

V

# Colloque

# Expertise et Médiation

**Jeudi 6 février 2020**

**CNCEJ - Amphithéâtre DESPAGNAT - Niveau -1  
10 rue du Débarcadère - 75017 PARIS**

# Les Actes

## Sommaire

---

I) Allocution d'Annie VERRIER, présidente du CNCEJ	2
II) Allocution de Claude DUVERNOY, président de la FFCM	3
III) Table ronde n°1 : l'expertise en médiation	4
IV) Table ronde n°2 : l'expert médiateur	22
V) Conclusion	40

---



# Allocution d'Annie VERRIER Présidente du CNCEJ

## Annie VERRIER

Madame la Conseillère à la Cour d'appel de Paris, Madame la première vice-présidente du TGI de Nanterre, Messieurs les Présidents DUVERNOY et FAURY, chers maîtres, chers intervenants, chers médiateurs, chers confrères, chers amis,

C'est pour moi un grand honneur d'ouvrir cette séance. Je dois dans un premier temps, remercier et saluer le président de la commission médiation du CNCEJ, Didier FAURY, et le Président de la Fédération française des centres de médiation, Claude DUVERNOY, pour cette belle initiative qu'ils ont prise de proposer ce premier colloque commun. Vous avez été très nombreux à vous inscrire. Pour tout vous dire, nous avons prévu dans un premier temps une petite salle, modeste. Dans un deuxième temps, nous avons choisi cette salle. À un moment, nous nous sommes demandé si nous n'allions pas louer la Maison de la Chimie. Je pense que ce sera pour le prochain colloque.

En notre qualité d'expert, nous apportons des éléments d'éclairage au juge. On attend de nous un avis de technicien, un avis scientifique, mais on peut aussi attendre parfois de nous, une accalmie du conflit. Nous pouvons penser que chaque expert, dans son activité professionnelle, à un moment ou à un autre, a dû gérer des problèmes concernant les relations entre les parties, problèmes pouvant remettre en question la sérénité de la situation d'expertise. Régler ces problèmes, assurer cette sérénité, tout cela a évidemment pour but d'apporter de la part de l'expert une réponse juste. Éviter le conflit est en effet quelque chose de préférable et souhaitable pour tous.

La médiation, comme mode alternatif de règlement des conflits, était, il y a peu de temps, encore méconnue, voire sous-estimée. Nous pouvons nous réjouir que cette pratique devienne maintenant incontournable. Expertise et médiation sont deux termes qui peuvent sembler éloignés mais qui se retrouvent sur des notions communes, que nous partageons je pense, d'écoute attentive, de confrontation des points de vue, de compréhension des problèmes, de respect, d'indépendance, d'impartialité, de qualités humaines et techniques, de compétences, bien sûr, et aussi de soumission aux règles de déontologie et d'éthique. Les deux participent activement au processus de résolution des conflits, dans un cadre contradictoire – on pense bien sûr avant tout à l'expertise – mais aussi sous l'éclairage des modes alternatifs de résolution des conflits. En préparant cette introduction, j'ai découvert avec plaisir qu'il existait des MARC, c'est-à-dire des modes alternatifs de résolution des conflits, mais également des MARD, c'est-à-dire des mesures amiables de règlement des différends, et même des MARL, c'est-à-dire des mesures alternatives de résolution des litiges. Qu'il s'agisse de MARC, de MARD ou de MARL, ces alternatives au conflit, ces modes de résolution alternatifs sont certainement très intéressants.



Pour conclure, je me réjouis à nouveau de votre présence, qui témoigne de l'intérêt pour cette question et je laisse la parole à Maître Claude DUVERNOY qui est président de la fédération française des centres de médiation.

## Allocution de Claude DUVERNOY Président de la FFCM

---



### **Claude DUVERNOY**

Merci, Annie, merci de nous recevoir dans ces magnifiques locaux tout neufs.

Ce colloque est la mise en pratique d'une convention que la FFCM et le CNCEJ ont signée sous la présidence de Monsieur GIRAUD, que je salue et que je remercie. Il faut faire vivre une convention. Parfois, nous signons des conventions de partenariat et elles restent lettre morte. Je suis vraiment très heureux que cette convention vive et vive aussi bien puisque, comme vous l'avez dit, Annie, nous avons vu modeste au début. Nous avons pensé prendre le petit amphithéâtre et vous êtes 220 inscrits. Pire, nous avons pensé que, après la Maison de la Chimie, nous serions obligés de passer à Bercy.

L'idée de ce colloque est de le poursuivre, comme nous l'avons fait en 2013 avec la procédure participative qui a été suivie d'un guide pratique de la procédure participative, et dans nos rêves les plus fous, Didier et moi imaginons que ce colloque pourrait déboucher sur des fiches pratiques ou voire, encore mieux, sur un guide pratique.

Nous avons donc décidé de mettre sur la table toutes les questions qui se posent autour des relations entre expertise et médiation, médiation et expertise, y compris les questions qui fâchent, avec l'espoir que ces questions ne nous fâchent pas et que nous arrivions au contraire à trouver des solutions, des positions harmonisées, voire consensuelles. La porte est ouverte aujourd'hui à tous les débats, toutes les interrogations, mais avec une seule et unique perspective : travailler ensemble, harmoniser nos pratiques, trouver des solutions.

Merci de votre présence à tous. Je salue tout particulièrement Mona HANNAH, qui nous vient du Liban et qui est directrice du LAMAC, le centre libanais pour la médiation et la conciliation à Beyrouth, comme quoi vous venez de loin ! Merci à tous.

## Table ronde n°1 : l'expertise en médiation



### Didier FAURY, Président d'honneur du CNCEJ

Bienvenue à tous. Je m'associe bien sûr à ces mots d'accueil. Merci de votre présence aussi nombreuse qui nous surprend et nous ravit.

Je dois vous présenter la première table ronde. Il y aura deux tables rondes, l'une sur l'expertise dans la médiation et une seconde sur l'expert qui souhaite devenir médiateur.

La première table ronde « l'expertise dans la médiation » intéresse évidemment la majorité d'entre vous puisque, sur les 220 ou 230 personnes présentes, il y a une grande majorité d'experts. L'expertise dans la médiation, c'est très précisément l'expertise dans la médiation. Notre Présidente nous a parlé des modes alternatifs de règlement des conflits. Nous allons parler ici d'un mode de règlement amiable des conflits qui est la médiation. La médiation n'est ni la conciliation ni autre chose. La médiation est spécifique.

Qu'est-ce que la médiation ? Je parle évidemment avec beaucoup de modestie parce que j'ai devant moi de très grands spécialistes de la médiation, dont Madame le Professeur Michelle GUILLAUME-HOFNUNG. La loi est très décevante quand on la lit pour comprendre ce qu'est la médiation puisque la loi française, reprenant une directive européenne, mélange en fait allègrement plusieurs modes de règlement amiable des conflits. Elle parle de « *tout processus structuré qui permet à des parties en litige d'aboutir à un accord* ». Les médiateurs réfléchissent beaucoup à cette question ; ils déplorent le caractère général de cette définition et sont très tentés de faire modifier la loi pour dire que la médiation est spécifique. Les tentatives de redéfinition du processus mettent l'accent non seulement sur la solution, c'est-à-dire la résolution du litige, mais également sur le rétablissement des liens entre les parties au conflit. Voilà ce qu'est la médiation. Ce sont des parties qui, volontairement, avec l'aide d'un tiers indépendant, impartial et compétent, trouvent elles-mêmes une solution à leur litige, voire à leur conflit, le conflit pouvant être bien plus large que le litige, et créent ou recréent des liens qui existaient entre les parties. Dans ce cas, on va parler de médiation.

Une fois que je vous ai dit cela, on peut se demander où est le rapport avec l'expertise. Cette tentative par les parties de trouver elles-mêmes une solution à leur litige peut buter sur une question de fait, qui bloque le processus amiable. Prenons un exemple simple dans mon domaine, qui est la comptabilité et la finance. Si des associés d'une société doivent se séparer et butent sur la valeur de leur participation, comment fait-on ? Si des héritiers d'une succession butent sur la valeur d'un immeuble, comment fait-on ? Nous voyons bien qu'une question de fait peut rendre nécessaire qu'un spécialiste éclaire les parties sur des éléments de fait pour leur permettre ensuite de poursuivre le processus de discussion et le processus amiable. C'est la place de l'expert.

L'intérêt de cette table ronde est que les modalités d'intervention de cet expert dans la médiation ne font actuellement l'objet d'aucun texte. Pour ceux qui sont familiarisés avec les processus amiables, vous savez que, dans la procédure participative, le rôle de l'expert est très soigneusement décrit alors que le rôle de l'expert dans la médiation n'est prévu dans aucun texte. Cette absence de texte suscite évidemment beaucoup d'interrogations sur la façon dont il faut procéder, parce que les deux processus, expertise et médiation, présentent des caractéristiques assez différentes qu'il va falloir concilier dans un souci d'efficacité.

Vous êtes majoritairement des experts. Vous le savez bien, l'expertise est un processus dont les clés de voute sont le principe de la contradiction et l'établissement d'un rapport extrêmement détaillé dans lequel les experts vont donner leur avis au juge sur une question de fait. On peut ajouter, car nous sommes entre nous, que ce processus est parfois un peu long, ce que d'aucuns peuvent critiquer, mais je n'en crois pas un mot.

La médiation est, en revanche, très contrainte, en termes de délais. La médiation doit être rapide pour être efficace. Cela pose donc cette première question de compatibilité du déroulé des processus dans le temps.

La deuxième question, et c'est aussi une des grandes caractéristiques de la médiation, est la confidentialité. Pour être efficace, la médiation est un processus totalement confidentiel. Le principe de la contradiction dans l'expertise fait que le processus ne peut pas être confidentiel. L'expertise, par définition, est l'échange de pièces, d'arguments entre les parties. L'ensemble est fourni à l'expert et finira devant le juge. Nous avons donc d'un côté la confidentialité et de l'autre côté le principe de la contradiction.

Le dernier aspect sur lequel il faut s'interroger est la traduction concrète de cette confidentialité. En cas d'échec du processus de médiation que vont devenir les notes que l'expert qui est intervenu a pu établir ? Que va devenir le rapport que l'expert a pu établir s'il en a établi un ? Car c'est aussi une question : l'expertise dans la médiation peut-elle se contenter de conclusions orales ?

Comme vous le voyez, nous devons traiter de nombreux sujets qui sont tout à fait intéressants. La page est presque blanche ; il faut que nous la remplissions. Pour la remplir, nous avons demandé à des spécialistes du sujet d'intervenir devant vous. Je vais leur demander de bien vouloir prendre place pour cette table ronde n°1.

En premier lieu, je demande à Madame Isabelle ROHART-MESSAGER de bien vouloir s'installer. Mme Isabelle ROHART-MESSAGER est conseillère à la Cour d'appel de Paris. C'est sans doute un des magistrats parisiens, voire français, qui est le plus favorable à la médiation. Nous sommes ravis de l'avoir et nous allons profiter pleinement de sa présence et de son enthousiasme pour le sujet.

Nous avons Maître Paul DEMIDEI, qui est avocat au barreau de Marseille et qui va donc représenter les parties dans la médiation.

Nous avons Monsieur Christian ROUSSE, qui est également avocat et qui est premier vice-président de la FFCM, donc avocat et médiateur.

Nous avons un expert, Madame Marie-Bénédicte CHUFFART, qui est ingénieur et expert près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence.

Enfin, je l'annonce en dernier mais j'aurais dû le faire en premier, nous avons, comme directeur scientifique de nos travaux, Madame le Professeur Michelle GUILLAUME-HOFNUNG. Je pense qu'il est inutile de la présenter car tous ceux qui ont, un jour dans leur vie, entendu parler de médiation, connaissent le nom de de Madame Michelle GUILLAUME-HOFNUNG. Son ouvrage sur la médiation dans la collection *Que sais-je ?*, dont nous parlions ce midi, ne cesse d'être réédité. J'encourage tous ceux qui ne le connaissent pas à en prendre connaissance.

Je passe la parole à Claude pour qu'il pose la première question.

### **Claude DUVERNOY**

Michèle, nous allons travailler sous votre contrôle permanent, mais c'est à vous que je pose la première question. Ce n'est pas une question surprise puisque c'est en fait une question que vous nous avez posée, à Didier et moi. Je la reprends textuellement : à partir de quand la prise en compte des questions techniques l'emporte-t-elle sur le processus de communication au cœur de la médiation ?

Vous avez, chère Michèle, dix minutes pour nous répondre.

### Michèle GUILLAUME-HOFNUNG

Je vous remercie. Cette question m'a semblé pertinente parce que je m'inscris dans un rapport de respect mutuel. Toutes les professions qui sont rassemblées ici, une majorité d'experts mais aussi des avocats, des magistrats, des médiateurs, ont leur rôle à jouer. Toutes ces professions sont utiles, mais je vais citer un vieux proverbe : chacun son métier et les vaches seront bien gardées.

Il m'a donc semblé utile durant cet après-midi de savoir qui peut faire quoi. Cette question apparaît tout au long des thèmes de deux tables rondes. Qui peut faire quoi pour le bien de la justice, pour le bien des justiciables, pour le bien des parties ?



Mais vous allez voir tout de suite que, s'agissant de la médiation, en tant que praticienne, je n'utilise jamais le mot « parties », j'utilise le mot « partenaires ». Pourquoi ? Parce que, même si c'est un conflit, la situation a été coconstruite par les personnes qui se trouvent dans un conflit et cela, même quand ce conflit est porté en justice. Un litige peut provenir, parfois d'un excès d'agressivité, parfois d'un manque d'écoute, parfois aussi d'un excès de passivité car, quand on laisse les gens aller trop loin, on engendre autant de conflits que si on était agressif. J'utilise donc le mot « partenaires ».

