de l'autre MARD. De plus, l'aménagement de l'arbitrage et de la médiation au sein de l'ARSEL serait un garant de la sécurité des investissements des opérateurs au moins pour deux raisons. D'une part, le fait que ce soit l'État qui organise le règlement à l'amiable des différends aura comme effet de rassurer les parties dans l'idée que peu importe la solution qui sera arrêtée, elle ne pourra que leur être bénéfique vu que l'ARSEL a pour attribution de veiller à la rentabilité économique du secteur. D'autre part, et comme précédemment évoqué, la médiation tout comme l'arbitrage de l'ARSEL aura cette particularité d'être organisée par des professionnels de l'électricité. Bien plus, le fait d'aménager deux voies de règlement pacifique des conflits entre opérateurs va accélérer le traitement du contentieux et faire gagner aux opérateurs non seulement du temps mais encore plus de l'argent. Au-delà de sécuriser l'activité économique de l'opérateur, l'institution de l'option arbitrage/médiation est un moyen d'attractivité du secteur de l'électricité.

2- L'option arbitrage/médiation, moyen d'attractivité du secteur de l'électricité

Le secteur de l'électricité, comme tout secteur d'activité se doit d'être attractif pour susciter l'intérêt des investisseurs. En effet, la consécration de l'option entre l'arbitrage et la médiation serait un puissant moyen d'attractivité du secteur de l'électricité en ce qu'elle permettra, si elle est avalisée par le législateur, de réviser et compléter la loi régissant le secteur de l'électricité. S'il est vrai que la révision d'un texte de loi permet son amélioration, il l'est encore plus vrai qu'elle est perçue comme un gage de fiabilité des institutions étatiques⁴⁵. De surcroît, l'institution de

⁴⁵ Ce sont les institutions de bretton woods qui ont, à partir de l'année 20005 milité en faveur de la révision de la loi de 1998/022 du 24 décembre 1998 régissant le secteur de l'électricité. Cette révision intervenue finalement en 2011 a permis l'introduction de nouveaux producteurs indépendants tels que Maroua Guider Solar Company

l'ARSEL comme centre de médiation dans les rapports entre opérateurs rendra le secteur de l'électricité plus attractif, parce que le fait de désigner une institution étatique comme organe chargé de recevoir et traiter le contentieux de l'électricité sera perçu par les investisseurs étrangers comme un élément de bonne foi et de sécurité de leur investissement.

Par ailleurs, pour rendre le secteur de l'électricité attrayant pour les investisseurs et les bailleurs de fonds il faut promouvoir « la concurrence et la participation du secteur privé en matière de production, de transport, de distribution, d'importation, d'exportation et de vente de l'énergie électrique dans les conditions objectives, transparentes et non discriminatoires »⁴⁶. Cet objectif qui participe du développement du secteur de l'électricité, est tributaire de la qualité des instances mises en œuvre pour résoudre les difficultés entre opérateurs du secteur. Raison pour laquelle nous pensons qu'en donnant la possibilité aux opérateurs de choisir entre l'arbitrage et de la médiation dans le secteur cela encouragera les futurs opérateurs à venir y investir.

Au demeurant, la consécration de la médiation par le législateur camerounais dans le secteur de l'électricité serait salutaire pour parachever le mouvement de déjudiciarisation du contentieux de l'électricité enclenché dans ledit secteur afin de le rendre plus attractif, compétitif et adapté aux besoins des usagers, grands comptes et opérateurs. D'où le plaidoyer fait au législateur de réviser la loi régissant le secteur de l'électricité et partant réformer le secteur de l'électricité.

(MGSC) et la construction du barrage hydroélectrique de Natchigal, dont la gestion a été confiée à l'entreprise NHPC (Natchigal Hydro Power Company).

⁴⁶ Article 3 alinéa 1^{er} du décret n°2013/203 du 28 juin 2013 portant organisation et fonctionnement de l'ARSEL.

LES ENJEUX DE LA MEDIATION DANS L'ESPACE OHADA :

ASPECTS DE DROIT DES SOCIETES



Sorelle NGOUMDA Lola épouse ANABA

Docteur en Droit Privé, Université de Yaoundé 2

L'espace OHADA a été institué le 17 octobre 1993 par la signature d'un Traité à Port Louis en Île Maurice portant Traité OHADA ; qui fut révisé le 17 octobre 2008 au Canada. Il est constitué de 17 États membres parmi lesquels figure le Cameroun. Le Traité en lui-même est emboîté par 10 actes uniformes régissant divers aspects du droit des affaires dont, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) adopté le 17 avril 1997 puis révisé le 30 janvier 2014 à Ouagadougou au Burkina Faso et celui relatif à la médiation adopté le 23 novembre 2017 à Conakry en Guinée et entré en vigueur le 15 mars 2018. L'adoption de l'Acte uniforme relatif à la médiation (AUM) en 2017 est une manifestation de la volonté du législateur OHADA de créer un climat de confiance dans la pratique judiciaire¹ afin d'offrir aux associés ou encore aux investisseurs le choix des procédures quant au règlement de leurs différends contractuels. En effet, les articles 147 et 148 de l'AUSCGIE disposent qu'en cas de litige entre associés ou entre plusieurs associés et la société, celui-ci relève de la juridiction compétente. Il peut également être soumis à l'arbitrage ou à d'autres modes alternatifs de règlement des différends. Généralement, le terme médiation est utilisé à des fins variables car il s'agit d'un mode alternatif de règlement de différend (MARD) auquel les articles précités en font référence.

À cet effet, l'article 1 (a) de l'AUM, dispose que la médiation est « *tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel*

¹ NGOUMDA (S. L.), L'attractivité des investissements privés dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun », Thèse de Doctorat, Université de Yaoundé II, 2021, p. 112.

ou d'un désaccord (ci-après le différend) découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des États». Il découle de cette définition que, la médiation est un mécanisme de résolution des conflits par le rétablissement du lien entre les personnes avec l'aide d'un tiers qui n'est pas doté du pouvoir de trancher².

Le législateur OHADA a retenu deux types de médiation : la médiation conventionnelle et la médiation judiciaire³. Concrètement, la médiation conventionnelle intervient en dehors de toute instance judiciaire. Elle résulte de la volonté commune des parties. Elle s'étend aux relations contractuelles et extracontractuelles ; dès lors que les parties ont la libre disposition de leurs droits. La médiation judiciaire au contraire, est celle instiguée par le juge saisi du litige afin de faciliter la résolution du conflit ; c'est ce dernier qui choisit le moment qu'il estime propice à la proposition d'une médiation⁴. En outre, la procédure de médiation peut être *ad hoc* ou institutionnelle conformément à l'article 1-b de l'Acte uniforme relatif à la médiation. Par ailleurs, la convention de médiation peut être écrite ou non⁵. C'est pourquoi, la médiation est considérée comme un avantage pour les associés en cas de désaccord dans leurs rapports contractuels découlant de leurs pactes. Cependant, la qualité d'associé⁶ ne s'acquiert qu'en cas d'association et s'exerce le mieux dans le cadre d'une société peu importe sa forme⁷ ou son objet social.

Dès lors, quels sont les enjeux de la médiation dans l'espace OHADA à la lumière du droit des sociétés ? Au regard des intérêts dans les associations, la médiation apparaît de nos jours comme le processus le mieux approprié pour le règlement des litiges dans la mesure où elle est souple et prompt. En réalité, l'avantage de la médiation des différends réside dans le fait qu'elle permet aux justiciables de se réapproprier le procès en évitant l'aléa judiciaire, d'en devenir des acteurs responsables. En effet, la médiation permet aux associés de porter eux-

² FICERO (N.), « Médiation et contrat », *in* *AJ contrat* 2017, p. 356, www.dalloz.fr.

³ Article 1 b de l'AUM de 2017.

⁴ FICERO (N.), *opt. cit.* p. 358.

⁵ Article 4 de l'AUM.

⁶ L'associé peut alors être appréhendé comme étant une personne qui affecte à une activité des biens en numéraire ou en nature et en industries dans le but d'en tirer des bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

⁷ En droit OHADA, il existe plusieurs formes de sociétés commerciales qui sont entre autres : la société anonyme, la société à responsabilité limitée, la société en commandite simple, la société en nom collectif, la société par actions simplifiées.

mêmes leur parole, d'écouter celle de l'autre et de se comprendre mutuellement.⁸ Par ailleurs, ils s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique révisé en 2014⁹.

Il est fort louable de vouloir éviter les gabegies, de limiter la bureaucratie et de favoriser l'accès au droit et à la justice¹⁰ car, sur le terrain des institutions, la fin du monopole de la justice étatique concourt à bannir une autorité excessive au sein des sociétés.

De ce fait, afin de mieux cerner les enjeux de la médiation, il convient de questionner les principes directeurs de sa mise en place d'une part (I) et la simplicité de son processus d'autre part (II).

I. La consécration des principes directeurs de la mise en place de la médiation

L'article 2-1 de l'AUSCGIE révisé en 2014 prévoit en substance que, les associés peuvent conclure à leur guise des conventions extrastatutaires en vue d'organiser les relations entre associés, la composition des organes sociaux, la conduite des affaires de la société, l'accès au capital social et la transmission des titres. Ces possibles conventions sont forcément des sources probables de différends entre ceux-ci pouvant donner lieu au recours à la médiation. Choisir une procédure de médiation comporte de nombreux avantages pour les associés en conflit puisqu'une solution est obtenue beaucoup plus rapidement par le biais de la médiation par rapport à d'autres procédures. Ainsi, si le délai de règlement est important, le respect de la volonté des associés lors de la procédure (A) est obligatoire. En outre, la responsabilisation des acteurs lors du processus de médiation est de nature à attirer les associés (B).

A. Le respect du principe d'autonomie de la volonté des associés

D'une manière générale, les parties acceptent la médiation soit parce qu'elles y voient un intérêt spécifique à un niveau matériel ou relationnel, psychologique, moral,

⁸ VERT (F.), « Médiation et justice : pour une démarche de qualité dans l'espace méditerranéen », *Les cahiers de l'Orient*, 2014, p. 4.

⁹ Acte uniforme OHADA, commenté et annoté, p. 381.

¹⁰ ADELIN (A.) « les enjeux de la médiation », [http : www.universalis.fr](http://www.universalis.fr)

éthique ; soit parce que le processus proposé est meilleur que ce qui s'offre à elles. Le législateur OHADA a choisi de mettre les médiateurs au centre de la procédure ; cela est vérifiable à la lecture de l'article 8¹¹ de l'AUM. En effet, le médiateur et toute institution de médiation établie dans les États membres de l'OHADA doit adhérer aux principes qui garantissent le respect de la volonté des parties¹² tout en s'assurant que la solution envisagée la reflète. L'autonomie de la médiation réside ici dans le fait que les parties sont libres de choisir le médiateur (1) et d'intervenir dans la conduite de la médiation (2) lorsqu'elles ne font pas recours à une institution de médiation.

1. Le libre choix du médiateur par les associés

Dans une procédure de médiation, tout tiers ou personne physique sollicité pour accompagner les parties est appelé médiateur quelle que soit sa profession¹³. Conformément aux dispositions de l'article 5 de l'AUM, les parties ont le libre choix du médiateur ou des médiateurs quand il s'agit d'une médiation conventionnelle. Les parties peuvent également demander à l'autorité de désignation soit de leur faire des propositions soit de nommer directement le ou les médiateurs. En effet, les parties choisissent d'un commun accord le nombre de médiateurs. Elles peuvent aussi décider en cas de médiation judiciaire que l'autorité de désignation nomme le ou les médiateurs. À ce stade, le législateur OHADA n'a prévu aucune restriction quant au choix du médiateur¹⁴.

Le médiateur qui est un professionnel formé aux outils de communication, de gestion des émotions et de négociations intégrative et distributive est totalement neutre, indépendant et impartial. Au cours de la procédure, il ne peut ni juger, ni donner son avis. Autrement exprimé, il ne propose pas de solutions. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une médiation institutionnelle¹⁵, les parties n'ont pas d'avis à donner lors du choix du médiateur. En effet, le fait pour les associés de recourir à une institution

¹¹ En effet, « le médiateur et toute institution établie dans l'un des États parties offrant des services de médiation adhèrent aux principes garantissant le respect de la volonté des parties, l'intégrité morale, l'indépendance et l'impartialité du médiateur, la confidentialité et l'efficacité du processus de médiation. Le médiateur s'assure que la solution envisagée reflète réellement la volonté des parties et le respect des règles de l'ordre public ».

¹² SOWENG (D.), « Aperçu synoptique de l'obligation de collaboration contractuelle en droit OHADA », in *Le NEMRO*, Revue trimestrielle de droit économique, Jan/mars 2018, p. 5.

¹³ Article 1-b de l'AUM de 2017

¹⁴ DESSI FOULON (A.), DEBOSQUE (B.), « La nouvelle médiation dans l'espace OHADA, pour un meilleur accès à la justice », in *Tribune*, cabinet Bignon Lebray, disponible sur afrique.latribune.fr

¹⁵ Article 3 de l'AUM de 2017

emporte leur adhésion au règlement de médiation de ladite institution y compris les frais y afférents.

2. L'intervention des associés dans la conduite de la médiation

Le législateur OHADA a voulu rendre le processus de médiation attractif en insistant sur l'intervention des parties dans la conduite de la médiation. À cet effet, l'article 7 de l'AUM dispose que : « *les parties sont libres de convenir, y compris par référence à un règlement de médiation, de la manière dont la médiation sera conduite* ». En l'absence d'un tel règlement, le médiateur conduit la médiation comme il l'estime approprié en tenant compte des circonstances de l'affaire. Cependant, toutes les décisions seront prises en considération des demandes des parties. En effet, le médiateur n'impose pas aux parties une solution au différend. Au contraire, il est tenu de leur faire des propositions en vue du règlement du différend. Au cours de la procédure, si le médiateur souhaite avoir l'avis technique d'un expert, il devra une fois de plus consulter les associés afin de les inviter à désigner celui-ci¹⁶.

À cause, de la rapidité et du caractère officieux de la médiation, les coûts sont généralement inférieurs à ceux d'un procès¹⁷. Les frais de la médiation sont partagés de façon égale entre les deux parties sauf convention contraire. Celles-ci ont donc un intérêt équivalent à l'issue de la procédure et le même engagement. Il sied également de préciser qu'en cas de désignation d'une institution de médiation par la justice étatique, les parties devraient se conformer au barème de cette institution¹⁸. Ces garanties sont si importantes, aussi bien pour les sociétés qui souhaitent réduire leurs dépenses que pour les investisseurs, qui autrement ne pourraient supporter les frais judiciaires d'une justice établie. La liberté des parties se manifeste plus dans la conduite de la médiation que dans les autres étapes de celle-ci¹⁹.

B- La responsabilisation des acteurs lors du processus de médiation

¹⁶ Au cas où les parties recourent à une institution de médiation, elles devront se conformer à son Règlement

¹⁷ NGOUMDA (S.L.), L'attractivité des investissements privés dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun », Thèse de Doctorat, Université de Yaoundé II, 2021, p. 112.

¹⁸ Article 13 alinéa 3 de l'AUM de 2017.

¹⁹ GOUAMBE (S.), « La liberté des parties dans le droit de la médiation OHADA », in Uniform law review, volume 26, issue 2, juin 2021, p. 300-326.

La médiation est une procédure structurée, axée sur l'autonomie et la responsabilité de ses acteurs. La promptitude et la discrétion lors de la résolution d'un différend sont également très appréciées dans le domaine des affaires. C'est sans doute les raisons pour lesquelles le législateur OHADA a tenu à consacrer l'obligation de confidentialité des parties (2) outre les qualités requises du médiateur lors de la procédure (2).

1. L'obligation de confidentialité des parties

La confidentialité du processus de médiation est une exigence du législateur OHADA. À cet effet, l'article 10 de l'AUM dispose que : « *toutes les informations relatives à la procédure de médiation doivent demeurer confidentielles, sauf convention contraire des parties, à moins que leur divulgation soit exigée par la loi ou rendue nécessaire pour la mise en œuvre ou l'exécution de l'accord issu de la médiation* ». Cependant, les auteurs d'un manquement à la confidentialité pourront être assez variés puisqu'il pourra s'agir aussi bien du médiateur, des associés, de leurs conseils, que d'un expert dont l'avis a pu être sollicité ou d'un tiers étant intervenu dans le processus²⁰. Dans toutes les hypothèses, c'est à l'aune du préjudice causé que les dommages et intérêts infligés à l'auteur de la faute de divulgation pourront être calculés²¹.

Par ailleurs, il sied de préciser que le principe de confidentialité est inhérent à toute procédure de médiation car il rassure les associés que les révélations qu'ils pourraient faire à cette occasion ne pourront être utilisées en dehors de celle-ci. La confidentialité est donc l'un des principaux atouts de la médiation. Elle permet aux parties de parler librement et de faire état de documents et d'informations qu'elles ne souhaitent pas divulguer à des tiers. Elle doit strictement être garantie²² puisque le processus de médiation élargit le cercle de confidentialité qui englobe désormais les associés et médiateur.

Il est donc certain que le secret est devenu celui de trois : « *secret de trois secret de tous* »²³. Il faut tout de même relever que, le législateur OHADA a voulu à dessein que l'obligation de confidentialité ne s'étende pas aux éléments de preuve préexistants

²⁰ L'effet relatif des conventions limitant leur efficacité aux parties, il sera pertinent de faire contresigner la convention par toutes les personnes intervenant dans le processus.

²¹ Le Code civil camerounais prévoit une réparation notamment par les articles 1382 et 1383

²² In <https://www.renon-avocats.be>

²³ IZAC (L.), « La confidentialité, principe directeur du processus de médiation en entreprise », in <https://publications.ut.-capitole.fr> p. 3

à la procédure de médiation ou constitués en dehors de toute relation avec celle-ci²⁴. Pour mener à bien la résolution d'un différend par le biais de médiation, le statut du médiateur a connu des aménagements.

2. Les qualités requises du médiateur lors de l'exercice de sa mission

La mission du médiateur a fait l'objet d'un encadrement juridique particulier par le législateur OHADA. Celui-ci est tenu d'être diligent, impartial et indépendant dans l'exercice de sa mission. À cet effet, la diligence du médiateur ou de l'institution de médiation lors de la résolution du différend entre les associés se mesure à l'aune du temps imparti pour la réalisation du profit escompté par les investisseurs. Par ailleurs, la partie qui entend se prévaloir de la fin de la médiation est tenue d'en apporter la preuve contraire. Elle peut le faire par tout moyen conformément aux dispositions de l'article 12 de l'AUM. Dans le jargon des affaires il est toujours dit : « *the time is the money* » cet adage trouve tout son sens ici car la rapidité de la procédure permet aux investisseurs d'économiser de l'argent. Aussi, l'évitement de toute perte de temps réduit le stress et l'anxiété et permet ainsi aux associés de mieux se concentrer sur leur activité afin d'enranger des bénéfices. La médiation s'avère donc plus efficace et simple que l'on ne peut s'imaginer tant que l'on n'y a fait pas recours.

Pour ce qui est de l'impartialité et de l'indépendance du médiateur, leur encadrement varie en fonction du type de médiation choisie par les associés. Si ces derniers ont fait recours à la médiation institutionnelle, l'institution doit veiller à l'intégrité morale, à l'indépendance et à l'impartialité du médiateur²⁵, à la confidentialité et à l'efficacité du processus de médiation conformément à l'article 8 de l'AUM. En cas de médiation conventionnelle, après sa nomination, si le médiateur révèle aux parties la survenance de circonstances nouvelles pouvant soulever des doutes sur son impartialité, il devra les informer de leur droit de s'opposer à la poursuite de sa mission²⁶. Celui-ci ou ceux-ci ont donc l'obligation de confirmer dans une déclaration écrite leur indépendance, leur impartialité ainsi que leur disponibilité à mener à bien la procédure.

Par ailleurs, il existe des incompatibilités à la mission du médiateur qui méritent d'être soulignées. Conformément à l'article 14 de l'AUM, sauf convention contraire des

²⁴ Article 11 alinéa 5 de l'AUM.

²⁵ AMBOULOU (H.D), *Code de l'arbitrage et de la médiation OHADA*, 2023, p. 34.

²⁶ Article 6 alinéa 1 AUM.

parties, le médiateur ne peut assumer les fonctions d'arbitre, d'expert ou de conseil dans un différend qui fait l'objet de la procédure de médiation ou dans un autre différend né du même rapport juridique ou lié à celui-ci. En d'autres termes, lorsque les associés le sollicitent ; le médiateur doit se rassurer qu'il n'est pas frappé par ces incompatibilités. En cas de dissimulation des circonstances susceptibles de mettre fin à sa mission, la responsabilité civile du médiateur pourra être engagée dans les circonstances prévues par la loi nationale de son lieu d'établissement. En outre, le processus de médiation d'un différend obéit à des modalités peu importe le type de médiation choisie par les parties.

II. La simplicité du processus de médiation

Le 11 mars 1999, dans l'optique de mieux concilier²⁷ les intérêts dans le cadre d'une association, le législateur OHADA avait adopté l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ainsi que le règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA. Cependant, chemin faisant, le législateur a dû constater que, ce mode alternatif de règlement de différend n'était pas très éloigné de la justice classique. Dès lors, dans sa constante quête d'attractivité, en passant par l'institution de la conciliation dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, la médiation s'est très vite imposée à ses yeux comme moyen le plus approprié de résolution rapide de différends entre associés. La procédure de médiation en elle-même est plus souple et plus informelle que celle du procès ou de l'arbitrage. Par son déroulé, la souplesse de ses mécanismes d'enclenchement (A) et son dénouement (B), la procédure de médiation assure une sécurité judiciaire²⁸ irréfutable aux investisseurs qui y font recours.

A. La souplesse des mécanismes d'enclenchement de la procédure de médiation

Les associés qui font recours à la médiation afin de régler leur différend devront respecter les modalités d'enclenchement instituées par le législateur OHADA. À cet effet, le début d'une procédure de médiation est marqué par la saisine du médiateur (1) suivie de la recevabilité des éléments de preuve (2).

²⁷ KENFACK-DOUAJINI, IMHOOS, « L'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le cadre du Traité OHADA », revue camerounaise de l'arbitrage, 1999, n° 5, p. 3 et s.

²⁸ NGONO (V.C.), « Réflexions sur l'espace judiciaire OHADA », in *Revue de l'ERSUMA*, n° 6, janv. 2016, p. 207.

1. Les modalités de saisine du médiateur très pratiques

Les modalités de saisine du médiateur sont encadrées par le législateur OHADA. À ce stade de la procédure, tout dépend du type de médiation choisie par les parties. En cas de médiation conventionnelle, celle-ci débute le jour où la partie la plus diligente met en œuvre toute convention de médiation écrite ou non²⁹. En l'absence de convention, la partie adverse ayant reçu l'invitation à soumettre le différend à une médiation dispose d'un délai de 15 jours pour émettre un avis favorable. Dans le cas contraire, son silence sera considéré comme un refus.

Par ailleurs, la médiation peut être déclenchée devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire et à tout moment de la procédure. Cependant, il faudra que, le juge soit déjà saisi du conflit aux fins de jugement, lequel sera prononcé en cas d'échec de la médiation³⁰. Il sied de préciser qu'en l'absence d'une convention contraire des parties, le début de la procédure de médiation suspend le délai de prescription de l'action. Celle-ci ne recommencera à courir qu'en cas d'échec de la médiation. En outre, le médiateur et/ou l'institution de médiation doivent adhérer aux principes directeurs garantissant le respect de la volonté des parties et cela, dans le respect de l'ordre public³¹.

2- Les conditions de recevabilité des éléments de preuve attrayantes

Au cours de la procédure de médiation, le médiateur n'impose pas aux parties une solution au différend. Au contraire, il est tenu, en fonction des demandes des parties, de leur proposer les techniques les plus appropriées en vue de la résolution du différend³². Il peut rencontrer les parties ensemble ou séparément ; dans ce cas, il doit informer au préalable l'autre partie ou son conseil. À cet effet, l'article 9 de l'AUM dispose que, lorsque le médiateur reçoit d'une partie des informations concernant le différend, il peut en révéler la teneur à toute autre partie à la médiation. Toutefois, si elles ont été communiquées sous la condition expresse qu'elles demeurent confidentielles, celles-ci ne doivent être révélées à aucune autre partie à la médiation.

²⁹ Article 4 alinéa 1 de l'AUM.

³⁰ NAMMOUR (F.), *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, 2^{ème} édition, édition Delta, Paris, Bruylant, 2005, p. 39.

³¹ La Tribune Afrique, « La nouvelle médiation dans l'espace OHADA, pour un meilleur accès à la justice », Ohada.com

³² Article 7 de l'AUM.

Mais, il est important de préciser que, l'obligation de confidentialité ne s'étend pas aux éléments de preuve préexistants à la procédure de médiation ou constitués en dehors de toute relation avec celle-ci. Conformément aux dispositions de l'article 11 de l'AUM, il est strictement interdit aux parties et au médiateur d'utiliser des documents confidentiels pour influencer la décision de l'une ou de l'autre. L'associé qui se livre à de telles pratiques pourra être poursuivi conformément aux dispositions de la loi du lieu du déroulement de la médiation. Tous ces aménagements de l'AUM contribuent ainsi à établir une certaine confiance entre les parties, chose très appréciée dans les milieux d'affaires.

B. Le dénouement du processus de médiation

La procédure de médiation prend fin dans les circonstances prévues par l'article 12 de l'AUM³³. Il peut s'agir dans un cas d'une fin heureuse du processus (1). Cependant, il peut arriver que le processus n'aboutisse pas (2) et emporte toutes les conséquences prévues par le législateur OHADA.

1. La fin heureuse du processus de médiation

En ayant recours à la médiation, les associés ont ainsi la possibilité de maintenir leur relation contractuelle, professionnelle ou privée³⁴. En effet, le dénouement heureux d'une procédure de médiation conduit à une contractualisation de la solution adaptée aux besoins des parties ne découlant pas nécessairement de l'application d'une règle de droit³⁵. En d'autres termes, bien mener une médiation permet à toutes les parties en cause de dépasser les notions juridiques telles que la culpabilité et l'innocence pour davantage mettre en commun leurs perceptions et leurs expériences professionnelles et surtout leurs attentes. Elle permet également de déterminer les besoins et les intérêts réels de chacune des parties. En outre, elle contribue plus que l'audience officielle au règlement effectif de l'origine réelle ou perçue du conflit³⁶ entre les associés.

³³ La médiation prend fin par : la conclusion d'un accord écrit, la déclaration écrite du médiateur indiquant qu'après consultation des parties, des nouveaux efforts de médiation ne sont plus nécessaires, la déclaration écrite d'une partie adressée à l'autre partie ou aux autres parties indiquant qu'il est mis fin à la procédure de médiation et à l'expiration du délai de médiation sauf si les parties décident conjointement de prolonger ce délai.

³⁴ FICERO (N), opt. cit., p. 357.

³⁵ ³⁵ KAYUDI MISAMU (C.), « Actes uniformes et sécurité des investissements : quelles réalités dans l'espace OHADA ? Une sécurité réelle mais une effectivité contrainte », Grenoble, décembre 2017, p. 8.

³⁶ Services de prévention et de règlement des différends du Ministère de la Justice du Canada, « Le manuel relatif au règlement des conflits », p. 2, disponible sur : www.justice.gc.ca

Par ailleurs, la solution contractuelle n'est pas fondée sur un règlement de droit qui tranche entre deux postures. Aussi, le médiateur n'est pas confronté à un duel comme tel est généralement le cas dans un procès. En outre, le processus consensuel de la médiation permet aux parties d'éviter les éléments contradictoires d'un procès, lesquels empêchent très souvent de maintenir les liens contractuels à cause d'une insatisfaction après le règlement. La présence d'un tiers impartial permet donc un dialogue contrôlé qui est utile si les négociations antérieures ont échoué ou si l'affaire qui fait l'objet de la médiation déclenche des émotions fortes. La médiation est particulièrement recommandée lorsque les parties en cause doivent ou souhaitent maintenir une relation permanente.

Toutefois, la fin heureuse d'une procédure de médiation reste et demeure la conclusion d'un accord écrit signé par les parties et par le médiateur si celles-ci en font la demande. Cette convention indique la conduite future des parties mentionnée dans un document généralement appelé « *protocole d'entente* »³⁷. Il a une valeur de contrat entre les parties qui, sans en être ferme, énonce les engagements de celles-ci³⁸. Une fois signé, le protocole d'entente revêt un caractère obligatoire et devrait par conséquent, comporter cinq éléments obligatoires.

Parmi ceux-ci, l'on retrouve en ligne de mire : l'entente, la compréhension du (ou des) problème(s), la création d'options, la conclusion d'une convention et la mise en œuvre de ladite convention³⁹. L'issue finale positive d'une procédure de médiation est plus adaptée à la fois aux besoins et aux intérêts des parties du fait qu'elles ont elles-mêmes définies les conditions de l'entente finale. Par conséquent, l'accord issu de la médiation est susceptible d'exécution forcée conformément aux termes de l'article 16 de l'AUM.

2- Le non-aboutissement du processus de médiation

Dans la pratique, il arrive très souvent que le processus de médiation ne connaisse pas une fin heureuse ; c'est sans doute la raison pour laquelle législateur OHADA a énuméré les circonstances pouvant constituer un échec du processus de médiation. À cet effet, le médiateur peut faire une déclaration écrite dans laquelle il

³⁷ Article 12 de l'AUM.

³⁸ NGOUMDA (S.L), « La négociation des contrats commerciaux internationaux », Mémoire de Master 2 recherche, UYII, 2014, p. 45.

³⁹ Services de prévention et de règlement des différends du Ministère de la Justice du Canada, « Le manuel relatif au règlement des conflits », p. 3, disponible sur : www.justice.gc.ca

indiquera qu'après consultation des parties, de nouveaux efforts de médiation ne se justifient plus à la date de la déclaration. Il peut également arriver qu'une des parties ne participe plus aux réunions malgré les relances du médiateur. Les parties sous un commun accord peuvent aussi par une déclaration écrite saisir le médiateur afin de l'informer qu'elles mettent fin à la procédure de médiation.

D'autre part, par le biais d'une déclaration écrite, la partie la plus diligente peut signifier soit à l'autre partie ou aux autres parties, soit au médiateur qu'il est mis fin à la procédure de médiation à la date de la déclaration. L'expiration du délai de médiation peut aussi être un motif d'échec du processus surtout lorsque les parties décident de ne pas procéder à une prorogation dudit délai en accord avec le médiateur. Tout ceci n'est pas sans condition ; car, la partie qui entend se prévaloir de la fin du processus de médiation est tenue d'en apporter la preuve par tout moyen⁴⁰.

Par ailleurs, le non-aboutissement du processus de médiation revêt des conséquences. La première faisant suite à l'échec du processus est la levée du délai de prescription. En effet, sauf convention contraire des parties, le législateur OHADA a prévu que, le début du processus de médiation suspend le délai de prescription de l'action. Ainsi donc, lorsque la procédure de médiation a pris fin sans qu'un accord issu de la médiation ne soit intervenu, le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois à compter du jour où la médiation s'est achevée sans accord⁴¹.

