

# Gazette du Palais

EN LIGNE SUR  
**extenso.fr**

TRIMESTRIEL  
MERCREDI 27, JEUDI 28 JUIN 2007

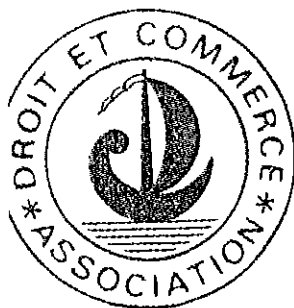
127<sup>e</sup> année N<sup>os</sup> 178 à 179

**ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE**  
31<sup>ème</sup> colloque (Deauville, 31 mars et 1<sup>er</sup> avril 2007)

## OÙ SONT PASSÉS LES CONTENTIEUX ?

**LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS  
ENTRE SOCIÉTÉS COMMERCIALES :  
ÉVOLUTION OU RÉVOLUTION**

Sous la direction scientifique de  
**Michel Armand-Prévost**  
Avocat au Barreau de Paris  
Président d'honneur de l'Association Droit et Commerce  
Ancien conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation  
Vice-président honoraire du Tribunal de commerce de Paris



**JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS  
FRANÇAISES PAR ACTIONS**

CEtte PUBLICATION COMPORTE 3 CAHIERS :  
CAHIER 1 RÉDACTIONNEL P. 1 à 128 DIRECTION ET RÉDACTION : 12, PLACE DAUPHINE 75001 PARIS TÉL. 01 42 34 57 27 FAX : 01 46 33 21 17 E-MAIL : [redaction@gazette-du-palais.com](mailto:redaction@gazette-du-palais.com)  
CAHIER 2 ANNONCES LÉGALES DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE DANS LE SOMMAIRE DU CAHIER 3] 8, RUE SAINT-AUGUSTIN 75080 PARIS CEDEX 02  
INSERTIONS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 00 ET 01 47 03 99 11 / FORMALITÉS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 55 / SERVEUR INTERNET JSS : <http://www.jss.fr>  
CAHIER 3 ANNONCES LÉGALES DE LA GAZETTE DU PALAIS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE AU SOMMAIRE DE CE CAHIER] ADMINISTRATION : 3, BD DU PALAIS 75180 PARIS CEDEX 04 STANDARD : 01 44 32 01 50  
DIFFUSION : TÉL. 01 44 32 01 58, 59, 60 OU 66 FAX 01 44 32 01 61 / INSERTIONS : TÉL. 01 44 32 01 50 FAX 01 40 46 03 47 / FORMALITÉS : TÉL. 01 44 32 01 70 FAX 01 43 54 79 17

[www.gazette-du-palais.com](http://www.gazette-du-palais.com)

# La médiation : une méthode douce

*Le litige n'est plus tranché par un tiers mais réglé par les parties elles-mêmes avec l'aide d'un tiers, le médiateur*

Michèle GUILLAUME-HOFNUNG  
Professeure des facultés de droit  
Présidente de l'Institut de médiation  
Guillaume-Hofnung (IMGH)

**J**e sais gré aux organisateurs à plus d'un titre :  
– de m'avoir conviée à intervenir devant un auditoire éclairé, parmi des intervenants judicieusement choisis ;  
– d'avoir préféré l'expression « méthode douce » celle de « justice douce », qui a pu alimenter dans les premiers temps de la médiation une rivalité stérile entre la justice avec ses acteurs traditionnels et la médiation.

Mon expérience de 20 ans rejoint le témoignage de M<sup>me</sup> Henry. L'expression justice douce, par un *a contrario* fâcheux, semblait faire le procès de la justice, au double détriment de l'image de la justice et de l'autonomie de la médiation qui a d'autres finalités bien plus profondes que l'évitement de la justice. Ce sont ses avantages intrinsèques, positifs que j'espère mettre en valeur grâce à la demande qui m'est faite ;

– d'avoir introduit dans l'intitulé de ma communication une ambiguïté savamment dosée et maîtrisée qui va me permettre de faire ressortir les caractères essentiels de la médiation, ses avantages et ses limites.