Que ce soit la justice, que ce soient les magistrats, que ce soient les experts ou que ce soient les partenaires, tous sont confrontés à des situations dont la complexité est telle que plusieurs métiers ont leur place. Encore faut-il qu'on sache quelle est la place de chaque métier. Comme l'a dit Claude et comme l'a dit le président FAURY, il faut définir où passe le tracé des frontières. Même ceux d'entre nous qui ne sont pas uniquement juristes, qui sont experts, ont fait quelques modules de droit. Ce qui caractérise le droit, c'est la clarté terminologique. Un locataire et un propriétaire, par exemple, sont dans un rapport qui concerne un bien immobilier et il est crucial que la définition de la propriété soit bien distinguée de la définition de la location. La propriété comporte l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. J'utilise ces termes parce que je les trouve drôles et que, même sans être latiniste, on comprend ce qu'ils veulent dire. Le locataire n'a que l'*usus*. Imaginons que le législateur, rédacteur du Code civil, ait fait preuve de la même négligence terminologique que les rédacteurs de l'Union européenne ou les rédacteurs nationaux qui définissent la médiation, comme vous l'avez rappelé, en commençant par « tout » et j'ajouterai, circonstance aggravante que vous avez eu la bienveillance de taire, en terminant la définition par, « quelle que soit la dénomination qu'on lui donne ». Imaginons donc que les juristes de 1804 aient fait preuve de la même incapacité de définir, que la location soit « tout rapport de droit » « quelle que soit la dénomination qu'on lui donne » il en résulterait une absence de frontière entre la propriété et la location. Le locataire pourrait vendre le bien qu'il loue.

On voit que ni le droit européen, ni le droit national ne peuvent pas nous aider à faire une frontière claire entre nos professions. Comment établir un respect mutuel et comment garantir face au justiciable, face aux personnes qui vont nous faire confiance, que nous savons ce que nous faisons ?

Les experts savent ce qu'ils font. Les magistrats savent ce qu'ils font. Les avocats savent ce qu'ils font mais, s'agissant de la médiation, tout le monde il est beau, tout le monde il est médiateur. C'est un vrai problème.

Ce qui m'a fait penser à mettre en avant la question que me pose Claude est que cette question est un des éléments qui donnent une réponse à la question de la frontière. Elle constitue un marqueur d'identité. Que ce soit le magistrat, que ce soit l'avocat, que ce soit l'expert, tous ont comme mission, pour une part importante, de s'attacher aux faits. Par exemple, le niveau sonore dans la situation en cause dépasse-t-il tel et tel niveau de pollution sonore ? Le dommage subi atteint-il un degré de gravité qu'on peut chiffrer à 80 %,

à 20 % ? Le médiateur, quant à lui, est dans une perspective tout à fait différente. Le médiateur ne s'intéresse pas aux faits. Quand je reçois des personnes en médiation – vous voyez, je ne dis pas des parties, je dis des personnes parce qu'elles viennent avec leur parcours de vie, avec leurs habitudes professionnelles ou leur absence de profession – je ne vais pas chercher si elles ont raison. Je ne vais pas réinterroger le fait.

Quand on je pratique des médiations en matière de voisinage, une des causes les plus fréquentes de conflits de voisinage est le bruit. Je n'arrive pas avec mon appareil à mesurer les décibels, d'abord parce que le bruit est subjectif. Si vous aimez le rap, le rap n'est pas du bruit. Si vous aimez Beethoven – je prends cet exemple parce que nous célébrons son bicentenaire – même avec les haut-parleurs mis à fond, ce n'est pas du bruit ; mais pour le voisin, cela peut être du bruit. Le bruit est subjectif et ensuite parce qu'en médiation il faut avant tout, établir un processus de communication éthique, dans lequel la parole de chaque personne reçoit la même attention. En médiation, nous allons permettre à chacun d'exprimer en quoi ce qu'il entend est un bruit et en quoi ce bruit est insupportable. Cela peut être par exemple parce que la personne a vécu un deuil et qu'une musique qui d'habitude lui aurait fait plaisir est une agression absolue. Cela relève de la médiation.

Le médiateur n'interroge jamais les faits, il ne fait pas d'enquête. Quand il m'arrive de faire des médiations dans le domaine du voisinage, je ne vais pas voir le gardien pour savoir qui a tort ou qui a raison. On s'en fiche, on ne cherche pas à déterminer qui a tort ou qui a raison. Nous cherchons en médiation à faire s'exprimer les représentations que les personnes ont de la situation, ce qui permet de la faire comprendre à l'autre. Ensuite, nous affinons. Nous demandons : avez-vous compris la manière dont l'autre vit cette situation ? Nous faisons cet aller-retour jusqu'à établir une empathie. L'empathie n'est pas forcément un accord, mais cela permet que l'un voie le monde avec les yeux de l'autre et réciproquement. Même sur cette base, ils ne vont pas tout de suite tomber d'accord mais ils auront bougé. Ensuite, nous aiderons à les « accoucher » de solutions. La médiation est une maïeutique au sens de Socrate. Nous accouchons les gens, dans un premier temps de ce qu'ils ont dans le ventre : c'est ce que je viens d'évoquer. Ensuite nous les accouchons de ce qu'ils ont dans le cœur et dans l'esprit pour parvenir à une solution.

Vous voyez que, sur cette question apparemment anodine du fait, du ressenti ou de la communication, nous avons déjà un élément qui alimentera les tables rondes qui ont été organisées, dont je vous félicite vivement et je vous remercie de m'avoir confié ce rôle. Cet élément va permettre à toutes les personnes de bonne volonté qui sont ici de mieux voir ce qu'ils peuvent faire en respectant le cœur de leur métier, mais aussi en respectant le cœur du métier de l'autre. Nous ne créerons pas une sécurité juridique si tout le monde est un peu médiateur, si tout le monde est un peu expert.

Voilà pour lancer cette cet après-midi de réflexions en commun.

### **Didier FAURY**

Merci beaucoup, Madame le Professeur, pour ces propos très intéressants, mais ce n'est pas une surprise.

Lorsqu'une expertise est mise en place dans une dans une médiation, les questions pratiques que j'ai rapidement évoquées tout à l'heure se posent : comment rendre conciliables la confidentialité de la médiation, le principe de la contradiction de l'expertise, les conclusions écrites détaillées de l'expert ou des conclusions orales plus rapidement formulées. Cette question pour Madame le Conseiller près de la Cour d'appel de Paris est vaste, mais je suis sûr que vous allez nous donner vos réponses très précises.



### Isabelle ROHART-MESSAGER

Comme l'a dit Madame le Professeur HOFNUNG, le médiateur va commencer par établir une communication éthique, ce qui résume un peu tout ce qui a été dit. Et parfois, il va se heurter à un problème technique qu'il ne pourra pas résoudre seul. Je m'explique en prenant des exemples, ce sera plus parlant. Je suis personnellement dans une chambre qui traite de droit des sociétés et de procédures collectives, et j'étais jadis dans une chambre de baux commerciaux, ce qui fait que je vais vous prendre des exemples tirés de ces

matières.

Imaginons que vous avez un conflit entre associés, par exemple pour abus de majorité ou que vous sollicitez la nullité d'une assemblée générale et que, comme souvent dans un conflit entre associés : on arrive à un accord sur le fait que l'un rachète les parts de l'autre. C'est souvent ainsi que l'on sort d'un conflit entre associés. Mais quelle est la valeur des parts de l'autre ? C'est dans ce cas que les parties ont besoin d'un technicien pour les aider à se mettre d'accord. Que se passe-t-il alors ? Comme vous le savez, le médiateur organise, avec l'accord des parties bien sûr, la médiation comme il le veut, dans le respect de la confidentialité, avec célérité, mais comme il le souhaite. La médiation c'est la souplesse et la liberté. Au risque de vous décevoir, je me suis aperçue en interrogeant les médiateurs que l'on désigne le plus souvent que, dans cette hypothèse, on ne demande pas un véritable rapport d'expertise. On demande à un technicien de faire un rapport, très souvent oral ou parfois un rapport écrit, qui va le plus souvent demeurer confidentiel. Mais on peut aussi demander à un expert de faire un véritable rapport d'expertise. Tout dépend alors de la mission qui lui est donnée. L'expert peut être chargé de faire un rapport d'expertise avec les règles de procédure civile relatives à l'expertise. Il peut aussi avoir à faire un rapport d'expertise en se référant au texte sur la procédure participative.

C'est la liberté du médiateur et des parties de choisir le mode d'expertise. En tout cas, ce qui m'a impressionnée lorsque j'ai travaillé le sujet, c'est que, dans 50 % des cas, dans mes domaines d'activité, ce sont des rapports oraux qui sont demandés. Que se passe-t-il ? Un expert évalue et donne un avis technique. Très souvent, l'expert vient à une réunion avec le médiateur et les parties. Une discussion s'instaure alors. Cela se passe ainsi le plus souvent.

Évidemment, cela chamboule un peu les habitudes de l'expert. S'il veut avoir la confiance des parties, parce que la médiation repose avant tout sur la confiance, il devra être modéré, agir dans le respect du principe du contradictoire et avoir toutes les qualités que l'on attend de lui. Très souvent, les parties sont très attachées à la confidentialité. C'est pour cela que, lorsque l'on demande un rapport écrit, elles souhaitent très souvent que ce rapport demeure confidentiel. Les médiateurs me disent que, par exemple pour des évaluations d'entreprise, ils demandent aux experts un rapport plus léger que ceux qu'ils ont l'habitude de rédiger. Ils précisent qu'ils leur demandent de rendre leur rapport dans un délai d'un mois, ou de trois mois au maximum. Sinon, ils considèrent que cela change complètement la nature de la médiation.

D'après mon expérience – et j'ai quand même ordonné beaucoup de médiations puisque, quand j'étais en première instance, j'en ordonnais à peu près 120 par an et actuellement, rien que dans mon cabinet, j'en ordonne 40 à 50 par an – je n'ai vu qu'une seule fois les parties plaider sur un rapport d'expertise qui était un véritable rapport d'expertise non confidentiel. Je pense que beaucoup de médiations ont réussi grâce aux expertises.

Voilà comment cela se passe, comment on organise la rapidité et le contradictoire, en faisant autrement que dans les expertises classiques. Les experts sont désignés librement par le médiateur en accord avec les parties. En pratique, on ne demande jamais au magistrat d'intervenir dans ce processus.

### **Claude DUVERNOY**

Merci, Isabelle.

Marie-Bénédicte, ce serait bien d'avoir le point de vue de l'expert. L'expertise en médiation est-elle une expertise spécifique, une expertise qui devrait être aménagée ou vous sentez-vous comme d'habitude ?



### **Marie-Bénédicte CHUFFART**

Non, je ne me sens pas comme d'habitude. D'abord, je suis ravie d'avoir une expertise au cours d'une médiation, ce n'est tout de même pas fréquent. Ensuite, il faut savoir dans quel cadre se déroule cette mission : est-ce dans le cadre d'une désignation judiciaire, administrative ou conventionnelle ?

Pour pouvoir travailler en tant qu'expert, il faut être désigné. Je précise, comme l'a dit le Professeur HOFNUNG, que le médiateur ne rentre pas dans les faits. Par conséquent, ce ne sera pas au médiateur de désigner l'expert. En revanche, je pense que le médiateur, avant que l'expert intervienne, va obtenir l'accord des parties sur le choix d'un expert. Par ce processus, il commence à créer un chemin d'accord des parties, ce que je trouve assez intéressant.

Personnellement, je suis expert construction à Aix-en-Provence. Comme expert, pour pouvoir travailler, j'ai maintenant besoin de savoir sur quel périmètre je vais travailler. Là encore, il faudra que le médiateur fasse en sorte que les parties se mettent d'accord sur le périmètre des désordres et sur ce que je dois examiner, observer, etc. Encore une fois, il s'agit de prendre l'habitude d'obtenir un accord des parties sur un sujet commun. Ensuite, il faudra qu'ils se mettent d'accord sur la mission qu'ils vont me confier. Vous savez que nous pouvons avoir une mission de consultation, de constatation ou d'expertise. De fait, au cours d'une médiation, le souci étant d'être rapide, ce sera plutôt une mission de constatation avec une restitution orale ou écrite. Là aussi, les parties auront dû se mettre d'accord sur ce qu'elles vont décider de me confier. Encore une fois, elles prennent l'habitude de se mettre d'accord. Je trouve que ce processus finalement est assez nourrissant pour la médiation. La mission étant définie, le périmètre étant défini, le calendrier et les honoraires de l'expert doivent alors être définis. Une consignation initiale pourra éventuellement être versée, voire consignée, à la CARPA par exemple ou que sais-je. Comme vous l'avez souligné, la médiation est quelque chose de souple. Le médiateur, même s'il est dans un processus tout à fait structuré, est libre dans sa façon de mener la médiation. Il va obtenir des parties qu'elles décident du caractère confidentiel ou contradictoire de ce qui va se dérouler, en les prévenant que, si on est sur un aspect confidentiel, ce qui sera échangé et produit au cours de la médiation ne pourra pas être utilisé ultérieurement. C'est aux parties d'en décider.

Il faut définir les modalités d'échange des pièces et documents. Il faut également que je sache précisément comment je travaille, si je dois convoquer les parties ou si je n'ai pas à le faire, s'il suffit de s'entendre sur une date pour que je puisse me rendre sur place. Personnellement, étant dans la construction, je suis bien obligée de me rendre sur les lieux. De mon point de vue, il est nécessaire que je puisse faire mes constatations au contradictoire même si, à la fin, ce que je produis sera confidentiel. Mais il me semble nécessaire de

pouvoir examiner les lieux et les désordres avec toutes les parties en même temps, et non indépendamment les unes des autres ou confidentiellement les unes par rapport aux autres.