La seconde conséquence de l'échec du processus de médiation est tout simplement la poursuite de la procédure devant une juridiction de droit commun préalablement saisie ou arbitrale⁴² aux conditions déterminées à l'article 15 de l'AUM. Dès lors, le recours à une procédure arbitrale ou judiciaire n'est faisable qu'à l'expiration du délai préalablement fixé par les parties lorsqu'elles se sont engagées à recourir à la médiation. Cependant, la survenance d'un événement spécifié par les parties peut conduire au recours à une juridiction étatique ou arbitrale. Il peut donc arriver qu'une partie recourt à une juridiction de droit commun lorsqu'elle l'estime nécessaire à des fins provisoires ou conservatoires pour la sauvegarde de ses droits⁴³. Toutefois, le législateur OHADA précise que, l'engagement d'une telle procédure ne

⁴⁰ Art. 12-1 (e) AUM

⁴¹ Art. 4 al. 4 AUM

⁴² Art. 12 al. 3 AUM

⁴³ Art. 15 al. 2 AUM

doit pas être considérée en soi comme une renonciation, ni comme mettant fin à une procédure de médiation.

À l'issue de cette réflexion, portant sur les enjeux de la médiation dans l'espace OHADA : aspects de droit de sociétés, il ressort qu'en faisant le choix de consacrer la médiation comme mode alternatif de règlement de différends, le législateur OHADA a voulu manifester sa volonté de bâtir un cadre juridique et judiciaire attractif pour le développement sociétal. Ainsi donc, il est notable que la confidentialité, la rapidité et la souplesse du processus restent des facteurs importants qui incitent les associés à recourir à la médiation en cas de différends. En outre, la médiation revêt plusieurs autres avantages dont les plus marquants sont le respect de l'autonomie de la volonté des parties et l'économie de coût. Il convient tout de même de rappeler que le dénouement d'une procédure de médiation peut être heureux ou négatif. À cet effet, la fin heureuse d'une médiation est marquée par le maintien du lien contractuel entre les associés. Cependant, l'échec du processus conduit à la levée du délai de prescription ainsi qu'à la poursuite de la procédure devant la juridiction judiciaire ou arbitrale préalablement saisie. Le cadre associatif paraît en définitive mieux adapté pour assurer un développement souple et pérenne de la médiation.

**ENTRETIEN AVEC VEERASH SRIKISON, DIRECTOR FAIR
PRACTICE, JOHANNESBURG, SOUTH AFRICA**



Hello Veerash, we are delighted to be able to talk to you for Signatures Internationales about mediation.

Q.: To start with could, you tell us a bit more about yourself, and FAIR PRACTICE Dispute resolution services (<https://fairpractice.co.za>)?

Thank you very much for the opportunity to contribute to your publication.

My journey into mediation began during my career as a lawyer. My shift towards mediation was sparked by a specific case that highlighted the limitations and imbalances of power inherent in the litigation process, particularly the 'winner takes all' attitude. This realisation led me to explore ways to more adequately address these imbalances and bring the participation of underrepresented 'voiceless' people, including children, into the dispute resolution arena. I encountered mediation around 2009/2010, finding it to be a safe balanced environment that allowed for equal opportunity for all parties involved to speak, be heard, contribute to the outcome and address the impact of emotions in disputes.

Since my initial foray into mediation, I have continuously improved my skills and knowledge in this field. I have pursued ongoing education in mediation and negotiation, gaining accreditation worldwide. My commitment to learning is a core part of my philosophy, as I believe that "we are always learning." I have used my expertise to deliver interactive courses in mediation and negotiation for new mediators from various

professions, as well as masterclasses on topics such as Unconscious Bias and Mediation Advocacy for legal professionals.

In 2013, I founded Fair Practice, an organisation that embodies my ethos in mediation, emphasising fairness, ethics, and communication to foster collaboration. The Fair Practice motto is, "Communication builds Collaboration," which reflects my belief that mediation should be viewed as a proactive direct method of facilitating the dialogue between parties towards a constructive realistic resolution. Fair Practice offers diverse services, including mediation, training, workshops, and conflict resolution wellness, all designed to be cost-effective.

Q.: What are your first experiences with mediation, and how did you become a mediator?

My first experiences with mediation was when I offered my services as a mediator *pro bono* in family disputes. I used this time to get comfortable in wearing the hat of the mediator and performing my role impartially. Understanding that the parties require you to be a good communicator and bring balance into the room was at the forefront of growing my competence levels. Over time my experiences increased in commercial disputes and workplace disputes resulting in now sharing these experiences and my lessons learned when I teach Mediation and Conflict Management Skills.

My journey into the field of mediation was primarily driven by my realisation of the limitations of the litigation process, particularly in terms of addressing power imbalances between parties in disputes. As a lawyer, I observed that clients with fewer resources or less ability to advocate for themselves often faced negative outcomes. This motivated me to explore more inclusive dispute resolution methods, leading my research to the practice of mediation. In mediation, I found a more equitable environment where everyone had an equal opportunity to be heard and to express to each other their needs, which is often side-lined in adjudicatory processes.

My formal training in mediation is extensive. I am a Harvard-trained mediator and negotiator, and I have gained further international accreditation as a civil/commercial

mediator and negotiator through other international training institutes. Additionally, I am a *cum laude* graduate of the Arbitration Foundation of South Africa (AFSA – University of Pretoria) in Alternative Dispute Resolution.

Q.: What is your involvement in endorsing the practice of mediation and what kind of mediation do you practice currently?

Since becoming aware of mediation, I have trained extensively and currently practice civil/commercial, community, workplace and family mediation. My role extends beyond being a practitioner to being an educator in the field, serving as the lead trainer for Fair Practice and AFSA in mediation and negotiation skills training. I have also contributed globally, presiding as a judge in Civil/Commercial Mediation and Negotiation competitions and representing South Africa amongst a global network of mediators in endorsing the practice of mediation.

Due to my experience in mediating disputes over the years I have the privilege of training mediation to legal practitioners. Through these training programs I can see legal practitioners move away from their reluctance to recommend mediation to the clients and overcome their scepticism about the use of the process through theory training and engaging in role-plays as mediators.

Q.: In South-Africa, how was mediation originally implemented and who or what were the main drivers?

South Africa has a rich history of traditional conflict resolution practices. In various indigenous communities, disputes are often resolved through mediation, with community elders, chieftains or leaders acting as mediators. These practices were deeply rooted in local cultures and played a vital role in maintaining social harmony. Resolving disputes through African mediation for centuries, ingrained within the indigenous people the values of respect, empathy tolerance, communication, co-operation and compassion making up the spirit of *Ubuntu*.

However, colonialism and apartheid brought along legal systems that created antagonistic means of resolving disputes, implementing a court system that was the antithesis of *Ubuntu*. This form of dispute resolution did away with any chances of reconciliation between the parties and forced submission of the laws onto the indigenous people without recourse. In doing so even though the indigenous people were left to continue with traditional practices within their communities, the western infused legal system did not recognise the practice of African mediation formally until the country began moving towards democracy. Government realised that mediation would assist in addressing the underlying tensions and factions by endorsing the values of *Ubuntu*. Mediation in South Africa has evolved through a combination of historical indigenous practices and contemporary developments with the Department of Justice and Correctional Services and the Rules Board working together to include mediation within the current legislative framework.

Q.: Could you briefly mention the key legislative reforms regarding mediation?

Those mentioned below are only some of the more than fifty pieces of legislation in South Africa which call for mediation as a dispute resolution process.

- Children's Act 38 of 2005: This Act is particularly significant in family law disputes involving children. It mandates mediation as a first step in resolving issues around the contact and care of children, and guardianship. The Act's focus is on safeguarding the best interests of the child, encouraging parents to find amicable solutions through mediation rather than adversarial court proceedings. The Act also recognises African mediation referring family disputes to lay-forums giving traditional leaders the mandate to mediate according to the customary practices in that community or family lineage. The Act is punctuated with provisions which suggest that mediation is the preferred method to introduce an amicable resolution of child-related disputes. In some instances, the provisions of the Act mandates mediation and in others it is conducted at the discretion of the courts.
- Labour Relations Act 66 of 1995: This Act established the Commission for Conciliation, Mediation, and Arbitration (CCMA). The CCMA is a crucial

institution in South Africa for resolving labour disputes. The Act promotes mediation as a less formal, more cost-effective alternative to litigation in resolving employment disputes. The services are provided by the CCMA are free to the public and anyone can approach the CCMA to resolve a labour dispute.

- **Mediation in Certain Divorce Matters Act 24 of 1987:** This Act specifically targets the mediation process proceedings involving minor children. It necessitates that parties first attempt to resolve disputes related to contact with and care of children through mediation. It created the role and gave powers to a family advocate to mediate these disputes with reportable outcomes. While the role of the family advocate is somewhat controversial in terms of their practice of mediation, the approach aims to minimise the emotional and psychological impact of divorce proceedings on children.
- **The Legal Practice Act 28 of 2014:** This legislation recognises the role of legal practitioners in mediation. It outlines the standards and framework for lawyers to act as mediators, thereby enhancing the professionalism and effectiveness of mediation in legal disputes. Its endorsement of the practice of mediation has encouraged numerous legal practitioners to be trained in the skills of mediation.
- **Rules Regulating the Conduct of the Proceedings of Several Courts:** The amendment of these rules and put in place since 2020 to include mediation provisions demonstrates an institutional shift towards recognising and integrating mediation into the court system formally. It began with Rule 41A of the High Court Rules which set out guidelines on mediating disputes prior to litigation. This High Court rule mandates that mediation be considered prior to any trial. Soon after Rule 70 of the Magistrates Court Rules mirrored the intention of Rule 41A. These inclusions provide a structured approach for how mediation should be conducted in both Magistrate's and High Courts, ensuring consistency and standardisation in mediation practices. It must be noted that the court rules follow a western practice of the process of mediation and not the traditional African practice of mediation. Further while a court-annexed mediation programme was piloted in certain jurisdictions in South Africa, it has currently been placed on hold, making Rule 70 and Rule 41A the primary reference when conducting mediations.

These are some of the current reforms and developments that highlight the increasing importance of mediation in South Africa's legal landscape, reflecting a global trend towards alternative dispute resolution mechanisms.

Q.: Would you say mediation and more broadly 'informal justice' is as advanced as the traditional jurisdictional system? Or is consolidation necessary in some areas?

I would like to briefly reflect on the practice of mediation from the South African context.

Mediation in South Africa, for centuries, has been part of traditional life and African customary practices which has always provided for and still provides access to dispute resolution that is community based. In rural areas access to the civil court justice system may be beyond reach and communities still rely on traditional African justice through mediation and traditional courts at the behest of chiefs and leaders.

The "traditional jurisdictional system" as described in the western world was introduced and implemented in South Africa through colonisation and apartheid which repealed African customary practices of dispute resolution as mainstream. Advancements in the western traditional jurisdictional court system in South Africa, since 1994, through the Constitution has been to give all people access to the court whereas prior to that only certain race groups could access the courts. For South Africa the adversarial and adjudicatory processes have since become entrenched as the exclusive choice for people to resolve disputes, resulting in the stigma of mediation being inferior to adjudicatory processes.

With the transition from traditional dispute resolution to colonisation to apartheid and finally to being a democratic country, both the western legal systems and African customary law now co-exist but not without its challenges to create a uniform legal system.

While South Africa grapples with legal pluralism, the westernised court system, left over from colonialism and apartheid, still prevails, and has become overburdened with

cases resulting in backlogs. With the support of mediation by its side, it is perceived that the courts will be less burdened to then deal with urgent and complex matters, that cannot be mediated, more expediently. The relationship between mediation and litigations should not be seen as one versus another rather as gateways to providing the public with the best options that is appropriate to their needs. This alliance between the two will demonstrate the effectiveness mediation can have in providing an avenue to access to dispute resolution

When regulating the practice of mediation, I believe that an amalgamation of the westernised tenets of mediation and traditional African practices and values in line with constitutional principles and values will show an advancement of dispute resolution that has the best interests of the people of South Africa in sight.

So with a country as diverse as South Africa, depending on who you ask, mediation could be seen as an already advanced form of justice that has been around for centuries because it does not discriminate against its participants, as opposed to that of an adversarial approach which only favours the winner.

Q.: In some cases, is there a mandatory use of mediation practices in South-Africa or is mediation a purely voluntary system there?

While mediation in South Africa is mandated in certain contexts, it remains a voluntary option in many other areas.

In family law disputes legislation dictates that mediation is mandated to be attended by parents in the best interest of their children. The aim is to ensure that decisions about contact with and care of the children, are made with minimal emotional trauma to the children. Parties are encouraged to resolve these issues before approaching the court, however resolution in mediation is not mandatory.

In labour disputes The Labour Relations Act 66 of 1995 (LRA) refers to certain types of labour disputes involving unfair labour practices must be referred to mediation or conciliation carried out by the Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration (CCMA) at no cost to the parties, unless the parties choose to use private mediators.

Case law pertaining to labour disputes has suggested that mediation or conciliation must be utilised to attempt to resolve the dispute before arbitration or adjudication. There are no punitive measures if there is no settlement or neither party attends mediation or conciliation rather a certificate of non-resolution is issued, and parties can proceed with other dispute resolution processes.

In other areas of civil and commercial disputes, the rules of court referencing mediation prevail. For instance in commercial disputes, it is mandatory to consider mediator prior to attempting to litigate. This is often encouraged to save time and costs associated with court proceedings. In practice I find that disputes involving civil/commercial issues are often mediated to preserve the relationship between the parties where service level agreements are in place. African customary practices have an unwritten understanding that community or traditional leaders must first mediate disputes.

Q.: More generally, do you think mandatory mediation can be effective and further than this, is it a way to evolve mediation - give some examples linked to South-Africa if possible?

Mandating mediation can be effective where governance and administration of justice is limited in rural areas of South Africa rendering traditional mechanisms significant in dispute resolution within these areas.

In urban disputes mandating mediation will show support for those who are more likely to engage amicably and reach a collaborated agreement in a confidential environment as a first port. It will save time, narrow issues and curb any anxieties a courtroom may invoke. It will open the door for communication directly amongst parties to connect on the issues most pertinent before protracted litigation and its accompanying exchange of documents. For reluctant disputants, mediation can bring ease and narrow issues and creating areas for negotiation or allow disputants to evaluate through an impartial facilitator their chances of success in litigation.

Through mediation advocacy drives, the public and legal representatives will understand the purpose behind mediation and curb any anxieties and misinformation about the process. Mandating mediation is in effect mandating negotiation which in

most instances has been utilised to settle outside the court doors prior to judgement anyway. Educating the people and practitioners on mediation as a dispute resolution practice as a facilitated negotiation rather than a weak approach. Information is a way to make mediation a front runner to dispute resolution, to change the narrative from "you have to aggressively get you want," to "work together to communicate what is needed". Mediation does not take away access to the courts, at the same time the term access to justice should be endorsed as incorporating mediated outcomes. Mandating mediation without properly preparing people for what the process entails will still miss the benefits of collaboration and reaching mutually beneficial agreements plus any regulation or legislation mandating mediation must be succinct in illustrating regard to the both the western and African practices of mediation creating a uniquely appropriate South African mediation process.

The path towards mandating mediation through legislation must be approached cautiously with a well-designed approach. Currently the practice of mediation and training of mediators remains unregulated in South Africa. To normalise mandatory mediation proper structures, need to be in place to provide affordable mediation for all without encountering another backlog problem; safeguards and procedures to protect the users and mediators from experiencing any discomfort within the confidential process, while upholding the tenets of mediation that is conducive to South Africa. These include a high standard of training of mediators and upkeep of their skills, monitoring mediators and their ability to manage complex disputes or high conflict matters fraught with emotional tensions, disciplinary processes for mediators who conduct themselves inappropriately, wellness workshops for mediators as they navigate the emotional trauma disputants bring to the mediation, monitoring of abuse of process, protection against power imbalances and complaints policies and public awareness on the process, purpose and function of mediation to name some considerations. Placing uniform guidelines and process in the practice of South African mediation will aid in developing overall trust in the effectiveness of the process from the public and legal practitioners.

South African courts are clamping down on unnecessary or vexatious litigation that could have been resolved if the parties attempted mediation.¹ With ground-breaking judgements being made which include views that mediation should be attempted prior to the commencement of proceedings, there is fervour amongst legal practitioners to be trained in mediation. By becoming skilled mediator's legal practitioners have added to their legal services and evolved their practice show to the courts that they endorse a client centric approach. Over time this enthusiasm for collaboration will contribute to the evolution of mediation as a weak approach to a more appropriate first resolution step.

Q.: In what manner do various individuals or entities contribute to the practice, education, and institutional involvement of mediation in South Africa?

The South African government has also been a driver in the implementation of mediation. Various government departments and agencies have integrated mediation into their operations. For example, the Department of Justice and Constitutional Development has worked with mediation friendly organisations and established mediation services and programs to alleviate the caseload of the formal court system, particularly in civil matters.

There is currently no overall regulatory body that regulates and monitors the practice, education, and role of mediation. Various educational and training institutes have undertaken to train mediators and provide their own ethical standards and assessment of competence. These institutions often collaborate with experienced mediators and experts to provide comprehensive training.

Mediation can be carried out by any person over the age of eighteen years old deemed suitable and competent after undergoing a minimum of forty hours of mediation skills training. Mediators can practice through court referred mediation or conduct private mediations.

¹ C.D.N v M.D.N (093505/2023) [2023] ZAGPPHC 1885 (7 November 2023); N.K and Another v B.B (30472/21) [2023] ZAGPJHC 1025 (15 August 2023); Brownlee v Brownlee (2008/25274)

With no standards of accreditation regulated in South Africa it is understood that each training institute will develop its own standards of competency. Trained mediators can choose to join a panel to subscribe to the ethical standards of that institute and have their conduct monitored.

Finally, for those who are interested in mediation in South Africa, I propose the following references:

- Ken Abhors and Robert Are (2011) “ Mediation with a traditional flavour in the Fodome Chieftaincy and communal conflicts”, *African Conflict & Peacebuilding Review* 1:2 pages 6-33;
- John-Mark Iyi (2016) “Fair Hearing without lawyers? The Traditional Courts Bill and the reform of traditional justice system in South Africa”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 48:1 pages 127-152;
- Christa Rautenbach (2015) “Legal Reform of Traditional Courts in South Africa: Exploring the links between Ubuntu, Restorative Justice and Therapeutic Jurisprudence”, *Journal of International and Comparative Law* pages 275-304

ENTRETIEN AVEC MARY JANE STITT
ARBITRATOR AND MEDIATOR, THORNBURY, ONTARIO,
CANADA



*Mary Jane hello, we are delighted to welcome you for Signatures Internationales. For today, we have decided to discuss with you the topic of Mediation in Canada, but before delving into that, **could you introduce yourself in few words?***

I am a lawyer, mediator and arbitrator, with over 41 years of litigation, mediation and arbitration experience. My practice currently emphasizes commercial insurance, directors' and officers' liability and professional negligence. I am a Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators and received my advanced mediation training at Harvard.

I am a graduate of University of Toronto (Hon. B.A., 1977) and Osgoode Hall Law School (1980). I was called to the Ontario bar in 1982 and practiced for 30 years at Blake Cassels & Graydon LLP, one of Canada's leading corporate commercial law firms, in Toronto. I retired from Blakes in February 2023 and established an independent litigation and alternative dispute resolution practice. I am an internationally recognized leader in the commercial insurance field. I now practice exclusively as a mediator and arbitrator.

Q.: What are your first experiences with mediation, and how did you become a mediator?

My first experience with mediation was as a litigation counsel. I practiced commercial litigation with an increasing emphasis over the years on commercial insurance disputes. I was frequently involved in mediations of very significant commercial disputes, often with multiple parties. These mediations were conducted primarily by retired judges who were dedicating their practices to mediation and who displayed considerable skill and imagination in working with the parties. I was also involved in several mediations in New York conducted by very skilled mediators at JAMS. I enjoyed the process and found the settlement negotiation experience invigorating. I became a mediator as a result of these positive experiences and due to my concern about the inadequacy, delay and expense of our civil justice system. I felt the traditional court system, which was staffed primarily by generalist judges, was failing litigants in how it dealt with complex cases where often some degree of subject matter expertise (such as in commercial insurance and professional liability matters) was critical to a satisfactory resolution.

I have been mediating for about 15 years now and received my initial and then advanced training at Harvard as well as participating in programs offered by the ADR Institute of Canada.

Q.: What kind of mediation do you practice and/or teach currently?

I currently work as a commercial mediator focusing to a significant degree on commercial insurance disputes under directors and officers liability, professional errors and omissions, large all risk property and commercial general liability programs, cyber and crime insurance policies. The disputes often involve international parties. I also mediate shareholder disputes, contract disputes and professional liability claims. I have also mediated priority disputes between primary and excess insurers. Mediation currently represents about 50% of my practice as I also practice as an arbitrator of the same types of commercial disputes.

Q.: In Canada, how was mediation originally implemented and who or what were the main drivers?

In Canada, there has been a significant movement over the last 30 years to introduce mandatory mediation into the civil, family and estate litigation practice. Not all of the

provinces (who are constitutionally responsible for civil and property matters) have mandatory mediation – currently, Ontario (in select major locations), Alberta, Quebec, Saskatchewan and Newfoundland & Labrador require a form of mediation at some stage in the litigation process (varying from 90 days after delivery of the defence to being required before a trial date will be given). Mediation is also mandatory under most provincial insurance acts for motor vehicle claims. In the civil realm, there can be severe consequences for refusing to mediate such as having pleadings struck and proceedings stayed, so the legislation has “teeth” for non-compliant parties.

The impetus behind mandatory mediation was the concern about lack of court resources, high cost of litigation and delay in obtaining trial dates, which had the practical effect of limiting access to justice for all but the most wealthy parties. The mandatory mediation programs were introduced to channel litigants into an early dispute resolution process on the theory that it would result in a significant reduction of the time taken to dispose of cases, decrease costs to litigants and result in a mutually satisfactory resolution of claims. Some jurisdictions had an early mediation requirement which created problems as parties were not necessarily ready to mediate so early in the process. Recent amendments in Ontario have extended the time frame in which mediation is to be conducted to address this concern. There are also efforts in some provinces to permit court facilitated mediation at the appellate stage although this program is voluntary.

There have been criticisms of mandatory mediation in the various provincial jurisdictions that have adopted the requirement. The criticisms focus on the fact that mandating mediation before a party can fully pursue adjudication compromises the validity of the legal system (rule of law) because doing so uses the state’s authority to hinder a party’s procedural right to access the full adjudicative process.

Q.: Could you briefly mention the key legislative reforms regarding mediation for you?

As noted above, key legislative reforms have been enacted in certain provinces. In Alberta, the Court of Queen’s Bench will not schedule a trial unless the parties certify that they have participated in a form of dispute resolution such as a judicial or private

mediation. The Ontario Rules of Civil Procedure require mandatory mediation in actions commenced in Ottawa, Toronto or Windsor. Mediation is also mandatory in estates, trusts and substitute decisions matters. Actions placed on the Commercial List in Toronto, Ontario are also subject to mediation and commonly actions certified as class proceedings under the Class Proceedings Act (Ontario) and in other provinces are mediated before the common issues trial. As a result, a substantial number of civil cases in Ontario are mediated. British Columbia permits the parties to jointly request a settlement conference before a judge or master and the parties can be directed to mediate. Quebec established a new Code of Civil Procedure in 2016 with the objective of improving access to justice and included a requirement that parties must consider alternate forms of dispute resolution. The parties may at any time before trial, either at their own request or by order of the chief justice, participate in a settlement conference presided over by a judge.

Q.: Would you say mediation and more broadly ‘informal justice’ is as advanced as the traditional jurisdictional system? Or is consolidation necessary in some areas?

A great deal of mediation occurs on a voluntary basis in Canada, as litigants and their counsel now have considerable experience in the potential benefits of mediation. In the insurance context, many commercial policies require the policyholder and insurer to mediate before a civil law suit may be launched (or alternatively to proceed directly to arbitration in the event of a coverage dispute).

There are a number of qualified private mediators available throughout Canada, many of whom have considerable subject matter expertise. Similarly, there are now a number of arbitrators (retired judges, lawyers, other practitioners) who arbitrate disputes and arbitration is increasingly becoming the dispute resolution choice for business due to the inordinate delay in moving matters through the courts. At the present time, informal justice cohabits peacefully with the traditional justice system. Indeed, courts typically enforce alternative dispute clauses in contracts, deferring to mandatory mediation and arbitration provisions unless there are concerns about denial of natural justice or abuse of dominant position (unconscionability).

Q.: In some cases, is there a mandatory use of mediation practices in Canada or is mediation a mainly voluntary system there?

Yes, as I have noted above, there is a significant amount of mandatory use of mediation in Canada but also a very robust voluntary system. The Ontario Bar Association has submitted that mandatory mediation should be increased in Ontario (and not be limited to select jurisdictions) due to trial delays and expense, however, there does not appear to be much appetite politically in Ontario or elsewhere in Canada at this time to force litigants to mediate before they can access the adjudicative powers of the courts.

Q.: More generally, do you think mandatory mediation can be effective and further than this, is it a way to evolve mediation?

I am personally not convinced that mandatory mediation in every case is necessarily the best thing to do or that the mediation practice should evolve in that way. There are some cases that raise legal issues or reputational issues that simply have to be adjudicated and not compromised privately through mediation. Further, I have had experience in conducting mandatory mediations where one party was merely going through the exercise in order to get their trial date, with no interest in paying anything and not meaningfully participating, which only increased the expense for the other party. A mediation in those circumstances is a complete waste of time and becomes abusive to the party who genuinely wishes to explore settlement or have their rights determined.

The approaches adopted by Quebec and British Columbia seem to strike the right balance between party autonomy and access to justice in a cost efficient way. The Toronto Commercial List approach is attractive but only works because there is significant case management on that very exclusive list and the judges have a good feel for when a case should be mediated and by whom. Unfortunately, hands on case management by a dedicated judge throughout the litigation process is not usually available elsewhere in the civil justice system in Ontario. One of the benefits of arbitration is that the case management which occurs in that process can also, with

the right arbitrators, result in discussions about mediation at an appropriate point in time and mediation can be built into the procedural timeframe.

Q.: When it comes to mediation in Canada, who are the main actors in its practice, education, and role in institutions?

In Canada, we have a members based institution called the ADR Institute of Canada which promotes arbitration and mediation and, through its programming and its provincial affiliates, provides training and designations to mediators and arbitrators. The Chartered Institute of Arbitrators has an active Canadian chapter that also provides training and enables practitioners to become members and fellows of the international organization headquartered in the UK – I am a Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators which is both an arbitration and mediation designation.

The law schools all provide courses in mediation and alternative dispute resolution with advanced studies occurring at Osgoode Hall Law School at York University in Toronto. Ontario's former chief justice Warren Winkler was instrumental in introducing mediation into our court system and in his retirement in founding an academic institute pursuing studies in mediation and other forms of alternative dispute resolution. The Schulich School of Law at Dalhousie University also has a very strong mediation program and advanced study and scholarship occurs at that institute. Other provincial law schools have terrific ADR programs and courses offered to law students. Many practitioners in Canada pursue LLM degrees in mediation and alternative dispute resolution after their call to the bar and participating in private practice for years.

There are a number of for profit organizations primarily in Ontario that offer the services of experienced mediators in multiple substantive areas – for example, commercial, insurance, family law, construction, personal injury – and across Canada there are numerous provincial organizations promoting alternative dispute resolution.

Q;: Is there something you would like to add about mediation in Canada or in general?

I believe that mediation offers many advantages to litigants embroiled in messy legal disputes and to parties prior to the commencement of law suits. Mediation works best when all parties are committed to working together and being candid with the mediator about their respective cases and positions. However, it is critical that the mediation occur at the right point in time as we need to ensure that both sides have sufficient information to evaluate their position as well as to appreciate the merits of the other side's case. Mediation involves preparation, dialogue and understanding.

I believe that we are on the right track in Canada in terms of promoting mediation as a viable alternative to spending years in a court system that increasingly is under resourced and underperforming. A respectable bar of experienced mediators is growing rapidly in Canada and litigation lawyers are slowly but surely developing the necessary skills to meaningfully and effectively participate in mediations. I think that law firms have to do a much better job in mentoring and training their litigation associates. There needs to be more emphasis on understanding what the mediation process involves and how best to serve clients in that process. Litigation lawyers tend to approach negotiations in an adversarial, rights based manner and need coaching on advocacy strategies geared to achieving settlement and how to engage in creative problem solving in the mediation process.

LE REGLEMENT DES DIFFERENDS PAR LA VOIE DE LA MEDIATION-ARBITRAGE



Abdelmadjid NEDJARI

Avocat à la Cour - Arbitre

Secrétaire général de la Chambre de Médiation, de Conciliation et d'Arbitrage -

Occitanie, France

Les modes alternatifs de règlement des différends sont empreints du principe d'efficacité. Soucieuses d'un règlement extra-judiciaire, les parties à un différend commercial vont plutôt convenir elles-mêmes des modalités de règlement de leur litige, par le choix d'un médiateur, d'un conciliateur ou d'un arbitre.

Les Institutions de règlement des différends jouent un rôle important dans la création et l'évolution des modes amiables ou juridictionnels combinant parfois ceux déjà existant pour en créer de nouveaux, non pas par simple volonté mais pour tenir compte de la demande et des besoins des parties dans des mécanismes permettant de poursuivre leurs relations en dépit des difficultés.

Pour ce faire, un procédé a été pensé, alliant le caractère non contraignant de la médiation et le caractère juridictionnel de l'arbitrage. En effet, la désignation d'un tiers médiateur neutre doit permettre le rétablissement ou la reprise d'une relation apaisée entre les parties à un contentieux afin de les accompagner dans la construction d'une solution. Quant à l'arbitrage, mécanisme juridictionnel, il doit permettre aux parties de

présenter le litige au terme d'une procédure par laquelle l'arbitre rendra une sentence qui sera contraignante pour les parties.

Le procédé de Médiation-Arbitrage, ou Med-Arb, est déjà prévu par de nombreuses Institutions proposant un service de règlement des différends¹. Cependant, l'unanimité sur ce mécanisme est loin d'être atteinte par la persistance d'une problématique résidant dans la personne même désignée pour mettre en place les modalités de ce procédé².

En effet, plusieurs institutions prévoient, sous l'égide de leur règlement Med-Arb, que les parties peuvent désigner, dans un premier temps, un médiateur qui mettra en œuvre sa mission et ses diligences conformément au règlement de l'Institution choisie.

Le but de cette médiation n'est pas alors différent d'une médiation classique. Cependant, avec le Med-Arb, le médiateur désigné peut être confronté à la situation où l'issue du différend ne peut pas être complétement envisagée. Dans cette hypothèse, lorsque le processus de médiation se solde par une absence d'accord des parties, le médiateur peut changer tout simplement de fonction et exercer les compétences d'arbitre, conformément à la clause de Med-Arb³. C'est donc la même personne désignée qui peut mettre en œuvre la médiation et occuper le rôle d'arbitre sous l'égide du règlement Med-Arb de l'Institution choisie.

Les critiques sur ce double emploi n'ont pas manqué de se faire entendre. En effet, la position de neutralité et d'impartialité du médiateur désigné ne pose pas de difficulté en début de procédure. Cependant, au cours de la procédure, le médiateur, interlocuteur privilégié des parties et témoin des tensions, dissensions entre les parties, va chercher à conduire les discussions sur le terrain le plus propice à la construction d'un compromis.

¹ V. not. Le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris ou la Chambre de Médiation, de Conciliation et d'Arbitrage d'Occitanie.

² Les principales critiques de ce mode de règlement des différends portent sur l'impartialité du médiateur-arbitre et sur l'atteinte à la confidentialité des informations échangées durant la procédure de médiation.