Il faut pour remplir de tels objectifs, partir d'une définition. Globalement, la médiation se définit comme « un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers – impartial, indépendant, et neutre (sans pouvoir décisionnel ou consultatif) avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs, – favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause » (Michèle Guillaume-Hofnung, *La médiation*, PUF, 4<sup>e</sup> édition 2007).

Bien que j'en sois l'auteure, elle n'est plus ma définition personnelle puisque reprise comme référence par le rapport d'information n<sup>o</sup> 3696, *La médiation un nouvel espace de justice en Europe*, présenté par Jacques Floch, député, en février 2007, p. 16, définition de la médiation conventionnelle). J'aurai constamment en ligne de mire la question



posée par le directeur scientifique du colloque M<sup>e</sup> Armand-Prévost sur la lenteur du développement de la médiation.

Je n'oublierai pas non plus le sous-titre qui contient une question essentielle « *évolution ou révolution ?* »

En me conformant à la commande, je suivrai le plan suggéré : une méthode douce ; ses limites.

Pour respectueuse que je sois de la commande explicite, je jouerai sur la commande implicite.

À la commande de décrire une méthode douce, j'ajouterai mais exigeante car révolutionnaire. De même, je dépasserai la commande de traiter de ses limites juridiques pour m'interroger aussi sur les freins sociologiques et psychologiques à son développement.

## PREMIÈRE PARTIE : UNE MÉTHODE DOUCE MAIS EXIGEANTE CAR RÉVOLUTIONNAIRE

§ 1 : Douce et satisfaisante dans son principe et ses effets : en ce sens qu'elle sort les acteurs d'un système binaire, celui du duel judiciaire, qui désigne un vainqueur un vaincu. Elle permet la recherche de la compréhension réciproque, d'une issue par le haut qui grâce à son acceptabilité recevra une meilleure exécution. Cette dernière conséquence est un autre bienfait de l'autonomie / hétéronomie.

J'ajouterais que plus encore qu'une méthode douce c'est un processus satisfaisant.

En effet, elle n'est pas une procédure mais un processus :

1 – qui repose sur le principe cardinal du consensualisme qui parce qu'il préside à la création du lien contractuel doit prévaloir dans sa gestion intelligente. Les partenaires sont libres d'y recourir, la solution ne leur sera pas imposée par un acte d'autorité qui tranche ;

– qui privilégie la capacité des acteurs à s'entendre, à tous les sens du terme, y compris à s'écouter, au lieu d'officialiser bruyamment un échec relationnel et commercial. Dans le milieu professionnel, qui ne se renouvelle pas si vite et où de toutes façons les réputations se colportent, même le vainqueur du procès perdra en réputation. Est-il chicanier, prépare-t-il mal ses contrats, ses opérations, choisit-il mal ses collaborateurs, ses partenaires ? ;

– qui recherche l'arrangement et dévoile des qualités humaines insoupçonnées ;

– qui remet les acteurs en capacité d'évaluer lucidement les intérêts mutuels au lieu de se laisser aveugler par l'exacerbation des oppositions que provoque le duel judiciaire. Un exemple suffira à établir cette logique d'escalade, vous le connaissez, il résulte de la nécessité de se protéger dès le début du procès par la saisie conservatoire du compte bancaire de l'adversaire. Elle va consommer définitivement la rupture avec un compagnon de route professionnelle, dont c'est peut-être le premier faux pas. Autre facteur de liberté, le choix du moment de la médiation, qui permet d'échapper à la violence du moment choisi par le calendrier juridictionnel, et la liberté d'en sortir, déjà soulignée par Maître Neveu.

2 – Une méthode qui est avant tout un processus de communication éthique qui repose sur la confiance dans la capacité de chaque acteur, et travaille sur le lien plutôt que sur les failles.

Il y a une réelle éthique de la médiation. La médiation est passeuse de compréhension. Le médiateur, neutre, n'ajoute rien au message de chaque

partenaire, il facilite leur ajustement, permet les déplacements nécessaires à la rencontre.