J'interviens ensuite et mon expertise se déroule. Je sais ce que je dois faire. Je sais sur quoi je dois porter mes observations. C'est pour moi fondamental, il faut que je puisse travailler dans ce contexte.

À Marseille, nous avons les ordonnances mixtes où le magistrat désigne à la fois un médiateur et un expert. Dans ce cadre, l'expert qui est désigné par le magistrat connaît sa mission et procède comme il en a l'habitude au judiciaire.

Merci beaucoup.

### **Didier FAURY**

Merci, Marie-Bénédicte. Christian ROUSSE, comme avocat et médiateur, vous représentez ici les médiateurs. Quel est votre point de vue de praticien de la médiation sur les différentes questions qui ont déjà été abordées ? Confidentialité, rapidité, contradictoire ? Pouvez-vous également développer le point qui vient d'être évoqué par Marie-Bénédicte CHUFFART ? Ce point est original, mais un peu moins maintenant parce que je crois que la juridiction marseillaise a été une des premières à mettre en place ces ordonnances conjointes où, dans une affaire, on désigne en même temps un médiateur et un expert. Pouvez-vous nous faire part de votre expérience de ces ordonnances conjointes ? À votre avis, cette solution pourrait-elle se développer dans l'ensemble des juridictions ?



### **Christian ROUSSE**

Merci pour vos questions Monsieur le Président,

Vous me demandez de donner mon point de vue sur la confidentialité, la rapidité, le contradictoire et l'expérience du référé expertise-médiation

Le contradictoire de l'expertise et le confidentiel de la médiation semblent a priori s'opposer, on va voir qu'ils se complètent lorsqu'il y a une expertise dans la médiation.

A la lumière de ce qui a été dit précédemment, on comprend que la médiation passe par l'expression de besoins de chacun à travers les représentations de chacun, ce qui la détache de l'approche juridique des avocats et du juge ainsi que de l'approche technique de

l'expert. La médiation a ainsi sa spécificité. Pour autant, lorsque le conflit est exacerbé par une technicité complexe, la médiation a besoin de la meilleure compréhension que les participants auront grâce à la vision plus objective, clarifiée sur le plan technique, que l'expert donnera de la situation.

La confidentialité est de l'essence de la médiation, l'accord qui peut en résulter est contradictoire et peut être confidentiel.

Il y a deux niveaux de confidentialité :

La confidentialité de ce qui se passe en médiation vis-à-vis des tiers : On lave son linge sale en famille.

La confidentialité à l'intérieur de la médiation : Celle des échanges des participants grâce au médiateur.

La médiation est une méthode des petits pas. D'abord chaque personne, de son côté avec le conseil confidentiel de son avocat, décide pour ses propres raisons, d'aller en médiation, puis les personnes s'accordent ensemble pour y aller. Ensuite, le médiateur, organise des entretiens individuels confidentiels avec les participants et leurs avocats: Le médiateur à l'issue ne rapporte pas à l'un la parole de l'autre.

Enfin, la réunion plénière, c'est le moment contradictoire en médiation où l'on ne dit que ce que l'on veut dire.

D'autres entretiens individuels (apartés) peuvent être nécessaires qui fonctionnent comme les premiers: les participants peuvent décider d'en rendre le contenu non confidentiel.

L'expertise nécessite le contradictoire qui passe par la communication à l'expert des documents et des arguments de chacun.

Les parties conseillées par leurs avocats s'accordent sur une convention de mission d'expertise qui affirme les principes de confidentialité et de contradictoire, en définit la portée et en assure le respect.

La mission d'expertise appartient aux participants. Ce sont eux qui désignent l'expert et définissent sa mission. L'expert dans sa mission n'aura pas accès aux informations confidentielles échangées en cours de médiation, les avocats y veilleront, sauf si les participants s'accordent pour délivrer à l'expert certaines de ces informations qu'elles estiment utiles et qui de ce fait, de confidentielles, deviendront contradictoires.

Les réunions d'expertise se feront sans le médiateur. Les participants reviendront vers le médiateur pour poursuivre la médiation quand elles auront l'avis technique de l'expert qui peut être remis au médiateur.

On est ainsi en l'état d'une mission de médiation confidentielle et d'une mission d'expertise contradictoire qui vont se nourrir des apports de chacune.

L'expertise, puisque effectuée dans la médiation, devrait-elle être confidentielle vis-à-vis des tiers ?

Si oui, le risque est qu'en cas d'échec de la médiation, l'apport technique et le temps passés soient perdus.

La réponse est dans le fait que les participants peuvent définir ce qui devra être confidentiel ou officiel pour permettre, le cas échéant à la voie judiciaire de régler le litige.

Tout ceci convient à la médiation conventionnelle ou judiciaire.

Pour aider les personnes en conflit à se mettre sur la voie de l'accord, on a imaginé de réunir expertise et médiation par la procédure de référé.

L'idée est d'éviter qu'une expertise judiciaire commencée dans l'urgence ou le besoin de préserver des preuves dure longtemps, puis soit suivie par une procédure au fond pendant plusieurs années ...

La rapidité n'est pas l'urgence, la médiation n'a pas vocation régler un conflit dans l'urgence, elle a besoin d'un temps. Celui-ci est toujours incomparablement plus court que le temps judiciaire.

La médiation judiciaire est enfermée dans des délais légaux brefs (3mois + 3mois).

Les commissions MARD (Modes Amiables de Résolution des Conflits) et CODI (Droit Immobilier) du Barreau de Marseille, avec le CEBTPI (Compagnie des Experts du Bâtiment, des Travaux Publics et de l'Industrie), l'UCECAAP (Union des Compagnies d'Experts près la Cour d'appel d'Aix en Provence), le TGI de Marseille ont élaboré en 2018 une ordonnance mixte de référé expertise-médiation inspirée d'une pratique du TGI de Saint-Brieuc.

L'économie du système est que le juge des référés saisi d'une demande d'expertise évalue l'éligibilité de l'affaire à la médiation. S'il estime que tel est le cas, il propose aux

parties une médiation. En cas d'accord des parties, l'ordonnance désigne l'expert et le médiateur.

Deux consignations sont ordonnées dont le montant global est celui qui aurait été ordonné pour l'expert seul si la médiation n'avait pas été ordonnée. La consignation pour la mission d'expertise est de la moitié de cette somme à charge du demandeur à l'expertise. La charge de l'autre moitié affectée à la mission de médiation est partagée entre le demandeur et le défendeur.

L'expert reçoit mission complète, l'ordonnance stipule que « *l'expert adressera aux parties, dans le mois de la réception de l'avis de consignation, après la première réunion d'expertise, une note faisant un constat des désordres et donnant un avis sur les solutions réparatoires et le coût probable de l'expertise* ».

Les parties s'adressent alors au médiateur qui commence sa mission. L'expertise est suspendue pendant la durée de la médiation. Si un accord intervient, les missions sont terminées. Si non, l'expertise reprend son cours avec une consignation complémentaire.

On le voit, on n'est plus tout à fait dans le cadre d'une expertise dans la médiation. On rejoint plutôt l'idée de partenariat, évoquée tout à l'heure dans laquelle un juge qui a compris l'éligibilité d'un dossier à la médiation au-delà d'une expertise la propose aux parties.

L'analyse des responsabilités, est laissée aux parties qui aidées par le constat de l'expert et le processus de médiation peuvent trouver leurs solutions.

Le développement de la méthode dépend de la détermination de l'éligibilité des dossiers à la médiation.

Après un an de pratique, une adaptation est en cours à l'initiative de Madame le Présidente GORCE du Tribunal judiciaire de Marseille.

En effet, le nombre de missions ordonnées est resté symbolique faute de pouvoir identifier utilement en audience (100 dossiers au rôle, en moyenne) les dossiers éligibles à la médiation.

L'objectif est le suivant : rendre aussi souvent que possible une ordonnance de mission double d, au choix des plaideurs. La mission comporte en effet une mission d'expertise traditionnelle, et si les parties le souhaitent la mission mixte expertise-médiation. L'ordonnance fixe une provision (et non une consignation) que chacune des parties remettra au médiateur à valoir sur le montant de ses honoraires au plus tard lors de la première réunion commune.

La démarche de médiation demeure ainsi consensuelle.

C'est une démarche qui peut être développée auprès de toutes les juridictions.

J'espère avoir répondu à vos questions et merci pour votre attention.

### **Claude DUVERNOY**

Merci, Christian. Marie-Bénédicte, Christian, plutôt que de rapport d'expertise au sens propre, vous avez parlé tous les deux de constatations. Est-ce une piste de réflexion pour l'avocat « accompagnateur » ? Paul, comment voyez-vous les choses ?

### **Paul SEMIDEI**

Merci. Effectivement, dans le sujet de l'expertise dans la médiation, nous nous apercevons très vite que la question de la forme est fondamentale : oral, écrit, procédure plus lente ou plus rapide... On a l'impression de prime abord, d'être face à des notions un peu abstraites. Il faut les mettre en rapport avec la réalité et les besoins des parties. Je n'ose pas dire des justiciables, car cela fait un petit peu connoté, mais c'est le terme exact. Lorsque nous sommes en médiation judiciaire, nous avons affaire à des justiciables qui intègrent à

leur démarche procédurale, l'opportunité d'une tentative de médiation. Par voie de conséquence, nous sommes bien dans un domaine mixte. D'ailleurs, ce sont à la fois les FFCM et CNCEJ qui organisent ces journées. Nous sommes donc effectivement au carrefour des différents sujets, médiation et expertise.

Pour faire rentrer une expertise dans la médiation, c'est un peu la quadrature du cercle. Nous ne pouvons pas ne pas nous interroger sur le besoin de justice ou le besoin des parties – nous allons les appeler comme cela - et rechercher les techniques les plus adéquates.

Je vais prendre l'exemple de la construction, du droit immobilier, pour parler de ce que je connais mieux. Dans certains contentieux compliqués, complexes, peut-être plus complexes que compliqués, nous disons souvent que la médiation a parfois du mal à prendre sa place du fait de la pluralité de parties, de cette complexité des enjeux et du besoin d'un éclairage technique inhérent au contentieux de la construction. Pour faire simple, pour statuer dans les contentieux techniques, et la construction en est un évidemment, les juges ont besoin du rapport de l'expert pour les éclairer. Dans la médiation, c'est un peu la même chose, les parties ont besoin d'un éclairage technique. C'est a priori indispensable. Par exemple, je vais accepter qu'un constructeur repeigne mon séjour pour masquer des fissures et je vais entrer en médiation, mais je veux quand même avoir la certitude que les murs ne vont pas s'effondrer trois mois plus tard. J'ai donc besoin d'un avis technique.



Ainsi, l'aide à la médiation dans le contentieux technique, ou dans le différend pour utiliser un terme plus neutre, est quelque chose de fondamental.

Il est facile de dire : attention, la médiation judiciaire dure trois mois, plus trois mois. C'est un cadre légal, article 131-3 du Code de procédure, peu propice à l'accompagnement d'une mesure d'instruction en bonne et due forme. La durée est donc une première contrainte. Une expertise, même adossée à une médiation, doit être confiée à un technicien évidemment, de préférence me semble-t-il, même si c'est discuté, à un technicien inscrit près les listes d'experts des différentes cours d'appel. C'est un gage de compétence qui

fait que, logiquement, dans un contentieux de construction d'une certaine importance, on va se tourner vers un expert qui soit un expert inscrit.

Ce faisant, nous engageons un processus d'expertise qui doit se mener, non pas de façon judiciaire mais amiable, en parallèle du processus de médiation. Toutefois, dans ce cadre de l'expertise dans la médiation, quand la médiation est lancée, le compteur des six mois est lancé également. Or, il est difficile de faire une véritable expertise dans un délai très bref.

Selon les différentes questions posées par les parties, on peut effectivement avoir beaucoup de rapports verbaux et des mesures rapides comme vous l'avez évoqué, mais pas forcément en droit de la construction. Imaginons un chantier qui est déjà par définition quelque chose de complexe, avec les organismes qui financent, le maître d'ouvrage, le maître d'œuvre, les sous-traitants, les assureurs de dommage ou de responsabilité, etc. Si le chantier est complexe, le procès de construction est complexe lui aussi, et la médiation en droit de la construction n'échappe pas à cette complexité.

Il faut bien trouver des formules qui permettent d'aboutir. Si on accepte de mettre tous les œufs dans le même panier, on peut choisir de faire une médiation et une expertise adossée en droit de la construction en se satisfaisant d'un rapport verbal et d'entorses à la contradiction. Si la médiation fonctionne, c'est parfait. Dans ce cas, je peux également m'accommoder de la confidentialité de ce que j'ai dit à l'expert. Je m'interdis de l'utiliser

devant les tribunaux, j'accepte la confidentialité absolue. Je peux même dispenser l'expert du principe du contradictoire. C'est une possibilité, hors domaine judiciaire.

Mais si la médiation n'aboutit pas, car malheureusement, il arrive que la médiation n'aboutisse pas, je vais me retrouver à la fin de la médiation avec des constructeurs, des assureurs, des maîtres d'ouvrage qui auront investi du temps et de l'argent dans l'expertise adossée à la médiation. Et si j'ai décidé de me contenter d'une expertise simplifiée, sans contradictoire, avec de la confidentialité et un rapport, verbal ou écrit peu importe, mais que je ne peux pas l'utiliser devant les juridictions en cas d'échec de la médiation, je vais devoir tout recommencer.