³ Clause d'arbitrage type CMAP : « *Les différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat, seront soumis au règlement de médiation et, en cas d'échec de celle-ci, au règlement d'arbitrage du CMAP auxquels les parties déclarent adhérer.* » ; V. aussi Clause CMCAO : Annexe 1. du Règlement Med-Arb. de la Chambre : <https://www.arbitrage-toulouse.com/en/?view=article&id=101:cmcaos-med-arb-rules&catid=28>

Sur un plan strictement légal, et voire déontologique, les obligations auxquelles s'engagent le médiateur sont respectées. De même, l'arbitre, anciennement médiateur, s'engage également à respecter les règles relatives à sa fonction et au respect des modalités de règlement du différend conformément au contrat d'arbitre et de l'acte de mission. En outre, d'un point de vue éthique et déontologique, l'arbitre s'engage au respect des dispositions de la Charte éthique de la Fédération des Centres d'arbitrages et de la jurisprudence de la Cour de cassation, très soucieuse du respect des obligations de l'arbitre, en termes de devoir d'impartialité ou de célérité notamment⁴.

La difficulté se présente plutôt d'un point de vue subjectif. Dans un premier temps, le médiateur-arbitre va occuper ses fonctions de médiateur. Ce médiateur-arbitre est une personne physique, consciente des composantes du contentieux pour lequel il a été mandaté. Cette perception du contentieux lui est propre. Sa perception du litige est aussi attachée à la personnalité des parties, parfois de leurs conseils et de l'intérêt qu'ils défendent. Autant d'éléments qui exercent nécessairement une influence sur le médiateur-arbitre sur le plan du ressenti global de la situation. La connaissance du dossier et des pièces, mais surtout des échanges confidentiels qu'il a eus avec les parties, lors d'apartés durant les séances de médiation, ou des notes adressées à son attention exclusive ne peuvent lui permettre, sans risque de parti pris ou de préjugé, de s'engager dans sa mission d'arbitre de la manière la plus sereine. C'est en quelque sorte une remise en cause de son « impartialité subjective » lorsqu'au terme de la procédure de médiation cette même personne va occuper les fonctions d'arbitre. De même, l'organisation d'une procédure de Med-Arb au sein d'une même institution par deux personnes différentes est parfois critiquée dans le sens où il existerait, à tort ou à raison, une proximité entre les membres de l'institution ce qui entrainerait le risque de la communication d'informations, de manière plus ou moins directe entre le médiateur et l'arbitre. C'est là encore une question relative à la confidentialité qui se pose.

⁴ Cass. 2e civ., 10 nov. 1998, n° 96-21391 : Rev. arb. 1998, p. 680, note Betto J.-G. ; RTD com. 1999, p. 376, obs. Dubarry J.-C. ; et Loquin E. ; Cass. civ. 1^{er}, 9 nov. 2022, n° 21-17.203 ; Cass. 1^{er} civ., 16 oct. 2011, n°10-15.968 ;

Une fois qu'on a dit cela, faut-il considérer le Med-Arb comme une vraie fausse bonne idée ? Nous ne le pensons pas.

En effet, le procédé est une excellente combinaison des deux modes les plus efficaces en matière de modes alternatifs de règlement des différends, qui lie très bien la flexibilité qu'offre la médiation comme mode contractuel de règlement des différends et l'efficacité de l'arbitrage, les parties ayant la totale liberté de prévoir les modalités de ces deux procédés. Ce travail de médiation a pour objectif de trouver un accord éventuel et de permettre aux parties de transiger. Mais pour les litiges les plus ardues, souvent les plus techniques ou appelant l'engagement de la responsabilité d'une des deux parties, l'action d'un arbitre s'avère souvent nécessaire.

Dans le Med-Arb, l'importance se trouverait en quelque sorte dans la préservation d'une « impartialité objective » de celui ou celle qui est appelé(e) à occuper les fonctions d'arbitre suivant la médiation. Un arbitre « nouveau » qui entre dans le litige est gage d'un regard neuf sur des discussions bien avancées mais pas encore suffisantes à une solution complète et acceptable pour les deux parties. De même, un arbitre nouvellement désigné sera par définition « impartial », car il interviendra pour la première fois dans le litige qu'à compter de sa désignation, à la suite de la médiation. Le tout est alors de prévoir comment, règlementairement parlant, l'arbitre sera une personne différente de celle du médiateur désigné dans le cadre d'un Med-Arb.

Les parties peuvent naturellement convenir des modalités de désignation de l'arbitre de manière conventionnelle, soit directement entre elles, ou alors se faire accompagner par les services d'une Institution. Ce choix est assurément respectueux du caractère conventionnel de ce mode de règlement et de la volonté des parties.

Un autre système a été pensé, il consiste à proposer aux parties de choisir un organisme de médiation *ad hoc* dont la fonction est strictement dédiée à la médiation et de prévoir conventionnellement dans leur clause de Med-Arb, qu'en cas d'échec de cette procédure, total ou partiel, elles s'accordent à résoudre leur litige devant la Chambre d'arbitrage désignée dans ledit accord.

Ce système est assurément très différent de ce qui existe dans le paysage de Med-Arb, car il implique deux organismes distincts s'accordant dans l'exercice de leurs compétences respectives par une clause commune prévoyant que le premier assurera la médiation, et qu'en cas d'échec, le second prendra à son compte l'organisation de l'arbitrage. Il est de notre avis que ce système présente l'avantage d'offrir un instrument supplémentaire à la disposition des parties. Cette clause Med-Arb allie contractuellement les services d'un centre de médiation *ad hoc* qu'elles ont l'habitude de désigner et permet dans un second temps de renvoyer la compétence de l'organisation de l'arbitrage à l'institution de leur choix en cas d'échec de cette médiation. Cela étant, liberté conventionnelle oblige, les parties peuvent utiliser les listes laissées à leur disposition par l'Institution pour désigner leur médiateur et le cas échéant, leur arbitre.

En conclusion, ce mécanisme laisse la liberté aux parties de pouvoir organiser la gestion de leur contentieux par le Med-Arb, sans être tenues de devoir désigner un centre de médiation différent de celui qu'elles ont l'habitude de pratiquer. De même, la coordination d'une Chambre d'arbitrage avec des organismes de médiation *ad hoc* permettrait d'élargir l'offre de Med-Arb, de démocratiser cette pratique, et d'offrir aux parties un mode de règlement des différends supplémentaire et de leur permettre de poursuivre leur relation d'affaire de manière apaisée.

LA MÉDIATION EN DROIT ÉGYPTIEN

ÉTAT DES LIEUX D'UN DISPOSITIF EN EXPANSION

Karim SALEM

Ancien élève de l'ENA (Promotion Hannah ARENDT 2020), Karim Salem est conseiller d'État égyptien et doctorant en droit public à l'Université de Strasbourg.

Il prépare une thèse de droit public sur le juge administratif et la médiation sous la direction du professeur Gabriel Eckert.

et Abdelmohsen SHEHA

Ancien élève de l'ENA (Promotion Jules VERNE 2014), Abdelmohsen Sheha est conseiller d'État égyptien et juge au tribunal d'appel des Nations Unies.

Il est docteur en droit public de l'Université de Strasbourg, 2021 et lauréat du prix spécial de thèse "droit comparé" de l'Association française des docteurs en droit (AFDD), 2022.

Cet article présente l'état actuel de la médiation dans le système juridique égyptien. En sus des éléments descriptifs liés à ce dispositif, l'article livre des analyses fines et précieuses sur le cadre juridique et pratique de la médiation en Égypte. Il met notamment l'accent sur les perspectives de son évolution et les impératifs juridiques et culturels qui y sont associés, à la lumière des expériences pertinentes de droit comparé en la matière.

Bien que l'engouement pour la médiation soit relativement récent en Europe, la médiation est depuis longtemps présente dans le système juridique égyptien.

Depuis 1972, la médiation a trouvé une place parmi les modes alternatifs de règlement des différends (MARD) en Égypte, présentant ainsi un alternatif rapide qui permet aux parties d'éviter les tensions contentieuses. L'importance de la médiation s'est

consolidée au début du XXI^e siècle, marquée par une volonté affirmée du législateur d'élargir son champ d'application et d'améliorer son encadrement juridique.

Or malgré son ancienneté relative dans le droit égyptien et l'intérêt accru qu'elle présente dans le temps actuel, l'étude de la médiation en droit égyptien n'est pas une tâche facile.

D'une part, les dispositions relatives à la médiation sont éparpillées dans différents textes juridiques la régissant, sans une terminologie précise ou un encadrement clair et cohérent¹. Cela va notamment pour la définition même de la médiation qui n'a jamais été livrée par le législateur. La référence à la procédure de médiation est en effet peu harmonieuse : parfois, on se réfère à la procédure de médiation sous d'autres appellations telles que "règlement amiable" ou "conciliation".

D'autre part, la médiation demeure largement sous-étudiée par la doctrine juridique égyptienne². La plus grande partie d'études porte sur les voies classiques de résolution judiciaire des litiges, au détriment des MARD, et donc de la médiation.

Or ces défis ne sont pas insurmontables et une vue d'ensemble de la médiation en droit égyptien peut être inférée, permettant de dresser un panorama clair et efficace de ce dispositif en expansion.

Pour ce faire, il nous paraît indispensable de livrer d'abord une définition de la médiation correspondant à la place qui lui est réservée en droit égyptien. On peut ainsi dire que la médiation est conçue comme tout processus structuré, quelle que soit son appellation, dans lequel deux ou plusieurs parties à un différend tentent volontairement de parvenir à un accord avec l'aide d'un tiers neutre et indépendant.

¹ V. à cet égard, R. ELSAMAN, "L'effectivité d'une médiation obligatoire pour régler à l'amiable des différends du commerce et de l'investissement", *Revue d'études juridiques*, vol. 59, n. 1, 2023, p. 389.

² Seuls quelques travaux de recherches portent sur un certain nombre d'aspects de la médiation institutionnelle ou juridictionnelle v. à titre d'exemple : H. Y. OKACHA, *Règlement des différends de contrats administratifs : juridictionnel, arbitral et amiable*, Dar Abo-Elmagd Lelteba'a, 2021, Le Caire, 794 p. ; A. M. EL EWENI, *Contrats d'investissement, entre arbitrage, tribunaux et règlement à l'amiable*, Dar El Nahda El Arabia, 2021, Le Caire, p. 55 ; R. ELSAMAN, *op.cit.* ; M. A. S. TOHAMI, "La médiation et la conciliation dans les législations égyptiennes et comparées", *Revue de l'Université de Ganoub Al-Wadi pour les études juridiques*, n. 6, 2021, p. 462 ; M. ELSAMAN, "The nexus of Access information, Good Governance and Investment Negotiation", *Washington Intl. Law Journal*, n. 29, 2020, p. 383.

Englobant les procédures de règlement amiable qui répondent à cette définition large, les dispositifs de médiation en droit égyptien peuvent être divisés en deux grandes catégories : les médiations institutionnelles (I) et celles appliquées dans le cadre juridictionnel (II).

I-De la médiation institutionnelle

En matière institutionnelle (extra-juridictionnelle), la loi égyptienne prévoit le recours à la médiation pour régler les différends entre les personnes de droit privé, ou entre ces derniers et l'administration.

Distingués par leurs champs d'applications, deux types de médiation institutionnelle peuvent être immédiatement repérés : la médiation générale (a) et la médiation sectorielle ou spéciale (b).

A-Un dispositif de médiation générale

La médiation institutionnelle générale en droit égyptien est née avec l'adoption de la loi n. 7-2000 relative à la création des comités de médiation dans les différends auxquels font partie les ministères et les personnes morales de droit public³ (1). Cette loi a entouré le processus de médiation d'un certain nombre de garanties visant son efficacité sans toutefois que la pratique confirme cette efficacité recherchée (2).

La loi n. 7-2000 et l'introduction de la médiation institutionnelle générale

Avant l'adoption de la loi n. 7-2000, il n'existait pas de forums où les parties aux différends de nature administrative pouvaient se mettre ensemble pour s'entendre et réfléchir à une résolution à l'amiable de leur différend. Le seul mécanisme extra-juridictionnel fut le recours gracieux ; un mécanisme unilatéral où l'administration prononce le dernier mot, sans besoin de consentement de l'administré. L'absence de mécanisme de règlement à l'amiable des différends était jusqu'alors normale et justifiée, parce que les parties à tout différend de nature administrative ne sont pas égales. C'est le pouvoir unilatéral de l'administration, marque de son pouvoir exorbitant au droit commun, qui est en jeu. La logique de la médiation contrevient à cette image

³ L. n. 7-2000 relative à la création des comités de médiation dans les différends auxquels les ministères et les personnes morales de droit public font partie (J.O.R.A.E., 4 avril 2000, n. 13 *bis*, p. 4).

classique d'une administration toute puissante, et remet ainsi en question le privilège du préalable.

Ainsi, les différends entre l'administration et les administrés, qu'ils soient particuliers ou fonctionnaires, ne pouvaient être résolus que par le juge administratif.

Or le maintien d'un accès ouvert au prétoire et la culture contentieuse ancrée dans la pratique égyptienne ont résulté à une augmentation considérable du nombre de recours devant les tribunaux et cours et ainsi à une lenteur remarquable au règlement des affaires. Il s'agit alors d'une double peine tant pour les justiciables que pour les juridictions.

Souhaitant désencombrer les juridictions et assurer une plus grande efficacité et célérité dans le règlement des différends⁴, la loi n. 7-2000 a créé des comités de médiation (CdM) pour les différends auxquels font partie les ministères et les personnes morales de droit public⁵. Ces CdM, à composition tripartite, a donc pour mission de fournir un forum adéquat pour que les parties au différend puissent s'exprimer et éventuellement arriver à une résolution pacifique à leur différend.

Afin d'atteindre les objectifs escomptés, le législateur a rendu obligatoire d'emprunter la voie de la médiation devant les CdM avant d'introduire un recours devant le juge (art. 11 de la loi n. 7-2000). C'est à l'issue donc d'un processus inabouti de médiation que l'administré pourrait faire un recours devant le juge.

Or l'obligation de médiation et l'interdiction d'accéder directement au prétoire pouvait porter atteinte au droit à un recours effectif et au droit à l'accès à un tribunal, garantis par l'article 68 de la Constitution égyptienne de 1971, en vigueur lors de l'adoption de la loi n. 7-2000, et par l'article 97 de la Constitution de 2014 aujourd'hui en vigueur. Ces éventuelles critiques ne tiennent cependant pas. Deux tempéraments confortent la position du législateur en la matière.

⁴ M. A. S. TOHAMI, *op.cit.*, p. 462.

⁵ Note explicative de la L. n. 7-2000, p. 1.

D'une part, le Cour constitutionnelle suprême (C.C.S.) avait déjà conforté la constitutionnalité des dispositions similaires prévues par l'article 157 de la loi n. 79-1975 relative à la sécurité sociale⁶. Cet article obligeait les bénéficiaires des régimes de la sécurité sociale de soumettre leurs demandes aux comités de règlement à l'amiable des différends créés par cette loi avant de porter leurs différends devant le juge. Pour confirmer la constitutionnalité de cette disposition, la Cour a trouvé que ce mécanisme ne contrevient pas le droit d'accès au juge dans la mesure où le temps imparti pour le processus de médiation obligatoire était raisonnable. La Cour a jugé que le législateur, ayant imposé aux comités de se prononcer dans un délai de 60 jours à compter de l'introduction de la demande, a délimité le processus obligatoire de médiation dans le temps. Le processus n'est donc ni trop court, ce qui le rend expéditif et sans utilité réelle, ni trop long, ce qui porte atteinte aux droits des bénéficiaires⁷.

D'autre part, le législateur a délimité le champ de la médiation générale obligatoire *rationae materiae* et *rationae temporis*. D'un côté, le législateur a mis quelques exceptions où l'administré peut porter son recours directement devant le juge sans passer obligatoirement par les CdM. Il s'agit de cas d'urgence liée aux procédures de référés ou de demandes de suspension d'exécution (art. 11 de la loi n. 7-2000). D'un autre, dans les matières où la médiation générale est obligatoire, le législateur a imposé aux CdM de rendre leur recommandation de règlement à l'amiable dans un délai de 30 jours à partir de l'introduction de la demande de médiation. Si le CdM n'a pas rendu sa recommandation dans le délai imparti, ou si sa recommandation n'a pas été acceptée par toutes les parties au différend, la partie qui en a intérêt peut intenter son recours devant le juge (art. 9 de la loi n. 7-2000).

Des garanties multiples et une efficacité variable

La médiation institutionnelle générale est entourée par des garanties visant l'efficacité de la procédure. Ces garanties peuvent être d'ordre statutaire ou d'ordre procédural. D'un point de vue statutaire, la mission de médiation institutionnelle générale est confiée, comme mentionné ci-haut, aux CdM. Ces comités, qui englobent en leur sein un représentant de chaque partie au différend, sont présidés par une figure professionnelle, neutre et indépendante : le juge. Le législateur ne fait pas d'allusion

⁶ C.C.S., 6 juin 1998, n. 145-19, Rec. 8, 2ème partie, p. 1423.

⁷ H.C.A (Haute cour administrative), 13 juin 2020, n. 26077-59.

sur ce point. Il justifie son choix explicitement dans la note explicative de la loi n. 7-2000, mettant en exergue l'objectivité et l'impartialité de la figure de juge dans la conduite de la procédure de médiation⁸.

L'article 2 de la loi n. 7-2000 confie ainsi au ministre de la justice la mission de nommer les présidents des CdM parmi les magistrats honoraires. Peuvent être aussi nommés comme présidents des CdM les juges en service détenant un grade de Conseiller au moins, sous condition d'autorisation par les Hauts conseils de justice de l'institution à laquelle le juge appartient⁹.

Les CdM eux-mêmes sont d'une composition tripartite. En plus du président du CdM qui est nommé par le ministre de la justice, le CdM comporte les représentants des deux parties au différend. Il appartient donc aux représentants des deux parties, sous le contrôle d'un juge neutre et indépendant agissant en qualité de médiateur, de discuter les solutions possibles au différend. La solution est par la suite adoptée à la majorité des voix sous la forme d'une recommandation (art. 8 de la loi n. 7-2000), adressée tant à l'administration qu'à l'autre partie au différend qui dispose de 15 jours pour valider ou non l'accord de transaction.

D'un point de vue procédural, le législateur a voulu doter les CdM d'une certaine flexibilité dans l'accomplissement de leurs missions, tout en préservant les garanties principales d'égalité entre les parties.

L'article 7 de la loi n. 7-2000 prévoit que le déroulement des travaux de CdM ne se passent pas selon les règles procédurales établies dans le code des procédures civiles et commerciales, le cadre commun de la procédure juridictionnelle. Cette exception vise à libérer les CdM des contraintes procédurales qui s'imposent lors du procès juridictionnel. Néanmoins, cette liberté en matière de procédure n'est pas absolue. Le même article impose aux CdM de respecter les grands principes et garanties contentieux. Alors que ni la loi, ni la note explicative ne précise le contenu de ces "grands principes et garanties contentieux", on peut schématiquement les résumer

⁸ Note explicative de la L. n. 7-2000, p. 2.

⁹ Bien qu'ils soient présidés par des juges, les CdM ne constituent point de juridictions. Il s'agit de comités administratifs ayant le rôle médiateur entre les parties aux différends, sans procédures proprement juridictionnelles, et sans le pouvoir de trancher de litiges (H.C.A., 9 fév. 2020, n. 64361-62).

dans les principes liés au droit de la défense et à l'égalité des armes entre les parties. En dehors de ces principes et garanties, les dispositions du code des procédures civiles et commerciales n'auront pas à s'appliquer sur les CdM, notamment en termes de délais imposés pour la présence, la production des documents et des preuves ou encore de délais relatifs à la tenue des séances¹⁰.

En plus, souhaitant garantir la mise en œuvre des protocoles de transaction, la loi n. 7-2000 les a revêtus par une force exécutoire (art. 9 de la loi n. 7-2000)¹¹. Cela les rend opposables non seulement aux parties au différend, mais aussi à toute autre partie ou personne morale de droit public¹².

Malgré ces garanties procédurales visant l'allègement de la procédure, la pratique de la médiation devant les CdM montre un bilan mitigé, voire décevant.

Alors que l'objectif principal était la célérité des procédures et le désencombrement des juridictions, la rareté des accords de transaction conclus entre les parties au différend a rendu cette procédure de médiation générale obligatoire caduque, et presque sans intérêt pour les particuliers. La position de refus par défaut adopté par les administrations des recommandations faites par les CdM a rendu cette procédure de médiation générale obligatoire, non pas une opportunité pour régler à l'amiable des différends qui les opposent aux particuliers, mais plutôt une simple démarche obligatoire à remplir avant d'introduire les requêtes devant les juridictions.

Les juridictions administratives ont pris note de cet état des lieux. Elles ont alors adopté une lecture souple des dispositions de la loi n. 7-2000. D'une part, le juge administratif a considéré qu'une fois la demande de médiation générale obligatoire introduite, le recours devant le juge devient recevable, même sans attendre la recommandation des CdM compétentes¹³. D'autre part, le juge administratif a considéré que la condition du recours au CdM est régularisable après recours au juge. Ainsi, saisir ce dernier sans

¹⁰ H.C.A., 13 juin 2020, n. 26077-59.

¹¹ Cette force exécutoire ne fait pas de protocoles de transaction de véritables jugements. Ces derniers sont les seuls revêtus de la force de la chose jugée (H.C.A., 21 avril 2009, n. 7438-53, Rec. bureau tech. N. 54, p. 453).

¹² M. A. S. TOHAMI, *op.cit.*, p. 472.

¹³ H.C.A., 23 mai 2010, n. 25630-54, Rec. bureau tech. n. 55, p. 492. Cf. H.C.A., chambre d'unification de principes, 3 déc. 2022, n. 39225-66. Après de longues années, la Chambre d'unification de principes est revenue sur ce principe, adoptant une lecture littérale du texte. Il est exigé d'ores et déjà que le recours ne soit porté devant la juridiction administrative qu'après avoir épuisé toutes les étapes de la médiation générale obligatoire.

avoir recouru au préalable aux CdM ne rend pas le recours juridictionnel irrecevable si le requérant a demandé la médiation générale obligatoire pendant le processus juridictionnel¹⁴.

B-Des dispositifs de médiation spéciale

En plus de la médiation générale, il existe également d'autres mécanismes de médiation spéciale ou sectorielle en matière financière (1) et en matière de contrats d'investissement (2).

La médiation en matière financière

Reconnaissant l'importance de la médiation en matière financière non-bancaire, le législateur, par la loi n. 10-2009 relative à la régulation des marchés financiers non-bancaires¹⁵, a prévu la création d'un Centre d'arbitrage et de médiation des différends financiers par décret présidentiel (art. 10 de la loi n ° 10-2009).

Il a fallu attendre jusqu'en 2019 pour que le décret présidentiel ne soit adopté¹⁶, créant ainsi effectivement le premier centre de médiation en matière financière non-bancaire baptisé Centre d'arbitrage et de médiation des différends relatifs aux lois de la régulation des marchés financiers non-bancaires (ECAC).

Sont concernés par le processus de médiation offert par le ECAC les différends entre les partenaires et les actionnaires aux sociétés à capitaux, ainsi que les différends entre ceux-ci et les sociétés aux capitaux auxquels ils contribuent.

Contrairement au mécanisme de la médiation générale, la création du ECAC ainsi que son mode d'emploi représentent un véritable pas pour la promotion de la médiation dans la pratique égyptienne.

D'abord, le recours au ECAC n'est pas obligatoire (art. 2 du décret n. 335-2019). Il s'agit en effet d'un forum accessible aux particuliers pour soumettre leur différend à un

¹⁴ H.C.A., 15 juin 2010, n. 35979-52, Rec. bureau tech. n. 55, p. 553.

¹⁵ L. 10-2009 relative à la régulation des marchés financiers non-bancaires, J.O.R.A.E, 1er mars 2009, n. 9 *bis*, p. 16, art. 10.

¹⁶ Décret du président de la République n. 335-2019 relatif à la création du Centre d'arbitrage et de médiation des différends relatifs aux lois de la régulation des marchés financiers non-bancaires, J.O.R.A.E., 11 juillet 2019, n. 28 *bis a*, p. 2.

tiers neutre, professionnel et indépendant pour qu'il se charge de ce travail de facilitateur entre les parties au différend. Il peut également, si les parties le souhaitent, jouer le rôle non uniquement de médiateur, mais aussi de conciliateur, ayant ainsi plus de pouvoir pour rapprocher les points de vue des parties au différend.

Ensuite, les procédures de cette médiation sont également assez libres. Le règlement de médiation publié par le ECAC ne contient qu'un minimum de règle de base, permettant aux parties d'avoir la plus grande liberté dans l'organisation de ce processus de médiation fortement consensuel¹⁷. A l'issue du processus de médiation, et sous condition de consentement des parties, un protocole de transaction peut être signé par les parties, permettant ainsi de mettre fin à leur différend d'une manière rapide et consensuelle.

On voit ainsi que la médiation sous l'égide du ECAC, personne morale de droit public, ne semble pas être une médiation fortement institutionnalisée. Le rôle que joue le ECAC s'assimile à celui que jouent d'autres institutions spécialisées dans le règlement à l'amiable des différends, et notamment à celui du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (CRCICA)¹⁸.

La médiation en matière de règlement à l'amiable des différends de contrats d'investissement

Médiation fortement institutionnalisée, la médiation en matière de règlement à l'amiable des différends de contrats d'investissement diffère largement de la médiation en matière financière non-bancaire¹⁹.

Il convient de préciser ici que la médiation en matière d'investissement a commencé comme une initiative du gouvernement égyptien, établi par décret du premier ministre sans base législative²⁰. Cette initiative avait pour but d'éviter les recours arbitraux soumis par les investisseurs étrangers, portés notamment devant les instances

¹⁷ V. <https://ecas.org/eg/en/page/mediation-procedures>

¹⁸ V. <https://crica.org/mediation/crica-mediation-rules/>

¹⁹ A cet égard, M. ELSAMAN, *op.cit.*, p. 383.

²⁰ D. n. 1067-2012 relatif à la composition du comité de règlement à l'amiable des différends de contrats d'investissement, J.O.R.A.E., 1 nov. 2012, n. 44, p. 24.

internationales telles le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) affilié à la Banque Mondiale.

Suite à une période d'expérimentation réussie, l'existence de ce mécanisme de médiation a été institutionnalisée par la loi égyptienne n. 72-2017²¹. Cela s'inscrivait dans un contexte d'aménagement du climat d'investissement, visant à rassurer les investisseurs, notamment étrangers, sur la sécurité de leurs investissements²².

La médiation en matière de règlement à l'amiable des différends de contrats d'investissement se présente ainsi comme une des options ouvertes aux investisseurs pour régler à l'amiable leurs différends avec les autorités publiques (arts. 88 et 89 de la loi n. 72-2017). Elle se place en aval du processus de recours gracieux (art. 82 de la loi n. 72-2017) et de règlement des différends d'investissement par une décision ministérielle unilatérale (arts. 85 et 87 de la loi n. 72-2017), et en amont des processus de règlement par l'arbitrage ou par les juridictions compétentes (art. 90 de la loi n. 72-2017).

Un dispositif spécial, la médiation en matière de différends de contrats d'investissement dépend d'un ensemble d'instances, techniques et politiques. Ces instances sont engagées pour faciliter les échanges entre l'investisseur et l'administration partie au différend, et, le cas échéant, finaliser le protocole de transaction.

En premier de ces instances se trouve le Secrétariat technique du comité interministériel pour le règlement à l'amiable des différends de contrats d'investissement.

Le rôle de cette instance est central car il lui appartient de jouer le véritable rôle de médiateur entre l'administration et l'investisseur. Pour garantir la neutralité de ce médiateur, il n'est pas considéré comme une administration d'État et n'est pas composé de fonctionnaires publics, ce qui lui aurait privé de toute crédibilité vis-à-vis

²¹ L. n. 72-2017 relative à l'investissement, J.O.R.A.E., 31 mai 2017, n. 21 *bis* g, p. 2.

²² V. sur ce point, A. SHEHA et M. ELKADI, "Amicable Settlement of Investment Contracts Disputes in Egyptian Law", *LexisNexis MENA Business Law Review*, n. 1, 2021, pp. 64-71.

des investisseurs. Plutôt, il est composé de juges professionnels, auxquels incombent un devoir absolu de discrétion de toutes les informations relatives aux processus de médiation²³.

Outre les éléments organiques, le Secrétariat technique profite d'une certaine autonomie dans son fonctionnement (art. 3 du décret n. 2377-2017), lui permettant de fournir un forum serein pour les échanges entre les représentants de l'administration et l'investisseur. Loin d'être un médiateur "passif", les membres du Secrétariat technique jouent un rôle actif et détiennent à ce titre un certain nombre de pouvoirs pour accomplir leurs missions, arrivant, le cas échéant, à un projet d'accord équilibré entre l'administration et l'investisseur. Ils peuvent ainsi demander à l'administration de produire tout document qu'ils estiment nécessaire en vue du règlement de différends. Ils peuvent aussi demander de l'avis aux experts techniques, le cas échéant.

A l'issue de ces échanges, et si les parties au différend arrivent à un accord commun de principe, le projet de cet accord est introduit par le Secrétariat technique à une autre instance, plus politique : le comité interministériel pour le règlement à l'amiable des différends de contrats d'investissement.

Cette deuxième instance de nature politique, composée de plusieurs ministres²⁴, se charge de revoir le projet d'accord de transaction conclu entre l'administration et l'investisseur, et le cas échéant, de donner son aval. Dans ce cas, le projet d'accord de transaction est introduit au Conseil des ministres pour approuver l'accord. S'il est approuvé, l'accord est revêtu de la force exécutoire (art. 89 de la loi n. 72-2017), similaire à celle de jugements.

II-De la médiation juridictionnelle

Le droit égyptien comporte deux mécanismes de médiation juridictionnelle : le premier, établi de longue date, est relatif aux litiges au sein des juridictions administratives (A), le second, plus récent, concerne les juridictions judiciaires (B)

²³ D. n. 2377-2017 relatif à la composition du Secrétariat technique du comité interministériel du règlement à l'amiable des différends de contrats d'investissement, J.O.R.A.E., 5 nov. 2017, n. 44 *bis b*, p. 7, art. 2.

²⁴ D. n. 3148-2019 relatif à la composition du comité interministériel du règlement à l'amiable des différends de contrats d'investissement, J.O.R.A.E., 25 déc. 2019, n. 51 *bis d*, p. 4.

A-La médiation devant l'ordre juridictionnel administratif

Caractérisé par sa globalité et sa juridicité (1), le dispositif de médiation au sein des juridictions administratives, bien qu'ancien, demeure peu pratiqué (2).

Un dispositif global d'empreinte juridique

Au vu des dispositions de l'article 28 de la loi n° 47 de 1972 relative à l'organisation du Conseil d'État, un commissaire d'État²⁵ peut proposer aux parties, la résolution amiable de leur litige. Une résolution qui repose sur les principes juridiques adoptés par la haute cour administrative (HCA). Si les parties acceptent la solution proposée par le commissaire d'État, l'accord éventuel aura la force d'un titre exécutoire et la juridiction prend acte du désistement des parties. En cas de refus de la part d'une des parties, la juridiction reprend l'affaire et peut infliger une pénalité pécuniaire à la partie ayant refusé la résolution amiable²⁶.

Tout d'abord, le dispositif de médiation régi par l'article 28 précité bénéficie d'un champ d'application global qui, du moins en théorie, englobe tous les litiges administratifs. Cela signifie aussi que toute affaire renvoyée par un tribunal administratif (TA) ou une cour de contentieux administratif (CCA) ou bien même par la haute cour administrative (HCA), au Corps des commissaires d'états en vue de son instruction, peut faire l'objet d'une médiation.