Elle mobilise :

– L'éthique de la communication :

Fondamentalement, la communication suppose la reconnaissance de l'autre. L'émission du message n'a de sens que si l'émetteur reconnaît une valeur symétrique au récepteur. La communication est trop souvent une émission unilatérale efficace, qui ne se préoccupe du récepteur-objet que pour s'assurer d'un enregistrement sans déperdition du message émis, elle l'instrumentalise. L'émetteur en « communiquant » ne cherche qu'à accroître sa puissance. La médiation implique la reconnaissance mutuelle et l'autonomie des partenaires. Le médiateur garantit l'éthique de la communication. Alors qu'on peut imposer un jugement à une personne qui nie toute légitimité au juge, et à travers lui aux victimes que le jugement va reconnaître (c'est la posture de la plupart des criminels contre l'humanité), le processus de médiation requiert la reconnaissance de l'autre. Dans la lutte pour la reconnaissance et l'économie du don (Journée de la philosophie à l'Unesco, 21 novembre 2002), Ricoeur permet de mesurer le potentiel de conflictualité de l'absence de reconnaissance mutuelle.

– L'éthique de la discussion :

Ce fondement de la médiation est beaucoup moins restreint que le conflit en tant que fondement de la médiation. Il peut y avoir médiation sans conflit, par nécessité de dialogue, par humanité. La médiation se réfère donc à Habermas qui fait une large place à « l'éthique de la discussion » et refuse de l'opposer à l'autorité, car la discussion n'affaiblit pas l'autorité, elle peut même la rendre efficace. La discussion repose sur la reconnaissance de la valeur de l'autre, sans conduire à nier d'éventuelles oppositions, elle ne présume pas non plus l'impossibilité d'aboutir à la découverte de valeur(s) commune(s) que l'absence de dialogue avait enfouie(s). La formule « on ne peut pas discuter » est une des plus désespérantes et une des plus négatives qui soit. Mais pour la dépasser, il faut une médiation qui fait brèche et passerelle.

– L'éthique de la délibération : qu'on la prenne au sens psychologique ou éthique, la délibération sera toujours complexe. Qu'elle soit la phase de l'acte volontaire qui met en conflit et en examen les éléments psychiques de la décision, ou la mise en balance de ses éléments éthiques (Aristote, *Éthique à Nicomaque*, livre 3, 5 €), la délibération ne peut se faire que sur la base d'une communication authentique qui requiert une médiation. La médiation peut-elle rendre la délibération moins illusoire que ne le croit Sartre pour qui les jeux sont toujours faits (*L'Être et le Néant*) ? Par essence, la médiation permet les déplacements, elle donne du

## PREMIÈRE PARTIE : UNE MÉTHODE DOUCE MAIS EXIGEANTE CAR RÉVOLUTIONNAIRE

§ 1 : Douce et satisfaisante dans son principe et ses effets : en ce sens qu'elle sort les acteurs d'un système binaire, celui du duel judiciaire, qui désigne un vainqueur un vaincu. Elle permet la recherche de la compréhension réciproque, d'une issue par le haut qui grâce à son acceptabilité recevra une meilleure exécution. Cette dernière conséquence est un autre bienfait de l'autonomie / hétéronomie.

J'ajouterais que plus encore qu'une méthode douce c'est un processus satisfaisant.

En effet, elle n'est pas une procédure mais un processus :

1 - qui repose sur le principe cardinal du consensualisme qui parce qu'il préside à la création du lien contractuel doit prévaloir dans sa gestion intelligente. Les partenaires sont libres d'y recourir, la solution ne leur sera pas imposée par un acte d'autorité qui tranche ;

- qui privilégie la capacité des acteurs à s'entendre, à tous les sens du terme, y compris à s'écouter, au lieu d'officialiser bruyamment un échec relationnel et commercial. Dans le milieu professionnel, qui ne se renouvelle pas si vite et où de toutes façons les réputations se colportent, même le vainqueur du procès perdra en réputation. Est-il chicanier, prépare-t-il mal ses contrats, ses opérations, choisit-il mal ses collaborateurs, ses partenaires ? ;

- qui recherche l'arrangement et dévoile des qualités humaines insoupçonnées ;

- qui remet les acteurs en capacité d'évaluer lucidement les intérêts mutuels au lieu de se laisser aveugler par l'exacerbation des oppositions que provoque le duel judiciaire. Un exemple suffira à établir cette logique d'escalade, vous le connaissez, il résulte de la nécessité de se protéger dès le début du procès par la saisie conservatoire du compte bancaire de l'adversaire. Elle va consommer définitivement la rupture avec un compagnon de route professionnelle, dont c'est peut-être le premier faux pas. Autre facteur de liberté, le choix du moment de la médiation, qui permet d'échapper à la violence du moment choisi par le calendrier juridictionnel, et la liberté d'en sortir, déjà soulignée par Maître Neveu.