Je vais en effet recommencer, parce que la Cour de cassation n'admettra pas un rapport partiel et non contradictoire, fondé sur des éléments confidentiels. Je pourrais citer à ce sujet l'article 6 de la CEDH mais le Code de procédure lui-même suffit. Nous ne pouvons pas asseoir des prétentions ni une défense, sur des opérations non contradictoires, sur des éléments confidentiels et/ou partiels. Nous sommes tous d'accord, je crois.

De ce fait, si on considère que la médiation marchera forcément, comme je le disais tout à l'heure, on peut mettre tous les œufs dans le même panier. Si cela marche, c'est parfait, mais je ne peux pas dire à mes clients que, si la médiation ne fonctionne pas, ce n'est pas grave et que nous allons tout recommencer. Ce n'est pas possible.

Y compris et surtout, dans le monde de la construction qui est gourmand en procédure, en temps, en expertise, en argent. Ce qui fait ou qui peut faire le succès de la médiation, c'est justement de dispenser les parties de la durée et du coût des procédures étatiques. C'est un constat que partagent beaucoup de gens, à tort ou à raison. On veut éviter les affres de la juridiction traditionnelle, mais si je dois, pour l'éviter, ajouter l'aléa, les incertitudes, le coût et la durée d'une médiation et tout recommencer après, cela ne fonctionnera pas.

L'objet de nos réflexions communes aujourd'hui, qui aboutiront peut-être à des documents qui pourraient être des guides pour les uns et les autres, serait donc que nous définissions ce qui peut relever d'une expertise simplifiée, et comment concevoir une expertise simplifiée qui puisse malgré tout être utilisée devant les tribunaux.

Nous pouvons/devons réfléchir à certains aspects déterminants. Par exemple, dans le monde de la procédure participative, dans la section II du premier chapitre – articles 1547 et suivants du Code de procédure – il existe en huit articles un abrégé des 45 articles du Code de procédure – 232 et suivants – que connaissent tous les experts. Ces quarante et quelques dispositions deviennent une petite page de huit textes. C'est en quelque sorte, un socle commun. Dans ce socle commun, on ne dispense pas l'expert du respect du principe du contradictoire. Dans la médiation, c'est évidemment autre chose. C'est un monde parallèle. Mais encore une fois, la médiation peut échouer et, grâce à l'article 1554, les parties ou les partenaires retrouvent le sourire car, je cite la loi : *"Ce rapport peut être produit en justice"* ; en effet, dès lors que le rapport de l'expert dans le cadre d'une expertise est adossé à un processus structuré – ici, ce n'est pas la médiation mais le texte est parfaitement transposable – dès lors que ce processus structuré s'accompagne d'une mesure d'instruction contradictoire, alors, le résultat sera utilisable en justice en cas d'échec total ou partiel de la médiation.

Nous commençons ainsi à avoir quelques pièces qui s'imbriquent et qui peuvent laisser espérer que, dans le droit de la construction qui n'est pas le plus facile pour ce domaine, la médiation et l'expertise puissent faire bon ménage.

### **Claude DUVERNOY**

Michèle, voulez-vous réagir sur ce que nous venons d'entendre puisque vous êtes notre directeur scientifique avant que nous passions la parole à la salle pour quelques minutes ?

**Michèle GUILLAUME-HOFNUNG**

Merci. Je trouve dans ces échanges ce qui est la base même d'une médiation réussie : la bonne foi de tous les intervenants. Chacun, tout en respectant son identité professionnelle, essaie de voir de bonne foi comment être utile au justiciable, puisque nous avons parlé de médiation judiciaire en respectant la base de notre métier et en respectant ce qu'est la médiation. En effet, si chacun voit la médiation à sa manière, ce n'est pas assuré que la médiation y gagne. Nous ne saurons plus ce qu'elle est.

J'ai trouvé ces échanges extrêmement fructueux et, d'une certaine manière, je trouve que ce colloque est une médiation. Nous avons l'ingrédient de la bonne foi et nous avons cet exercice interculturel. Je fais beaucoup de médiation dans les banlieues, avec des cultures venant de tous les continents. Mais il ne faut pas réduire la médiation interculturelle à ce type de diversités. J'insiste, l'interculturel n'est pas uniquement l'interethnique, l'interreligieux. L'interculturel est la nécessaire interaction entre des cultures professionnelles différentes. J'ai vu arriver la professeure GRAPIN qui connaît bien le domaine de la santé. Elle pourrait témoigner de ce que, à l'intérieur d'un hôpital, coexistent plusieurs cultures : la culture de l'administration de l'hôpital, la culture des soignants avec les heurts de plus en plus fréquents entre la culture de l'administration de l'hôpital et la culture des soignants et les incompréhensions qui en résultent. Même à l'intérieur de la culture des soignants, il existe des cultures différentes. Quand on est professeur de médecine, avec tout le parcours que cela demande, on a un sentiment très poussé de sa valeur et on n'est pas toujours capable d'écouter ce que disent les autres professionnels de l'hôpital qui n'ont pas le même statut hiérarchique. Je pense donc que cette première table ronde est un beau début d'échanges interculturels.

**Claude DUVERNOY**

Nous allons vous laisser la parole : questions, interventions, suggestions et propositions. Nous sommes à votre écoute. Martine BOITTELLE-COUSSEAU, à toi.

**Martine BOITTELLE-COUSSEAU**

Je suis médiateur, vice-présidente de l'IEAM, l'Institut d'expertise d'arbitrage et de médiation, ancien magistrat et ancien avocat. J'ai eu le plaisir de suivre le DU de Madame HOFNUNG, qui a exprimé effectivement pendant toute cette formation des choses tout à fait intéressantes.

Je voudrais rebondir sur le droit de la construction. J'ai présidé une chambre de la construction. Je pense que la médiation est intéressante, quelquefois après le dépôt du rapport d'expertise, quand nous nous retrouvons par exemple avec une expertise et des pourcentages de responsabilité ou des problèmes d'interprétation sur un rapport d'expertise qui font que, autour de la table, nous pouvons avoir 15 personnes avec des assureurs, des assureurs maîtres d'ouvrage, des assureurs maîtres d'œuvre, des constructeurs. C'est alors tout à fait intéressant parce que nous pouvons trouver des solutions, à 15 ou 20 personnes, au travers de la médiation ce qui permet quelquefois, quand il y a un problème d'interprétation, avec des assurances qui disent ne pas être d'accord pour tel pourcentage, etc. d'essayer de revenir sur l'interprétation de ce que l'expert a pu dire. Si c'est obscur, s'il a oublié de faire quelque chose, on peut désigner à ce moment, conjointement avec les autres avocats et membres « médiés » si j'ose dire, un expert qui viendra donner son avis, de façon confidentielle. Ensuite, on peut résoudre effectivement un problème qui, sans cela, peut durer très longtemps, parfois encore dix ans.

**Jean-Luc CARTAULT**

Bonjour, Jean-Luc CARTAULT, expert de justice en incendie. Je voudrais savoir, dans le cadre d'une procédure de médiation, que ce soit par un expert ou par les parties ou autres, ce qu'il en est en cas de découverte d'une infraction pénale et de l'application de la notion d'ordre public.

**Paul SEMIDEI**

Je vais répondre à la première intervention d'abord mais votre question n'est pas oubliée. L'expertise est souvent un théâtre de MARD, au sens large, c'est-à-dire que les parties peuvent s'arranger, tomber d'accord en cours d'expertise, etc. L'expertise est une sorte de vrai faux MARD. Mais nous sommes dans un système de droit qui est un peu schizophrène. L'article 240 du Code de procédure civile nous dit « *le juge ne peut donner pour mission à l'expert de concilier les parties* ». C'est une prohibition formelle, comme si c'était très grave, tandis que le R.621-1 du CJA indique : « *le juge peut donner à l'expert une mission de conciliation/médiation* », nous passerons sur la terminologie qui a beaucoup évolué.

Je vous rassure, nous restons dans les deux cas un pays civilisé. Ce n'est pas très grave mais quand même ! Les mêmes experts bien souvent, ceux qui sont inscrits dans les listes des cours administratives ou judiciaires, se retrouvent tantôt à avoir une prohibition formelle tantôt à être en mesure d'aider à une conciliation - même si en matière administrative ont lieu des discussions sur le moment et le périmètre de ces missions.

Votre réflexion sur le rapport qui aide les parties à tomber d'accord m'incite à cette réflexion : perdriions-nous ce rang de pays civilisé si nous modifiions l'article 240 du Code de procédure, s'il était permis à l'expert de concilier les parties – ou d'en assurer la médiation s'il faut être fidèle à Bruxelles – au terme d'opérations contradictoires qui font que l'expert marque un temps d'arrêt et que les parties réfléchissent à une médiation ? Si cette médiation n'aboutit pas, l'expert dépose.

C'est un sujet, parce que nous réfléchissons à rentrer le temps de l'expertise dans la médiation mais peut-être aussi faut-il faire entrer la médiation dans l'expertise. Certains tribunaux commencent à rendre les missions mixtes en désignant à la fois un médiateur et un expert parce qu'on ne peut pas donner les deux missions à la même personne mais il faut quand même réfléchir à ce sujet.

Je le vis encore au quotidien aujourd'hui à Monaco par exemple. Monaco a gardé des textes très proches des codes napoléoniens, aussi bien le code civil que le code de procédure civile ancien dont nous retrouvons de nombreuses dispositions. L'expert monégasque a souvent, pas tout le temps, pour mission à la fin de ses opérations de tenter une conciliation des parties. C'est un passage obligé. À Monaco, tout va bien. On parle français, on se débrouille dans un monde judiciaire proche du notre, mais nous sommes quand même à l'étranger. Nous le pratiquions aussi autrefois, et cela existe encore dans d'autres systèmes, très proches du nôtre.

Les mêmes experts peuvent le faire devant certaines juridictions et pas devant d'autres. La réflexion mérite donc au moins d'être lancée. Peut-être aurions-nous une solution à cette quadrature du cercle, qui permettrait de recréer ce théâtre de MARD et qui serait donc l'expertise elle-même. Je sais que cette question est très controversée et que, en disant cela, je prends le risque de recevoir quelques tomates bien mûres, cela peut arriver. Je crois que c'est cinq fruits par jour.

Je vais donc m'arrêter là, mais je voulais poser cette question. Vous avez compris que, dans la question que je pose, je pense que l'on trouve la réponse. Ceci dit, le débat est très ouvert, j'en conviens.

**Isabelle ROHART-MESSAGER**

Sur la seconde question, de façon générale, le médiateur est garant de la loyauté du processus et de la bonne foi. Il arrête sa médiation s'il existe des infractions pénales.

L'article 21-3, il précise que : *Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations, déclarations, etc. ne peuvent être ni divulguées ni invoquées ou produites dans une instance judiciaire. Il est fait exception aux alinéas précédents dans les deux cas suivants :*

- a) *en présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motif lié à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ;*
- b) le b n'intéresse pas votre question.

En conséquence, le médiateur n'a pas à informer le juge de ce qu'il se passe, mais arrêtera le processus de médiation ; c'est le principe de loyauté et de bonne foi. Ensuite, les parties, s'il y a des choses de cet ordre, ne sont peut-être plus tenues à la confidentialité.

### **Claude DUVERNOY**

Je voulais juste rajouter une illustration, Isabelle. Le médiateur arrête ou n'arrête pas. J'ai eu un cas dans une co-médiation de mon centre. Le débat était autour de la responsabilité civile professionnelle d'un notaire, avec l'assureur, une quinzaine de parties et d'avocats autour de la table. Au cours d'une plénière, l'un des héritiers du défunt soi-disant signataire de l'acte notarié dit : « De toute façon, vous savez, on perd un peu notre temps parce que l'acte, c'est moi qui l'ai signé. J'ai imité la signature de mon père. »

Cela s'appelle un faux. A chaud, la solution que j'ai adoptée est d'interrompre la plénière, de faire un aparté avec tous les avocats, en leur disant : « Nous avons sur la table un faux en écriture. Comme je ne suis pas pénaliste, je ne sais pas si c'est en écriture privée ou publique. Que faisons-nous ? » Les avocats ont décidé de poursuivre le processus, après avoir recueilli l'accord de leurs clients. Était-ce suffisant ? Je m'interroge encore ! Un accord complet a été trouvé malgré tout.

Comme tu l'as rappelé, il y a quand même deux exceptions dans la loi de 95 et nous pouvons rajouter une autre avec la loi de décembre 2019. En cas de violence alléguée, la médiation est interdite. C'est une interdiction en amont.

### **Christian ROUSSE**

J'ai vu un autre cas où l'une des parties a essayé d'instrumentaliser la médiation en expliquant que ce qu'il faisait, il le faisait en contradiction avec la loi depuis des années et que donc il fallait continuer pour avancer. Le médiateur a dit qu'il n'allait pas plus loin. Ce n'était pas possible d'aller plus loin et il n'y a pas eu cette capacité de réunir les parties pour dire : qu'est-ce qu'on fait ? C'était quelque chose de différent. Dans le premier exemple, celui qui vient dire cela sait où il en est, il essaie de trouver une solution et il s'accuse lui-même de faux. Dans ce deuxième exemple, l'autre invoque qu'il a cette pratique malveillante depuis des années et qu'il est là pour continuer. C'est un peu différent.

### **Isabelle ROHART-MESSAGER**

La question est : qu'est-ce que l'ordre public ? Le juge ne sait pas ce qui se passe, une fois le médiateur désigné. Mais je vois Monsieur LELIÈVRE dans la salle qui est souvent nommé dans les dossiers de droit des sociétés. Il pourrait vous dire que très souvent, quand nous avons une révocation de gérant ou, de façon générale, des litiges en droit des sociétés, il y a des aspects pénaux, des plaintes pénales croisées, etc. Ce n'est pas, pour autant, un obstacle à la poursuite de la médiation. Le médiateur va essayer de tout arranger, de reconstruire un dialogue.