Ensuite, une remarque s'impose concernant la proposition de médiation. La rédaction des dispositions de l'article 28 précité, laisse planer le doute quant à la possibilité de demander la médiation par les parties elles-mêmes. En d'autres termes, le dispositif de médiation dont ici la question est plutôt une médiation « à l'initiative du juge »²⁷, en l'occurrence, à l'initiative du commissaire d'état chargé de l'instruction préparatoire des affaires.

S'agissant de la faculté de proposer et mener une médiation, elle est accordée uniquement au commissaire d'État auquel est confiée la préparation de l'affaire. A contrario, il en résulte que, d'une part, la médiation ne peut être proposée par un

²⁵ Le Commissaire d'État est un magistrat administratif qui, dans une phase préparatoire, instruit les dossiers et rédige un rapport d'opinion juridique non obligatoire pour la Cour.

²⁶ V. à ce sujet, M. R. ELHÉLW, *Les juridictions administratives*, Dar Al-Matboa'at Al-Gami'ia, 1995, p. 147.

²⁷ Le terme employé par le législateur français dans le code de justice administrative (CJA).

magistrat rapporteur au tribunal ou à la cour saisi de l'affaire, et d'autre part, la conduite de la mission de médiation ne peut être déléguée à un tiers non-commissaire d'État, qu'il soit un médiateur libéral ou un médiateur institutionnel relevant de l'administration au sens large du terme.

Concernant le fondement de la résolution recherchée, le dispositif de médiation dont il est ici question précise bel et bien le fondement de l'éventuelle résolution du litige. Selon les dispositions de l'article 28 susmentionné, la résolution proposée aux parties ne peut être cherchée que sur la base des principes juridiques adoptées par la HCA²⁸. C'est-à-dire que la médiation ne peut être fondée sur des considérations para-juridiques ; des considérations d'équité, par exemple.

Cela distingue ce dispositif de médiation juridique et juridictionnelle de la médiation générale obligatoire ci-avant décrite²⁹. Or, cela peut amener à priver ce dispositif de médiation d'un des grands avantages d'un MARD en général et d'une médiation en particulier, à savoir la créativité dans la création des solutions. En effet, l'un des grands apports de la médiation, outre la rapidité et le coût bas de la procédure, est le caractère novateur des solutions qui permet de créer des réponses sur mesure³⁰. Cette créativité puise ses origines dans la possibilité de se libérer du carcan de la juridicité ; c'est-à-dire, la possibilité d'aller rechercher une solution, qui, certes devra respecter les règles et les principes d'ordre public, mais n'aura pas à se baser forcément sur un fondement juridique.

Quant au rôle du commissaire d'État médiateur, il est confié un rôle actif dans la procédure de médiation, étant donné que la résolution du litige est basée sur les principes adoptés par la HCA ; qui, parmi les trois acteurs de la procédure de médiation, est naturellement l'expert en matière de la jurisprudence de la HCA ?

²⁸ Contrairement au cas français, par exemple, où les dispositions du CJA ne précisent pas le fondement de l'éventuelle solution recherchée tant que l'objet est licite et ne méconnaît pas les règles et principes d'ordre public notamment le principe de libre disposition (art. L.213-1 du CJA).

²⁹ M. F. ABDELBASSET, *Les juridictions administratives*, Dar Al-Gami'a Al-Gadida, 2005, p. 186

³⁰ N. DION, *De la médiation*, Paris, mare & martin, 2018.

Ainsi, soit, le commissaire d'État propose lui-même la solution, soit, pour le moins, il donne son avis, quasi obligatoire dans ce cas de figure, sur une solution proposée par l'une des parties ou par son conseil.

En dernier lieu, les dispositifs de l'article 28 précédemment mentionné donnent aux accords conclus à l'issue d'une médiation, une force égale à celle d'un titre exécutoire. Un accord de médiation vaut plutôt une décision de justice puisqu'il est constaté par un magistrat.

Une pratique modeste en raison de multiples obstacles

L'examen de l'état actuel de la pratique de la médiation au sein des juridictions administratives montre que, malgré l'ancienneté du dispositif de l'article 28 précédemment mentionné, sa mise en œuvre demeure modeste. C'est le résultat de nombreuses raisons de différentes natures : notamment juridiques, organisationnelles et culturelles.

Les premiers obstacles freinant le développement de la mise en œuvre du dispositif de médiation prévu par l'article 28 précité est le manque d'un cadre juridique clair et détaillé. En effet, le cadre juridique actuel est très restreint et ne donne pas de précisions concernant notamment les matières qui entrent dans le champ de la médiation. Cette opacité quant aux limites du champ d'application est un facteur de découragement. Le cadre actuel ne précise non plus les modalités de proposition de la médiation et du recueil de l'accord des parties : le recours aux modalités s'appliquant au contentieux administratif ne semblent pas cohérent et n'œuvre pas en faveur de l'efficacité de ce mode flexible de résolution des litiges. Le cadre juridique en vigueur est également silencieux quant aux principes gouvernant le processus de médiation : obligations des médiés et du médiateur.

Dans l'État actuel des choses, la mise en œuvre du dispositif de médiation au sein des juridictions administratives demeure un œuvre artisanal dépendant complètement des initiatives individuelles de certains commissaires d'État intéressés par la médiation. Quant aux freins organisationnels et structurels, ils sont triples. D'abord, ils consistent, à notre sens, à l'absence de statistiques sur les tentatives de médiation. Le Conseil

d'État égyptiens ne tient pas de statistiques concernant les tentatives de médiation faites par les commissaires d'État, qu'elles soient réussies ou non abouties.

Ensuite, il s'ajoute le manque d'un mode d'emploi de la médiation expliquant aux magistrats administratifs et au personnel du Commissariat de l'État, les étapes et les modalités de la mise en œuvre du dispositif de médiation.

Enfin, au sein des administrations, parties aux litiges, il n'est pas évident que le représentant de l'administration ait le pouvoir d'engager l'administration dans la médiation, ce qui conduit à un refus systématique de principe des propositions de médiation.

En plus des freins juridiques, organisationnels et structurels, il existe aussi d'autres freins culturels qui entravent le processus de médiation.

D'un côté, les magistrats administratifs, y compris les commissaires d'État, ne reçoivent, ni dans le cadre de leur cursus universitaire, ni dans leur formation initiale au Centre d'études judiciaires au début de leur carrière, aucune formation portant sur la mise en œuvre du dispositif de médiation ; ce qui conduit naturellement à avoir une idée inexacte de la médiation selon laquelle, celle-ci ne fait pas partie de leur mission « judiciaire ». A cause de cette barrière culturelle, la médiation est perçue comme étrangère à la mission du juge administratif égyptien³¹, malgré l'ancienneté des dispositions juridiques précitées qui restent lettre morte.

De l'autre côté, les parties du litige ont, eux aussi, une barrière culturelle leur empêchant de recourir à la médiation : d'une part, il y a un attachement à la solution juridictionnelle obtenue à l'issue d'une procédure juridictionnelle traditionnelle, et d'autre part, ni le représentant de l'administration ni le conseil de la personne privée ont été sensibilisés ou formés à la médiation.

³¹ Cette vision est partagée non seulement par les magistrats, mais aussi par la doctrine. V. à propos des cours économiques, H. M. S. ABDELGAWAD, "Les spécificités des juridictions économiques égyptiennes", *Revue de la faculté de droit positif et islamique de Dakahlia*, 2016, p. 2018.

S'ajoute à ce qui précède, le manque d'information sur la médiation : les avantages de cette procédure et les intérêts qu'il peut y avoir pour les parties ne sont pas connus nécessairement par les parties.

Dans la même veine, les expériences réussies de médiation ne font pas l'objet d'une publication systématique ; ce qui représente un frein considérable à faire connaître la médiation et par conséquent à faire rentrer le « réflexe médiation » dans les mœurs des justiciables.

B- La médiation devant l'ordre judiciaire

Institué par la loi n° 120 de 2008 relative à l'établissement des cours économiques, le mécanisme de médiation devant l'ordre judiciaire se distingue de celui en vigueur au sein des juridictions administratives par sa spécificité sectorielle (1) et son cadre juridique plus élaboré, toutefois caractérisé par un degré variable de détail (2).

Une médiation spéciale, quasi-judiciaire

Limitée à certains types d'affaires (a), la médiation devant l'ordre judiciaire égyptien est uniquement conduite par un magistrat dans un cadre quasi-judiciaire (b).

Un champ d'application limité

Contrairement à l'exemple français, le droit égyptien ne connaît pas la médiation comme voie commune de résolution applicable à tous les conflits de nature civile. Le seul dispositif de médiation possible en matière civile est celui instauré en 2008 par la loi n° 120-2008 relative à l'établissement des cours économiques.

Au vu des dispositions de l'article 8 de la loi précitée, telles que modifiées par la loi n°146 de 2019, la cour économique comprend un organe appelé « Organe de préparation et de médiation (OPC) ». Il est chargé, d'une part, de préparer et instruire les affaires, et d'autre part de mener une conciliation entre les parties, si elles acceptent d'entrer en médiation. Cet organe est présidé par un magistrat membre d'une des chambres d'appel de la cour, accompagné d'un nombre approprié de magistrats d'au moins le grade de président de tribunal.

Le champ d'application de ce dispositif de médiation, ne s'étend pas à toutes les affaires civiles et se limite seulement à celles de nature économique relevant de la

compétence de la cour économique. Toutefois, l'article 8 précité exclut quatre catégories d'affaires du champ d'application de la médiation devant l'OPC de la cour économique : les affaires pénales, les affaires en appel, les litiges prévus dans les articles 3 et 7 de la même loi (les référés et les litiges relatifs à l'exécution des décisions rendues par la cour) et les affaires renvoyées à la cour par d'autres juridictions en raison d'incompétence matérielle.

Une médiation quasi-judiciaire

Comme indiqué précédemment, tous les membres de l'OPC de la cour économique sont des magistrats professionnels. En vertu des dispositions de l'article 8bis de la loi n°120-2008, rajouté par la loi n°146 de 2019, le magistrat, membre de l'OPC, prépare l'affaire dont il est saisi et, s'il le juge opportun, propose la médiation aux parties.

En effet, malgré les apports indéniables de la loi précitée, que nous exposons antérieurement, aucune de ses disposition ne permet aux membres de l'OPC de déléguer leur mission de médiation à un médiateur en dehors de l'Organe : que ce soit à un médiateur libéral ou relevant d'une autre institution.

S'agissant de la procédure de médiation, selon les dispositions de l'article 8bis et 8bis-a rajoutés par la loi n°146-2019, le magistrat membre de l'OPC, convoque les parties à des audiences préparatoires, à la fois pour préparer l'affaire et pour proposer, le cas échéant, la médiation aux parties. Le cadre dans lequel la médiation est menée revêt un caractère juridictionnel clair : elle est menée par un magistrat, les parties sont convoquées aux locaux de la cour et l'accord conclu à l'issue de la médiation vaut un titre exécutoire (articles 8 bis et 8 bis-a de la loi n°146-2019)³².

Cependant, ce caractère juridictionnel est atténué par deux aspects : d'une part, la loi précitée prévoit que dans le cadre de sa mission de médiation, un magistrat membre de l'OPC peut tenir des audiences collectives et individuelles. Ces audiences sont confidentielles et les parties ne peuvent pas se prévaloir de ce qui est dit ou révélé dans ces audiences devant le juge ou quelconque institution. (art. 8 bis et 8 bis-b de la loi n°146-2019).

³² Cet aspect juridictionnel a d'ailleurs fait l'objet d'objection d'une part de la doctrine qui y voyait une mission "étrangère à la mission originelle assignée au juge". (H. M. S. ABDELGAWAD, *op.cit.*)

Il en ressort que le magistrat membre de l'OPC n'a pas l'obligation d'informer l'une des parties de ce que révèle ou introduit l'autre partie dans une audience individuelle ; cela signifie par conséquent que le principe du contradictoire n'occupe pas la même place dans la procédure de médiation devant l'OPC qu'elle occupe dans un procès classique ; ce qui relativise le caractère juridictionnel de la procédure.

D'autre part, au vu des dispositions de l'article 8bis-c de la même loi, et contrairement au cas de la médiation devant l'ordre administratif précédemment présentée, le médiateur de l'OPC ne mène pas une médiation sur la base des principes juridiques adoptés par la haute cour, en l'occurrence la Cour de cassation. Il est prévu seulement que le médiateur de l'OPC propose aux parties d'entrer en médiation en vue d'une résolution amiable de leur litige. Par conséquent, et en l'absence de précisions sur le fondement de la résolution recherchée par le médiateur de l'OPC, il est tout à fait envisageable que la solution apportée en fin de procédure soit basée sur des fondements outre que juridiques : notamment des considérations d'équité ; ce qui réduit encore davantage la dimension judiciaire de la procédure, ce qui, en fin de compte, semble plus cohérent avec l'esprit de la médiation.

Un cadre juridique élaboré à degré de détail variable

En plus de la nouveauté du cadre juridique de la médiation devant les cours économiques, il se distingue de celui en place devant les juridictions administratives par un niveau d'élaboration plus avancé, tant en ce qui concerne l'initiation de la procédure de médiation (a) que la conduite de celle-ci (b).

A propos de l'initiation de la médiation

Contrairement au dispositif de médiation au sein des juridictions administratives, la procédure de médiation au sein de l'OPC peut être initiée par le magistrat médiateur comme par les parties elles-mêmes. En effet, au vu des dispositions de l'article 8bis-f rajouté par la loi n°146-2019, les parties peuvent, en dehors même de tout litige devant la cour, demander au président de l'OPC de la cour économique territorialement compétente d'organiser une mission de médiation. Celle-ci sera conduite par un magistrat médiateur membre de l'OPC et dans les mêmes conditions qu'une médiation à l'occasion d'un litige devant la cour.

S'agissant des délais de prescription, au vu des dispositions de l'article 8bis-f précédemment mentionné, toute demande de médiation hors litige présentée par les parties, suspend les délais de prescription des litiges en lien avec le conflit objet de cette médiation. En effet, il paraît clairement que le législateur a voulu, par ces dispositions, encourager les protagonistes à considérer la médiation comme voie de résolution de leur conflit : ils sont rassurés qu'en cas de d'échec de médiation, l'opportunité d'avoir une résolution juridictionnelle de leur conflit ne serait pas perdue ; étant donné que leur demande sera encore recevable.

Une autre avancée notable de ce cadre juridique à cet égard consiste à la possibilité d'entamer une médiation à tout moment. Contrairement à la médiation devant l'ordre administratif, qui ne peut être initiée que par un commissaire d'État pendant la phase préparatoire de l'affaire, les juges des cours économiques peuvent, à n'importe quelle étape du procès et à la demande des parties, renvoyer l'affaire à l'OPC pour tenter une médiation. En effet, bien que cette faculté ne soit ouverte qu'aux litiges en première instance, elle constitue une avancée significative dans l'expansion de la portée temporelle de la médiation comme voie de résolution des litiges économiques.

A propos de la procédure de médiation

S'agissant de la durée de la médiation, le magistrat de l'OPC, s'il le juge opportun, propose la médiation aux parties, dans un délai de 30 jours à partir de l'introduction de l'affaire. En cas d'accord des parties d'entrer en médiation, le magistrat médiateur aura 30 jours pour mener sa mission de médiation ; cette durée de 30 jours est renouvelable une fois sous condition de l'aval du président de l'OPC (art. 8bis-c de la loi n°146-2019).

En effet, il s'agit d'une précision importante qui s'accorde avec l'intérêt premier de la médiation, notamment en conflits de nature économique, à savoir la résolution rapide des litiges. Cependant, il aurait été préférable d'étendre la durée de la médiation à 3 mois³³, renouvelable une fois après l'approbation du président de l'OPC, pour éviter le risque de précipitation dans la conduite de la médiation et donner plus de chance à la réussite de celle-ci.

³³ A l'instar de la durée de la médiation judiciaire en France (art. 131-3 du code de procédure civile).

Concernant les principes directeurs de la procédure de médiation, les dispositions du nouveau cadre de 2019 ont, comme mentionné précédemment, apporté une clarification importante concernant la confidentialité de la procédure : « les audiences de médiation sont confidentielles » (art. 8 bis-b de la loi n°146-2019). Bien que les limites de la confidentialité entourant les audiences de médiation ne soient pas suffisamment précisées, la mention du principe de confidentialité par la loi demeure une avancée appréciable : la confidentialité est la clé de voûte de toute médiation³⁴, constituant une garantie procédurale importante visant à rassurer les futurs médiés.

Les nouvelles dispositions de 2019 apportent également une précision notable relative au principe d'impartialité du médiateur. Il est prévu qu'un magistrat de l'OPC ne peut exercer la mission de préparation d'une affaire, ayant participé à la mission de médiation de la même affaire (art. 8bis-g de la loi n°146-2019). En d'autres termes, un magistrat de l'OPC ne peut pas être à la fois juge et médiateur dans la même affaire ; ce qui constitue une garantie procédurale significative pour les parties. En effet, il s'agit d'une condition *sine qua non* du développement de toute médiation : les parties devraient être rassurées que ce qu'elles révèlent pendant les réunions de médiation n'aura pas de conséquences sur le raisonnement du juge, en cas de reprise de l'affaire par la cour suite à une médiation inaboutie.

En revanche, les dispositions du nouveau cadre de 2019 manquent de précision à cet égard, notamment en ce qui concerne la compétence du médiateur³⁵. Les dispositions du nouveau cadre de la médiation au sein de l'OPC ne donnent pas de précisions concernant la compétence des médiateurs membres de l'Organe³⁶. Certes, ce sont des magistrats professionnels qui maîtrisent la matière, mais, d'une part, les compétences d'un bon médiateur se distinguent des qualifications d'un bon juge, et d'autre part, « on ne s'improvise pas médiateur »³⁷. Par conséquent, il aurait été préférable que le texte précise le nombre d'heures minimum de formation que les

³⁴ L. SCHENIQUE, « De la confidentialité en médiation », *Petites affiches*, juin 2014, n° 121, p. 6 ; M. LASSNER, « Les contours de la confidentialité en médiation », *Gazette du Palais*, janvier 2017, n° 3, p. 31 ; R. CARAYOL, « La confidentialité en médiation », *Gazette du Palais*, mai 2022, n° 17, p. 14.

³⁵ L. IZAC, « Compétences du médiateur et confiance dans la médiation. À la recherche du juste équilibre entre compétences juridiques et processuelles », *Pour un droit du règlement amiable des différends : des défis à relever pour une justice de qualité*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2018.

³⁶ R. ELSAMAN, *op.cit.*, p. 449.

³⁷ L. CADIET, « Construire ensemble une médiation utile », *La Gazette du Palais*, 198, juillet 2015, n° 199, pp. 10-16.

membres de l'OPC devraient suivre avant de pouvoir exercer en tant que médiateurs, ainsi que les exigences en matière de formation continue à cet égard. Il s'agit à la fois d'une garantie de la qualité de la médiation au sein de l'OPC et d'un facteur de confiance qui encourage les intéressés à envisager l'option de la médiation.

Enfin, bien que la médiation au sein de l'OPC des cours économiques demeure un dispositif récent qu'il est encore prématuré d'évaluer, il est toutefois regrettable que les statistiques relatives aux tentatives de médiation ne fassent pas partie des statistiques publiées par les cours économiques³⁸.

Malgré leur dispersion dans différents textes juridiques plus ou moins concis, les différents dispositifs de médiation montrent un certain enracinement de la médiation dans le système juridique égyptien. Le manque d'un mode d'emploi clair et détaillé ne devrait pas constituer un obstacle majeur au développement de la pratique de la médiation. Au contraire, ayant des bases juridiques, celles-ci peuvent représenter un point de départ permettant le plein essor de cette voie de règlement à l'amiable des différends.

La réintroduction de la médiation au sein des cours économiques par la loi n°146-2019 et l'attention à la médiation institutionnelle reflètent d'ailleurs une volonté législative d'élargir le champ d'application de la médiation, pour régler notamment les conflits d'ordre économique où la rapidité est gage indispensable de l'efficacité.

Cet activisme législatif ne sera cependant pas suffisant pour ressentir les effets attendus de la médiation. Encore faut-il favoriser le développement de la médiation tant par un meilleur encadrement juridique, que par une sensibilisation pratique de tous les acteurs concernés. Cela nécessite sans doute une implication accrue des autorités publiques égyptiennes et une plus grande compréhension de la part du juge.

³⁸ <https://moj.gov.eg/ar/EconomicCourts/Pages/default.aspx>

**L'ACCORD DE REGLEMENT INTERNATIONAL
ISSU DE LA MEDIATION
NOTION ET REGIME EN DROIT INTERNATIONAL
ET EN DROIT COMPARE**



Abdellah HIJRI

Le 17 novembre 2023, Monsieur Abdellah HIJRI a soutenu sa thèse de doctorat en droit privé portant sur : « *L'accord de règlement international issu de la médiation. Notion et régime en droit international et en droit comparé* » à l'Université Bourgogne Franche-Comté, sous la direction du Professeur Filali OSMAN. A l'occasion de ce dossier de *Signatures internationales* consacré à la *Médiation et à l'apaisement des conflits*, il présente le cœur de ses travaux.

Son jury était composé de :

Monsieur Éric LOQUIN, Professeur émérite à l'Université de Bourgogne, Président ;

Monsieur Jean-Baptiste RACINE, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, Rapporteur ;

Monsieur Gilles LHUILIER, Professeur à l'École Normale Supérieure de Rennes, Rapporteur ;

Monsieur Ahmet Cemil YILDIRIM, Professeur agrégé à l'Université Gulf pour la Science et la Technologie au Koweït, Examineur ;

Monsieur Filali OSMAN, Professeur à l'Université de Franche-Comté, Directeur de thèse.

« *La plus mauvaise transaction [...] est meilleure que le meilleur procès* ».

Honoré de Balzac (Illusions perdues, La Pléiade, t. IV, p. 1054).

L'articulation entre la nature contractuelle et processuelle de l'accord de règlement international issu de la médiation rend l'identification juridique de cet accord peu intelligible. C'est un contrat, mais pas un contrat ordinaire, car il met fin à un différend à la suite d'un processus structuré. Aussi, il se rapproche des autres accords amiables par leur objectif commun, mais il s'en distingue à plusieurs égards. Sa qualification dépend également des systèmes juridiques, il peut être qualifié de transaction (contrat nommé) comme il peut préserver sa nature de contrat *sui generis* (contrat innommé).

Il est donc essentiel de cerner les contours imprécis du régime de l'accord de règlement international issu de la médiation, ce qui implique de surmonter plusieurs difficultés techniques et notionnelles dont la complexité procède de la nature même de cet accord et de la variété des textes le régissant. Les confusions notionnelles peuvent en réalité être une source d'incertitude pour les utilisateurs des modes amiables et les dissuader d'y recourir. Aussi, l'étude du cadre légal régissant les accords de règlement contribuerait à rendre la médiation plus accessible, car la méfiance des acteurs du commerce international à l'égard de la médiation émane parfois de la méconnaissance des différentes modalités permettant de donner effet à l'accord de règlement et d'en assurer l'exécution transfrontière.

En effet, pour promouvoir le recours à la médiation conventionnelle, interne ou internationale, il est nécessaire de favoriser concomitamment l'efficacité des accords de règlement qui en découlent. Si l'accord issu de la médiation ne peut être exécuté, les attributs de la médiation n'auront plus d'intérêt. Il doit exister des mécanismes de reconnaissance mutuelle des accords issus de la médiation pour assurer leur efficacité en permettant leur circulation internationale et donc leur reconnaissance et éventuelle exécution.

L'efficacité juridique de l'accord de règlement international issu de la médiation est également déterminée par sa double nature contractuelle et processuelle. Ainsi, en tant que contrat il bénéficie intrinsèquement de la force obligatoire avec tous les effets que ce principe emporte et en tant qu'accord issu d'un processus de règlement des différends, il dispose de l'effet extinctif et peut être rendu exécutoire et bénéficier de la circulation transfrontière, par le biais de procédures simplifiées qui ne nécessitent pas le recours au juge du fond.

Les difficultés d'exécution et de circulation internationale de l'accord de règlement issu de la médiation, longtemps considérées comme obstacles au développement de la médiation internationale, sont en train d'être surmontées. Il existe désormais un régime propre à l'exécution de l'accord de règlement international consacré par la Convention de Singapour du 20 décembre 2018.

Lorsque l'on traite de l'efficacité de l'accord de règlement international issu de la médiation, les universitaires, les juristes et les opérateurs économiques ne peuvent s'empêcher de faire le parallèle avec l'efficacité des sentences arbitrales. Ainsi, au moment du choix du mécanisme de règlement des différends, les parties anticipent les modalités d'obtention, le cas échéant, de l'exécution forcée de l'acte, juridictionnel ou amiable, auquel aboutirait le processus choisi. En la présence d'une sentence arbitrale, les modalités d'exécution sont claires. Il s'agit de la procédure d'exequatur consacrée quasi unanimement par les droits nationaux ainsi que par la Convention de New York de 1958 qui facilite la circulation internationale des sentences arbitrales. En revanche, le régime de l'exécution de l'accord de règlement international issu de la médiation est marqué par l'ambiguïté.

Néanmoins, avec la promotion législative que connaît la médiation ces dernières années, l'entrée en vigueur de la Convention de Singapour et l'adoption des législations nationales reconnaissant l'autorité de la chose « transigée » des accords de règlement issus de la médiation et permettant leur exécution simplifiée (par le biais de l'exequatur, l'homologation, l'authentification, etc.), est-ce que l'on peut affirmer que l'accord de règlement international issu de la médiation est en passe de devenir l'égal de la sentence arbitrale en termes d'efficacité ?

À l'heure actuelle, il est difficile de parler d'une égale efficacité entre la sentence arbitrale et l'accord de règlement issu de la médiation, car la Convention de Singapour est à ses débuts et les systèmes juridiques nationaux ne sont pas tous dotés de textes régissant la médiation et les accords qui en résultent. Néanmoins, force est de constater que le processus est en marche.

En effet, la circulation internationale des accords de règlement internationaux issus de la médiation n'est pas totalement tributaire de l'existence d'un instrument international spécial pour ces accords, en l'occurrence la Convention de Singapour sur la reconnaissance et l'exécution des accords de règlement internationaux issus de la médiation. Il existe en réalité d'autres modalités et instruments, efficaces et familiers aux juristes internationaux, qui peuvent garantir cette libre circulation de l'accord de règlement international. Ce dernier pourrait par exemple profiter du régime de la Convention de New York de 1958 lorsqu'il est entériné par une sentence d'accord-parties. Et dans l'espace européen, un accord de règlement rendu exécutoire dans un État membre peut librement être exécuté dans un autre État membre à l'aide du règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. À ces instruments s'ajoute la Convention de La Haye de 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale qui profite également à la circulation des accords amiables rendus exécutoires et qualifiés de transaction judiciaire dans les États parties.

Ces différents instruments et méthodes susceptibles de faciliter la circulation transfrontière des accords de règlement internationaux issus de la médiation coexistent donc avec la Convention de Singapour sans risque de chevauchements. Toutefois, l'on peut se poser la question de savoir s'il était nécessaire d'adopter la Convention de Singapour étant donné que ces instruments et méthodes permettaient de parvenir à la même finalité que ladite Convention, c'est-à-dire l'exécution et la circulation internationale des accords de règlement internationaux issus de la médiation.

Disons-le explicitement, l'adoption de la Convention de Singapour était amplement justifiée en dépit de l'existence d'autres régimes qui permettraient l'exécution et la libre circulation des accords de règlement internationaux issus de la médiation. Ces

différents régimes ont été mis en place pour régir la reconnaissance mutuelle et l'exécution des décisions émanant des juridictions (jugement, transaction judiciaire ou sentence arbitrale). Et leur application aux accords de règlement internationaux, même lorsque ces derniers sont entérinés par le juge ou par l'arbitre, n'est pas toujours garantie. Ainsi, des difficultés de qualification de l'accord homologué ou constaté par l'arbitre pourraient se poser en fonction des systèmes juridiques et faire obstacle à la reconnaissance ou à l'exécution dudit accord. Dès lors, la Convention de Singapour instaure un régime plus adapté aux spécificités et à la nature de l'accord de règlement international issu de la médiation, d'autant plus vrai si l'on considère qu'elle ne subordonne pas ledit accord à sa situation dans l'État d'origine. Elle permet de se prévaloir dudit accord directement dans le pays où la reconnaissance ou l'exécution dudit accord est souhaitée, sans exiger son homologation ou son enregistrement dans un autre État.

Nous avons entrepris cette recherche pour tenter d'élucider la notion et le régime de l'accord de règlement international issu de la médiation. Nous avons opté à cette fin pour une étude centrée sur le droit international et le droit comparé. À vrai dire, cette interaction entre le droit international et les législations nationales est incontournable, car la Convention de Singapour et la loi type de la CNUDCI de 2018 sur la médiation et les accords de règlement internationaux renvoient aux droits internes processuels pour la détermination des modalités d'octroi de la force exécutoire aux accords de règlement internationaux issus de la médiation. Ces instruments renvoient également à l'application du droit substantiel du for à certaines questions traitées par l'autorité saisie de la reconnaissance ou de l'exécution d'un accord de règlement international. Dès lors, les textes de la CNUDCI n'ont pas uniformisé le régime de l'exécution et de la circulation internationale de l'accord de règlement issu de la médiation, mais ils contribuent grandement à son harmonisation, en laissant aux droits nationaux une marge d'adaptation à leurs systèmes juridiques.

Du point de vue de droit comparé, nous nous sommes intéressés, d'une part, au droit communautaire de l'Union européenne et de l'OHADA, et d'autre part, aux droits français et marocain tout en faisant appel à d'autres systèmes juridiques sur certains points de cette recherche. Ces systèmes juridiques ont été choisis car ils illustrent une dynamique prenant la forme d'un travail de convergence réglementaire en matière de

droit processuel, et ce, en vue de l'accueil des accords de règlement issus de la médiation.

Actualité de l'étranger

LES ENJEUX DU NOUVEAU POOL JUDICIAIRE FINANCIER AU SENEGAL



Babacar NIASS

Docteur en droit privé

Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Ancien Chercheur à l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers

L'une des ambitions phare de la loi relative à la lutte contre la grande criminalité économique et financière est la création d'un Pool judiciaire financier¹. Cette institution spécialisée dans le traitement de la grande criminalité d'argent cherche, à titre illustratif, à lutter contre les infractions liées, à la corruption et pratiques assimilées, à la fraude et au blanchiment de capitaux résultant des enquêtes réalisées par les autorités administratives indépendantes, notamment la Cellule nationale de traitement des informations financières et l'Office national de lutte contre la fraude et la corruption. Le message est donc clairement énoncé : la loi instituant le Pool judiciaire financier doit, si l'on s'en tient à « *l'exposé des motifs du projet de loi* », combler les lacunes résultant du fonctionnement de la Cour de Répression de l'Enrichissement Illicite (CREI). Elle doit en réalité régler cette éternelle équation que toute civilisation juridique s'efforce à résoudre : réprimer efficacement des infractions économiques et

¹ Voir dans ce sens la loi n°2023-14 du 02 août 2023 modifiant la loi n° 65-61 du 21 juillet 1965 portant Code de procédure pénale. J.O n° 7647 du mercredi 02 août 2023.

financières et respecter les principes protecteurs de la procédure pénale². Cette quête d'équilibre a évidemment conduit le législateur à instaurer le principe du double degré de juridiction.

Ainsi contrairement à la Cour de Répression de l'Enrichissement Illicite (CREI), les décisions rendues par la Chambre de jugement financière peuvent faire l'objet d'appel devant la Chambre des appels financière conformément aux dispositions de l'article 677-109 du Code de procédure pénale.