2 - Une méthode qui est avant tout un processus de communication éthique qui repose sur la confiance dans la capacité de chaque acteur, et travaille sur le lien plutôt que sur les failles.

Il y a une réelle éthique de la médiation. La médiation est passeuse de compréhension. Le médiateur, neutre, n'ajoute rien au message de chaque

partenaire, il facilite leur ajustement, permet les déplacements nécessaires à la rencontre.

Elle mobilise :

- L'éthique de la communication :

Fondamentalement, la communication suppose la reconnaissance de l'autre. L'émission du message n'a de sens que si l'émetteur reconnaît une valeur symétrique au récepteur. La communication est trop souvent une émission unilatérale efficace, qui ne se préoccupe du récepteur-objet que pour s'assurer d'un enregistrement sans déperdition du message émis, elle l'instrumentalise. L'émetteur en « communiquant » ne cherche qu'à accroître sa puissance. La médiation implique la reconnaissance mutuelle et l'autonomie des partenaires. Le médiateur garantit l'éthique de la communication. Alors qu'on peut imposer un jugement à une personne qui nie toute légitimité au juge, et à travers lui aux victimes que le jugement va reconnaître (c'est la posture de la plupart des criminels contre l'humanité), le processus de médiation requiert la reconnaissance de l'autre. Dans la lutte pour la reconnaissance et l'économie du don (Journée de la philosophie à l'Unesco, 21 novembre 2002), Ricoeur permet de mesurer le potentiel de conflictualité de l'absence de reconnaissance mutuelle.

- L'éthique de la discussion :

Ce fondement de la médiation est beaucoup moins restreint que le conflit en tant que fondement de la médiation. Il peut y avoir médiation sans conflit, par nécessité de dialogue, par humanité. La médiation se réfère donc à Habermas qui fait une large place à « l'éthique de la discussion » et refuse de l'opposer à l'autorité, car la discussion n'affaiblit pas l'autorité, elle peut même la rendre efficace. La discussion repose sur la reconnaissance de la valeur de l'autre, sans conduire à nier d'éventuelles oppositions, elle ne présume pas non plus l'impossibilité d'aboutir à la découverte de valeur(s) commune(s) que l'absence de dialogue avait enfouie(s). La formule « on ne peut pas discuter » est une des plus désespérantes et une des plus négatives qui soit. Mais pour la dépasser, il faut une médiation qui fait brèche et passerelle.

- L'éthique de la délibération : qu'on la prenne au sens psychologique ou éthique, la délibération sera toujours complexe. Qu'elle soit la phase de l'acte volontaire qui met en conflit et en examen les éléments psychiques de la décision, ou la mise en balance de ses éléments éthiques (Aristote, *Éthique à Nicomaque*, livre 3, 5 €), la délibération ne peut se faire que sur la base d'une communication authentique qui requiert une médiation. La médiation peut-elle rendre la délibération moins illusoire que ne le croit Sartre pour qui les jeux sont toujours faits (*L'Être et le Néant*) ? Par essence, la médiation permet les déplacements, elle donne du

jeu, justement, là où on pourrait croire que les jeux sont faits.

– Pour douce et satisfaisante qu'elle soit, elle présente deux aspects qu'on ne peut passer sous silence sous peine de l'édulcorer :

**§ 2 :** C'est une méthode révolutionnaire et exigeante. On entend souvent affirmer que la médiation commerciale n'est pas si neuve ; cela n'est vrai que si on l'assimile à la conciliation ou à la négociation, aux modalités traditionnelles de recherche de solutions amiables.

La médiation, issue de la société civile dans les années 80, bien avant d'être « découverte » par les juristes, constitue une véritable révolution dans la manière de penser le rapport à l'autre.