### **Christian ROUSSE**

J'ai envie de dire que les juristes gardent la bonne vieille distinction entre les intérêts civils et le caractère pénal de l'infraction. Nous pouvons continuer de discuter, sachant ce qu'il se passe ailleurs, l'ordre public étant concerné.

### **Claude DUVERNOY**

D'autres interventions ?

**Corinne THOMAS-MOULET**

Je suis expert bâtiment depuis 23 ans et je suis médiateur. J'ai été formée par Madame GUILLAUME-HOFNUNG il y a quatre ans. J'en ai éprouvé le besoin.

Je voulais rebondir sur l'expertise judiciaire en matière de bâtiment et la médiation. Nous voyons bien dans la frise chronologique de l'expertise que des affaires sont mûres à différents moments. Bien entendu, quand je fais de la médiation, je ne suis pas expert, mais quand j'ai une expertise, je me dis : « ce serait bien maintenant ; nous sommes juste au moment adéquat ».

Ce sont des choses assez complexes ; à un moment donné, on sent que cela va mûrir. On sent que c'est bien mais le problème est que tout le monde n'a pas cette petite sensibilité qui fera que, parfois, on appuie sur le bouton et on dit : « Tiens ! Et si on faisait une médiation. »

**Paul SEMIDEI**

C'était un double sujet en fait : c'est le sujet du médiateur qui connaît la matière de l'expertise, ou de l'expert qui connaît la médiation. C'est vrai qu'il est difficile d'oublier que l'on est aussi médiateur et de n'être qu'expert. Ce sera un sujet pour la deuxième table ronde.

Si tout cela était susceptible d'être mené dans le cadre d'une seule et même opération d'expertise avec une mission type adapté, on retrouverait cette situation du bon réflexe.

*[Une personne dans la salle proteste pour l'impartialité.]*

En matière administrative, est-ce que l'expert manque nécessairement d'impartialité dans la phase, dite de médiation ? C'est un vrai sujet, je suis d'accord avec vous, et c'est ce qui bloque en matière judiciaire.

**Corinne THOMAS-MOULET**

Quand je suis expert, je ne suis pas médiateur même si, quand je suis médiateur trop longtemps, le casque déforme la tête. Mais quand je suis expert, alors que je ne suis pas médiateur, je sens parfois que les affaires sont mûres. Cette sensation que nous n'avions pas au début, nous pouvons l'avoir au milieu, à la fin, aux trois quarts. Dans la frise chronologique, beaucoup de choses se passent et à ce moment, on le voit. C'est pour cela que j'ai fait cette formation. Dans ma pratique d'expert depuis 23 ans, je vois bien que parfois les gens ne sont pas contents. Le juge doit dire le droit, mais les gens ne sont pas contents.

**Christian ROUSSE**

J'aime bien cette remarque parce que nous sommes au moment où il y a le lien entre les deux. Tout à l'heure, nous parlions de cette médiation qui a besoin d'expertise. Maintenant, nous sommes en train de dire que l'expert, parce qu'il a eu la chance d'être formé à la médiation, se rend compte que peut-être la médiation pourrait intervenir. Peut-être l'expert pourrait-il dire aux personnes : « Si nous étions dans un autre registre, une médiation ne vous serait-elle pas utile ? » Il aurait peut-être pris une position intéressante, parce que les personnes pourront alors se poser la question de savoir si elles n'ont pas intérêt à saisir un médiateur pour avancer sur ce que l'expert a trouvé.

Mais puisque nous sommes à l'intérieur de la médiation – c'était la question de départ – on revient à ce moment vers le médiateur et on lui dit : « Allez-y, je crois que c'est prêt pour vous. »

**Claude DUVERNOY**

Autre intervention ?

**Pierre LOEPER**

Je voudrais vous poser une question sur la procédure marseillaise. Cela m'a tout à fait intéressé parce que j'y vois, comme expert, une façon de résoudre cet antagonisme entre la confidentialité de la médiation et notre réflexe naturel de pratiquer la contradiction.

Je me pose deux questions sur la mise en œuvre de cette procédure. La première, confirmez-moi à qui l'expert doit son rapport. Est-ce au juge qui l'a désigné ou est-ce au médiateur ? Deuxième question : l'expert peut-il ou doit-il parler avec le médiateur en présence des partenaires ou hors leur présence ?

**Christian ROUSSE**

Effectivement, nous gardons bien le clivage c'est-à-dire que, lorsque sur mission du juge, l'expert va sur place faire ses constatations, il va tirer de cela un document que nous pourrions appeler un procès-verbal ou un compte-rendu de constat d'opération, avec ou non une dimension technique si on veut se limiter au constat. Mais mon sentiment personnel est que l'on doit en rester là. C'est ce qu'a prévu le juge en parlant de « notes techniques de constatation » ou, pour de petites affaires, on peut voir passer des devis si les personnes ont pris le soin de préparer la réunion. L'expert envoie ce document aux parties et aux avocats. À partir du moment où ces personnes ont le document, elles vont saisir le médiateur. Elles le lui communiquent ou non, mais cela ne part pas vers le juge.

La deuxième question était de savoir si l'expert parle au médiateur ou aux parties. Dans la conception que nous en avons, la réunion d'expertise est totalement autonome. Le médiateur n'intervient pas dans le débat de l'expertise. Il n'est pas présent. Il n'intervient pas. Encore une fois, l'accès aux faits, pour lui, est dans les représentations. Il se peut qu'il voie arriver peut-être un document. On peut ne pas le lui envoyer. D'ailleurs, personnellement, je préfère ne pas avoir de document. Mais les personnes, les partenaires et leurs avocats vont voir arriver ce document et vont s'adresser au médiateur. Le médiateur va faire fonctionner son processus de résolution des conflits alors qu'il n'aura pas vu le document.

Les deux procédures sont parallèles ou, plus précisément, il y a un parallélisme. En fait, dans le temps, il y a une chronologie. Le juge dit « je désigne », l'expert fait son constat et remet son document de constat, le médiateur réunit les parties et essaie d'arriver à leur permettre de trouver des solutions. C'est ainsi que cela se profile. Mais nous n'avons pas prévu, à Marseille, que si on n'y arrivait pas parce que le constat ne suffit pas, cela serait peut-être bon que le médiateur puisse suspendre sa mission dans l'attente pour les parties d'avoir la possibilité d'éléments objectifs qui les aident avant qu'elles ne reviennent devant lui.

**Paul SEMIDEI**

Il y a trois motifs qui font que cette mesure d'instruction doit prospérer. La première parce que c'est à Marseille... La deuxième raison plus sérieusement, est que, sur les quatre rédacteurs, trois sont dans cette salle. Avec Robert GIRAUD ici présent et Christian, nous avons participé à cette rédaction en collaboration avec la juridiction concernée. Enfin et surtout, le mécanisme est bien conçu : il a été dit « parallèle » mais « enchâssé » serait le terme exact. On démarre par ce bout d'expertise, on suspend les opérations à la phase de constat, on donne une chance supplémentaire à la médiation parce qu'elle est éclairée par ce bout d'expertise et, si la médiation n'aboutit pas, les juridictions sont satisfaites et on ne retourne pas devant le juge. L'expert est déjà nommé. Il reprend simplement la mission au stade exact où il l'avait arrêtée. L'aide à la médiation est tout de même considérable et, en cas d'échec, une poursuite de l'expertise qui permet ainsi une relative innocuité de l'échec de la médiation. Voilà comment on arrive à enchâsser les deux phases. Nous pensons que cela peut être efficace. Nous n'avons pas encore assez de recul mais c'est une idée, en tout cas, qui fera son chemin, je l'espère.

**Yves COUASNET**

Je suis expert à la Cour d'appel de Paris ainsi qu'à la Cour de cassation sur la rubrique bruit, acoustique et vibrations. Voici deux cas concrets que j'ai vécus.

Dans le premier cas, j'ai été désigné dans un collège d'experts et, en même temps, un médiateur a été désigné. Le médiateur a assisté à deux de nos réunions, mais la médiation n'a pas abouti. Voilà un cas de figure où le médiateur a participé à nos réunions d'experts en tant que collègue d'experts.

Dans le deuxième cas de figure, j'ai été désigné pour une mission. À la suite de la première réunion des parties, j'ai fait part de mes investigations et les parties ont décidé de faire une médiation conventionnelle. Ils ont peut-être vu à la suite de mes investigations qu'ils devaient se concerter ensemble et ils ont demandé une médiation conventionnelle. Comme cela durait un peu longtemps, j'en ai référé au juge du contrôle et de l'expertise pour demander ce que je devais faire, puisqu'il faut bien que mon expertise avance. Il a donné quatre ou six mois en plus aux parties et, finalement, ils se sont arrangés. Mon expertise est donc aujourd'hui nulle et non avenue. J'attends la réponse du juge du contrôle expertise pour déposer en l'état ou peut-être ne pas déposer de rapport, mais simplement envoyer mes honoraires.

**Paul SEMIDEI**

Pour compléter si tu le permets, je crois que c'est à Rennes que l'expérimentation a été faite de la manière suivante : le magistrat désigne un médiateur et en même temps un expert. Il laisse le médiateur accomplir son travail dans le délai imparti et si cela n'aboutit pas, l'expert prend le relais, puis éventuellement le médiateur ensuite lorsque les aspects techniques ont été réglés.

**Christian ROUSSE**

Un complément de réponse à Pierre LOEPER : je considère personnellement que le rapport est, dans tous les cas, déposé au tribunal. Même si la médiation a abouti, que l'expert constate l'accord des parties et, en théorie, que le rapport ne devrait pas être déposé, le juge va évidemment déposer pour justifier la taxation. Si la médiation n'aboutit pas, de toute façon, le rapport d'expertise sera déposé au tribunal. À mon avis, dans les deux cas, au final, le rapport est déposé.

**Didier FAURY**

Is Merci beaucoup à nos orateurs pour ces brillants propos. Avant de faire de vous laisser faire une pause, puisque tout le monde a beaucoup cogité, je voudrais juste attirer l'attention des experts sur la nécessité d'établir un acte de mission. Pourquoi ? C'est bien sûr pour la sécurité de l'expert mais aussi la sécurité des parties. Imaginez bien que l'issue du processus de médiation peut être un accord qui va engager les parties. Il faut que les parties s'engagent en connaissance de cause sur la question de fait que l'expert a traité et il faut que l'éclairage de l'expert ne laisse pas planer de doutes sur la nature et l'ampleur des travaux qu'il a réalisés et sur l'éventuel caractère limité de ceux-ci. Je crois qu'il est extrêmement protecteur pour l'expert de bien réfléchir à l'avis oral. Je suis, à titre personnel, beaucoup plus à l'aise avec un avis écrit. Tous, experts que nous sommes, nous savons l'extrême méticulosité, l'extrême précaution que nous mettons à nous exprimer dans un rapport d'expertise. Des conclusions orales sur des phénomènes complexes peuvent être inappropriées ou mettre l'expert mal à l'aise. Le maître mot, me semble-t-il est « acte de mission ». L'objectif de cet acte de mission est que l'ensemble des participants, experts et parties, s'engagent dans le processus en connaissance de cause, en mesurant la portée des choix qui seront faits sur l'étendue des travaux d'expertise, sur l'écrit, l'oralité du rapport, le traitement de la confidentialité.

**Isabelle ROHART-MESSAGER**

Il y a un point très difficile : il faut être précis quant au sort des pièces qui seront échangées. Il faut bien l'indiquer dans la mission de l'expert ou dans la convention de médiation de façon générale. C'est un point très délicat et un peu controversé, tout le monde ne le dit pas la même chose. Je peux vous donner mon avis parce que j'ai un peu réfléchi à la question. Si les textes précisent que la médiation est confidentielle, rien n'est dit sur les pièces échangées au moment de la médiation. Nous avons quelques indications dans le rapport au Président de la République qui avait précédé l'ordonnance où il est indiqué : « Le principe de confidentialité ne sera pas de nature à empêcher les parties de faire valoir devant la juridiction saisie des moyens de preuve qu'elles auraient pu produire à l'occasion d'une médiation. Ainsi, le principe du droit d'accès au juge est préservé. » On peut en déduire que le principe de confidentialité consiste à protéger l'ensemble des informations qui n'ont pu être obtenues que grâce au processus de médiation. Il existe des informations très confidentielles qu'on ne donnerait qu'en médiation et qu'on garderait confidentielles. Mais les autres pièces ne seraient pas protégées par la confidentialité.

Pratiquement le problème peut se poser ainsi : une partie produit une pièce au procès. Si on considère que cette pièce est confidentielle car elle a été produite en médiation, plus personne n'osera communiquer de pièces en médiation. Ceci peut engendrer des stratégies procédurales, il faut donc être prudent pour éviter le risque d'instrumentalisation. Sur ce sujet, Madame la Professeure Natalie FRICERO a écrit que la confidentialité ne concerne pas toutes les pièces que l'une des parties apporte en médiation. Elles peuvent les produire en justice, sauf si c'est une pièce produite uniquement pour les besoins de la médiation, qui est purement confidentielle et qu'on qualifie comme telle lors de la médiation. C'est son opinion, qui n'est pas celle de tout le monde, mais je suis tout à fait d'accord avec elle.

Il faut y faire vraiment très attention. Nous avons actuellement un groupe de travail à la Cour d'appel, dirigé par Madame le Professeur Valérie Lasserre qui réfléchit à cette question car d'un côté il y a la confidentialité et de l'autre côté il y a aussi le droit à la preuve. On ne peut pas être privé de ses propres preuves lorsqu'elles ont été échangées au cours de la médiation. Tout cela devrait être défini avant la mission d'expertise, si un expert est choisi au cours d'une médiation. En tous cas l'expert devra être vigilant sur ce point.