En outre, la lutte contre la corruption reste un défi majeur surtout si l'on s'en tient à la position du Sénégal —72^e place — dans le classement mondial de l'indice de perception et de la corruption³. Cette position décevante a, semble-t-il, encouragé les pouvoirs publics à mettre en place le Pool judiciaire financier en vue de lutter efficacement contre les infractions économiques et financières de très grande complexité. La justice pénale sénégalaise dispose désormais d'organes spécialisés, aptes à protéger de manière efficiente les intérêts économiques ou financiers de la nation.

La composition du Pool judiciaire financier

Aux termes des dispositions de l'article 677-92 de la loi n°2023-14 du 2 août 2023 modifiant le Code de procédure pénale « Le Pool judiciaire financier est composé :

- d'un Parquet financier ;
- d'un Collège des juges d'instructions financiers ;
- d'une Chambre de jugement financière ;
- d'une Chambre d'accusation financière ;
- d'une Chambre des appels financière ;
- d'assistants de justice spécialisés. »

Le Pool judiciaire financier dispose, au regard de ce texte, d'organes de poursuite, d'instruction et de jugement. Cette spécialisation des organes du procès constitue d'ailleurs une exigence car la criminalité économique impose parfois une stratégie d'enquêtes particulières en ce qu'elle se caractérise par la présence de circuits de blanchiment particulièrement complexes voire de sociétés écrans dans des pays

² Voir dans ce sens l'exposé des motifs du projet de loi modifiant la loi 65-61 du 21 juillet 1965 portant Code de procédure pénale sénégalais. Il y a lieu de signaler que l'exposé des motifs du projet de loi n'a pas été repris par la loi n°2023-14 du 02 août 2023 modifiant la loi n° 65-61 du 21 juillet 1965 portant Code de procédure pénale.

³ Voir le rapport de *Transparency International* a publié en 2022, l'Indice de perception et de la corruption. Le Sénégal se retrouve avec un score de 43/100, il n'atteint pas la moyenne et se classe 72^e sur le plan mondial. Voir Journal Quotidien, Enquête+ du 1^{er} février 2023.p 1.

considérés comme des paradis fiscaux⁴. Ainsi, pour comprendre les rouages des infractions financières, le législateur souhaite que le magistrat soit, au-delà de ses compétences pénales et procédurales, un expert-comptable⁵ pour ausculter et traiter efficacement les infractions économiques et financières présentant un haut degré de complexité⁶. Et pour accompagner les organes de la justice pénale économique et financière, le législateur instaure les fonctions d'assistants de justice spécialisés auprès du Pool judiciaire financier. Ces assistants de justice vont en réalité participer à l'élaboration et au règlement des dossiers économiques et financiers de très grande complexité. Ils peuvent ainsi, dans le cadre de la mise en état des affaires économiques et financières, assister les magistrats du ministère public dans l'exercice de l'action publique ou encore remettre aux juges des documents de synthèse ou d'analyse qui peuvent être versés au dossier de la procédure⁷. L'ambition du législateur consiste sans nul doute à mettre à la disposition de la justice pénale économique et financière un personnel rompu à la tâche pour comprendre les mécanismes procéduraux nationaux et transnationaux de lutte contre les infractions économiques et financières présentant un haut degré de complexité. Cette spécialisation ou hyperspécialisation⁸ des magistrats du Pool judiciaire financier pourrait, à coup sûr, renforcer l'efficacité de la répression des crimes et délits économiques ou financiers. La création d'une juridiction spécialisée en matière de délinquance économique ou financière vise donc à dissuader ceux qui utilisent certains artifices pour frauder les entreprises ou les finances de l'État.

A bien y réfléchir, on se rend compte que la spécialisation des organes de répression face aux formes particulières de criminalité constitue à bien des égards un besoin social. Et pour s'en convaincre, il suffit de se référer, à titre d'exemple, au rapport

⁴ Voir E. HOULETTE, « Le parquet national financier. Bilan, actions, perspectives », *ACP*, éd A. Pedone, n°39, 2017, p.69 et s.

⁵ C'est pour cette raison que le législateur a instauré les fonctions d'assistants de justice spécialisés. Ces derniers vont donc participer aux procédures sous la responsabilité des magistrats. Ils peuvent ainsi remettre aux magistrats des documents de synthèse ou d'analyse qui peuvent être versés au dossier de la procédure. Voir article 677-111 de la loi n°2023-14 du 02 août 2023 modifiant la loi n° 65-61 du 21 juillet 1965 portant Code de procédure pénale. J.O n° 7647 du mercredi 02 août 2023.

⁶ La spécialisation s'oppose au principe du juge généraliste et au principe de polyvalence des magistrats. Voir dans ce sens Ch. BRUSCHI (dir), *Parquet et politique pénale depuis le XIXe siècle*, 1^{er} éd. PUF, 2002, p 307.

⁷ Les assistants de justice spécialisés sont désormais soumis au secret professionnel. Voir l'article 677-111 de la loi n°2023-14 du 02 août 2023 modifiant la loi n° 65-61 du 21 juillet 1965 portant Code de procédure pénale pour comprendre les fonctions d'assistants de justice spécialisés auprès du pool judiciaire financier

⁸ Cette boulimie créatrice résulte, d'une part, de la création du Pool antiterroriste avec la loi n°2016-30 du 08 novembre 2016 et, d'autre part, de la récente création du Pool judiciaire financier. Voir sur la question E. EHRANGARTH, « Les juridictions pénales spécialisées où la difficile équation entre lutte contre la criminalité grave et le respect des principes protecteurs de la procédure pénale », *AJ. Pénal*, 2020, p. 216 et s.

définitif de la Cour des comptes concernant le contrôle de la gestion du Fonds de riposte et de solidarité contre les effets de la COVID-19⁹. Ce rapport a mis au grand jour des cas de corruption, de fraude ou de détournement de deniers publics concernant la gestion des fonds Force-covid 19. Cet état de fait montre qu'il fallait juridiquement donner une visibilité accrue à la lutte contre la criminalité économique et financière car la fraude ou le détournement de deniers publics « *met en péril les finances des États en les privant des ressources nécessaires à la réussite des politiques publiques. Frauder l'impôt, c'est voler la nation, c'est refuser de contribuer à l'effort commun pour assurer la sécurité de tous, l'éducation de tous, la santé pour tous. C'est donc refuser le pacte social, fondement des sociétés démocratiques*¹⁰. » Cette mise en garde de l'ancien procureur de la République financier Éliane Houlette montre que la lutte contre les scandales financiers doit être une priorité de politique pénale du Pool judiciaire financier. Et la spécialisation des organes de lutte contre les formes d'atteintes à la probité et aux finances publiques s'inscrit dans cette logique. Cette spécialisation structurelle met également en exergue la compétence d'attribution du Pool judiciaire financier.

Quelle sera la compétence matérielle du Pool judiciaire financier ?

Il ressort de la lecture des dispositions de l'article 677-93 de la loi précitée, que le Pool judiciaire financier est doté d'une compétence concurrente à celle des juridictions de droit commun pour la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions à caractère économique et financier présentant une grande complexité, en raison notamment du nombre important d'auteurs, de complices ou de victimes, de l'importance du préjudice ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent. A ce titre, sa compétence s'étend à la corruption et aux pratiques assimilées, aux détournements, soustractions et escroqueries liés aux deniers publics, aux infractions liées à la fausse monnaie, au blanchiment de capitaux, aux infractions fiscales et douanières, aux infractions en matière de chèque, de carte bancaire et autres instruments ou procédés électroniques

⁹ Dans ce rapport, le Cour des Comptes estime qu'il existe expressément des cas de détournement de deniers publics. De manière plus décisive, elle demande l'ouverture d'une information judiciaire contre certaines autorités publiques. Voir la Cour des Comptes, *Rapport définitif. Contrôle de la gestion du fonds de riposte et de solidarité contre les effets de la COVID-19(FORCE COVID) gestion 2020-2021*, août 2022, p.102 et s.

¹⁰ La nécessité de rechercher parfois des éléments de preuve à l'étranger entraîne l'émission de demande d'entraide pénale internationale dès l'enquête pénale concurremment avec les investigations réalisées sur le territoire national. Voir E. HOULETTE, « Le parquet national financier. Bilan, actions, perspectives », *op.cit.*, p.86.

de paiement, aux infractions à caractère économique et financier pour lesquelles une loi spéciale lui donne compétence...

A bien y regarder, on se rend compte que le législateur énumère, à travers ce texte, les infractions contenues dans la notion de droit pénal économique ou financier¹¹ qui, dans certains cas, relèvent de la compétence du Pool judiciaire financier. Ce dernier exerce, en application des dispositions de l'article 677-96 du Code de procédure pénale, sa compétence sur toute l'étendue du territoire national.

Plus décisivement, le Pool judiciaire financier exerce, en application de l'article 677-94 du Code de procédure pénale, « une compétence exclusive pour la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions à caractère économique et financier dans les domaines suivants :

- 1° les infractions liées à la corruption et pratiques assimilées, à la fraude et au blanchiment de capitaux résultant des enquêtes réalisées par les autorités administratives indépendantes, notamment la Cellule nationale de traitement des informations financières et l'Office national de lutte contre la fraude et la corruption ;
- 2° les infractions liées à la réglementation des Marchés Publics,
- 3° la piraterie maritime,
- 4° le financement du terrorisme,
- 5° le trafic de migrants,
- 6° l'enrichissement illicite,
- 7° les infractions liées à la réglementation bancaire,
- 8° les infractions boursières sur le marché financier,
- 9° les infractions visées à l'article 677-93, lorsque le montant du préjudice est supérieur ou égal à 50.000.000 millions de francs,
- 10° l'escroquerie et l'abus de confiance, dont le préjudice est supérieur ou égal à cinquante millions, lorsque les faits impliquent plusieurs acteurs, complices ou victimes, ou s'étendent sur plus d'un ressort d'un tribunal de grande instance,
- 11° les infractions visées à l'article 677-93, lorsqu'elles comportent au moins, un élément d'extranéité à l'exception des infractions liées aux technologies de l'information et de la communication ;
- 12° Les infractions connexes aux infractions visées au numéro 1° à 10° ».

Un simple survol de cette disposition nous permet de comprendre les différentes infractions dévolues au Pool judiciaire financier. Ainsi, en énumérant les infractions relevant de la compétence exclusive de cette instance juridictionnelle, le législateur

¹¹ Voir V. VALETTE-ERCOLE (dir.), *Le droit pénal économique. Un droit pénal très spécial ?* Actes du colloque organisé le 28 avril 2017 par le Centre de droit économique et de développement de l'université de Perpignan 1^{re} éd. Cujas, 2018, p. 2 et 4.

entend corrélativement, semble-t-il, donner un contenu à la notion de droit pénal économique. Les infractions ayant trait à l'argent ou l'économie relèvent, en application de l'article 677-94 CPP, de la compétence exclusive du Pool judiciaire financier¹². Cette institution devra, à travers sa mission, protéger les ressources pécuniaires de l'État. La réalisation de cette mission dépend du travail des organes spécialisés dans la lutte contre les formes d'atteinte à la probité et aux finances publiques. Le succès de cette politique pénale de tolérance zéro dépend, rappelons-le, du procureur de la République financier¹³ car c'est de lui que dépend, en principe, l'entrée en vigueur d'une affaire dans le circuit répressif.

La politique pénale¹⁴ du parquet financier

L'un des organes phare de cette instance juridictionnelle est, à n'en pas douter, le procureur de la République financier. Ce dernier s'est vu attribuer un rôle de chef de file dans le cadre de la mise en œuvre de la politique pénale de lutte contre la délinquance économique et financière. Le parquet financier est en réalité le maître de l'orientation procédurale du dossier financier. Il joue à cet égard le rôle d'interface chargé de concrétiser la volonté politique de l'État consistant à donner une réponse judiciaire à l'activité résultant des politiques de sécurité notamment économiques sur lesquelles il s'est fortement engagé¹⁵.

La mise en œuvre de cette politique de répression dépend donc en grande partie du procureur de la République financier chargé tant de la structuration de la réponse pénale que de l'appréciation du principe de l'opportunité de la répression des infractions économiques ou financières relevant de la compétence du Pool judiciaire financier. Il est en réalité « *le chef de gare* » de la justice pénale économique ou

¹² La loi n°2023-14 du 2 août 2023 modifiant le Code de procédure pénale risque de créer un conflit de compétence entre le Pool judiciaire financier et Pool antiterroriste en ce qui concerne notamment l'infraction de financement du terrorisme. Entre deux juridictions spécialisées, on pourrait donner compétence au Pool judiciaire financier car il reflète, semble-t-il, la dernière volonté du législateur.

¹³ M. LENA, « Le PNF, chef d'orchestre au service de la souveraineté nationale », *AJ. Pénal*, 2020, p. 265.

¹⁴ La notion de politique pénale n'est pas prévue par aucune disposition de notre Code de procédure pénale. Cependant la loi n°2023-14 du 2 août 2023 instituant le Pool judiciaire financier évoque la notion de politique d'action publique. L'article 677-109 de la loi n°2023-14 du 02 août 2023 modifiant la loi 65-61 du 21 juillet 1965 portant Code de procédure pénale prévoit que le Procureur général près la Cour d'appel de Dakar anime et coordonne en concertation avec les autres procureurs généraux de politique d'action publique. Or la politique pénale est une politique publique mais de nature particulière. Voir dans ce sens M. DELMAS-MARTY, « La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres » *RSC*, 1994, p. 150.

¹⁵ Voir P. BEAUVAIS, « Politique pénale et séparation des pouvoirs », *Politique(s) Criminelle (s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 87 et s.

financière en ce sens que l'entrée en vigueur d'une affaire dans le circuit du Pool judiciaire financier dépend en principe de la perception qu'il a de l'affaire. Ce faisant, il concentre désormais entre ses mains l'intégralité des pouvoirs actuellement confiés à différents procureurs¹⁶. Cela montre que le procureur de la République financier doit, par l'entremise du Procureur général près la Cour de Dakar, concerter avec les autres procureurs généraux. Il y va de la réussite de cette politique pénale ou criminelle, si l'on veut¹⁷.

Mieux, le procureur de la République financier peut, lorsqu'il est saisi d'une dénonciation, d'une plainte ou par toute autre voie prévue par la législation, faire procéder à une enquête préliminaire, en adressant des instructions écrites à des fonctionnaires de la hiérarchie A ou des officiers de police judiciaire en vue d'obtenir les informations nécessaires à la prise de décisions sur l'action publique¹⁸. Une telle prérogative montre qu'il est, d'une part, le chef d'orchestre de l'enquête et, d'autre part, l'organe d'orientation procédurale du dossier relatif à la lutte contre toutes formes d'atteintes à la probité, sur toute l'étendue du territoire national. Cette mission à caractère national ou transnational révèle que le procureur de la République financier doit, dans le cadre de la mise en œuvre de cette politique publique¹⁹, veiller au respect des principes d'égalité et de cohérence de son action. En d'autres mots, le parquet financier doit conduire ou animer, en collaboration avec le Procureur général, une politique pénale nationale, homogène et cohérente en vue d'assurer l'égalité des citoyens devant la loi mais aussi et surtout de garantir l'efficacité de la lutte contre la criminalité économique et financière²⁰. Pour ce faire, le procureur de la République financier doit évidemment être informé de toute poursuite engagée auprès des juridictions de droit commun pour les délits contre les deniers publics, la corruption et les pratiques assimilées.

¹⁶ Voir les articles 677-93, 677-94 et 677-96 CPP concernant la compétence matérielle et territoriale du Pool judiciaire financier, pour ne pas dire du parquet financier.

¹⁷ L'article 677-109 de la loi n°2023-14 du 02 août 2023 modifiant la loi 65-61 du 21 juillet 1965 portant Code de procédure pénale. Voir aussi Ch. BRUSCHI (dir), *Parquet et politique pénale depuis le XIXe siècle*, op.cit., p. 307.

¹⁸ Voir l'article 677-98 de la loi n°2023-14 du 02 août 2023 modifiant la loi 65-61 du 21 juillet 1965 portant Code de procédure pénale.

¹⁹ La politique pénale est un élément central de la politique criminelle. Voir P. BEAUVAIS, « Politique pénale et séparation des pouvoirs », op.cit., p. 90.

²⁰ Cette concertation avec le procureur général est indispensable car l'article 677-109 CPP dispose que « Le Procureur général près la Cour d'appel de Dakar anime et coordonne, en concertation avec les autres procureurs généraux, la conduite de la politique d'action publique pour l'application des articles 677-93 et 677-94.

Cette fonction managériale implique nécessairement une concertation et un dialogue permanent entre le parquet financier et les autres procureurs de la République des juridictions de droit commun. Cette concertation s'explique par le fait que le procureur de la République financier peut, lorsqu'il estime qu'un procureur de la République est saisi de faits pouvant constituer l'une des infractions rentrant dans l'une des catégories visées à l'article 677-94 CPP, demander à celui-ci, de se dessaisir et de lui communiquer le dossier de la procédure.

D'ailleurs tout procureur de la République saisi de faits pouvant constituer l'une des infractions rentrant dans les catégories visées par l'article 677-94 du Code de procédure pénale, doit transmettre, dans un délai de soixante-douze heures de sa saisine, le dossier au procureur de la République financier²¹. Cette démarche du législateur montre que le parquet financier ne peut pas de manière isolée piloter cette forme de délinquance à la fois nationale et transnationale. Il doit nécessairement coopérer avec les autres parquets, du moins s'il veut atteindre les objectifs de politique pénale que les autorités étatiques lui ont assignés.

En outre, le procureur de la République financier doit, compte tenu du caractère polymorphisme des organes de détection ou de signalement des infractions financières²², coopérer ou se concerter, pour l'efficacité de la répression des crimes et délits économiques et financiers, avec certaines autorités administratives. Il en est ainsi notamment de la Cellule nationale de traitement des informations financières ou encore de l'Office national de lutte contre la fraude et la corruption. Il y va de l'efficacité de l'enquête mais aussi et surtout de l'efficience recherchée dans la répression des infractions économiques et financières.

Nul doute que la création d'un parquet financier spécialisé à compétence nationale, concurrente ou exclusive doit être saluée. Cette fonction stratégique devrait cependant, à tout point de vue, être pilotée par une autorité judiciaire jouissant de

²¹ L'article 677-100 et 677-101 de la loi n° 2023-14 du 2 août 2023 modifiant la loi 65-61 du 21 juillet 1965 modifiant le Code de procédure pénale. L'article 677-101 de la loi de n°2023-14 modifiant le Code de procédure pénale précise que le Procureur général près la Cour d'appel de Dakar est l'autorité compétente pour statuer sur les conflits de compétence entre le parquet financier et un procureur de la République.

²² G. ROYER, *L'efficience du droit pénal économique. Étude du droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2009, p. 325 et s.

toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité, hors de toutes influences politiques.

Le parquet financier dispose-t-il des garanties d'indépendance suffisantes ?

Comme en France²³, la question de l'indépendance du procureur de la République financier se posera avec une acuité particulière dans le domaine de la lutte contre la grande criminalité économique et financière au Sénégal²⁴. Ce débat résulte du fait cette institution, indispensable pour la réussite de la lutte contre la grande criminalité économique, est dirigée par le procureur de la République financier qui, placé sous l'autorité du procureur général près la Cour d'appel de Dakar, est nommé par décret conformément aux règles statutaires²⁵ parmi les magistrats des Cours et tribunaux ayant atteint la hors hiérarchie²⁶. En clair, la question de l'indépendance statutaire du parquet national financier va se poser dans des termes identiques à ceux des autres membres du ministère public²⁷.

Concrètement, les suspicions relatives à l'absence d'indépendance du procureur de la République financier résulteront du fait que le procureur général près la Cour d'appel de Dakar dispose, en application de l'article 29 CPP, les mêmes prérogatives que celles reconnues au ministre de la Justice dans le ressort de la Cour d'appel. Cela revient à dire que le ministre de la Justice pourra donc par l'entremise du Procureur général près la Cour d'appel de Dakar dénoncer au procureur de la République financier, les infractions relatives à la grande criminalité économique et financière dont il a connaissance, lui enjoindre d'engager ou de faire engager des poursuites, ou de saisir le Pool judiciaire financier de telles réquisitions écrites que son ministre juge opportunes²⁸. Ce système de remontée d'informations montre que le procureur de la République financier peut fonctionnellement recevoir des instructions individuelles ou

²³ Voir dans ce sens E. HOULETTE, « Parquet national financier : Bilan, actions et perspectives », *op.cit.*, p. 69.

²⁴ La France a supprimé les instructions individuelles et consacre le principe d'impartialité du parquet. Voir les articles 30 et 31 du Code de procédure pénale français. Voir également, J. BOSSAN, « Le statut du parquet après la loi du 25 juillet 2013 : entre mutation et incertitude » *Mélanges en l'honneur de François Hervouet*, coll. De la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, T. 70, LGDJ, 2015, p.257 et s.

²⁵ Voir Ph. CONTE, « Parquet financier : où il faudrait ne pas confondre indépendance et sentiment d'indépendance à propos de l'avis du président de la République rendu par la formation plénière du Conseil Supérieur de la Magistrature », *Dr. Pénal*, n° 10, octobre 2020, étude 28.

²⁶ Voir article 677-97 de la loi n° 2023-14 du 2 août 2023 modifiant le Code de procédure pénale.

²⁷ Voir l'article 07 de la loi n°2017-10 du 17 janvier 2017 portant statut des magistrats au Sénégal, qui est la copie de l'article 5 de l'ordonnance n°55-1270 du 22 décembre 1958 en France.

²⁸ Voir article 28 du Code de procédure pénale.

« partisans » du garde des Sceaux²⁹. Il pourrait à l’instar des autres procureurs être présenté, au vu de sa proximité avec le pouvoir l’exécutif, comme « *un préfet judiciaire* » chargé de mettre en œuvre la stratégie de poursuite arrêtée par le gouvernement. Les instructions individuelles seront donc vraisemblablement à l’origine d’une institution judiciaire soumise au pouvoir exécutif, lequel aura pour préoccupation de protéger ses amis et de poursuivre ses ennemis. Une telle situation montre que la création du procureur de la République financier devrait en réalité être accompagnée de la suppression des instructions individuelles du garde des Sceaux, ne serait-ce que, pour proscrire formellement la possibilité pour le gouvernement d’influencer les décisions du parquet financier dans les affaires individuelles³⁰. Un sentiment de suspicion ou de manque de légitimité de l’action de l’autorité titulaire du pouvoir de déclenchement des poursuites est susceptible de se poser effectivement dans un avenir proche.

Faut-il pour autant supprimer les instructions individuelles de la chancellerie, ne serait-ce que, pour renforcer la légitimité de l’action du parquet financier ?

Après les multiples critiques relatives aux modalités de fonctionnement de la CREI³¹, le gouvernement affiche désormais sa volonté de lutter contre les formes d’atteintes à la probité et aux finances publiques. Cette politique de lutte contre la grande criminalité économique et financière est néanmoins accompagnée avec la mise en place de principes protecteurs de la procédure pénale. Le respect du principe du double degré de juridiction pourrait nous servir d’aiguillon pour illustrer cela. Le Pool judiciaire financier va, au regard de sa composition et de ses modalités de fonctionnement, donner une visibilité accrue à la lutte contre la grande criminalité économique et financière.

Cependant, les risques d’instrumentalisation du Pool judiciaire financier par le pouvoir exécutif sont réels. Cette réalité découle des dispositions de l’article 28 CPP, lesquelles permettent au garde des Sceaux de donner des instructions individuelles de poursuite aux membres du ministère public. Ces injonctions du garde des Sceaux

²⁹ D. BOCCOND-GIBOD, « Pour une vraie réforme statutaire du parquet », *AJ. Pénal*, 2017, p 381 et s.

³⁰ Voir B. NIASS, *L’indépendance du ministère public*, thèse, UCAD, 2022, p. 408 et s.

³¹ L’objectif de la création de cette juridiction est, selon l’exposé des motifs du projet de loi—non repris par loi—, de changer la perception négative de la CREI aux yeux d’une bonne partie de l’opinion publique.

dans des affaires particulièrement sensibles sont en réalité révélatrices de l'existence d'une justice financière aux ordres de l'exécutif. Cela montre que la naissance du Pool judiciaire financier devrait nécessairement s'accompagner de la réécriture des dispositions de l'article 28 CPP, ne serait-ce que, pour renforcer la légitimité de l'action du parquet financier. Concrètement, le renforcement de la légitimité de l'action du parquet financier devrait emmener le législateur à supprimer les instructions individuelles de la chancellerie. Il fallait donc libérer l'action judiciaire de toute considération politique³². En clair, le parquet financier ne devrait pas être, dans le cadre de l'exercice de son office, en mesure de recevoir des instructions dans les affaires individuelles. Ces injonctions particulières dans des dossiers pénaux individuels pourraient en réalité discréditer son action et ternir de *facto* l'image du Pool judiciaire financier aux yeux d'une bonne partie de l'opinion publique.

En tout état de cause, la création du procureur de la République financier ne devrait pas se faire sans la suppression des injonctions du garde des Sceaux dans les affaires individuelles³³. Cet acteur incontournable de la justice pénale ne devrait être en mesure de recevoir aucune instruction dans des affaires individuelles. Qu'il y va du renforcement du lien de confiance des citoyens à l'égard du parquet financier.

De manière générale, on peut dire, au regard des enjeux attachés à la répression de la grande criminalité économique et financière, qu'il est nécessaire de mettre en place ce Pool judiciaire financier. Cette institution va sans nul doute donner une visibilité accrue à la lutte contre la criminalité économique et financière.

Cependant, on se demande pourquoi le législateur n'a pas pris l'initiative de centraliser les poursuites auprès de cette instance unique, ne serait-ce que, pour assurer la cohérence d'une politique pénale en la matière, de garantir la mise en œuvre immédiate d'investigations techniques à forte valeur ajoutée — perquisitions informatiques et demande d'entraide pénale — et de les insérer dans une stratégie globale d'enquête³⁴ ?

³² Voir B. NIASS, *L'indépendance du ministère public*, *op.cit.*, p. 408.

³³ J. PRADEL, « Faut-il supprimer les instructions individuelles du garde des Sceaux ? A propos du projet de loi adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 4 juin 2013 », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1361 et s.

³⁴ Voir E. HOULETTE, « Le parquet national financier. Bilan, actions, perspectives », *op.cit.*, p.86.

Pourquoi le législateur n'a pas, pour les exigences de célérité et de certitude relativement au recouvrement de l'amende d'intérêt public, offert au procureur de la République financier la faculté de recourir à d'autres formes de réponse pénale notamment la médiation pénale³⁵, ne serait-ce que, pour éviter les affres d'une procédure interminable et aléatoire surtout à l'encontre des personnes morales ?

Concrètement, le législateur estime, à travers les dispositions de l'article 677-103 du Code de procédure pénale que « *l'instruction est obligatoire en cas de poursuite liée aux infractions visées à l'article 677-94, à l'exception de l'escroquerie, de l'abus de confiance visés au 9° dudit article, pour lesquels, elle est facultative.* » L'information judiciaire est-elle la seule réponse pénale adaptée face à cette forme de délinquance³⁶ ? Seul l'avenir, nous le dira !

Quoi qu'il en soit, nous pouvons d'ores et déjà formuler le vœu que cette nouvelle institution tendant à lutter contre la criminalité d'argent soit à la hauteur des ambitions du législateur.

³⁵ Pour favoriser le traitement rapide et efficace de la délinquance économique et financière, on pourrait permettre au parquet financier de recourir à l'article 32 CPP relativement à la médiation pénale. Il en est ainsi notamment en matière de délit d'enrichissement illicite.

³⁶ En France, la loi du 9 décembre 2016 confère au procureur de la République financier la possibilité de conclure une convention judiciaire d'intérêt public avec toute personne morale mise en cause pour des faits d'atteintes à la probité. Elle donne lieu à une phase de négociations entre le parquet national financier et le représentant de la personne morale. Une fois rédigée et signée par les deux parties, la convention doit être validée en audience publique par le tribunal judiciaire. Cette voie procédurale favorise un traitement rapide et efficace de faits complexes et, par la possibilité d'imposer, à l'entreprise, un programme de mise en conformité supervisé par l'Agence française anticorruption. Voir dans ce sens « Le parquet national financier dresse le bilan de son activité en 2022 », *Semaine juridique Entreprises et affaires*, n°5, 2023, actualité 131.

Invitation au voyage

RETOUR DE CHINES : YIN ET YANG



Norbert ROULAND

*Pr. émérite à la Faculté de droit d'Aix en Provence,
Ancien Membre de l'Institut Universitaire de France*

Cet article est une sorte de journal de voyage en des Chines différentes.

En introduction, j'aimerais montrer que dans le passé également, la Chine a été une puissance économique mondiale, même si pour des raisons spécifiques, elle n'a pas inventé le capitalisme.

Mes propos s'ordonneront ensuite en trois parties.

La première sera consacrée à la Chine hypermoderne, celle des grandes villes comme Shanghai. La seconde sera consacrée aux échanges académiques que j'y ai eus. La troisième à la Chine rurale et ses minorités, du Guizhou au Tibet. Je donnerai ensuite quelques conseils pratiques aux voyageurs, et terminerai par une conclusion sur le thème du *yin* et du *yang*.

Le 13 octobre 2023, avant d'arriver à Shanghai, l'avion d'Air France survole des étendues désertiques. En Chine, seulement 13 % du territoire est cultivable, alors que la population est très nombreuse. Le déséquilibre entre la proportion de terres

cultivables et la population a été une des raisons de la politique de l'enfant unique mise en place par la Chine de la mort de Mao à 2015. La terre chinoise ne peut nourrir tous ses habitants.

La Chine du passé : une puissance économique mondiale

Pourtant, dans le passé, la Chine était parmi les premières puissances économiques mondiales, loin devant l'Europe.

Au premier siècle après J.-C. l'Inde produisait 32 % du PIB total ; la Chine 25 % ; l'Europe 1 %. Aux alentours de l'an 1000, les choses ne changent guère : l'Inde, 28 % ; la Chine 23 % ; l'Europe 2 %. Ces chiffres vont commencer à s'inverser à partir de la Renaissance. Mais la Chine n'a pas connu les révolutions industrielles de l'Occident, car l'abondance de main-d'œuvre a empêché le développement du machinisme et du capital industriel. De plus, l'idéologie confucéenne tenait les activités commerciales en peu d'estime.

À ces explications traditionnelles, il faut ajouter un argument d'une autre nature, souvent peu mentionné, que souligne à juste titre le sinologue Jean Pierre Voiret dans un ouvrage à paraître chez *Pacifica* ¹: l'invasion mongole. Soit 60 ans de guerre suivis, de 1279 à 1368, de 80 ans d'occupation.

La dynastie *Song* (960-1279 après J.-C.) était alors à son apogée.

Cette occupation est qualifiée par les historiens chinois de dynastie *Yuan*. Ils l'ont présentée comme une dynastie traditionnelle chinoise, bien qu'en en faisant des commentaires peu laudatifs. Ils ont insisté sur le fait que cette période d'occupation avait eu pour effet la sinisation des Mongols, alors qu'au contraire, ceux-ci ne se sont jamais vraiment assimilés et ont établi en Chine un régime d'*apartheid*, en tuant ou réduisant en esclavage des millions de Chinois. Le dernier recensement *Song* fait état de 110 millions d'habitants. Le premier recensement *Yuan*, en 1290, montre que ce chiffre était tombé à 70 millions. La Chine a perdu beaucoup de ses paysans, mais aussi de ses élites.