**1 – Révolutionnaire.** Elle opère une véritable révolution copernicienne à un double point de vue :

– elle conduit les protagonistes à se percevoir non comme pas uniquement en adversaires mais en partenaires :

- partenaire du conflit ou de la situation difficile. La situation difficile résulte le plus souvent d'un tricotage où chacun a apporté sa part de non-dit ou de mal-dit, les malentendus ne naissent pas tous seuls ;

- partenaire de la recherche de l'issue ;

- partenaire de son application ;

– elle opère une véritable redistribution des pouvoirs : elle ne fonctionne que grâce au non-pouvoir du médiateur (à la différence du juge ou de l'arbitre) et le médiateur met les partenaires en situation d'égalité là où une procédure aurait pu laisser subsister des hiérarchies ou des emprises.

**2 – Doublement exigeante :** de la part des médiés : car elle exige un comportement responsable ainsi que l'abandon de certaines habitudes de fonctionnement. Énergique : la médiation demande une grande réactivité : être capable de réagir avant que la situation ne s'envenime alors que l'évitement paraît dans un premier temps plus confortable.

L'exercice de la liberté demande des efforts :

– respecter les partenaires ;

– respecter le processus de la part du médiateur : se former à la médiation. Tous les ans, le DU de médiation que j'ai créé à l'Université de Paris 2 accueille au sein de ses promotions des médiateurs qui viennent se former après avoir été investis du titre et déplorent ne pas avoir reçu de formation préalable. On doit regretter la désinvoiture des institutions tant privées que publiques qui nomment des « médiateurs » non formés. Ces promoteurs de la médiation la discréditent gravement ; elles mettent leurs médiateurs en difficulté et font courir des risques à ceux à qui elles offrent un dispositif de médiation ;

– respecter des principes déontologiques innovants.

## DEUXIÈME PARTIE : SES LIMITES

Il faut à la suite du doyen Carbonnier penser le droit avec le social, et refuser d'enfermer l'étude de la médiation dans un strict positivisme juridique qui ne permettrait pas de la saisir dans sa totalité. Il faut bien sûr présenter le cadre juridique qui s'impose à la médiation comme à toute activité humaine, mais si on veut essayer de comprendre comme nous le demandent les organisateurs la relative stagnation de la médiation dans les litiges commerciaux, il faut adopter une démarche scientifique lucide. Une terminologie rigoureuse constituant l'outil scientifique de base, nous ferons une mise au point sur les entraves que sa défaillance apporte au développement de la médiation.

**§ 1 :** Son cadre juridique

Toute réflexion qui aborderait le droit et la médiation comme des blocs indifférenciés resterait sommaire. Il faut dans la réflexion sur les rapports entre le droit et la médiation procéder à des distinctions opérationnelles tant pour le droit que pour la médiation. La distinction entre règles de procédure et les règles de fond pertinente en droit devra probablement se combiner avec la distinction entre la médiation conventionnelle, la médiation judiciaire, la médiation citoyenne. La Commission de l'Union européenne dans une recommandation du 30 mars 1998 relative à la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation préconise le respect de sept principes fondamentaux proches de ce que l'article 6 de la CEDH impose aux procédures juridictionnelles.

**1 – D'une manière générale,** le droit encadre la médiation comme toute activité humaine. Cela se comprend d'autant mieux que la médiation vient de la base alors que le droit vient du haut. Entre la médiation et le droit, il y a complémentarité et non pas concurrence. Le droit ne peut prétendre remplir tout l'espace social. Selon certains, il y aurait un vide juridique en matière de médiation ; c'est tout à fait faux. Mais le droit des contrats (y compris de la responsabilité contractuelle) et des associations assurent de toute façon à la médiation un régime juridique cohérent.

Des limites juridiques à la médiation en résultent nécessairement :

La médiation ne peut intervenir que dans des domaines où la justice d'État peut ne pas intervenir sans violer les règles d'ordre public. La médiation ne peut se substituer à l'intervention de la justice. C'est pourquoi en matière pénale il vaut mieux parler de conciliation déléguée que de médiation. Une réponse non juridictionnelle peut s'analyser comme une violence sociale et un refus d'accès au droit et à la justice.

La médiation ne saurait déboucher sur une solu-

tion illégale, quand bien même cette dernière recevrait l'accord des participants à la médiation. Les nullités de protection gardent toute leur pertinence, notamment celles prévues par le droit du travail. Quand la sagesse populaire proclame qu'un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès, elle fait fi à la fois de la valeur positive des conflits et du rôle protecteur du droit.