**Didier FAURY**

Je crois que nous avons toute la substance pour faire un deuxième colloque. Pour l'instant, nous allons nous interrompre dix minutes et nous nous retrouvons donc pour la deuxième table ronde à 15 h 45.

## Table ronde n°2 : l'expert médiateur

### Claude DUVERNOY

Pour la deuxième table ronde, dont l'intitulé est « L'expert médiateur », je vais appeler Madame LOUE-WILLIAUME, première vice-présidente du Tribunal de grande instance de Nanterre, et qui a pour mission en particulier de piloter les référés. Elle connaît donc bien l'expertise, l'article 145 et elle connaît bien la médiation également pour envoyer régulièrement à des réunions d'information.

Nous devons avoir Monsieur Xavier LIBERT mais il nous a envoyé un mot ce matin. Il est malheureusement alité avec une grippe, ce qui est dommage puisque nous l'attendions avec intérêt pour nous parler de la médiation en matière administrative.

Christophe AVELA, qui est avocat au barreau de Paris, va nous rejoindre. Il vient de nous indiquer qu'il arrive ventre à terre. Didier CARDON, médiateur, est premier vice-président du CNCEJ et, nous avons Philippe BAU, médiateur également au CIMA de Lyon et de Bayonne Médiation.

La problématique qui est la vôtre, Madame et Messieurs, est de nous apporter votre expérience, vos réflexions sur l'expert médiateur. Derrière cette question un peu générale se pose la question suivante. L'expert, avec ses compétences techniques, peut-il enrichir la médiation elle-même ? Enrichir le processus et plus généralement l'offre de médiation ? Nous nous demandons également, et cette question intéressera peut-être plutôt le médiateur, si la médiation est un processus à géométrie variable. La médiation est-elle un processus qui doit s'adapter aux problématiques techniques, aux questions posées ? Le médiateur a-t-il des modes opératoires différents en fonction des questions posées, qu'elles soient techniques ou autres ?

Ma question s'adresse à vous, Madame la Présidente. Vous avez entendu la fin de la première table ronde sur les missions mixtes. Dans votre pratique de juge des référés, généralement saisi sur le fondement de l'article 145, cette perspective d'une double mission vous paraît-elle être une piste à creuser ? Dans cette hypothèse, les choses doivent-elles se passer avec des phases différentes ? Attendez-vous effectivement le dépôt d'un rapport quoiqu'il arrive ? Vous avez la parole.

### Pascale LOUE-WILLIAUME



Bonjour à toutes et à tous. Pour répondre à votre question, Maître DUVERNOY, à Nanterre sur les référés, car il est exact que c'est sûrement différent de ce que font les autres chambres civiles en matière d'expertise dans les affaires de fond, je dirais d'abord que nous n'avons pas un recul très important. Nous n'en sommes pas encore à un stade où nous disposons d'un historique suffisamment long pour répondre utilement à votre question avec des exemples concrets. À ma connaissance, nous n'avons pas encore, en référé, ordonné des expertises et, parallèlement à cela, ordonné des médiations. Pas immédiatement en tout cas. Il est vrai que nous essayons effectivement d'inciter les parties à recourir à la médiation, parfois pour éviter justement l'expertise parce que, dans certaines affaires, on s'aperçoit finalement que le coût d'une expertise vient largement alourdir un budget de défense qui

sera déjà assez conséquent, dans des affaires où les remèdes à apporter sont assez facilement identifiables. En particulier, je pense par exemple à des problèmes en matière de copropriété ou à des problèmes de construction relativement simples, à des problématiques de dégât des eaux par exemple dans les copropriétés. Ce ne sont pas des litiges dans lesquels les enjeux portent sur un immeuble tout entier avec des désordres importants. Dans ce type d'affaire, le juge des référés essaie d'inciter les parties à se passer de l'expertise lorsqu'elles ont déjà des devis, lorsqu'il y a déjà des éléments et que les solutions techniques sont déjà identifiées ou facilement identifiables.

Pour répondre à votre question précisément, nous n'avons pas encore à Nanterre d'exemple de double mission.

#### **Didier FAURY**

Madame la Présidente, cette question est assez cruciale, notamment eu égard à la composition de l'assistance constitué de nombreux experts qui, sans doute, sont pour partie déjà médiateurs tandis que d'autres envisagent peut-être de le devenir. L'existence d'un médiateur spécialisé dans une activité ou dans une technique enrichit-elle d'après vous l'offre de médiation ? Quand vous désignez un médiateur, êtes-vous personnellement sensible au fait que, au regard du sujet posé, la connaissance par le médiateur du secteur d'activité peut être un plus ? Tout en sachant bien évidemment, je le dis une bonne fois pour toutes et nous avons d'ailleurs eu quelqu'un l'a dit dans la salle, l'expert quand il est médiateur, est médiateur et n'est plus expert. Il a simplement la culture d'un domaine d'activité ou d'une technique.

#### **Pascale LOUE-WILLIAUME**

Je crois que cela va relativement de soi. En tout cas, nous avons effectivement plutôt ce réflexe, aussi bien en droit de la construction qu'ailleurs. Je vais prendre un autre exemple en droit du travail, puisque j'interviens aussi à Nanterre sur le pôle social, notamment sur les conflits collectifs du travail. Effectivement, en ce qui me concerne puisque ce sont des domaines sur lesquels j'interviens personnellement, j'ai commencé à avoir recours à des médiateurs qui sont tous spécialisés en droit du travail et je dirais même plus spécifiquement dans les relations professionnelles.

Cela me paraît évident. Je pense que c'est à la fois un marqueur de légitimité supplémentaire et un vecteur, à mon avis, pour que les médiations aboutissent. Les retours que nous en avons déjà le montrent d'ailleurs tout à fait.

#### **Didier FAURY**

Merci, Madame la Présidente. C'est un débat, un débat profond dans le monde de la médiation. Il y a une tendance de certains médiateurs à dire que la spécialisation du médiateur est un péché – je force un peu le trait – tandis qu'un autre courant reprend ce que vous venez de dire, Madame la Présidente, et que vous avez même affirmé très franchement en disant que la question se pose à peine, que la spécialisation est un avantage.

#### **Pascale LOUE-WILLIAUME**

Il faut, je pense, distinguer selon les problématiques et les contentieux. Lorsque nous sommes uniquement sur des problématiques de relationnel, dans lesquelles finalement il y a beaucoup d'affectif entre les parties, je pense que nous pouvons avoir affaire à un médiateur beaucoup plus généraliste. Mais dès que nous passons sur des problématiques assez techniques qui nécessitent des dossiers compliqués, comme dans l'exemple du droit de la construction ou du droit du travail, comme pour des questions qui intéressent le fonctionnement des institutions représentatives du personnel ou sur des problématiques complexes en droit social, je pense alors qu'il faut vraiment mieux recourir à des médiateurs qui ont des connaissances, souvent par leur pratique professionnelle antérieure. Je crois que, dans ce cas, c'est vraiment un élément, un vecteur favorable. Il me semble que, du

côté des parties et de leurs avocats également, c'est un critère qui peut permettre justement d'avancer plus favorablement. Ce sont les retours que beaucoup nous font.

### Didier FAURY

Nous demanderons aux parties, qui sont représentées ici par un avocat, par Christophe AYELA. Nous le lui demanderons tout à l'heure.

La poursuite de la question est pour Didier CARDON, avec cette même problématique générale de médiateur spécialisé ou médiateur généraliste. Je vais peut-être l'aider à répondre : une solution à explorer pourrait être la co-médiation avec un médiateur généraliste et un médiateur spécialisé ou bien, et nous en revenons à la première table ronde, avec un médiateur généraliste qui ferait appel à un expert sur une question de fait. Nous voyons que plusieurs possibilités existent pour atteindre l'objectif recherché. Didier, qu'en penses-tu ?

### Didier CARDON



Je peux vous donner mon vécu puisque j'ai la chance d'être expert judiciaire depuis plus de 30 ans et, depuis un an, médiateur près la Cour d'appel de Paris. Le conseiller CHAMPEAUX disait que, pour être un bon expert, il faut avoir trois tiers de compétences : un tiers de compétences techniques – l'expert est le meilleur, il est excellent dans son domaine technique – un tiers de compétences juridiques – l'expert n'a certes pas à dire

le droit mais il ne faut pas qu'il tombe dans les chausse-trappes de nos amis avocats – et il faut un troisième tiers de pédagogie – expliquer pourquoi il va prendre telle ou telle méthode, pourquoi il demande tel ou tel document.

Je vais faire comme Pagnol, je vais rajouter un quatrième tiers. Le quatrième tiers en expertise est l'empathie, l'écoute, le sens des ressources humaines. Je pense qu'en matière de médiation, il faut trois qualités : l'écoute, l'écoute et l'écoute. On peut aussi dire l'écoute bienveillante, l'empathie et le bon sens qui me paraissent être les trois qualités que doit avoir le médiateur.

En médiation, je commence toujours, avec l'accord des avocats, par recevoir les parties séparément. Nous ne sommes pas obligés de respecter le principe de la contradiction. Les avocats sont surpris, disent « pourquoi pas » et souvent ils préfèrent venir seuls en expliquant que leur client est un peu emporté, passionné, peut-être excessif, un peu violent. C'est comme dans le film *100 000 dollars au soleil*, quand Michel Constantin voit Lino Ventura, parle à Jean Lefebvre et lui dit : « tu sais, petit, quand les gars de 120 kilos parlent, ceux de 60 écoutent ».

En général, c'est l'avocat qui précise qu'il vient me voir seul. Je vois le second avocat séparément, le lendemain. Il vient avec son client ou non. Cela me permet déjà de ne plus entendre de plaidoiries ou d'examiner des dossiers techniques. Je leur dis que je ne veux surtout pas recevoir le dossier de plaidoirie. Je souhaite juste qu'ils me donnent le document ou le contrat, enfin le point qui pose souci. Dans la foulée, je fais la réunion plénière avec les avocats, les parties etc. Cela va beaucoup plus vite et cela se passe très bien parce l'on va directement à l'essentiel. C'est la méthode que j'utilise. Elle en vaut d'autres mais, en tout cas, elle fonctionne bien.

Si vous êtes LE spécialiste – par exemple, cela fait quarante-cinq ans que je travaille avec des compagnies d'assurance, c'est un secteur que je connais parfaitement bien – le danger, quand vous êtes très spécialisé dans un secteur, c'est que le naturel revienne au

galop. Avec plus de 30 ans d'expertise judiciaire, vous risquez de faire une expertise judiciaire « light » et ce n'est pas ce que l'on vous demande.

Personnellement, je préfère ne pas connaître le dossier, me le faire expliquer unilatéralement, comme je l'ai dit, de façon à ce qu'il n'y ait pas de plaidoirie. Cela se fait très calmement, très gentiment. Ensuite, lors de cette plénière, cela va en général assez vite et cela se passe plutôt bien.

Concrètement, puisque je vois un des médiateurs les plus importants dans notre activité qui est présent, j'estime que je n'ai pas besoin d'être un spécialiste du droit pétrolier ou du droit de l'environnement. Nous avons le cas d'un dossier dans lequel un médiateur est désigné, deux experts comptables ont été désignés pour évaluer une société comportant des hôtels, dont votre serviteur, et j'ai proposé qu'un sapiteur, entre guillemets, qui est un expert en immobilier m'appuie sur ce dossier. Personnellement, je ne sais pas évaluer un hôtel à Besançon ou à Vesoul, je ne connais pas le marché local, je ne connais pas la tendance. Ce n'est pas moi qui suis le chef d'orchestre ; il y a un médiateur, deux experts-comptables et il y aura au moins un expert, peut-être deux si les parties sont d'accord, avec un sapiteur immobilier. On a toutes les techniques si on est dans un domaine très spécialisé.

Didier parlait de comédiateurs. Je crois que, au tribunal de Marseille, ainsi qu'à Nantes et à Saint-Brieuc également, il existe des nominations avec un médiateur et un expert ou deux médiateurs. Tout est possible. Je pense que nous avons toutes les techniques et que le bon sens est quelque chose d'important, que l'écoute est quelque chose de fondamental, que la médiation traditionnelle est, selon moi, une solution préférable.

Par contre, le point fondamental est que, lors des réunions de médiation, il faut que le décisionnaire soit présent. J'ai eu un dossier qui portait sur des millions d'euros, avec les plus grosses compagnies d'assurance de la place et j'avais des membres du comité directeur qui pouvaient « lâcher » 10, 20 ou 30 millions. Nous parlions avec les actuaires, nous nous comprenions bien. C'était un dossier très spécialisé, mais les décisionnaires étaient présents. Dans la médiation, il y a des instants de grâce qui durent 30 secondes, soit parce que le médiateur a eu une parole heureuse ou parce les parties sont fatiguées, qu'elles en ont assez et c'est à ce moment que, d'un seul coup, il faut conclure. C'est comme la poignée de main du maquignon ou du marchand de cochons qui fait foi, mais si le décisionnaire n'est pas présent, on rate l'occasion et ensuite, comme en cuisine, on ne repasse jamais deux fois les plats. C'est comme les trains, il y a les gens qui regardent passer les trains et il y a ceux qui montent dedans. Les premiers diront : « je n'ai jamais eu de chance dans la vie ».

Pour répondre à la question, je pense que les deux pratiques existent. Personnellement, étant un peu normand, les deux me vont bien. J'ai une petite préférence pour le médiateur qui connaît le domaine d'intervention. C'est amusant parce que, dans toutes les réunions de médiation, les avocats vous appellent toujours « Monsieur l'expert ». Ils ont du mal à vous appeler « Monsieur le médiateur ».