¹ *Renaissance de la Chine, Etudes comparatives sur la Chine et l'Occident, 1976-2016.*

Ce jugement historique, inspiré par le désir de ne pas perdre la face, pour employer une expression chinoise, explique la sous-estimation du rôle joué par l'invasion mongole dans la série des raisons qui expliquent que la Chine n'a pas inventé le capitalisme, alors que beaucoup de conditions étaient réunies. Ce silence se prolonge actuellement en Chine et s'explique aussi par des raisons d'ordre politique : la Chine ne veut pas de troubles en Mongolie intérieure.

Comment se présentait la Chine que les Mongols allaient détruire ?

On était déjà dans une économie moderne monétariste. 300 ans avant le début de notre Renaissance, la Chine construisait un État moderne, et économiquement puissant.

Par l'imprimerie xylographique, ils avaient entrepris un énorme travail de classification et de synthèse des savoirs dans différents domaines. À partir de 1024, la xylographie est utilisée pour l'impression des premiers assignats, celle des textes et décrets officiels, la publication d'ouvrages dans différents domaines, notamment les techniques agricoles, très largement diffusés.

Les banques utilisaient les chèques, les virements, les lettres de change, pratiquaient le crédit.

Rappelons à ce sujet qu'en Europe, le crédit a été longtemps freiné par l'Église, qui le considérait comme un acte contraire à la charité. Elle admettait le prêt, mais à condition qu'il fût sans intérêt.

Les *Song* ont connu bien avant nous la transmission par chaîne et l'entraînement à bielle et manivelle, ainsi que les métiers à tisser.

Les hommes d'affaires et les administrateurs se rapprochaient, notamment par des liens familiaux. Les jeunes gens qui réussissaient les concours de recrutement des fonctionnaires étaient très rapidement approchés par des hommes d'affaires qui leur proposaient leurs filles comme épouses, avec tous les avantages économiques que cela supposait.

Sous les *Song*, on note aussi une évolution dans le domaine artistique, parallèle à celle qui se produisit en Europe : l'apparition du portrait. À partir de notre Renaissance,

le visage est l'expression d'un être humain sont présentés en gros plan. Sous les *Song*, les peintres se mettent aussi à signer leurs œuvres.

Par ailleurs, certaines comparaisons historiques permettent de comprendre les effets des invasions mongoles sur d'autres sociétés que la chinoise.

Cette invasion se produisit aussi en Russie, au XIIIe siècle, et explique que la Russie n'a pas connu notre Renaissance. Pendant deux siècles et demi, elle cesse d'exister politiquement. Pour Pouchkine, les Mongols étaient des Arabes sans Aristote et sans l'algèbre.

Les Mongols sont également responsables de la disparition du Califat de Bagdad, toujours au XIIIe siècle. Ils détruisent Bagdad en 1258. Or ce Califat était celui d'une société savante, ouverte, tolérante. Le monde musulman est alors privé d'une grande partie de sa science et de son identité. Les auteurs arabes diront plus tard qu'après 1258, les portes de l'*Ijtihad* (soit celles de l'interprétation, une forme de liberté de pensée) ont été fermées pour toujours.

Ces différents exemples montrent la pesanteur du fait dans l'histoire, de la brutalité des événements, qui peuvent réduire à néant des siècles d'évolution culturelle.

Prenons un exemple européen du XXe siècle.

On sait qu'après tout l'Allemagne aurait pu gagner la guerre. Les savants allemands étaient parvenus très loin dans l'invention de ce qu'Hitler appelait les armes nouvelles, et ils auraient pu disposer de la bombe atomique. Hitler n'aurait certainement pas hésité à s'en servir contre l'Union soviétique, son principal adversaire. On peut alors imaginer une Europe nazie, qui serait certainement très différente de l'Europe actuelle. En ce qui concerne le XIXe siècle, rappelons que les juristes allemands, vers 1810, soit l'apogée de l'Empire français napoléonien, disaient qu'il fallait se mettre à l'étude du droit français, qui allait devenir le droit européen. On retrouve exactement le même argument, mais *a contrario*, un siècle et demi plus tard, sous la plume de juristes français : il fallait se mettre à l'étude du droit allemand, qui allait devenir le droit européen. Sous Vichy, on publie des *Etudes de droit allemand*.

Partie I : La Chine urbaine

Retour à Shanghai

Lors du trajet qui me conduit de l'aéroport à l'hôtel, mon premier étonnement est de n'en ressentir aucun. J'avais connu Shanghai il y a 26 ans ; elle est maintenant

devenue une ville moderne, mais ce pourrait être aussi bien une grande ville américaine. Un jugement sommaire que les jours suivants contrediront.

Je suis allé plusieurs fois en Chine à la fin du siècle dernier : j'ai bénéficié d'une invitation à la *City University* de Hong Kong, spécialisée dans les sciences sociales. J'ai ensuite donné une conférence à Beijing à l'Université du peuple sur le thème du transfert des valeurs occidentales vers la Chine, notamment les droits de l'homme, et cette conférence avait été bien accueillie, avec de larges possibilités de discussion. J'ai le souvenir de professeurs âgés qui étaient encore en costume Mao, qui n'est plus porté aujourd'hui.

Mais nous sommes en 2023, pas en 1997, et mes collègues chinois m'ont bien recommandé de ne pas parler des droits de l'homme, ce que j'interprète comme un conseil leur permettant d'éviter d'être dans une position désagréable, et j'accepte donc cette condition sans en demander davantage. Ils me demandent d'évoquer ma propre carrière en anthropologie juridique, spécialement dans l'Arctique, au Groenland et au Canada, car ces régions arctiques sont encore assez mal connues de la plupart des Chinois. Lors de mes premières venues en Chine, j'avais également visité Beijing, Xian, et Guilin.

À Shanghai, j'ai choisi l'hôtel *Okura Garden*, très agréable, à cause de sa position dans l'ancienne concession française et du nombre de services qu'il offre. Dans les années 1920, il était le siège du Club français. Vers 1940, on y célébrait des mariages, ce qui est toujours le cas : j'y ai vu une mariée en blanc, alors que le blanc est la couleur de la mort pour les Chinois, mais les jeunes se sont convertis à la mode occidentale.

Par la suite, Mao s'est promené dans ses jardins et y a reçu le maréchal Montgomery. Le personnel est supposé parler bien anglais, ce qui n'est pas forcément le cas, comme je le remarquerai dans d'autres établissements chinois. Dans la vaste salle de réception, une musique tamisée, celle de nos grands compositeurs occidentaux : Mozart, Chopin, Vivaldi, ce qui me séduit.

Dans le parking de l'hôtel, sous le drapeau rouge de la Chine communiste, je remarque une somptueuse voiture de la marque *McLaren*. Il est possible qu'elle fasse partie du décorum des organisateurs de mariage, à moins que ce ne soit celle d'un milliardaire chinois.

J'allume la télévision : je remarque qu'en dehors des chaînes chinoises dont beaucoup diffusent de la musique classique occidentale ou chinoise, il y a des chaînes russes, comme *Russia Today* et *Katyusha*. La Russie est devenue le grand allié. *Katyusha* diffuse des émissions de variétés et des films de guerre contre l'envahisseur nazi.

Sur une chaîne d'actualités chinoises, on diffuse une réunion présidée par Xi Jinping : les costumes sont occidentaux.

Ma chambre est au 15^e étage de l'hôtel qui en comporte 33. La vue est un panorama de ce quartier de Shanghai, qui est aussi une plongée dans l'histoire urbaine. Perdues dans cette immensité minérale, deux ou trois petites maisons grises qui doivent dater de la première moitié du XX^e siècle. Plus nombreux, des immeubles de taille moyenne, de la seconde moitié. Enfin, le Shanghai actuel : des forêts de tours montant vers le ciel non pas de Dieu, puisqu'à proprement parler les Chinois n'ont jamais été monothéistes, mais orientées vers le futur. Ceci dit, 80 millions de Chinois seraient actuellement chrétiens, avec une majorité de protestants. Il y a même à Shanghai une petite communauté juive.

Comme beaucoup de villes chinoises, Shanghai est une mégalopole : elle compte 27 millions d'habitants. En y circulant, j'y reviendrai, on ne ressent pourtant aucun sentiment d'oppression. Le mot d'ordre du gouvernement chinois est la poursuite de l'urbanisation, même si la Chine compte encore 47 % de paysans, j'y reviendrai également.

Ce qui frappe, c'est l'omniprésence des téléphones portables, qui servent à presque tout, une sorte de seconde peau ou même de cerveau. L'intelligence artificielle fait bien partie de la vie quotidienne des Chinois. Les cartes de visite n'existent plus: tout se fait par *We Chat*, une version sophistiquée de *WhatsApp*, qui permet presque tout, notamment les paiements, par exemple aux taxis, d'une utilisation très difficile pour un étranger. La seule solution consiste à en louer un à la journée, par l'intermédiaire d'un hôtel, au tarif assez élevé de 150 yuans de l'heure (100 yuans valent 13 euros).

Certains stéréotypes ne résistent pas à l'observation. Dans les anciens témoignages, on lisait que la Chine était sale, et que les Chinois crachaient volontiers : dans les réceptions officielles, il y avait toujours des crachoirs, ce qui gênait les Occidentaux. Je peux témoigner en ce qui concerne la propreté, que les grandes villes chinoises

sont aussi propres que les suisses : les trottoirs sont constamment nettoyés, on ne voit aucune ordure. Et je n'ai pu voir aucun Chinois cracher.

Le soir, à proximité de l'hôtel, je croise un groupe de personnes âgées en train d'effectuer lentement des mouvements de gymnastique. Mais plus aucune vieille femme aux pieds bandés, comme j'en avais observé il y a 26 ans : elles sont toutes décédées.

Dans un ensemble commercial, je remarque un ouvrier casqué, en tenue jaune, épuisé. Il s'est endormi contre la rambarde d'un passage entre les magasins. C'est probablement un migrant. Les migrants constituent un prolétariat dont le travail exténuant et sous payé est une cause de l'essor économique de la Chine. Mais comme je l'ai écrit dans mon livre, migrantes et migrants préfèrent encore ce travail dans les villes au retour au village, afin d'échapper aux traditions, dont les mariages arrangés pour les filles. Comme on disait au Moyen Âge en France au sujet des villes : « *L'air rend libre* ». Un de mes collègues chinois me précisera que le droit de grève qui existait dans la Constitution a été supprimé. Il me demande ce que pensent les Français de la multiplicité des grèves dans leur pays : je lui réponds que ça dépend de la longueur des grèves et des secteurs impactés.

Je constaterai aussi tout au long du voyage la gentillesse des Chinois. Il est incontestable qu'ils respectent les personnes âgées et sont prêts à leur faciliter la tâche. Ils sont aussi serviables, et peuvent aider l'étranger quand il se sent un peu perdu. Dans les grandes villes en tout cas, les jeunes d'un certain niveau culturel parlent tous anglais.

Une autre qualité que j'apprécie est l'exactitude des rendez-vous : en Chine, pas de quart d'heure aixois, et encore moins d'heure brésilienne !

À mon arrivée à l'hôtel, le professeur Wang Weichem, qui est venu me chercher à l'aéroport, un spécialiste d'anthropologie juridique de la *Shanghai international study University* me remet quelques exemplaires de la version chinoise de mon *Anthropologie juridique*, qui a été réalisée par le Professeur Liu Yun Fei, de l'université de Guiyang. Je l'avais fait inviter en 2008 à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, c'est donc un travail qui a duré une quinzaine d'années. Ce collègue est anglophone. Il a traduit mon *Anthropologie juridique* éditée en 1988 par les Presses universitaires de

France, non pas à partir de sa version française, mais de sa version anglophone (les Presses de l'université de Stanford, aux États-Unis,), un peu plus courte.

On dit que les Chinois ne respectent pas les lois de la propriété intellectuelle. Je peux témoigner que dans mon cas, cet autre stéréotype est faux. Les discussions ont duré longtemps entre *Commercial Press*, le premier éditeur de Chine, établi à Beijing, et les Presses universitaires de France, et ont donné lieu à la rédaction d'un contrat d'édition en bonne et due forme. J'ai droit à une dizaine d'exemplaires gratuits, dont je ne conserverai qu'une partie, car je dois en faire cadeau à un certain nombre de collègues chinois sur place. Cet ouvrage avait déjà été traduit en plusieurs langues étrangères, dont le russe, y a une vingtaine d'années. Je suis très heureux de tenir en main la version chinoise, mon grand regret étant que je suis incapable d'en comprendre un seul mot. Le livre est en vente pour 68 yuans, environ 10 €, ce qui le rend accessible à un public étudiant.

Le Marché de célibataires de la Place du Peuple : deux conceptions du mariage

Le lendemain, en compagnie d'un étudiant russophone et du professeur Wang, je visite le marché de célibataires de la Place du peuple, qui se tient tous les week-ends. On peut en voir en France des vidéos sur *Yu Tube*. C'est très intéressant pour un anthropologue, car, au fond, ce genre de marché qui existe aussi à Beijing depuis les années 80, est une sorte de continuation des mariages arrangés, pourtant en principe interdits depuis l'arrivée des communistes au pouvoir en 1949. Mais les mœurs résistent au droit.

Le marché est divisé en plusieurs zones.

La plus importante est celle où l'on voit des parents, en général des personnes plutôt âgées, qui se tiennent derrière des affichettes décrivant les qualités de leurs enfants ou petits-enfants. Je m'étonne de ne pas voir de photos, car les critères physiques comptent quand même en matière de mariage, en Chine comme en Occident. On me répond qu'en fait souvent les jeunes Chinoises et Chinois ne sont pas d'accord pour être ainsi montrés par leurs familles, ce qui explique cette absence de photos. Une collègue de la *Shanghai International Study University*, à qui je parlerai de cette visite, me dira d'ailleurs qu'elle espère bien que sa mère ou sa grand-mère ne sont pas présentes sur ce marché. C'est une sorte de conflit de générations, entre deux conceptions du mariage, le mariage arrangé et le mariage consensuel. Dans un

espace plus petit du marché, pas d'affichettes : les négociations entre les parents et les passants intéressés se font uniquement de manière orale.

Je filme tout ceci. Une exposante m'apostrophe un peu violemment. Je me fais traduire ses propos. Elle me reproche de l'avoir filmée sans lui demander son autorisation et me demande d'effacer séance tenante la séquence de film où elle figure. Ce sera le seul incident un peu désagréable de tout mon voyage. Pour lui faire plaisir, je m'exécute, mais de manière sournoise : je supprime une autre séquence, sans aucune importance. Mais l'incident est clos. Sur le plan des mœurs, elle avait raison : j'aurais dû lui demander son autorisation. Sur le plan juridique, cela me paraît beaucoup plus contestable : non seulement nous étions dans un espace extrêmement public, mais sa présence s'expliquait par sa volonté de promouvoir une de ses petites filles.

Un peu plus loin, je prends la fiche distribuée avec beaucoup de courtoisie par un jeune homme qui se présente lui-même. Je me fais traduire par le professeur Wang cette auto description, qui mériterait un commentaire mot à mot. Voici donc cette traduction :

Je suis né en 1990, je mesure 1,75 m. Mon signe du zodiaque est Sagittaire. Je suis né dans le Hunan, gagne 180 000 yuans par an. Je ne recherche pas une petite amie, ni une concubine, mais une épouse. En ce qui concerne mon niveau d'études, je suis allé jusqu'au Collège. Je possède une maison avec un petit jardin, et trois pièces.

J'ai un caractère ouvert et aimable, je suis poli, la piété filiale est une de mes qualités, je respecte beaucoup les personnes âgées. Je n'ai pas de mauvaises habitudes, je ne fume pas, je ne bois pas, je ne joue pas aux cartes, j'aime beaucoup les études. Je fais des séances de gymnastique, j'ai une bonne santé, j'aime l'histoire, le droit, et je suis ouvert aux inventions modernes. J'aime la propreté, je fais attention aux détails, j'ai beaucoup d'autodiscipline, je peux faire des travaux ménagers et m'occuper de la cuisine. Je travaille dans une entreprise familiale à Shanghai ; toute ma famille vit à Shanghai, mes parents ont leur propre résidence.

Je suis à la recherche d'une femme célibataire en bonne santé, qui puisse présenter des références établissant qu'elle a une bonne personnalité, ou qu'elle est issue d'une bonne famille ou que son salaire mensuel est supérieur à 30 000 yuans. Je préférerais une femme qui n'a jamais été mariée ; cependant, je peux considérer le cas d'une femme divorcée pour des raisons spécifiques. Si vous pensez être ce genre de personnes, contactez-moi (il donne son numéro sur We chat).

Comme il se présente en personne sur le marché, cela permet de juger de son apparence physique, qui n'est d'ailleurs pas désagréable, il est souriant et a une bonne réserve d'affichettes à distribuer aux passants.

Comme me le dira plus tard une de mes collègues chinoises, c'est le candidat idéal ! Faisons quand même quelques remarques.

Son niveau d'études est correct, mais il n'a pas fait d'études universitaires. En revanche, il mesure 1,75 m, taille relativement peu courante en Chine. Il précise que ses parents ont leur propre résidence, ce qui veut dire que sa future épouse n'aura pas à cohabiter avec eux. Il gagne 180 000 yuans par an, soit 15 000 yuans par mois, environ 2000 € par mois, ce qui est un bon salaire. En revanche, il a des prétentions salariales très fortes en ce qui concerne sa future épouse, qui doit donc gagner deux fois plus que lui, ce qui fait d'elle un gibier très rare. Dans ces conditions, on comprend qu'en plus, il n'exige pas d'elle qu'elle soit jolie. Si je l'avais conseillé pour la rédaction de son affichette, je lui aurais dit que ses exigences financières et cette accumulation de qualités rendait sa candidature un peu suspecte, d'autant plus qu'il n'était quand même pas un Apollon. À mon sens, il aurait fallu qu'il cite quand même de petits défauts (l'humilité est une qualité traditionnelle chinoise) et qu'il soit moins exigeant sur le plan financier. Évidemment, je ne saurai jamais s'il a fini par trouver l'âme sœur. Nous sortons de la Place du Peuple et nous promenons un peu en ville. Je remarque quelques caméras de vidéosurveillance que les Chinois appellent « *les yeux dans le ciel* ». J'y reviendrai plus tard, mais de manière générale, on peut dire que ces caméras existent dans les grandes villes, les centres touristiques, mais pas dans les petits villages.

Il y aurait à Shanghai 36 caméras pour 1000 habitants, ce qui donne un total de 972 000 caméras pour 27 millions d'habitants. C'est évidemment considérable. Rappelons qu'à Aix-en-Provence il y en a 463, et à Marseille 1600. Ce qui semble montrer que, contre toute attente, la population aixoise est plus criminogène, ou en tout cas plus surveillée que la marseillaise. Peut être aussi parce que les vieux Aixois du quartier Mazarin sont plus riches et constituent des proies tentantes. Mais on pourrait en dire autant à Marseille des habitants de la Corniche et du Roucas Blanc. A Shanghai, et dans toutes les grandes villes de Chine, une jeune femme, qu'elle soit européenne ou chinoise, peut se promener seule dans les rues en toute sécurité. Le dimanche soir, certains magasins sont même ouverts jusqu'à 21h30. En dirait on autant de certaines banlieues françaises ? Je remarque qu'il y a une vingtaine

d'années, lorsqu'en France on a commencé à installer des caméras de vidéosurveillance, certains les ont critiquées comme une atteinte aux libertés publiques. Maintenant, tout le monde semble content de leur existence.

Un opéra chinois : Le Pavillon aux Pivoines

Le lendemain, je rencontre l'ancienne directrice de la programmation de l'opéra de Shanghai, francophone, qui connaît très bien Aix-en-Provence, puisque elle a été fille au pair chez George Duby, l'historien que j'ai bien connu, pour s'occuper de ses petits-enfants. Elle a retenu des places pour la soirée du 15 octobre au Centre culturel de Shanghai pour l'opéra traditionnel chinois, *Le pavillon aux pivoines*. Ce centre culturel, très moderne, ressemble au nouveau théâtre *Marinski* de Saint-Pétersbourg, où je suis souvent allé. Cet opéra a été créé en 1958. Son livret écrit par le dramaturge Tang Xianzhu, est tout de suite devenu un succès. Par la suite, on le décrira comme le *Roméo et Juliette* chinois. En tout, il dure 22 heures-dimension wagnériennes- mais je n'en verrai que les trois premières heures. La directrice me dit que dans quelques jours elle ira écouter les *Nibelungen*. Amateur de musique baroque, je lui souhaite bon courage.

Résumons brièvement l'intrigue du *Pavillon des pivoines*.

Par une belle journée de printemps, Du Liniang, âgée de 16 ans, fille d'un haut fonctionnaire se promène dans son jardin, où elle s'endort et fait un rêve. Elle rencontre Liniang, un jeune érudit, et c'est tout de suite l'amour-passion. Mais le rêve s'achève, et elle ne peut le supporter : elle meurt quelques temps après. Le jeune homme qu'elle a rencontré en rêve existe bien dans la réalité : il se nomme Liu Mengmei et habite dans le jardin du rêve. Il persuade le père de la jeune fille d'exhumer son corps, et la résurrection se produit. La musique de l'opéra, qui comporte beaucoup de percussions, est dite *Kun*, et joue un rôle essentiel : la dimension métaphysique du livret repose en grande partie sur elle.

Les dimensions de la salle de concert sont à peu près celles du *Grand théâtre de Provence*. Les décors sont très beaux, mais minimaux, conformément à la tradition chinoise : tout doit être suggéré plutôt que montré. Les costumes sont d'une très grande richesse.

Mais la musique est difficile à percevoir pour un auditeur occidental, qui peut céder à la lassitude. Cet opéra, entièrement sous-titré en anglais, consiste presque entièrement en une suite de récitatifs avec peu d'action, des poses assez statiques des personnages. La musique en elle-même est très loin du système tonal occidental,

et la subtilité de ses variations m'échappe. Je me demande comment la perçoit le public chinois, près de cinq siècles après la création de cet opéra.

Tentons une comparaison. Nous possédons des enregistrements de Sarah Bernhardt, dont beaucoup moins de temps nous sépare. Il faut bien reconnaître que son style de déclamation ne correspond plus à nos oreilles, qui ont elles-mêmes une histoire.

Autre chose dont il m'est impossible de percevoir la portée, puisque je ne parle pas chinois : la correspondance entre la musique et la langue. La *Querelle des Bouffons*, au XVIIIe siècle, nous a appris que certaines langues (italien en l'occurrence) sont plus musicales que d'autres. Qu'en est-il du chinois ?

L'observation du public est très intéressante pour le mélomane que je suis. Il est très jeune. À côté de moi, un jeune homme d'une vingtaine d'années. L'opéra commence par une déclaration : « *Tous les hommes voudraient être libres* ». Je me demande ce qu'il ressent. En tout cas, le problème qui se pose aux organisateurs de concerts de musique classique et d'opéra est inverse du nôtre : ils veulent attirer au spectacle davantage de gens âgés. Alors que chez nous, malheureusement, la musique classique et les opéras, faute d'une éducation musicale suffisante, n'intéressent pas les jeunes, même si par exemple le Festival lyrique d'Aix-en-Provence leur distribue des places à des tarifs adaptés. Le facteur déterminant est en effet l'éducation artistique des jeunes en France. Celle-ci est déficiente, car notre époque, l'économie est au centre de tout, comme l'était la religion au Moyen Âge. L'art, c'est un luxe, alors que c'est une nécessité.

Comme me l'explique la directrice, jusqu'aux réformes des années 80, la Chine était un pays pauvre et les gens, parents ou grands-parents de la génération actuelle, pensaient à toute autre chose qu'à l'opéra. D'autant plus que pendant la période de la Révolution culturelle, Jiang Jing, la dernière épouse de Mao, avait ordonné la destruction des pianos et imposé un répertoire d'une dizaine d'opéras à caractère révolutionnaire : en enfer, les opéras traditionnels. Lors de la visite de Nixon à Mao en 1972, on lui infligea ainsi qu'à son épouse un de ces opéras révolutionnaires, dans le style pompier du réalisme socialiste. Un compositeur américain, John Adams, en a lui-même tiré un opéra en 1987, intitulé *Nixon in China*.

Quelques jours plus tard, je pars seul à la découverte de Shanghai, en louant un taxi pour la journée. Je vois passer une superbe Ferrari rouge. Pour faire quelques emplettes, je vais au grand marché de *Pudong*. Cela n'a rien à voir avec les marchés que j'ai visités dans d'autres pays asiatiques, notamment au Cambodge et au Vietnam.

Ce sont en fait des galeries souterraines remplies de magasins très modernes. Me fiant à mon guide touristique, je vais ensuite visiter le quartier d'*Older Srteet*, où il y aurait des magasins de souvenirs maoïstes. Grosse déception : il n'y en a aucun. Mao n'est il plus à la mode ?

Le quartier n'est qu'une reconstitution d'un ancien quartier chinois. Je me souviens qu'il y a une trentaine d'années, j'avais visité des ruelles, les *hutong*, bien décrits par Wang Anyi ,et que j'avais trouvé cela très pittoresque. Il n'en reste pratiquement rien, ce n'est quelques-unes dans le quartier de *Tian Zifang*, où je me rends ensuite.

A Guiyang

Je quitte Shanghai le 21 octobre pour Guiyang, par un vol d'environ 1h30. C'est là que réside le Professeur Liu Yun Fei. Je suis accueilli par sa famille qui m'emmène dîner dans un très bon restaurant tenu par la minorité nationale des *Miao*. Comme je le verrai plusieurs fois par la suite, la coutume est que l'on peut emporter les restes des repas chez soi. C'est aussi le cas en Amérique et en Russie, mais bien entendu, pas en France. Nous effectuons ensuite une promenade nocturne le long du fleuve, avec de nombreuses illuminations, en croisant de nombreux Chinois.

Je remarque que les caméras de vidéosurveillance sont plus nombreuses qu'à Shanghai : il y en a un trio pratiquement tous les 100 m. On m'expliquera quelques jours plus tard qu'elles sont un des moyens utilisés par la police pour lutter contre le trafic des enfants , un des fléaux de la Chine moderne. Des malfaiteurs kidnappent des enfants dans la rue pour les revendre à des Chinois riches qui n'ont pas de descendance masculine. Il arrive aussi qu'on kidnappe des petites filles en vue d'un futur mariage.

Le lendemain, le professeur Liu Yun Fei me fait visiter dans la banlieue de Guiyang le musée *Tianhai*, dont le directeur est une de ses connaissances. C'est un musée privé où le directeur expose sur plusieurs étages toutes ses œuvres, exécutées dans un style moderne, mais compréhensible. Un des tableaux est visiblement une réplique chinoise du *Cri*, de Munch. Ce qui m'a le plus intéressé est une salle entière consacrée à ce qu'on pourrait nommer le drame de la politique de l'enfant unique, qui a conduit des millions de Chinoises à avorter, souvent contre leur gré. Il faut lire à ce sujet le très beau roman de Ma Jian , *La route sombre*. Dans cette salle, on voit des œuvres hyperréalistes. Par exemple, autour d'une longue table, des médecins et des Chinoises tous entièrement nus. Devant eux, des récipients où l'on voit les fœtus qui

viennent d'être extraits du ventre des femmes. En dehors de l'aspect artistique sur lequel on peut gloser, ceci montre que certains sujets ne sont plus tabous en Chine. Je discute ensuite un moment avec le professeur Liu , un grand amateur de peinture qui a visité les grands musées français et italiens. Il me dit que certains acteurs français sont bien connus en Chine, comme Sophie Marceau, et Louis de Funès dans la *Grande Vadrouille* (ce dernier était également extrêmement populaire en Union soviétique). Nous ne voyons en général en Louis de Funès qu'un acteur comique, certes extraordinaire, et dont beaucoup de films n'ont pas vieilli. Mais je suppose que la diffusion de ces films dans des pays communistes obéit aussi à des impératifs idéologiques. Louis de Funès incarne souvent des bourgeois détestables, antisémites, égoïstes, obsédés par l'ordre, etc. Indirectement, ces films peuvent être réinterprétés comme une description de la bourgeoisie occidentale décadente.

Partie II : Echanges académiques : Cinq conférences

A) 17 Octobre :

Département de français de la Shanghai International Studies University

Le 17 octobre est la date de ma première conférence. Exceptionnellement, je la ferai en français, au département de français de la *Shanghai international study University*, avec laquelle l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence, où je fais des cours sur la Chine, a une convention de partenariat.

Elle porte sur le pluralisme juridique en France, notamment avec l'exemple de la Nouvelle-Calédonie ; sur les principaux auteurs d'anthropologie juridique et politique en France.

Je suis reçu par Madame Yan Shuting, chargée des relations internationales. Elle me fait visiter le campus, que je filme avec un grand plaisir. C'est un campus situé à une trentaine de kilomètres de Shanghai, avec de très grands espaces verts. Les étudiantes et étudiants se promènent en bicyclettes ou en scooters électriques. Elle me dit qu'un grand espace vert est surnommé le *Coin des amoureux* : cela me rappelle un peu le parc Jourdan aixois, mais en de toutes autres dimensions. Ce campus regroupe plusieurs Facultés, dont la Faculté de droit, assez imposante.

Dans l'entrée du département de français, les étudiants ont fixé diverses cartes postales, certaines en français, d'autres en chinois. Sur l'une en français est écrit :

Pour que le monde soit en paix et que la vie soit magnifique. Il y a aussi des panneaux rouges sur lesquels les étudiants ont inscrit des textes plus longs :

« Les civilisations prennent des formes différentes, contribuant à la diversité de notre monde. Nous devons approfondir les échanges et l'apprentissage mutuel afin de promouvoir l'harmonie sans l'uniformité dans un esprit d'inclusion (...) Si la clé des relations entre les Etats repose sur des liens étroits entre les peuples, des efforts en ce sens doivent partir de la jeunesse. Nous devons unir les jeunes du monde entier pour promouvoir la paix et le développement dans le monde, grâce au pouvoir des jeunes ».

Les étudiants de Master sont une vingtaine, ouverts et souriants.

Ils connaissent Claude Lévi-Strauss, et bien entendu Fei Jiaotong, le grand anthropologue chinois du XXe siècle. Mais malheureusement, ils ignorent l'œuvre d'Alain Testart, non traduite, un anthropologue français que tout juriste ou politiste devrait connaître en France.

Une étudiante me pose une question à laquelle je ne sais pas répondre sur le régime de santé publique en France. Je lui réponds qu'elle pourrait trouver des renseignements sur Google, si Google était autorisé en Chine. À mon grand étonnement, elle me dit qu'elle dispose d'un VPN qui lui permet de contourner ce que les Chinois appellent la Grande *muraille électronique*. En fait, une centaine de millions de Chinois possède ces VPN. Les collègues chinoises me disent aussi qu'elles en ont toutes. Je leur demande si elles ne craignent pas les contrôles policiers. Elles me répondent que non, car quand qu'on va sur des sites « normaux », par exemple pour le besoin de ses études ou de ses enseignements, cela ne pose aucun problème.

Je déjeune ensuite avec elle et le doyen dans le restaurant de l'université. La discussion porte sur plusieurs sujets. On me dit, ce que beaucoup d'autres fois d'autres personnes me répéteront : les jeunes Chinoises ne veulent plus se marier, ni avoir des enfants. Je fais allusion à la Révolution culturelle : le doyen me dit que les Chinois n'aiment pas trop en parler, car c'était une époque de guerre civile et de désordres.