L'assouplissement croissant de la notion d'ordre public de protection n'est pas sans danger pour les médiés les plus vulnérables.

Autre corollaire : les parties à la médiation ne peuvent par un accord de médiation disposer de droits indisponibles. On trouve là un garde-fou particulièrement utile à la médiation familiale qui se déroule dans la sphère de tels droits précisément, l'état des personnes avec ses répercussions sur le droit au nom. Les droits nés d'une infraction criminelle, les questions de filiation, les matières qui relèvent directement du Conseil d'État constituent le noyau des droits absolument indisponibles. Les autres droits font l'objet de discussion sur l'arbitrabilité et la transigeabilité.

Le développement de la médiation va intensifier les discussions sur la fonction du juge qui pourrait devenir une sorte de superviseur des accords obtenus en médiation et sur la portée de l'homologation

2 – Plus précisément, elle reçoit les limites des textes qui l'instituent : là gît le problème puisque les textes qui instituent la médiation judiciaire ne fournissent aucun critère de distinction entre la conciliation et la médiation et assignent aux deux un régime juridique si proche qu'on peut les penser de même nature.

La volonté du législateur de donner un nouvel essor à la résolution amiable des conflits finit par aboutir à l'adoption de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 dont l'article 21 permet au juge de désigner après accord des parties une tierce personne pour procéder soit aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi (sauf en matière de séparation de corps ou de divorce) soit à une médiation, en tout état de procédure, y compris en référé, pour tenter de parvenir à un accord entre les parties. Pas plus que son décret d'application (n° 96-652 du 22 juillet 1996), elle ne sort la médiation de la nébuleuse des modes alternatifs de règlement des conflits. On cherchera vainement dans ces textes les critères distinguant la médiation de la conciliation. De nombreux auteurs en concluent (légitimement si on s'en tient au droit positif) qu'il n'existe pas de différence de nature mais seulement de degré entre la médiation et la conciliation. C'est d'autant plus inquiétant que dans les textes c'est vrai (cf. J. Vincent et al., *Institutions judiciaires*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz 1999, n° 38, ou Ch. Jarrosson, *Les modes alterna-*

*tifs de règlement des conflits : présentation générale*). Pour l'instant, ni le Livre vert, ni la directive européenne du 22 octobre 2004, ne témoignent d'une prise de conscience de la confusion terminologique. C'est pourquoi il faut saluer la qualité du rapport Floch et la prise de conscience qu'il témoigne. La constitution d'un groupe de travail permanent autour de lui serait hautement souhaitable.

3 – Médiable or not médiable ? Cette question ne se ramène pas à un problème de recevabilité, mais à une question de conscience, de compétence et de discernement. Le médiateur se détermine librement, à la différence d'un juge, d'un arbitré ou d'un conciliateur, il ne se pose pas des questions de recevabilité procédurale, mais il doit exercer son discernement avant d'accepter la médiation. Il doit en particulier se poser la question de sa capacité personnelle et psychique à rester tiers du début à la fin. Il existe une double limite au champ de la médiation :

- les situations qui rendent impossibles le déclenchement et le déroulement du processus, par exemple les situations trop dissymétriques, les situations de violence, l'absence d'*animus mediandi*. Le médiateur devra refuser la médiation ;
- les situations qui l'interdisent quand la médiation consoliderait une atteinte à l'ordre public. J'ai toujours rappelé cette nécessaire vigilance ; la médiation ne doit contribuer ni à l'évaporation de l'acte de juger, ni à celle du droit, par l'intermédiaire des sirènes du droit négocié. Je ne fais pas partie de ceux qui font le panégyrique de la médiation, et je souscris pleinement aux réserves émises par Maître Ruche.

§ 2 : Les limites sociologiques et mentales : s'agit alors de freins à la médiation, Maître Berger pourra peut-être m'éclairer sur les hémisphères du cerveau qui entrent ici en action.