Dans notre métier, en tant qu'expert-comptable depuis 45 ans et c'est malheureusement l'avantage d'avoir un peu d'expérience, je suis intervenu dans pratiquement tous les secteurs, aussi bien dans la promotion immobilière, dans la production de cinéma, dans l'industrie, dans la pharmacie. Nous avons une formation de généralistes et de spécialistes. Nous sommes un peu le médecin interne de l'expertise, si je puis dire. C'est sûr que quelqu'un qui est spécialisé en incendie explosion est plus spécialisé dans un domaine. Si on lui donne un problème de mise sur le marché de produits pharmaceutiques, il risque d'être plus dérouté.

Je ne sais pas si j'ai répondu à ta question, mais c'était ma réponse.

**Didier FAURY**

Nous n'avons pas fini de nous la poser. De toute façon, c'était ta réponse.

J'ai entendu Madame Présidente nous donner un argument fort. La compétence technique, avez-vous dit, est un marqueur de légitimité. J'entends par là, dans votre propos, en tout cas j'espère bien l'interpréter, que cela participe à asseoir l'autorité du médiateur.

La question autour de laquelle nous sommes en train de circuler et Didier l'a quand même dit en nous expliquant qu'il n'avait pas envie d'avoir les dossiers, qu'il n'avait pas envie d'avoir tous les éléments, est la question de la neutralité. Un des grands principes de la médiation est la neutralité. C'est le pas de côté, c'est quitter totalement sa casquette et modifier d'une certaine façon l'organisation de ses neurones.

Comment le médiateur réagit-il à ce premier échange ?

**Philippe BAU**

Merci, Didier. Merci, Président. Bonjour à tous.

Vous vous souvenez que, au dix-huitième siècle, il existait une profession qui s'appelait celle des barbiers-chirurgiens. C'est-à-dire que le barbier était chirurgien, dans la mesure où il savait manier le scalpel. Fort heureusement, ces deux professions sont aujourd'hui distinctes. On peut se poser la question de savoir s'il est naturel qu'un expert devienne automatiquement médiateur. C'est une question. Je suis de ceux qui,

depuis un certain temps, pensent que la médiation vient enrichir la posture de l'expert. D'ailleurs je crois avoir été un des promoteurs – n'est-ce pas mon cher président Bruno CLÉMENT ici présent – de notre compagnie pluridisciplinaire des experts de Lyon, si bien que nous avons 15 médiateurs qui prêtent serment vendredi. Il y a une autre cohorte de 15 autres médiateurs qui est en préparation.

Personnellement, j'ai la chance de faire des médiations commerciales et administratives à Lyon au CIMA et des médiations familiales chez Bayonne Médiation. Je salue ma présidente Claude BOMPOINT-LASKI qui est ici présente. C'est un peu de la chance, cela me donne un spectre d'intervention relativement large et je crois pouvoir mesurer combien, effectivement, dans la résolution des conflits, je mets d'ailleurs l'expertise comme un outil de MARC, de MARD ou de MARL comme on voudra. Je mesure combien dans les raisons des conflits interviennent des aspects techniques, factuels, mais aussi des aspects émotionnels bien entendu, nous le savons tous.

Lorsque je suis expert, compte tenu de mon expérience de médiation, qu'est-ce qui m'interdit à certains moments dans ma mission d'expertise – et ces moments existent, il faut savoir les saisir – d'avoir une posture, tout en respectant bien sûr l'indépendance qui est demandée à l'expert ? Qu'est-ce qui m'interdit de mettre en œuvre une capacité d'écoute active, de reformulation pourquoi pas, de congruence ?

D'ailleurs, il m'est arrivé quelquefois de le faire, dans les deux moments qui me paraissent importants en expertise pour avoir être en attitude de médiation. Je dis bien en attitude de médiation, surtout pas médiateur. Ces deux moments sont la première réunion contradictoire, puisque tout le monde est là, et la présentation du pré-rapport.

Je crois d'ailleurs utile aujourd'hui que l'expert ne se contente pas d'envoyer son pré-rapport aux avocats pour les envoyer à leur tour aux parties avant de faire leur dit

récapitulatif. Pourquoi ne pas réunir tout le monde de façon à justement présenter les conclusions et peut-être permettre aux parties de trouver un accord ? Puisque finalement l'objectif de tous les MARD est de trouver un accord, c'est de favoriser l'émergence d'un accord. En tant qu'expert, je peux dire que quelquefois il m'a été utile, effectivement, d'être en capacité d'écoute et de médiation. D'ailleurs il m'est arrivé de mettre dans le compte-rendu de la première réunion contradictoire que j'ai rappelé aux parties que, à tout moment, ils ont la possibilité de concilier. À tout moment, ils sont capables d'aller chercher un médiateur pour des aspects qui seraient évidemment au-delà des aspects techniques de la mission d'expertise.

Je vais maintenant parler du médiateur que je suis, dire en quoi mon expérience d'expert peut m'être utile. Comme nous l'avons dit tout à l'heure et tout au long de ce colloque, les litiges sont formés par des aspects factuels et techniques mais aussi par des aspects émotionnels. Dans les médiations que je fais, je vois de tout évidemment. Pour certaines médiations, au bout d'une heure, on s'aperçoit que l'enjeu est purement financier, avec l'une des parties qui dit : « *de toute façon, je n'irai pas au-delà de tant* » tandis que l'autre dit : « *je n'irai pas en-deçà de tant* ». Dans ce cas, soit la médiation s'arrête, ou je n'ai pas su faire, soit nous nous revoyons après un temps de réflexion pour voir s'il est possible de trouver un accord financier.

Il m'est arrivé cependant, dans ma pratique, d'avoir des médiations pour lesquelles les connaissances techniques sont précieuses. Je rejoins là ce qui a été dit sur des aspects très techniques, comme les garanties d'actif et de passif, les GAP (Garantie d'actif et de passif) par exemple. La GAP vient garantir la valeur de ce qui a été cédé. Il y a évidemment beaucoup de médiations autour de GAP. Si on ne connaît pas ce qu'est une GAP, la manière dont elle est parfois négociée pour équilibrer les termes d'un protocole d'accord etc. je pense qu'on passe véritablement à côté d'une capacité de médier les parties. Je parle d'une GAP mais je peux parler de bien d'autres aspects techniques : dans certaines médiations, il est précieux de connaître le sujet de manière approfondie. Je ne sais pas si j'ai répondu à la question.

### Didier FAURY

Très bien. Maître AYELA, cher Christophe, tu es ici comme avocat bien que je connaisse ton goût prononcé pour la médiation, mais tu intervies en tant qu'avocat en médiation judiciaire. Le magistrat propose une médiation et, bien évidemment, tu l'acceptes. Il propose également le nom d'un médiateur, puisque le magistrat ne peut imposer ni la médiation ni le nom du médiateur. Ma question est : le nom proposé recueille-t-il plus facilement votre assentiment si c'est celui d'un médiateur spécialisé, quand l'affaire évidemment s'y prête ? Autrement dit, la spécialisation du médiateur est-elle un plus ou un moins ? Comment les avocats et les parties réagissent-ils à cette proposition ?

### Christophe AYELA : L'influence sans autorité



Merci, Didier, pour cette question. Je suis ennuyé parce que je triche un peu : je suis avocat et médiateur à la fois, ainsi que formateur à la médiation au CMAP. Mes choix et mes considérations ne sont pas forcément ceux de la règle, de la généralité. J'ai personnellement tendance à penser qu'un médiateur est, d'abord et avant tout, un médiateur. Pour qu'il soit efficace, il faut qu'il sache être médiateur. Qu'il connaisse le fond de l'affaire, la technicité du débat, la problématique juridique ou factuelle n'est pour moi pas du tout rassurant. C'est même peut-

être inquiétant. Je vais vous l'expliquer.

Qu'il soit un bon médiateur, peut-être formé, en tout cas connu comme tel et qu'il soit capable d'incarner la posture du médiateur, cela me rassurera parce que je sais qu'avec un tel médiateur, nous pourrions avancer. Nous pourrions travailler, créer de la solution et non du conflit. J'ai eu de nombreuses expériences comme avocat en médiation. En tant que médiateur moi-même et formateur, je vois les défauts. Il m'est arrivé de former des médiateurs en cours de route, de les prendre à part, de les conseiller parce que je voyais que leur travail créait plus de problèmes que de solutions. Je vois très bien ce qu'il faut faire ou ne pas faire.

Je vais en dire un mot ou deux Je ne répèterai pas ce qui a été dit, mais je voudrais peut-être compléter et venir finalement rebondir sur ce que vient de dire mon collègue. Je crois que la médiation commence là où le problème est posé, quand il y a un différentiel financier énorme par exemple. J'en ai eu un hier, une médiation qui a commencé dans laquelle j'ai deux millions d'euros de borne d'un côté et en face, on propose zéro. Tout va bien. C'est justement là que le travail du médiateur commence. Vous avez une opposition financière énorme, des gens qui vous disent que jamais ils n'accepteront de payer autant, que jamais ils ne baisseront leurs demandes. C'est sur ce « jamais » que le médiateur va commencer son travail, commencer à avoir son influence de médiateur.

J'entendais tout à l'heure parler d'autorité. Le médiateur n'a aucune autorité. Il n'a aucun pouvoir. Il n'a aucune compétence technique. Le médiateur a de l'influence, c'est très différent. Qui, ici, s'est déjà posé la question de savoir quelle est la différence entre l'autorité et l'influence ? C'est pour cela que, s'il est trop technique et trop sachant du sujet concerné, il aura peut-être tendance à vouloir remplacer ce charisme qu'il doit avoir par une certaine autorité. Pourquoi ? Parce qu'il va avoir tendance à aviser et le piège de la médiation est l'avis, l'opinion. C'est ce qui vous brûle les lèvres. Au milieu d'un débat ou d'un conflit, parce que vous êtes et que nous sommes tous programmés et payés pour cela, nous allons avoir une furieuse envie d'aviser, une furieuse envie de dire aux gens : « Mais c'est ça qu'il faut faire ! Pourquoi ne faites-vous pas cela ? Je connais le sujet. Je vous le dis. Et si vous allez plaider sur un truc pareil, cela ne va pas être très bon. »

C'est ce qu'il faut s'interdire de faire. Je suis d'abord et avant tout soucieux que les médiateurs nommés soient de vrais médiateurs. Quand je vais acheter du pain, je vais chez le boulanger. Ensuite je fais ce que je veux du pain, un sandwich ou je le mange en baguette le matin au petit-déjeuner mais je veux du bon pain. L'usage est ensuite multiple et varié. J'ai beaucoup de médiations comme médiateur dans des domaines que je ne connais absolument pas. Cela ne pose aucun problème dans des médiations très techniques, en construction, en conflit d'associés.

Parfois, je connais mais je m'interdis d'aviser, à l'inverse, je ne connais pas du tout les droits d'auteur mais je suis beaucoup dans des conflits en audiovisuel, dans le cinéma, la production, la télévision, l'édition. Je ne connais pas le droit d'auteur mais dans les médiations, voyez-vous, les avocats font cela très bien et ils vous expliquent les choses très bien en deux minutes et demie. Vous comprenez tout. D'ailleurs, c'est là que je plains les magistrats parce que je ne serais personnellement pas capable de trancher. C'est tellement difficile avec des gens qui ont du talent, qui ont un sens et une conviction incroyable. Quand j'écoute les deux avocats, je me dis qu'ils ont raison, que tout le monde a raison. Heureusement, Dieu merci, je ne suis pas juge, je ne pourrais jamais décider de quoi que ce soit !

J'aime cette posture de médiateur qui n'a aucun pouvoir et qui n'en veut pas, qui n'a aucune autorité et qui n'en veut pas. Je veux juste conduire les parties vers l'accord. Je veux et j'ai cette intention toujours très forte de conduire les parties vers l'accord.

Quand je suis avocat, je me comporte comme un avocat en médiation. Surtout, les avocats, ne plaidez pas, je vous en supplie. Pitié pour le médiateur, ne plaidez pas. Vous êtes à l'envers de votre rôle d'avocat dans le processus de médiation. En médiation, les meilleurs avocats que je vois sont ceux qui comprennent, qui écoutent l'autre, qui parfois concèdent, avec l'accord de leur client parce que sinon il va vous dire : « Mais vous êtes fou, Maître, vous lui donnez raison. »

Non, le bon avocat en médiation doit pouvoir montrer qu'il écoute, il doit être capable de dire « je comprends, probablement, si j'étais à votre place, j'aurais la même demande que vous. J'aurais peut-être la même colère que vous avez ». C'est le discours d'un avocat en médiation. C'est celui qui va permettre à son client d'aller vers le meilleur accord possible pour lui. Il aura joué son rôle.

Merci. Je crois que je n'ai pas du tout répondu à la question mais je ne sais pas.

### **Didier FAURY**

Si, tu as répondu. Tu as répondu à la question d'une façon qui me convainc presque. Elle me convainc presque parce que j'ai moi aussi été formé à la médiation à l'IEAM. J'y ai appris une technique que tous les médiateurs connaissent bien qui est la reformulation, l'écoute attentive et la reformulation.

Les médiations que j'ai le bonheur de réaliser parfois sont extrêmement techniques. Si des magistrats me désignent, c'est sans doute parce qu'ils estiment, à tort ou à raison, que je comprends quelque chose aux sujets financiers. Je me suis souvent trouvé dans une situation où je me suis interrogé après que les parties se sont exprimées et que je reformule ce qu'ils ont dit. Je me suis dit : mais, le sujet est tellement technique que si je n'étais pas un spécialiste de la chose, je ne serais même pas capable de reformuler, de reformuler leurs positions.