Je lui demande aussi ce que représente encore Mao pour les étudiantes et étudiants chinois. Il me dit que pour la plupart d'entre eux, c'est le passé, et qu'on pense plutôt à l'avenir. Ce qui me sera confirmé dans d'autres universités. Je discute avec eux de la possibilité de la traduction totale ou partielle de mon dernier ouvrage sur la Chine, *Ciels au-delà du ciel, La Chine et les chinois : croiser nos regards*, édité à Paris par

Pacifica, un éditeur chinois, à la fin de 2022. À mon retour en France, je ferai parvenir à Madame Yan Shuting le sommaire d'un cours sur l'histoire des institutions publiques françaises que je pourrais éventuellement venir enseigner dans cette université l'an prochain.

J'interroge aussi le doyen sur la cohabitation entre les jeunes et leurs parents âgés. Je lui dis qu'en France les maisons de retraite sont devenues très habituelles. Il me répond que ce n'est pas le cas en Chine, car elles sont très chères. Il existe bien des maisons de retraite publiques à des prix modérés, mais elles sont rares. Dans les grandes villes comme Shanghai, à la différence de ce qui se passe dans les campagnes, pour éviter les conflits intergénérationnels, parents et enfants n'habitent pas ensemble. Mais on s'efforce de faire en sorte d'avoir des logements proches, et si possible dans le même immeuble. La piété filiale s'adapte donc aux nécessités économiques et à l'évolution des mentalités.

Madame Yan Shuting me remet un ouvrage intitulé : *Études sur la France : langue et culture*. Cet ouvrage, destiné aux étudiants chinois, analyse différents textes d'auteurs français. En voici quelques titres : *L'analyse des discours de Macron construisant l'image de la France en Afrique* ; *Les romans de Balzac* ; une *Analyse comparative des conceptions de la liberté chez Jean-Jacques Rousseau et Zhuangzi (369-288 av. J.-C.)*, le premier penseur chinois qui ait soulevé le problème de la liberté ; *Analyse des sources de documentation sur la Chine utilisées par Montesquieu dans la rédaction de L'Esprit des lois*. Ce dernier article est particulièrement intéressant, car il montre comment Montesquieu a utilisé les textes qui correspondaient à son opinion sur la Chine, et négligé ceux qui différaient de ses préjugés.

Il y a 26 ans, visitant l'Université du peuple à Beijing, j'avais déjà constaté que les auteurs occidentaux y étaient très étudiés. L'inverse n'est pas vrai. Pour ne parler que de l'histoire des idées politiques en France, combien de manuels traitent des idées politiques autres qu'européennes ? Et pourtant, nous sommes dans une époque de mondialisation.

Une jeune professeure de français de cette université, Madame Liwen Ye, a assisté à ma conférence, elle a une quarantaine d'années, et fait partie de la génération des enfants uniques. Nous prenons ensemble un taxi pour rentrer dans le centre de Shanghai. Elle est par ailleurs avocate, et connaît très bien la France, notamment Aix-en-Provence. Nous avons donc le temps de discuter à bâtons rompus d'un certain nombre de thèmes.

À propos de l'opinion des étudiantes et étudiants sur Mao, elle me dit que ça dépend de leurs centres d'intérêt : certains sont intéressés par l'histoire, et la figure de Mao demeure importante. Son propre père, qui a mon âge, est un passionné d'histoire.

Je lui dis combien je suis surpris par la modernité de la Chine que je redécouvre. Elle sait parfaitement que les Français critiquent la Chine en raison du caractère autoritaire du régime. Elle me dit à juste titre, qu'avant de critiquer, les Français devraient venir sur place pour se rendre compte des progrès accomplis, dans un pays d'environ un milliard et demi d'habitants, qui n'est pas facile à gérer. À la limite, que ce gouvernement soit communiste ou non est une question secondaire. Le principal, c'est la sécurité et le progrès économique. Elle précise qu'il existe une opinion publique chinoise : beaucoup de Chinois ont critiqué la politique zéro Covid avant qu'elle ne prenne fin.

Je l'interroge sur les rites funéraires à l'heure actuelle. Je lui dis que dans un voyage dans le nord du Vietnam que j'ai effectué au mois d'avril, j'ai pu constater la présence dans des magasins de nombreux objets en papier (y compris des téléphones portables) que l'on brûle pour les faire parvenir aux morts. Elle me répond qu'en Chine lors de la fête des morts, on brûle en effet des liasses de faux papier-monnaie.

Elle me dit que pour le moment, la guerre pour la reconquête de Taïwan n'est pas une question d'actualité.

Elle me demande ce que pensent les juristes français de Carl Schmitt, le constitutionnaliste allemand. Je sais qu'il est très lu en Chine, dans la mesure où il défend la nécessité d'un État autoritaire. Je lui réponds qu'évidemment, comme Carl Schmitt était nazi, il n'est pas en odeur de sainteté en France.

Je lui demande si les Chinois font la différence entre les diverses nations occidentales. Elle me répond que c'est certain : les Américains sont les ennemis ; mais pas les Européens, et en particulier la France. Je sais que pour le Chinois moyen, la France, c'est le pays des bons vins, de la gastronomie, et des parfums. Mais pour les voitures, on préfère les voitures allemandes. J'ai aussi lu que les destinations préférées des jeunes mariés qui ont les moyens de faire leur voyage de noces à l'étranger sont : Bali, Paris, les châteaux de la Loire.

Je lui cite le nom de romanciers chinois que je connais : Wang Any, qui a beaucoup écrit sur Shanghai ; Xinran, émigrée au Royaume-Uni, une journaliste chinoise qui a interviewé des centaines de femmes de toutes conditions ; Yan Lianké, mon auteur

préféré, dont certains livres ne sont pas publiés en Chine, et qui parle beaucoup de la vie des paysans. Elle connaît Wang Anyi, mais pas les autres.

À mon retour du Yunnan à Shanghai, la veille de mon départ, je lui ferai cadeau d'un roman de Yan Lianké, *La fuite du temps*, un de ses meilleurs à mon avis. Je lui donnerai aussi un exemplaire de la version chinoise de mon *Anthropologie juridique*. Nous nous séparerons avec l'espoir de nous revoir dans quelques mois dans son université.

B) 18 Octobre : Université de Jiaotong

C'est l'université qui procède chaque année au classement dit de Shanghai. Les universités américaines sont régulièrement en tête. Elles sont avantagées par le fait que l'anglais est devenu la langue internationale : concrètement, cela signifie qu'un article en anglais a beaucoup plus de chances d'être repris dans de nombreuses revues, ce qui n'est pas le cas des autres langues européennes, dont le français. L'université d'Aix-Marseille est située dans la tranche comprise entre la 150^e et la 200^{ème} universités et occupe la septième place dans les campus français, derrière Montpellier, considérée comme une des meilleures universités françaises.

Le cadre est plus formel. Comme dans toutes mes conférences, je suis le seul à porter une cravate. On me remet un insigne du club des lecteurs en anthropologie juridique, qui compte plusieurs centaines de membres dans le monde ; je l'accroche fièrement au revers de ma veste. Cette conférence a lieu en anglais, je parle de l'intérêt pour l'article de la Chine, des institutions polaires de Shanghai, de mon travail de terrain au Groenland et au Canada. Ce qui concerne le Groenland est inhabituel pour les Chinois. Je parle notamment de mon livre sur les compétitions de chants comme modes de règlement des conflits au Groenland.

Après mon monologue, la discussion s'engage. Dans le public, le professeur Li Jiangong, qui a été un élève de Fei Xiaotong. Il me demande si à mon avis, en ce qui concerne les minorités nationales, il faut les maintenir dans le passé, ou au contraire favoriser l'accès à la modernité. Je lui réponds que pour moi le rôle d'un anthropologue est de leur donner les moyens de choisir leur avenir, quel qu'il soit.

Je demande pourquoi les Chinois parlent toujours de minorités nationales, et non de peuples autochtones, comme en Occident. La question embarrasse. Une collègue me cite les mesures de discrimination positive en faveur des minorités. En fait, je crois comprendre la raison qui ne me sera jamais clairement donnée. La Chine se définit comme un État unitaire pluri ethnique, ce qui est malgré tout un oxymore. Il est

probable que les autorités chinoises trouvent moins contraignant de reconnaître des droits à ce qu'ils appellent des minorités, plutôt qu'à des peuples autochtones, dont une déclaration de l'ONU en 2007 a reconnu le droit à l'autodétermination (je la cite dans ma conférence). De plus, le terme de *national* rappelle le caractère unitaire de l'État chinois.

La discussion porte ensuite sur l'anthropologie juridique. Nous constatons qu'en Chine comme en France c'est une discipline assez mal connue. Il y a bien sûr de nombreuses causes, tenant à la culture juridique de chaque pays. Une des raisons à mon sens en est que c'est une discipline métisse : les anthropologues du droit ne sont considérés ni comme des juristes, ni comme des anthropologues à part entière. J'étonne l'assistance en disant que je n'ai jamais suivi en université des cours d'anthropologie, que je me suis moi-même formé dans cette discipline. Je conclus en leur disant que je suis maintenant parvenu dans mes dernières années de vie, mais que si je devais tout recommencer, je ferais exactement la même chose, car l'anthropologie a éclairé toute ma carrière de juriste. Cela les fait sourire.

En moi-même, je pense à une réflexion d'un évêque français dont j'ai malheureusement oublié le nom : « *Si Dieu n'existe pas, tant pis pour lui ; il aura donné un sens à ma vie* ».

C)20 Octobre : Université Fudan

C'est une des universités les plus célèbres de Chine, qui a même une implantation en Hongrie. Son campus est impressionnant par ses dimensions et le nombre de ses espaces verts. Ici aussi, les étudiants se déplacent en bicyclette. À l'entrée de la Faculté de droit, deux lions : ce sont les symboles de l'autorité. Le bâtiment où je fais ma conférence est ultramoderne. J'ai retrouvé le professeur Wang Weichem. Et je revois pour la première fois depuis 15 ans le professeur Liu Yun Fei, qui a traduit en chinois mon anthropologie juridique. La jeune secrétaire de l'association du club des lecteurs en anthropologie juridique est venue du Hunan spécialement pour m'écouter. Il y a une quinzaine d'étudiants et de collègues, l'ambiance est très détendue.

D)24 Octobre : Université de Guiyang

Je visite le campus, il se situe dans un très bel environnement naturel, au pied de montagnes où vivent des singes sauvages. Ici encore, de grands espaces verts, des petits lacs artificiels.

À l'université, le public est très nombreux. Je refais donc ma conférence sur l'Arctique, mais le Professeur Liu Yun Fei me demande de ne pas mentionner les recherches de

la Chine dans l'Arctique à la différence de ce que j'ai fait dans les universités de Shanghai. Un étudiant m'expliquera plus tard que c'est une mesure de prudence : à Guiyang les autorités considèrent que c'est un sujet tabou ; alors qu'à Shanghai, on est plus libéral. Je dispose d'un peu plus de temps, j'en profite pour évoquer mes séjours au Brésil, et surtout le début de la carrière de Claude Lévi-Strauss à Sao Paulo avant le second conflit mondial. Il faut savoir que le Brésil est devenu le partenaire privilégié de la Chine en Amérique du Sud.

Après ma conférence, beaucoup d'étudiantes et étudiants viennent me demander de leur dédicacer mon *Anthropologie juridique*, et prennent des *selfies*. J'avoue que je suis un peu ému. Toutes et tous me demandent de les ajouter à mon répertoire *We Chat*, et je le fais avec plaisir. Une étudiante qui est intéressée par le Brésil me demande de la mettre en contact avec des collègues brésiliens, ce que je ferai à mon retour en France. Plusieurs étudiants me demandent si *We chat* fonctionne en France, ce qui est le cas.

E) ZOOM

Le 26 octobre à 19h, une conférence par Zoom concernant mon *Anthropologie juridique* : je suis dans mon hôtel de Guiyang ; le professeur Liu Yun Fei est chez lui ; Madame Zhao Runxi est à Beijing : elle représente *Commercial Press*, l'éditeur de mon livre. Il est prévu que je fasse une brève introduction, que le professeur Liu Yun Fei explique son travail de traduction et que Madame Zhao Runxi expose son point de vue d'éditeur. Je m'exécute, mais comme la suite des débats a lieu en chinois, je ne les comprendrai pas. Une centaine de personnes étaient virtuellement présentes. À Aix-en-Provence, le professeur Jin Banggui, un Chinois qui dirige l'Institut Europe Asie à la Faculté de droit, a pu se connecter.

A Shanghai, la Pr Liwen Ye a fait de même.

A ces développements sur les échanges académiques, ajoutons quelques croisements culturels que j'ai pu constater.

Les Misérables

Un premier exemple est un tableau que j'ai remarqué lors de la soirée à l'opéra au Centre culturel. Ce tableau est intitulé *Les Misérables*, d'après l'œuvre de Victor Hugo, un auteur que tout le monde connaît en Chine, comme en Russie. Il commémore la représentation de l'œuvre en 2002 au Grand Théâtre de Shanghai par une troupe américaine de Broadway. Il a été réalisé par un peintre chinois, Yang Yizhou et mesure 175 par 130 cm. On y voit de nombreuses femmes, ceintes d'écharpes

tricolores, coiffées du bonnet républicain, enthousiastes, beaucoup le fusil au bras. Flottant au dessus de cette foule, un grand drapeau non pas tricolore, mais rouge, comme celui de la Chine communiste, mais sans les étoiles.

Elles forment une foule en pleine acclamation et le style du tableau au rappelle fortement celui de Delacroix, que ce peintre chinois ne peut pas avoir ignoré.

La musique classique

La musique classique est aussi un exemple de croisements interculturels. Sur les chaînes de télévision chinoise, j'enregistrerai plusieurs types de concerts : des concerts de musique européenne classique, comme un concerto pour violon de Tchaïkovski ; des concerts de musique classique européenne contemporaine ; un opéra chinois traditionnel, *L'orphelin Zhao* ; des concerts avec des instruments chinois. Et enfin, un opéra qui retrace les débuts du parti communiste dans une grande ville au début du XXe siècle : on voit des ouvriers qui manifestent, une famille qui les soutient et dont le fils s'engage dans l'armée populaire.

Les platanes.

Les Chinois nomment le platane « *l'arbre des Français* ». Ils sont nombreux à Shanghai sur le territoire de l'ancienne concession française. En fait, les platanes sont venus en Europe à la fois de Chine et d'Amérique. Mais quelle est l'impression produite par des rues bordées de platanes à Shanghai sur un Provençal comme moi ? Une impression de fausse familiarité, un sentiment étrange d'ambivalence : un arbre que je connais bien, mais à plus de 10 000 km de mon domicile. Ceci me rappelle qu'un objet ne prend de signification que par rapport à son contexte et à celui de l'observateur. Pour un humain, un grand aquarium évoque l'idée de la mer, où il peut nager, en reprenant sa respiration. Pour un poisson, c'est son milieu naturel dont l'extraction est mortelle. C'est le principe de vacuité des bouddhistes : non pas le néant, mais la multiplicité des significations. Cela me rappelle la réflexion de Claude Lévi-Strauss, amateur de musique classique. Il disait : « *La musique, c'est le langage moins le sens* ». Je penserais plutôt que la musique est un vecteur d'une multiplicité de significations, ce qui revient peut-être au même.

L'habitat

Dans les régions chinoises où la température le permet (le Yunnan, mais pas le Tibet) les maisons traditionnelles sont construites à deux étages donnant sur une cour intérieure où sont plantés quelques végétaux. Les pièces d'habitation et de réception sont disposées autour de cet espace. L'ensemble est à ciel ouvert.

Ceci me rappelle évidemment les maisons romaines avec leur *atrium* et leur *impluvium*, comme on peut les voir à Pompéi et Herculaneum.

Mais également les maisons d'Andalousie, et celles des maisons de petits villages grecs.

Ces similitudes architecturales montrent que soumis à des contraintes matérielles semblables, il arrive que des sociétés très différentes dans le temps et l'espace parviennent à des solutions similaires.

La démocratie politique pourrait elle être un des thèmes de ces croisements culturels ?

La Chine doit elle devenir démocratique ?

La plupart des Occidentaux le souhaitent.

On peut très facilement acheter en France des DVD qui montrent l'état de la Chine à la mort de Mao ou pendant la révolution culturelle. *Comment Yukong déplaça les montagnes*, Arte Editions, Douze films de Joris Ivens et Marceline Loridan Ivens, très favorables à la Révolution culturelle. Plus objectif, *La Chine*, de Michelangelo Antonioni, jamais projeté en Chine pendant longtemps et qui ne put être tourné que grâce à l'intervention de Zhu En Lai.

On saisit alors tout l'écart entre cette époque et la nôtre : en un demi-siècle la Chine est passée du Moyen Âge à la modernité. Et les gens âgés s'en souviennent. Les Chinois et Chinoises étaient tous habillés de la même façon, dans le monotone costume bleu marine. Quand je suis venu en Chine à la fin du siècle dernier, c'était déjà très différent. Aujourd'hui, c'est un autre monde. Le slogan maoïste « *Servir le peuple* » est encore très souvent cité.

Il est exact que la Chine n'est pas une démocratie. Mais le Chinois ne pense pas aux institutions parlementaires du Royaume-Uni ou de la France. Il pense au passé de ses parents et grands-parents, et ne peut que constater le formidable bond en avant.

Les États-Unis ont du mal à l'admettre et veulent rester les premiers, au besoin par la force, et exporter leur régime politique dans le monde entier. On a vu les résultats en Afghanistan et au Proche-Orient. Comme le disait Robespierre, pour une fois bien inspiré, « *Personne n'aime les missionnaires armés* ». D'autre part, tout historien sait que les empires ont une vie : ils croissent, puis décroissent et disparaissent ; en Europe comme en Asie. Pourquoi l'Empire américain échapperait-il à la règle ? Les bouddhistes savent bien que notre monde qu'Aristote qualifiait de sublunaire est soumis au principe d'impermanence.

Ajoutons que la démocratie et le développement économique sont des variables indépendantes : l'Inde est une grande démocratie, mais son économie n'est pas comparable à celle de la Chine. Les auteurs chinois ne se privent pas de le faire remarquer. Singapour lui-même, un modèle de développement économique, est un régime autoritaire.

Je dois aussi faire état de quelques constats d'ordre politique.

Dans plusieurs universités, les collègues me disent qu'ils ne disposent pas de la liberté de parole et que certains étudiants sont en fait des informateurs de la police. Je leur fais alors remarquer que dans les campus, je ne vois pas de caméras de vidéosurveillance. Ils me répondent que ce n'est pas nécessaire, car tout est strictement contrôlé. Je leur fais aussi remarquer que depuis Deng Xiaoping, les Chinois sont libres de s'enrichir. Ils me répondent que les riches, ce sont les hommes d'affaires et les dirigeants, pas les universitaires. Ils précisent que parmi les personnes âgées de condition modeste, certaines regrettent le temps de Mao : la Chine était plus pauvre, mais les inégalités beaucoup moins grandes.

Un des étudiants me confie qu'il s'est fait baptiser secrètement il y a deux ans. Il me dit que si l'on est membre du Parti ou employé dans une entreprise publique, le fait d'avoir une appartenance religieuse, quelle qu'elle soit, même le bouddhisme, vous fait perdre votre emploi.

Puisque la Chine est devenue une société de consommation, que la propriété privée est autorisée, que les voyages à l'étranger sont permis, je lui demande, en fin de compte, en quoi la Chine demeure un pays communiste. Il me répond que même s'il y a des petits partis politiques, en fait, c'est le régime du parti unique, celui du parti communiste. Le second critère est d'ordre économique : c'est l'importance du secteur public, même si le secteur privé est très dynamique. C'est l'économie socialiste de marché.

À mon sens, politique et économie sont des variables indépendantes. Nous pensons que le développement économique entraîne inéluctablement la démocratie parce qu'en Occident cela a été le cas. Mais l'exemple de la Chine montre que cette corrélation n'est pas universelle. Les échanges économiques sont un facteur de paix, mais pas de démocratie. Quant à la démocratie, comme le montre *a contrario* la *pax americana*, elle ne s'exporte pas par la force.

Au fond, le gouvernement chinois a sa propre doctrine du *panis et circenses*.

Il a éradiqué la pauvreté (la Chine compte actuellement 225 millions de pauvres) et l'analphabétisme. Elle a fait un bond économique extraordinaire, et les Chinois veulent consommer, comme les autres peuples du monde. Et l'ordre règne, c'est un fait. On comprend que les Chinois hésitent à venir en France. D'abord, très peu parlent français. Et peu de Français parlent anglais. Mais surtout, aux actualités télévisées, ils ont pu voir comment après les gilets jaunes, la France a été mise à feu et à sang pour les retraites, les Français refusant de travailler deux ans de plus alors qu'au début du siècle dernier on vivait en moyenne deux fois moins longtemps qu'aujourd'hui. Comme on me l'a dit plusieurs fois, que le gouvernement soit communiste ou non n'a au fond que peu d'intérêt.

Partie III: La Chine rurale et les minorités : du Guizhou au Tibet

A) Notions générales

Le rappel de notions générales est ici indispensable².

La Chine comporte 56 minorités nationales et le sud-ouest du pays est le plus grand conservatoire des cultures non *han* de la Chine. Depuis la dynastie *Ming*, on distinguait deux sortes de ces peuples : les barbares *crus*, ou indépendants et sauvages ; les barbares *cuits*, qui acceptent les contacts avec les *han* et leur administration en voie de devenir des sujets de l'Empereur. Sur le plan politique, certaines de ces populations allogènes vivaient dans des sociétés déjà étatiques, d'autres non étatiques.

Les minorités représentent 8,41 % de la population, soit environ 105 millions de personnes. Elles sont en général établies dans des régions montagneuses ou désertiques. Mais ce sont souvent des régions dont le contrôle politique est essentiel pour le gouvernement central : elles sont limitrophes d'autres Etats, ou recèlent des richesses minérales, ou des installations militaires stratégiques qui y ont été installées (Tibet).

Avant de prendre le pouvoir, le parti communiste leur avait promis l'autodétermination et le fédéralisme. Ces promesses ne furent qu'en partie tenues. La Constitution de la Chine n'est pas fédérale et le droit à l'autodétermination n'est pas reconnu.

² Cf. Françoise GRENOT-WANG, *Chine du Sud-La mosaïque des minorités*, Paris, Les Indes savantes, 2017 ; *Chine du sud-ouest : Yunnan, Guizhou, Guangxi*, Les guides Bleus, Paris, Hachette, 2007.

En revanche, ces minorités nationales sont autonomes, ont droit à l'enseignement dans leur langue nationale. Leurs autorités peuvent élaborer et publier des règlements et arrêtés propres à leur territoire.

Dans la pratique, cette autonomie est soumise à des impératifs politiques. Dans les provinces où ont eu lieu des attentats que les autorités chinoises qualifient de terroristes (Tibet, Xinjiang), elle est forcément plus réduite.

Lors de la Révolution culturelle, les minorités sont la cible des gardes rouges. Ceux-ci veulent détruire les vieilles habitudes, les vieilles croyances, tout ce qui représente les cultures traditionnelles. Beaucoup d'édifices religieux sont détruits, qui seront reconstruits par la suite. Au début des années 1980, revirement : l'État accorde des droits renforcés aux régions autonomes, la liberté religieuse, le droit des minorités à pratiquer leurs coutumes dans la mesure où elles ne sont pas contraires à l'intérêt national.

Les films sur les minorités nationales permettent de retracer l'évolution des mentalités des *Han* à leur sujet³.

La création d'un genre filmique sur les minorités commence dès les années 1950. C'est une époque à laquelle le gouvernement organise des transferts de population massifs des jeunes vers les régions périphériques. Les minorités sont toujours représentées comme accueillantes et bienveillantes envers les *Han*. Mais elles sont aussi montrées comme arriérées, fragiles, incapables de se libérer elles-mêmes. Les femmes non *han* sont les seuls personnages féminins. Les héros sont le plus souvent célibataires et ne parlent avec leurs camarades femmes que de la lutte révolutionnaire : la sexualité passe après la Révolution. Les choses vont changer à partir du début du XXI^e siècle. Les années 2000 témoignent d'un engouement pour les minorités. On recourt maintenant à des acteurs non *han* ; les films sont diffusés en langue locale, et sous-titrés en mandarin. En 2004, 12 films sur les 212 films produits en Chine portent sur les minorités. Elles sont toujours représentées comme arriérées, mais appariassent maintenant comme une sorte de Bon Sauvage : elles connaissent une spiritualité que les *han* ont perdu et entretiennent des rapports bénéfiques avec la Nature. Elles représentent une sorte d'âge d'or, de paradis perdu. L'hyper modernisation des *han*, leur transformation en une société de consommation, contrastent avec la simplicité des mœurs des minorités nationales.

³ Cf. Norbert ROULAND, *Ciels au-delà du ciel*, Paris, Pacifica, 2022, 358sq.

Mais dans la pratique, pour beaucoup de paysans, l'éducation des filles n'est pas une priorité. Car une fois mariées, les filles quittent définitivement leur famille d'origine, et c'est aux fils de s'occuper de leurs parents âgés. Et de toute façon, peu d'enfants de minorités accèdent à l'université. Les rapports entre minorités (le Guizhou en comporte 18) ne sont pas forcément idylliques. Dans certaines régions, une minorité plus sinisée que les autres, ou disposant d'avantages économiques, peut mépriser les autres minorités.

Par ailleurs, il est incontestable que le gouvernement chinois a entrepris de gros efforts de modernisation afin de désenclaver les populations de territoires difficilement accessibles, comme je pourrai le constater dans le Yunnan.

B) Un village Miao du Guizhou

Le 23 octobre, Zacharie, un étudiant du Professeur Liu Yun Fei m'emmène visiter un village *Miao* à deux heures de route de Guiyang.

Sa voiture de marque chinoise est à propulsion électrique ; son tableau de bord évoque la cabine de pilotage d'un avion. Elle a les accélérations d'une Porsche et 650 km d'autonomie. En Chine, le gouvernement, qui a maintenant des préoccupations écologiques, pousse la production de voitures électriques qui sont devenues beaucoup moins chères qu'en France. Dans un souci de promotion, les véhicules électriques ont des plaques minéralogiques de couleur verte.

En ce qui concerne les voitures qui marchent à l'essence, le prix du litre est d'environ un euro, ce qui est élevé pour la Chine. On sait cependant que la Russie fournit du pétrole et du gaz à la Chine à des prix avantageux.

Les *Miao* comptaient 3,5 millions d'individus dans le Guizhou à la fin du siècle dernier. Ils n'avaient pas d'écriture, ce qui rend leur histoire difficile à connaître.

Les *Miao* résident dans des groupes de maisonnettes formant un village sur des pentes souvent escarpées. Dans la société traditionnelle, les mariages se font entre cousins croisés, avec toutefois droit de préemption de l'oncle maternel sur la fille de sa sœur au profit de son propre fils, la résidence est patri- locale ; la polygamie existait encore dans la première moitié du XXe siècle. Enfin, le lévirat était pratiqué.

Ce village me paraît plus authentique que ceux que j'ai visités dans le nord du Vietnam au mois d'avril. Au Vietnam, on faisait payer un droit d'entrée. Ici, rien de tel. On croise dans les rues des vieilles dames revêtues de leurs habits traditionnels, qui sourient aux touristes. La sœur du professeur Liu, qui m'accompagne, me dit que dans ces villages, il n'y a plus que les vieux : les jeunes partent à la ville. Cet exode rural, je le

constaterai aussi au Yunnan. Évidemment, dans la pratique de leur vie quotidienne, paysanne et paysanne ne portent pas ces habits traditionnels : ils sont réservés aux jours de fête.

Au Bhutan, une loi oblige la population à porter à porter en toutes circonstances les habits traditionnels pour l'édification des touristes : est ce vraiment mieux ?

Un peu partout, des magasins avec ces costumes, et beaucoup de bijoux en argent. Peu de touristes ; je me demande comment marche le commerce de ces objets.

Nous déjeunons sur place, sur une longue table en bois. On m'explique que les paysans voudraient bien remplacer leurs meubles en bois par des mobiliers plus modernes, mais que le gouvernement leur enjoint de conserver leurs meubles traditionnels. Ensuite, visite sur place d'un musée très bien fait, sur la vie traditionnelle dans un village *Miao*.

Le tourisme ethnique

Ceci amène à une réflexion sur le tourisme dit *ethnique* et je voudrais ici citer l'ouvrage de la sinologue Geneviève Clastres : *Tourisme ethnique en ombres chinoises-La province du Guizhou, Paris, L'harmattan, 1998*. Cette province du Guizhou, que j'ai eu la chance de voir par beau temps, alors qu'elle est si souvent brumeuse et pluvieuse. Je ne peux que recommander la lecture de l'ouvrage à toute personne intéressée par le sujet, et ne peux en faire ici que de brèves citations.

Les premières pages sont très éclairantes et résument bien le dilemme. Elles correspondent d'ailleurs à la réponse que j'ai faite à l'Université Jiaotong à l'élève du professeur Fei Xiaotong : nous ne devons pas enfermer les peuples autochtones dans le carcan du passé. D'ailleurs, si souvent les jeunes migrent de ces villages, c'est bien parce qu'ils veulent échapper aux traditions du passé, dont certaines sont néfastes, comme les mariages arrangés, l'autorité paternelle dictatoriale.

Citons Geneviève Clastres :

« On reproche au tourisme de détruire les traditions ancestrales, mais on se rassure en pensant au futur bien-être qu'il apportera au village. On reproche au tourisme d'anéantir des écosystèmes millénaires, mais on se rassure car une nouvelle route désenclavera l'autre vallée. On reproche au tourisme de menacer des cultures indigènes, mais l'apparition de la télévision n'aidera-t-elle pas à une certaine prise de conscience du monde extérieur par des autochtones isolés ? (...) Que veulent les sociétés d'accueil ? (...) On peut encore rappeler que toute société se constitue également par confrontation avec l'autre (...) toute l'histoire de la civilisation mondiale

est faite d'échanges et de métissages (...) le contact [avec les touristes] est parfois brusque, maladroit, destructeur, mais au moins il est pacifique, porteur d'échanges, avide de cultures et donc valorisant souvent »

Dans ses pages de conclusion, Geneviève Clastres distingue entre plusieurs regards portés par le touriste, de plus en plus profonds... s'il a les capacités de réflexion nécessaire.

Le premier, que nous connaissons bien, est possessif : c'est celui de l'appareil photo ou de la caméra. On veut capturer l'exotique le plus vite possible. Le quatrième procède à des comparaisons : « *Il y a souvent plus en commun entre un paysan du Guizhou et un agriculteur français qu'entre un rural et un citadin du même pays* ». Ceci me rappelle un des ouvrages de l'anthropologue de Beijing Wei Mingming : il avait envoyé ses étudiants faire une enquête de terrain au début de ce siècle à Puy Saint-Vincent, un petit village français reconverti en station de ski en Haute Provence. Après avoir interrogé les personnes âgées, ils étaient revenus en disant qu'au fond les coutumes des paysans français n'étaient pas tellement différentes de celle de leurs grands-parents. Le septième et dernier regard serait celui du Sage, qui constate l'impermanence des choses et la petitesse de l'ego.

C) Musée des minorités de Guiyang

A l'entrée du musée, une gigantesque statue de Mao. À l'intérieur, une présentation assez académique de différentes pièces d'artisanat, et de vêtements traditionnels. Une petite salle de cinéma projette un film intéressant sur les 18 minorités du Guizhou. On y voit leurs représentants, joyeux, disant que toutes ces minorités sont étroitement liées les unes aux autres. On montre aussi le président Xi Jinping en visite officielle, disant qu'il accorde une attention particulière à ces minorités dont les représentants l'acclament. Il est mentionné que le Président agit avec l'aval de la direction du parti communiste et du gouvernement central. Le film s'efforce de suggérer que la province du Guizhou concilie harmonieusement les traditions et le développement. On montre des photos de TGV et de ponts qui ressemblent au pont de Millau. En somme, un musée assez politique.