La récupération délibérée ou instinctive que traduisent le syndrome de Monsieur Jourdain et le syndrome du médiateur naturel limite son pouvoir innovant et freine son développement. Les limites à l'innovation résultent principalement de :

- la peur du tiers : la médiation ne se conçoit pas sans un tiers neutre impartial indépendant et sans pouvoir ; or le tiers est souvent insupportable ;
- la difficulté à abandonner les schémas de pouvoirs.

Le terme « alternatif » comprend comme une promesse d'innovation mais jusqu'à quel point les MARC sont-ils alternatifs ? La conciliation, la transaction, l'arbitrage, la négociation font partie de l'arsenal classique du règlement des conflits. Ils ont d'ailleurs prouvé leur utilité, et il n'entre pas dans mes intentions de les critiquer. Mes remarques porteront uniquement sur la médiation, pour m'inquiéter de son assimilation à la conciliation et

son assimilation (au sens de récupération) par les acteurs traditionnels de la scène du conflit. Aujourd'hui, on peut se demander si la médiation n'est trop révolutionnaire pour être acceptée dans son ampleur.

La révolution s'est-elle vraiment faite ?

Un seul mot ne fait pas la révolution des esprits quand tout le reste du lexique reste inchangé.

On se hasarderait à formuler l'hypothèse suivante : la médiation est tellement révolutionnaire que de nombreux acteurs ne la conçoivent que comme une reproduction de ce qu'ils connaissent : conciliation, la transaction, la négociation voire l'arbitrage. Elle est pour l'instant impensable.

La formation des partenaires de la médiation me semble une nécessité ; il n'y aura pas de développement de la médiation sans celui de l'esprit de médiation. C'est un élément de réponse à la question de Maître Armand-Prévost

§ 3 : Les limites à repousser : libérer la médiation des MARC

1 - En découvrant les trois autres fonctions de la médiation, Jean-François Six dans un ouvrage pionnier *Le temps de médiateurs* (Le Seuil) faisait remarquer dès 1990 que la médiation assume quatre fonctions : « *La médiation créatrice suscite des liens, la médiation réparatrice les améliore, la médiation préventive devance les conflits, la médiation curative aide à les résoudre* ».

Le caractère visible des conflits explique que l'on ait plus facilement perçu la fonction curative de règlement des conflits que les trois autres. Je me demande si ces trois autres ne donnent pas, ne fournissent pas une piste de réponse à la question de savoir « où sont passés les contentieux ? » La médiation d'amont, selon la formule du Président Bézard les a désamorçés.

Il faut cependant relever nettement que le conflit ne constitue pas le critère indispensable de la médiation dont les seuls critères restent le processus et le tiers.

2 - En reconnaissant son autonomie conceptuelle et en lui reconnaissant un régime juridique qui ne soit pas celui de la conciliation.

Les MARC forment aujourd'hui une nébuleuse dont la médiation pâtit :

- elle s'y trouve amputée de 3 de ses 4 fonctions pour n'être perçue que dans la fonction de règlement des conflits ;

- cette amputation permet une dénaturation puisque de concept cohérent elle passe au rang de notion floue que le législateur confond avec la conciliation.

Plus grave, on réduit la médiation à un moyen au service des MARC. Ainsi, la médiation serait le moyen qui doit conduire à un règlement du conflit

par une entente entre les parties, c'est-à-dire une conciliation.

Enfin, alors qu'à première vue il ne devrait pas exister de confusion entre l'arbitrage qui confère à l'arbitre le pouvoir de trancher et la médiation qui stimule la totale autonomie des partenaires, dans la dérive terminologique qui fait appeler l'expert « médiateur », il arrive que les parties s'en remettent par avance à l'avis du médiateur, coinçant ce dernier dans un rôle d'arbitre. La seule qualité de tiers, pour indispensable qu'elle soit à la médiation, ne suffit pas à caractériser un médiateur, encore faut-il qu'il mette en œuvre un processus exempt du pouvoir de trancher. Encore faut-il aussi qu'il rencontre les parties. Les procédures sur dossier, même avec une dose d'équité que le « médiateur » introduira, ne transformera pas une procédure allégée en véritable processus. La confiance des parties à l'égard d'un tiers présenté comme un spécialiste les conduit à le traiter comme un arbitre, il y a là abandon et non codirection dans la recherche de solution.

- Lui reconnaître un régime juridique autonome : on peut sérieusement s'interroger sur le caractère innovant de procédés qui utilisent à l'identique le vocabulaire du contentieux juridictionnel le plus pur : convocation, assignation, recevabilité, saisine, instruction du dossier, parties, délais, protocole d'accord. L'identité terminologique ne peut qu'induire une parenté des comportements. Peut-on vraiment innover en gardant les mêmes, dans l'enfermement d'un champ lexical clos ? Trop souvent, on parle à tort de médiation à propos de modes de gestion des conflits, des réclamations ou des plaintes qui proposent une solution en équité inflexible à peine ce qu'aurait donné la solution juridique. Ces procédés ont leur utilité mais innovent peu et ne devraient surtout pas se réclamer de la médiation.

On en donnera pour preuve l'incapacité des supposés médiateurs à respecter les principes déontologiques caractéristiques de la médiation.

3 - et si au contraire la médiation était plus développée qu'on ne le croit ? La médiation n'est pas là où les juristes regardent. Ils regardent les MARC mais la médiation se développe dans d'autres sphères. Chaque jour, des médiations préviennent des conflits, créent ou recréent du lien social, fonctions qui présenteraient une grande utilité dans les relations commerciales.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

Je la formulerai en forme de question pour ouvrir la voie aux débats et à d'autres colloques. La lenteur du développement de la médiation mentionnée dans le propos liminaire du Président Armand-

Prévost ne proviendrait-elle pas de l'édulcoration de son potentiel révolutionnaire par les acteurs traditionnels du règlement des conflits ?

**Un vaste chantier s'ouvre alors devant nous :** comment faire évoluer les esprits pour que les entreprises, les partenaires commerciaux accèdent enfin à la médiation et non pas seulement à son image récupérée ?

À un moment où les magistrats ont pris la mesure de la différence entre la conciliation et la médiation, il est dommage que de nombreuses institutions et de nombreuses entreprises croient faire de la médiation alors qu'elles perpétuent la conciliation (et je le répète, je n'ai rien à reprocher à la conciliation assumée comme telle) entourées de leurs partenaires traditionnels, sous l'emprise de leur formation initiale elle-même traditionnelle, sans formation à la médiation. Elles se privent de la chance d'innover et privent leurs partenaires comme leurs clients d'une solution appropriée.

Sur la base de mon expérience de médiatrice, je peux mesurer la suspicion grandissante des consommateurs à l'égard des « médiateurs » internes, et la réaction des unions de consommateurs s'organise en vue de l'instauration d'une médiation authentique. Les consommateurs réclament un vrai processus, reposant sur une communication éthique, équilibrée, réciproque. Ils veulent s'exprimer, être écoutés, et non pas se voir proposer un traitement interne de ce qui le plus souvent

d'ailleurs ne deviendrait même pas une réclamation si un tiers vraiment extérieur leur garantissait une communication réelle, ainsi qu'une participation active et égalitaire, à l'émergence d'une solution.

Le discrédit de la médiation et avec lui la perte de son potentiel d'innovation sont au bout de méthodes qui pourtant se voudraient empiriques et réalistes.

Quand la contrefaçon de la médiation aura tué la médiation, aura-t-elle une autre chance ? Je me réjouis que des lieux qui recherchent avec sérieux et méthode l'innovation professionnelle et sociale contribuent, en organisant des journées de réflexion comme celles de ces deux jours, à ce qu'on n'en n'arrive pas là.

**Pierre Bézard :** Nous en sommes de plus en plus convaincus et nous vous remercions.

Espérons que vous serez suivie dans vos souhaits.

Je passe maintenant la parole à Thierry Garby qui va nous parler aussi de la médiation, mais sur le plan international. D'ailleurs, il préside l'Académie de médiation et le Forum international des centres de médiation.

Je crois qu'il est très important effectivement de voir ce qui se passe à l'étranger et de voir l'historique de ce qui s'est passé récemment à l'étranger pour nous y référer.

Institut de Médiation  
**GUILAUME-HOFNUNG**  
9 Place d'Alger 75016 Paris  
guillaume-hofnung@wanadoo.fr 06 74 59 20 69  
clevehofnung@orange.fr 06 77 76 51 69  
Siret : 49676393700015 TVA : FR02496763937