Aux abords du musée, comme c'est dimanche, des personnes âgées jouent aux cartes avec leur pique-nique.

Le Yunnan : en pays Naxi

Le 1^{er} novembre, au milieu de la nuit, je prends l'avion qui va me conduire en une heure de vol de Guiyang à Lijiang, qui se situe à 2200 m d'altitude, l'altitude de moyenne de mon voyage au Yunnan, avec une pointe jusqu'à 3300 m pendant deux jours à *Shangri La*, aux portes du Tibet.

J'en profite pour préciser que les aéroports chinois, même domestiques, sont très bien organisés, surtout par rapport à *Charles De Gaulle* à Paris. Les indications sont très claires, il y a toujours un personnel qui peut vous aider à trouver le bon guichet. Je me demande ce que pensent les touristes chinois qui arrivent pour la première fois en France et qui ne voyagent pas de manière organisée... je les plains.

Pendant une semaine, mon guide sera Jeff, un *Naxi* anglophone.

Les *Naxi* étaient au nombre de 308 000 personnes au recensement de 2000.

Ils vivent dans une région de hautes montagnes avec le Mont *Dulong*, qui culmine à 5596 m , avec des neiges éternelles, toutefois en régression avec le réchauffement climatique.

Le mariage était autrefois arrangé par une entremetteuse, entre cousins croisés. Il pouvait être polygamique. Les frères pouvaient échanger leurs épouses. Cependant, la femme possédait un statut élevé dans le couple. Avant le mariage, la liberté sexuelle des jeunes gens était grande. Les amoureux qui étaient dans l'impossibilité de se marier pouvaient recourir au suicide d'amour, important dans les coutumes matrimoniales de *Lijiang*. Soit ils se pendaient à un arbre, soit ils s'attachaient ensemble avec une corde et se jetaient à l'eau, soit ils avalaient une boulette d'opium ou une herbe empoisonnée.

La visite de *Lijiang* est assez décevante. Beaucoup de magasins, dans des quartiers reconstitués. Sur la place centrale, des vieilles dames costumées dansent pour les touristes. On voit des touristes chinoises déguisées en *Naxi* qui prennent la pose pour des photos. C'est le Mont-Saint-Michel des minorités. Pour un anthropologue, l'acculturation à l'œuvre.

En revanche, le cadre naturel est très beau.

En quittant *Lijiang*, Jeff me montre des logements vides, de bonne qualité, à 400 € le mètre carré, ce qui n'est pas cher. C'est le signe que la crise immobilière sévit aussi dans le Yunnan. Il me montre aussi l'entrée du village du Club Méditerranée qui est maintenant la propriété d'une société chinoise.

Nous arrivons maintenant à *Wumu*, dans la maison de Jeff. *Wumu* est un petit village perdu dans les solitudes du Yunnan, dans un cadre de montagne magnifique : loin dans la vallée, on voit le *Yangtse Kiang* qui a les eaux vertes d'un fleuve de montagne. J'ai de nombreuses discussions avec Jeff.

Lui aussi me dit que dans les villages ne restent que les vieux. Les jeunes préfèrent partir à la ville. Quand un garçon a atteint un certain niveau d'études, il ne trouve pas d'emploi dans ces villages : l'exode devient inévitable. Dans tous ces petits villages, la télévision arrive par câble et montre donc aux paysans le monde extérieur : c'est aussi une des raisons de l'exode rural des jeunes. Un autre problème est le manque d'écoles pour les enfants : quand il n'y a pas assez d'enfants, beaucoup ferment. L'instruction se fait à la fois en langue *naxi* et en mandarin. Il y a un docteur, mais il n'est compétent que pour les maladies simples ; pour les graves, il faut aller à *Lijiang* à cinq heures de route.

Quand deux jeunes veulent se marier, ils consultent leurs parents. Si ceux-ci ne sont pas d'accord, dans la moitié des cas, ils s'inclinent : le respect des anciens est encore très fort.

Depuis longtemps, il n'y a plus de suicide d'amour.

Je lui demande si on préfère toujours avoir des fils. Il me dit que depuis environ cinq ans, cette préférence n'est plus marquée. Mais il est vrai que dans le passé, on préférait avoir des fils, ne serait-ce que pour les travaux des champs, qui étaient durs dans cette région montagneuse. De plus, le garçon perpétue le nom et la lignée du clan ancestral.

Une comparaison avec le droit et la pratique françaises en matière de nom est intéressante. En 2003, une loi entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006 met fin à la transmission automatique du nom patronymique, avec effet rétroactif. Dès lors, un enfant peut aussi bien recevoir le nom de l'un ou de l'autre de ses deux parents, ou les deux noms accolés dans l'ordre choisi par les parents.

Mais qu'en est-il dans la pratique ? Les chiffres sont éloquentes : les mœurs résistent au droit.

82,8 % des enfants nés en 2012 portaient le nom de leur père ; 6,5 % le nom de leur mère ; 8,5 % le nom accolé (père puis mère 5,9 % ; mère puis père : 1,6 %). 2,2 % d'enfants avaient un autre nom, notamment du fait de nom plusieurs mots de l'un ou de l'autre des parents.

Pour les décès, il y a une cérémonie au bout de trois jours. Puis le cadavre est mis dans un cercueil en bois, et le tout est brûlé. Quelques jours plus tard, je découvre avec lui, en pleine campagne, dans un site visiblement abandonné, quelques tombes : plus personne ne vient les visiter. En fait, les paysans étaient très attachés à l'ensevelissement. Mais le parti communiste a imposé l'incinération, essentiellement pour des raisons pratiques : dans un pays où la superficie des terres arables est réduite, il ne faut pas que les morts empêchent les vivants de vivre. Quelquefois, le parti a dû recourir à des mesures drastiques pour faire abandonner leurs vieilles coutumes aux paysans : par exemple, il a ordonné de déterrer des cadavres qui avaient été ensevelis clandestinement et de les brûler.

Les divorces sont encore très rares, contrairement à ce qui se passe dans les grandes villes : divorcer est très mal vu. De plus, divorcer est dangereux pour les hommes : ils risquent tout simplement de ne plus retrouver de femmes. Non seulement les jeunes filles sont parties à la ville, mais à la suite de la politique de l'enfant unique, il y a un surplus d'hommes par rapport aux femmes. Se pose aussi le problème de la dot, et de sa restitution : il y a négociation. Quand malgré tout un couple veut divorcer, il ne va pas devant le juge : il consulte un chamane qui fait une petite cérémonie. Il y a encore une dizaine de chamanes dans les petits villages de cette région : le parti communiste le sait, mais il laisse faire.

Je lui dis qu'à Shanghai, mes collègues chinois m'ont dit que les étudiants n'étaient plus intéressés par la vie de Mao. Il me dit que c'est différent dans les campagnes : les personnes âgées se souviennent encore de la dureté de la vie et sont reconnaissantes envers le parti communiste des améliorations qu'il a apportées dans les villages.

Aux portes du Tibet : Shangri La

Le Tibet est proche : environ 1800 km. Jeff y est allé. Je le questionne. Pour le gouvernement chinois, le Dalaï-lama est un traître qui a fui son pays. Jeff pense que le gouvernement attend sa mort pour rouvrir tout le dossier du Tibet. Il pense que la majorité des Tibétains sont écartelés entre la fidélité au Dalaï-lama et le constat que le parti communiste a fait beaucoup d'efforts pour désenclaver le pays et le moderniser. Il est vrai que dans le Yunnan, je peux constater l'importance des efforts qu'à représenté la construction de petites routes dans cette région de hautes montagnes. Il me dit que les étrangers ont besoin d'une autorisation spéciale pour

visiter le Tibet, ce qui n'est pas le cas des Chinois. Mais au Tibet, la police vérifie si les Tibétains ne sont pas allés en Inde rencontrer le Dalaï-lama. Il me dit qu'au Tibet également, les jeunes veulent émigrer vers les grandes villes.

Il est visiblement fier de son pays et me dit que la Chine est un des pays les plus sûrs du monde, ce qui est d'ailleurs exact. Or, d'après lui, que demandent les gens ? Avant tout, de pouvoir vivre en sécurité. Cela recoupe les informations que m'a données la professeure de français de Shanghai.

Je m'interroge ensuite sur les Ouïgours. Je lui demande si c'est une minorité ou bien la majorité d'entre eux qui est opposé au gouvernement chinois. Il reste coi. Je suppose que j'ai touché un point sensible, et je n'insiste pas.

La route monte progressivement de 1000 mètres. L'habitat change : les maisons sont maintenant moins ouvertes sur l'extérieur, de manière à se protéger du froid. En hiver, il y a 1 m de neige, le long de la route. Mais le temps est merveilleusement beau, comme il le sera d'ailleurs pendant tout ce voyage dans le Yunnan.

Nous arrivons à la tombée de la nuit et faisons un tour dans la ville : là encore, les rues sont des enfilades de magasins. Mais il faut dire que certains ont de belles pièces d'artisanat tibétain, malheureusement à des prix inaccessibles pour le touriste européen. Ce qui donne donc une idée des possibilités des touristes chinois. Vers 19 heures, sur la place centrale du village, tout le monde danse. Ici encore, certaines chinoises sont déguisées en Tibétaines ; j'en croiserai beaucoup tout au long du séjour dans cette ville. Je ne sais que penser de l'authenticité de ces danses, mais il est un fait que tout le monde est joyeux et que cela semble spontané, à la différence de Lijiang.

Le 5 novembre sera pour moi le jour le plus beau de ce long voyage en Chine.

5 Novembre : Le monastère de Songzanlin : une cérémonie tibétaine

Nous partons visiter le monastère de *Songzanlin*. Un des deux *bouddhas vivants (tulku)* qui le dirigeait est parti avec le Dalaï-lama en Inde. Ce monastère abrite environ 600 moines (auparavant, il y en avait 1600). Il a été en grande partie détruit pendant la Révolution culturelle, mais a fait l'objet d'une reconstruction qui l'a d'ailleurs agrandi. Au centre du plus grand temple, un bouddha géant. Les murs sont ornés de peintures tibétaines.

Il faut monter une bonne centaine d'escaliers pour y accéder, ce qui demande du temps, à plus de 3300 m d'altitude. Ici encore, de nombreux touristes chinoises qui

portent des vêtements tibétains. Je me demande pour quelle raison. S'agit-il simplement d'un déguisement pour pouvoir prendre des photos ? Dans beaucoup de cas, certainement. Mais peut-être que dans d'autres, cela témoigne d'un respect pour la culture tibétaine. À l'entrée des divers temples qui composent l'ensemble monastique, je remarque que plusieurs jeunes Chinoises et Chinois s'inclinent devant des bâtons d'encens et prient sincèrement. À l'intérieur du temple, des offrandes aux diverses statues de Bouddha : des billets de banque à l'effigie de Mao (dont une grande statue trône sur la place centrale de Shangri-La), mais aussi offrandes d'aliments et de boissons.

À l'intérieur d'un temple, je vois le portrait d'un jeune moine, c'est le Panchen-lama, une autre autorité tibétaine, âgé seulement de 36 ans, qui est l'interlocuteur officiel du gouvernement chinois. Il vit à Lhassa, mais dans un autre monastère que le Potala, qui était la résidence du dalaï-lama.

J'ai chance de pouvoir assister à une cérémonie à l'extérieur du temple.

Un moine est installé sur une chaise haute. Il brûle divers objets que de plus jeunes moines, ses assistants, lui apportent. Des petites offrandes matérielles, mais aussi divers papiers sur lesquels les pèlerins ont inscrit des vœux : les brûler, c'est les faire monter vers le ciel. Un petit orchestre de moines joue pendant la cérémonie : des cymbales, un grand tambour, des sortes de hautbois ; les moines font tourner leurs moulins à prières. Je remarque que plusieurs pèlerins font la triple prosternation. Il s'agit d'une cérémonie, destinée aux dieux de la montagne : les Tibétains leur demandent un bon climat, et les moyens de vivre en paix.

Évidemment, le sceptique pourra toujours dire que ceci est de la mise en scène. Personnellement, je ne le crois pas, car ces attitudes paraissent toutes authentiques. Je demande à mon guide comment le parti communiste peut autoriser ces cérémonies de nature religieuse. Il me répond qu'il le fait pour préserver la culture tibétaine. C'est évidemment étrange pour un Occidental.

Mais une étudiante de l'université de Guiyang m'envoie des photos d'un autre monastère tibétain situé dans le Sichuan, siège d'une académie bouddhiste encouragée par le gouvernement. C'est la *Cité rouge*, un monastère exclusivement féminin, sur lequel j'ai d'ailleurs vu un reportage à la télévision française avant mon départ. Il est malheureusement interdit aux visiteurs étrangers. Par ailleurs, il se trouve que je connais une étudiante chinoise que j'ai rencontrée à Aix-en-Provence et qui vit à Paris. Elle fait sa thèse d'anthropologie juridique sur le Tibet et elle connaît bien cette

région où elle est allée plusieurs fois. Elle me confirme l'authenticité de ces manifestations religieuses.

Précisons qu'il y a une université au Tibet et qu'il existe une discipline ethnologique qui se nomme la Tibétologie.

Ce monastère, que j'ai d'ailleurs abondamment filmé, aura donc été une visite très marquante pour moi. Le soir, nous rentrons à la petite auberge tibétaine où je suis logé. J'ai la surprise de constater accrochées au mur une représentation de Bouddha, et un autre bien française de la *Dame à la licorne*. Un autre exemple de croisement culturel tout près du Tibet.

Ma dernière étape au Yunnan sera la ville universitaire de *Dali*. J'y suis accueilli par deux professeures de droit, qui me font signer quelques exemplaires de mon *Anthropologie juridique*. Nous visitons un musée consacré à une exposition de marbres divers où l'on peut, à sa guise, voir des personnages ou des paysages. Ici encore, les prix de ces objets sont prohibitifs. Nous visitons brièvement l'université de Dali, dont le campus est agréable, mais n'a rien à voir avec ceux des universités de Shanghai. Nous raccompagnons à leur domicile deux autres professeurs, qui habitent dans le campus de l'université. Je remarque qu'il y a des quartiers entiers d'habitations dans cette université. Garée dans une rue, une Porsche dernier modèle.

Bientôt, ce sera le retour à Shanghai, et le départ vers la France.

Au total, j'ai pris un film de 45 minutes sur l'ensemble de ce voyage.

Conseils pratiques

Avant de conclure, quelques recommandations pratiques pour le voyageur qui désire se rendre de façon individuelle en Chine. Bien entendu, il faut un visa. Pour ma part, le consulat de Chine de Marseille a bien voulu m'accorder un visa d'un an. Mauvaise surprise : la carte bancaire Visa en Chine ne sert à rien, si ce n'est à retirer des espèces. Je ne le savais pas ; j'ai dû m'adapter.

Il est également indispensable d'avoir *We chat* sur son téléphone : sinon impossible de communiquer avec les Chinois. Il est également recommandé d'avoir des contacts sur place qui puissent vous aider en cas de problème.

En ce qui concerne les dépenses, j'ai tout payé : les billets d'avion, les hôtels, les restaurants, les achats de souvenirs, etc. Mais j'ai été invité au restaurant par des collègues chinois assez souvent, et j'ai été rémunéré pour deux de mes conférences à un tarif supérieur à celui de l'heure complémentaire pour les universitaires français,

sans pour autant que cela puisse être assimilé à de la corruption. Ceux-ci m'ont également fait cadeaux de petits objets évoquant la culture chinoise. On a pu lire dans la presse française (*Libération*) un article disant que le gouvernement chinois cherchait à corrompre les universitaires français en les traitant fastueusement. Que le lecteur soit rassuré, cela n'a pas été mon cas. Sans doute les Chinois considèrent-ils que, comme Elliot Ness, je suis incorruptible. Mais plus vraisemblablement ils doivent penser que l'anthropologie juridique n'est pas d'une utilité flagrante dans la lutte systémique contre l'adversaire américain.

YIN ET YANG

Tout au long de ce voyage, comme je l'ai écrit dans mon livre *Ciels au-delà du ciel*, j'ai pu constater que la Chine n'est ni un paradis, ni un enfer. Comme dans toute société, il y a le bon et son contraire ; on peut regarder un verre à moitié rempli comme à demi vide ou à demi plein.

Dans la philosophie chinoise le *yin* et le *yang* sont deux catégories qui, par leur complémentarité et leur opposition, se prêtent à une première analyse de tous les phénomènes de la vie et du cosmos. Il s'agit d'une paire de concepts susceptible de préciser les composantes d'une quelconque dualité

Le *Yin*, représenté en noir, évoque entre autres, le principe féminin, la lune, l'obscurité, la fraîcheur, la réceptivité, etc. Le *Yang* quant à lui (blanc), représente entre autres le principe masculin, le soleil, la luminosité, la chaleur, l'élan, l'action, etc.

Le *yin* et le *yang* deviennent plus abstraits quand vers le troisième siècle avant notre ère, ils deviennent pertinents dans le champ de la cosmologie en tant que puissances d'animation qui président au dynamisme de la nature et à la transformation des êtres et des choses.

Beaucoup de sociétés connaissent ces classifications, en leur donnant d'autres noms. Mais il faut remarquer que la Chine en a fait un des principes fondamentaux de sa culture.

L'avantage de ce voyage d'un mois est qu'il m'a permis de connaître plusieurs Chines. D'abord, à Shanghai, une Chine différente de celle que j'ai connue il y a 26 ans. Ensuite, si je suis resté un certain temps dans de grandes villes comme Shanghai ou Guiyang, j'ai aussi résidé dans de petits villages isolés. J'ai pu me faire une idée de la

vie des paysans, qui constituent encore 47 % de la population chinoise. Rappelons qu'en France, c'est vers 1930 que population rurale et urbaine étaient équilibrées, et que l'exode rural massif a commencé après la fin du second conflit mondial.

D'autre part, ayant écrit en 2022 un livre sur la Chine où je n'étais pas revenu depuis plus de deux décennies, je craignais que ce que j'allais voir de mes yeux soit très différent de mon livre. J'ai eu le bonheur de constater que non. Des contacts sur place m'ont en revanche permis d'enrichir mes connaissances, et même de faire des découvertes : celle de la vitalité de la culture tibétaine. Peut être qu'un jour j'irai au Tibet et que je rencontrerai un *Bodishatva* qui m'enseignera comment atteindre enfin le *Nirvana* pour éviter ma réincarnation en un professeur de droit.

Je n'insisterai jamais assez sur le fait que la session *Zoom* la plus sophistiquée, le *We Chat*, ne remplaceront jamais un contact concret. Nous ne sommes pas encore des êtres totalement dématérialisés, comme les nombreux documents administratifs qu'on nous impose en France, et nous avons besoin d'avoir en face de nous des personnages concrets. On sait que la moitié de la communication est non verbale, ce qui permet d'atténuer le handicap en lequel consiste la méconnaissance de la langue chinoise.

Ces contacts interpersonnels expliquent, par exemple, que les conventions internationales interuniversitaires ne fonctionnent réellement que si, de chaque côté, il y a des interlocuteurs qui se connaissent et se font confiance. À notre époque du tout numérique, c'est la revanche de l'humain sur l'intelligence artificielle.

J'espère que ce voyage permettra de développer des liens entre les universités chinoises que j'ai visitées et la mienne, et que mon témoignage intéressera les étudiants français auxquels je continue à faire cours.

Appels à communication

LES REGIMES D'EXCEPTION : MOTS, IMAGES ET DROIT

L'approche de ce colloque se veut pluridisciplinaire et comparative. Il s'agira de croiser les approches disciplinaires (historique, juridique, politique, linguistique, littéraire, cinématographique...) des régimes d'exception, en fonction des contextes internationaux. Les états d'exception pourront être analysés à travers les « mots », en mobilisant la littérature ou l'analyse des discours politiques, militaires ou de presse, à travers les « images », sous l'angle d'œuvres d'arts, d'œuvres cinématographiques ou de supports audiovisuels et, enfin, à travers le « droit », en interpellant les cadres juridiques des divers régimes d'exception et en analysant leur mise en pratique.

Argumentaire

« En politique le choix est rarement entre le bien et le mal, mais entre le pire et le moindre mal. »

Nicolas Machiavel, *Le Prince*, 1513.

Les usages répétés ou durables des régimes ou états d'exception, en France comme ailleurs, interrogent la garantie effective des libertés fondamentales et des systèmes démocratiques sur le long terme. Si les états d'exception sont plus que jamais un sujet d'actualité, ils existent depuis des millénaires. Déjà sous la Rome antique, le système politique prévoyait que des règles d'exception puissent s'appliquer en cas de péril grave^[1], suspendant ainsi l'État de droit.

L'État de droit, dans sa conception contemporaine, n'est rien sans « la légalité, la sécurité juridique, l'interdiction de l'arbitraire, la protection juridictionnelle et l'égalité devant la loi »^[2]. En vertu de ce cadre, l'État de droit consiste alors en un État au sein duquel la puissance publique est soumise aux normes juridiques qui encadrent son fonctionnement. Toutefois, dans le cas de circonstances exceptionnelles, nombreux sont les régimes politiques qui prévoient un aménagement provisoire du régime juridico-politique, reposant généralement sur une dérogation à la séparation des

pouvoirs établie et la possibilité de restreindre les droits et libertés des personnes afin de gérer la crise en cours. Ainsi, « les états d'exception sont à saisir par l'exceptionnalité, qui caractérise les circonstances suscitant leur utilisation, les méthodes résultant de leur emploi, les desseins légitimant leur utilisation »^[3].

Ces circonstances exceptionnelles peuvent être multiples : de l'invasion de puissances étrangères aux guerres civiles, en passant par des insurrections, des catastrophes naturelles, ou encore des crises sanitaires. Les régimes d'exception prennent des formes variées comme en témoignent la diversité de leurs appellations : « pouvoirs spéciaux, facultés extraordinaires, état de siège, mesures de sécurité, mesures d'urgence, législation d'exception, régime de crise, dictature constitutionnelle, etc. »^[4], état d'urgence ou encore état d'urgence sanitaire dernièrement.

Malgré l'utilité et la nécessité qu'ils peuvent présenter, les régimes d'exception constituent un risque réel de dérive pour la démocratie et l'État de droit, à mesure qu'ils deviennent progressivement des méthodes de gouvernement de long terme. Les contextes de crise sont encore pleinement d'actualité, que ce soit du point de vue des conflits armés, de la lutte contre les terrorismes mais aussi de la crise sanitaire ou climatique qui provoque de plus en plus de catastrophes naturelles. De plus, les moyens à disposition des autorités civiles et militaires (renforcés en périodes exceptionnelles) ne sont plus les mêmes à l'heure où le droit accepte progressivement l'utilisation des nouvelles technologies et des intelligences artificielles à des fins sécuritaires^[5].

Il convient alors de questionner les enjeux de préservation des libertés fondamentales afférents au recours à ces régimes d'exception. Quelles ont été les applications faites dans des contextes de conflit international ou encore de conflit interne ? Comment les dirigeants politiques les ont appliqués ? Dans quelle mesure représentent-ils un risque pour l'État de droit et la démocratie ? Quelles sont les formes juridiques que peuvent présenter les états d'exception ? Ont-elles évolué ? Quels risques sont d'autant plus liés aux technologies et idéologies contemporaines dans le recul de la démocratie ?

À partir de cette liste non exhaustive de questionnements, les équipes de CoTraLis (Université d'Artois, Laboratoire Textes et Cultures) et de l'Institut National de l'audiovisuel invitent les enseignants-chercheurs à croiser leurs regards sur les usages historiques et contemporains des états d'exception.

L'approche de ce colloque se veut pluridisciplinaire et comparative. Il s'agira de croiser les approches disciplinaires (historique, juridique, politique, linguistique, littéraire, cinématographique...) des régimes d'exception, en fonction des contextes internationaux.

Les états d'exception pourront être analysés à travers les « mots », en mobilisant la littérature ou l'analyse des discours politiques, militaires ou de presse (Axe 1), à travers les « images », sous l'angle d'œuvres d'arts, d'œuvres cinématographiques ou de supports audiovisuels (Axe 2) et, enfin, à travers le « droit », en interpellant les cadres juridiques des divers régimes d'exception et en analysant leur mise en pratique.

Modalités d'organisation

le colloque se tiendra à la Maison de la Recherche de l'Université d'Artois (site d'Arras), les 23 et 24 mai 2024.

Organisateurs

Manuella Pinelli, Mélanie Trédez-Lopez (Université d'Artois, Textes & Culture - *Cotralis*)

Modalités de soumission et calendrier

Envoi par mail des propositions de communications contenant un titre provisoire, un résumé de 1500 caractères maximum et une bio-bibliographie de quelques lignes aux deux adresses suivantes :

• manuella.pinelli@univ-artois.fr

• melanie.lopez@univ-artois.fr

au plus tard le 15 décembre 2023.

Ces mêmes adresses pourront être utilisées pour toute demande de renseignements.

Une réponse sera apportée aux propositions de communication au plus tard le 20 janvier 2024.

Les communications auront une durée de 25 minutes.

Langues de présentation des communications : français, anglais, espagnol.

Laboratoires et soutiens institutionnels

Textes & Cultures - Cotralis, Institut National de l'audiovisuel

Comité scientifique

- Stella Cogliervina, Università dell'Insubria
- Farid El Asri, Université Internationale de Rabat
- Henry Hernandez-Bayter, Université de Lille
- Géraldine Poels, Institut National de l'Audiovisuel
- Manuella Pinelli, Université Polytechnique des Hauts-de-France - Université d'Artois
- Alfonso Pinilla, Universidad de Extremadura
- Mélanie Trédez-Lopez, Université d'Artois

Notes

^[1] Pierré-Caps A., « L'État d'exception dans la Rome antique », *Civitas Europa*, vol. 37, no. 2, 2016, pp. 339-349.

^[2] Parsa S et Tulkens F (dir.), *Etat de droit, état d'exception et libertés publiques*, Anthemis, 2022, p. 7.

^[3] Basilien-Gainche M-L, *Etat de droit et états d'exception, une conception de l'Etat*, PUF, 2013, p. 24.

^[4] Basilien-Gainche M-L, *Etat de droit et états d'exception, une conception de l'Etat*, PUF, 2013, p. 24.

^[5] Chatila, Raja, et al. « Pourquoi la reconnaissance faciale, posturale et comportementale soulève-t-elle des questionnements éthiques ? », Comité national pilote d'éthique du numérique éd., *Pour une éthique du numérique*. Presses Universitaires de France, 2022, pp. 209-222.

Thème du prochain numéro

Droit, Art et Patrimoine culturel (février 2024)

Avec notamment, certaines des contributions
présentées lors du Colloque de Montauban (29 septembre 2023)

Autorités et Organisateur

Brigitte BAREGES, Maire de Montauban

Michel WEILL, Président du Conseil départemental du Tarn-et-Garonne

Hugues KENFACK, Président de l'Université Toulouse-Capitole

Anne-Laure FABAS-SERLOOTEN, Maître de conférences, Responsable du Site
Universitaire de Montauban (Université de Toulouse-Capitole)

Walid CHAIELOUJ, agrégé de droit, professeur à l'Université de Perpignan,
membre de l'Autorité de la concurrence

Jacques MESTRE, président de l'Association Française des Docteurs en Droit

Intervenants

Kamilia BENTAIEB, docteur en droit

Ronan BRETTEL, chercheur post-doctoral, Cergy Paris-Université

Laurence CALANDRI, maître de conférences HDR, Université de Toulouse-Capitole,
vice-présidente de l'Université

Marylou COMBALIER, commissaire de justice, Montauban

Marylène DINELLI-GRAZIANI, directrice juridique de la société de ventes volontaires
Bonhams-Cornette de Saint Cyr, Paris

Julien DOUILLARD, maître de conférences, Université de Toulouse-Capitole

Anne-Laure FABAS-SERLOOTEN

Laïsa FERREIRA, ATER, Université de Toulouse-Capitole

Cholé KREUDER, Doctorante DERIC, IMR 7318, Université d'Aix-Marseille

Jacques MESTRE

Amélie SILVAIN, docteur en droit

Aurore VALMARY, docteur en droit, Université de Toulouse Capitole, IEJUC

Programme du colloque du 29 septembre 2023

9h : Allocations de bienvenue par Anne-Laure FABAS-SERLOOTEN, Responsable du Site Universitaire de Montauban, et Jacques MESTRE, Président de l'AFDD

Ouverture officielle par Hugues KENFACK, Président de l'Université de Toulouse-Capitole, Brigitte BAREGES, Maire de Montauban et Michel WEILL, Président du Conseil départemental du Tarn-et-Garonne

Matinée (9h30-12h15) :

Présidence de Walid CHAIELOUDJ, professeur à l'Université de Perpignan, Membre de l'Autorité de la concurrence

Rapports introductifs :

Jacques MESTRE, AFDD, doyen honoraire de la Faculté de droit d'Aix-Marseille
Acteurs, Oeuvres et Marché de l'art

Ronan BRETEL, chercheur post-doctoral, Cergy-Paris Université
Droit de l'art, qu'est-ce à dire ?

Table-ronde sur le commerce des œuvres d'art :

Marylou COMBALIER, Commissaire de justice, Montauban
Les ventes aux enchères d'œuvres d'art

Aurore VALMARY, Docteur en droit privé privé, Univ.Toulouse 1 Capitole, IEJUC
L'authenticité d'un objet d'art et l'erreur en droit des contrats

Laïsa FERREIRA, ATER à l'Université de Toulouse-Capitole
L'authentification des œuvres par la blockchain

Cocktail déjeunatoire offert par le Conseil Départemental du Tarn-et-Garonne

Après-midi (14h15-18h) :

Présidence de Walid CHAIELOUDJ

Table-ronde sur la créativité contemporaine et le rôle des juristes :

Marylene DINELLI-GRAZIANI, Directrice juridique de la société de ventes volontaires Bonhams-Cornette de Saint Cyr, Paris

Le rôle des juristes dans les sociétés de ventes volontaires

Amélie SILVAIN, docteur en droit

L'art contemporain : un travail en équipe

Laurence CALANDRI, maître de conférences HDR à l'Université de Toulouse-Capitole, Vice-présidente de cette Université

Graff Street art droit, rapport avec les collectivités : de l'effacement à l'exploitation

Kamilia BENTAIEB, docteur en droit

Le devenir en droit des œuvres générées par une intelligence artificielle : analyse prospective

Table-ronde sur l'Art confronté aux défis du Temps

Anne-Laure FABAS-SERLOOTEN, Maître de conférences HDR, Univ.de Toulouse 1-Capitole

Art, âge et droit : Quelles représentations, quels enseignements ?

Chloé KREUDER, Doctorante au CERIC, UMR 7318, Aix-Marseille Université

La restitution du patrimoine culturel colonial

Julien DOUILLARD, Maître de conférences Université de Toulouse Capitole

La résurrection virtuelle de l'artiste

ⁱ "L'ancienneté de la médiation explique sa présence constante dans l'histoire de la pensée humaine. Elle constitue un concept majeur, qui figure dans tous les dictionnaires de philosophie. Elle prend aujourd'hui une importance sociale qui la renouvelle complètement et rend urgent un effort théorique sérieux. », M.Guillaume –Hofnung in « La médiation », Que sais je ? Page 3, 9ème édition 2023.

ⁱⁱ F.De Callières, « L'art de négocier sous Louis XIV », ed nouveau monde, 2006.

ⁱⁱⁱ P .Drai, « Œuvre de justice et humanité », Les Annonces de la Seine 12 novembre 2007.