Évidemment, je suis 100 % d'accord avec toi. Le médiateur n'a pas d'autorité mais il a une autorité naturelle. Il a l'autorité que sa compétence, son impartialité, son indépendance lui confèrent. Sa capacité à comprendre les sujets techniques qui lui sont expliqués et à les reformuler convenablement est simplement un gage de crédibilité du médiateur. C'est pour cela que je ne suis pas tout à fait d'accord. Je trouve qu'il y a des médiations dont le sujet même peut mettre mal à l'aise le médiateur qui tentera en permanence, comme c'est normal, de revenir sur la question du lien, des relations, des intérêts des parties. Mais cette capacité du médiateur à comprendre, au moins au départ, l'énoncé du problème est à mon sens un plus, voire est indispensable dans certains types de litiges.

### **Christophe AYELA**

J'ai eu une expérience comme cela d'une médiation avec deux grands groupes, un groupe japonais et un groupe français, avec des enjeux colossaux. La délégation japonaise vient à Paris. Ils étaient une quinzaine. Je t'avoue que je n'ai rien compris, du début jusqu'à la fin. Mais nous avons eu un accord. Premièrement, je ne comprenais pas la problématique qui était purement financière. Deuxièmement, nous parlions anglais mais les Japonais ne parlaient pas extrêmement bien. Nous avons un problème culturel et un problème de langue. Je n'ai rien compris de A à Z mais, avec la technique du médiateur, qui est d'abord et avant tout de lâcher prise, de laisser les choses se faire, d'accepter qu'elles se fassent devant vous et de les regarder, de les écouter, j'ai demandé au bout d'un moment au premier Japonais qui était présent, qui était d'ailleurs le plus jeune, de prendre le paperboard – ce que je ne fais jamais – et de noter lui-même quelles étaient ses demandes financières. Petit à petit, chacun est venu prendre le paperboard et chacun est venu écrire sa solution.

Je te dis que les cas sont extrêmes, dans lesquels il faut nécessairement comprendre les problèmes techniques. Je pense que c'est très rare et je pense qu'on peut toujours tout comprendre quand on se fait expliquer et qu'on a ce lâcher prise pour dire aux gens : qu'avez-vous à dire ?

### **Didier CARDON**

Je pense que, si on veut comprendre le problème technique, on nomme un expert de justice.

**Philippe BAU**

Je suis tout à fait d'accord avec ce qui vient d'être dit. C'est-à-dire que, en tant qu'expert et médiateur, quand on est en médiation, c'est évidemment le médiateur qui intervient. Rien n'interdit cependant au médiateur d'avoir une connaissance technique qui lui permet effectivement, comme tu l'as très bien dit et bien mieux que moi, de reformuler, d'aider à la reformulation. Il ne s'agit pas de donner un avis, comme tu le disais, Christophe, mais d'aider à la reformulation. En ce qui concerne les écarts de négociation, bien sûr que le travail commence quand il y a un écart important. Il y a quelquefois où l'on voit que ce n'est pas possible.

**Claude DUVERNOY**

On sent bien qu'on est sur le fil du rasoir. Voulez-vous dire quelque chose, Madame la Présidente ? Allez-y.

**Pascale LOUE-WILLIAUME**

Je pense que les deux ne sont pas incompatibles. Je pense que les compétences inhérentes au médiateur sont et doivent aller de soi, l'influence en particulier comme vous l'avez décrit. Je n'ai jamais été médiateur mais, effectivement, on ne demande pas à un médiateur d'aviser, de donner son avis, mais uniquement d'utiliser cette influence.

J'aurais quand même tendance à dire qu'il faut, dans des contentieux vraiment techniques, spécifiques, avoir du recul. Peut-être en tant qu'avocat n'êtes-vous pas d'accord mais certains de vos confrères nous renvoient le fait qu'ils connaissent le CV du médiateur et qu'ils ont une sorte d'a priori favorable. C'est une sorte de mise en condition préalable qui fait que les choses vont pouvoir avancer. Je pense aussi que, plus un médiateur va travailler, plus il va aboutir à des accords avec les parties, plus les choses vont se savoir et plus les avocats, évidemment, auront eux-mêmes aussi connaissance de la pratique des médiateurs. C'est comme cela que l'expérience se crée mais je pense que, pour l'instant en tout cas, il y a quand même nécessité d'avoir cette reconnaissance.

**Claude DUVERNOY**

C'est la légitimité que vous évoquiez. Je voulais juste donner raconter une anecdote que j'ai vécue en tant que médiateur. C'est un cas dans lequel ma propre compétence, non pas technique mais simplement ma compétence juridique – j'en ai un tout petit peu – m'a gêné dans mon activité, dans ma démarche de médiateur. Comme vous venez de le dire, les gens connaissent notre CV. Maintenant ils vont sur Google et ils ont plein de renseignements. Il s'agissait d'une vente en l'état futur d'achèvement. Je précise au passage que je suis totalement incompetent en matière de construction. La dame s'installe et je lui dis : « Madame, racontez-moi ce qu'il se passe » et elle me dit : « Monsieur le médiateur, nous sommes victimes d'un dol ». Je lui dis : « Madame, cela tombe très bien ; je ne sais pas du tout ce qu'est un dol, je vais apprendre grâce à vous. Il faut donc que vous me racontiez » et elle me répond : « Monsieur le médiateur, ne vous moquez pas de moi ; vous êtes avocat, je le sais, je l'ai vu ».

Elle essayait de m'amener sur la technique juridique, et j'ai trouvé cela extrêmement embarrassant, extrêmement gênant pour démarrer mon processus avec la neutralité nécessaire. Elle attendait justement de moi cette approche technique. C'était handicapant.

**Philippe BAU**

Comme quoi la question est compliquée. Nous sommes sur le fil du rasoir, comme tu disais.

Je vous l'ai dit tout à l'heure, je suis expert et médiateur mais, au fond, je n'en sais rien. J'essaie de devenir expert et plus encore médiateur, je crois que c'est un vrai processus, un long chemin. C'est une vraie question.

**Christophe AYELA**

Madame la Présidente, pour vous répondre, je le vis comme avocat avec mes clients. Que veulent en réalité les gens qui sont en conflit ? Quel que soit leur niveau de conflit, haut niveau ou petit niveau, ils n'ont qu'une envie : être compris. Leur seule peur est qu'on ne les comprenne pas. Pourquoi ? Parce que les gens ont besoin de reconnaissance. C'est un besoin profond, sur lequel on ne transige pas. Les Juges comme les parties ont donc tendance à choisir des gens qui sont, sur le papier, susceptibles de bien les comprendre, donc, pour eux, des gens qui sont susceptibles de bien connaître la technicité du débat, la problématique posée dans le débat. Mais ces gens ne savent pas si la personne désignée ou proposée est compétente en tant que médiateur. C'est à celles et ceux qui nomment des médiateurs d'être très prudents, de mettre des gens qui peut-être ont cette technicité, mais surtout qui ont démontré des qualités et un talent de médiateur.

**Didier CARDON**

On peut préciser une chose. Les litiges peuvent être des litiges très personnels et nous sommes alors dans l'irrationnel. Celui qui va prendre la décision de faire un pas ne raisonne pas logiquement ni techniquement. Cela peut être parce que son mari l'a trompée pendant 30 ans et qu'il n'y a rien à faire, elle ne lâchera pas la propriété du chien ou je ne sais quoi. Le litige peut aussi concerner un PDG du CAC 40. Il ne connaît pas dans le détail toutes les spécificités, mais c'est lui ou son directeur général qui décideront. Ce sont des gens de la direction générale, qui vont raisonner, qui connaissent, qui ont une certaine hauteur de vue. Ils ne sont pas dans les 400 000 salariés qui ont fait ceci ou fait cela. Ils vont se décider sur d'autres critères, selon des critères stratégiques, pour que le patient ne meure pas guéri, que la relation avec telle ou telle société puisse perdurer. Si c'est le petit contre le très gros, si le petit gagne mais que le gros fait 90 % de son chiffre d'affaires et qu'il ne lui passe plus aucune commande, il est mort guéri. Tous ces gens qui vont être décisionnaires ne vont pas se décider sur des problèmes purement techniques, sinon nous ne serions pas en médiation. Nous serions dans un domaine technique avec le directeur de la recherche, le directeur des brevets, de la propriété industrielle, le directeur de la chimie... C'est pour cette raison que j'insistais sur le fait qu'il faut que le décisionnaire, celui qui peut signer, que ce soit la belle-mère, le PDG ou le directeur général soit présent. Les gens vont décider sur des critères différents, parce que tel argument a fait mouche, est irrationnel, etc. et c'est cela qui fait le charme de la mission du médiateur. Comme je l'expliquais, c'est le bon sens, l'écoute, la bienveillance, l'écoute bienveillante. C'est cela et c'est à la mode en ce moment.

**Christophe AYELA**

Ce travail que décrit Didier CARDON, qui est essentiel, fait que les demandes financières vont bouger. C'est très bizarre de voir des gens qui vous disent « jamais » ou « toujours » et qui, au bout d'un moment, commencent à évoluer et vont aller vers une concession. En réalité, ce travail d'écoute, de reformulation, cette posture, cette incarnation du médiateur avec cette bienveillance, c'est-à-dire cette force positive, fait que nous répondons à des besoins et les besoins sont connectés directement aux intérêts financiers.

Je vais vous choquer volontairement. L'argent ne vaut rien. Dans la plupart des conflits, l'argent n'a qu'une valeur de symbole. C'est un marqueur émotionnel. Si l'on comprend cela, si on travaille beaucoup sur les émotions, sur l'écoute et la recherche des émotions, vous allez voir que, petit à petit, les demandes financières vont comme par magie bouger, évoluer à condition que l'on respecte une chose fondamentale, le cycle du changement. Nous ne le

ferons pas aujourd'hui, le cycle du changement consiste à ne pas changer pas d'un coup en ligne droite. On change par cycle, par étapes. Le médiateur est garant du respect de ces étapes. C'est une technique pure et simple. Tout le monde peut le faire. Cela s'apprend, cela ne s'invente pas.

### Didier FAURY



Je suis toujours presque d'accord avec ce que tu dis mais cela m'inspire une précision sémantique à laquelle je tiens beaucoup. Nous n'arrêtons pas de parler de LA médiation, mais la médiation n'est pas monolithique. Nous ne devrions pas parler de la médiation, nous devrions parler des médiations parce qu'il existe effectivement toute une catégorie de médiations où c'est l'humain qui prévaut sur les difficultés techniques ou juridiques.

La Présidente du tribunal de Nanterre, dans un autre colloque, parlait de la magie de la médiation. Tous ceux qui la pratiquent ont vécu la magie de la médiation. C'est très décevant quant aux capacités du médiateur, parce qu'on a l'impression que, quel que soit le médiateur, cela va marcher. Pourquoi ? Parce que les gens, tout d'un coup, se mettent à se parler. Ils ne se sont jamais parlé et ils se sont donc affrontés. Dans un espace particulier qui est l'espace de la médiation, il se passe quelque chose de très particulier : les gens se parlent, s'écoutent et s'entendent. Sous cet aspect-là, les capacités techniques du médiateur n'ont aucun intérêt, je suis d'accord.

Mais quand je dis que je suis presque d'accord, c'est que ce n'est pas vrai de toutes les médiations. C'est pour cela que je préfère le pluriel au singulier et que je préfère parler des médiations. Il y a des médiations commerciales, des médiations interentreprises. Dans ce cadre, je suis plus tout à fait d'accord avec toi, Christophe, quand tu dis que l'argent n'a pas d'importance. Dans la médiation interentreprises, il n'y a pas que de l'affectif !

Je suis persuadé que la spécialisation du médiateur n'est pas une vérité absolue. Il n'y a pas de vérité absolue. De toute façon, il n'y a pas de théorie absolue. Ce que nous sommes en train de dire, je le comprends de cette façon. Oui, parfois, la spécialisation du médiateur n'a pas d'intérêt. Oui, dans certaines médiations, la spécialisation du médiateur est quasiment indispensable.

Il faut maintenant que nous finissions la deuxième table ronde avant le débat. Il reste un sujet que nous allons avoir du mal à traiter, celui de la médiation en matière administrative. Nous devons avoir parmi nous Monsieur Xavier LIBERT qui est un ancien président du tribunal administratif et qui était également le référent national médiation. Il m'a informé qu'il souffrait d'une forte grippe. Nous sommes à la fois désolés qu'il ne soit pas là et rassurés qu'il ne contamine pas 250 personnes, mais le problème est maintenant de parler du sujet qu'il aurait dû traiter. Je ne saurai bien sûr me substituer à lui mais relève en premier lieu cette différence pour le moins étrange pour les non-juristes entre les positions judiciaires et administratives. En judiciaire, l'expert ne peut pas recevoir pour mission de concilier les parties tandis qu'un texte assez récent du code de justice administrative dit le contraire en affirmant que l'expert peut recevoir pour mission de concilier, médier les parties et même qu'il peut prendre l'initiative de proposer aux parties cette médiation. Comment rendre tout cela compatible ? Cette difficulté textuelle est évidemment débattue depuis un certain temps dans de nombreux colloques.

Monsieur LIBERT s'est déjà exprimé dans d'autres enceintes sur le sujet. Monsieur GAZAGNES, qui a pris sa suite comme référent national de la médiation administrative, s'est également exprimé sur cette question. Certains d'entre vous seront peut-être plus précis que

moi sur ce thème. Ce que j'ai retenu de ce que j'ai entendu, sur la compatibilité d'une fonction expertale et d'une fonction de médiateur dans un litige en matière administrative, d'après ce qu'ils nous disent, est que, nonobstant ce que dit le texte, il faut le comprendre de la façon suivante : l'expert ne peut pas être expert, s'interrompre dans son expertise, devenir médiateur puis en cas d'échec de la médiation, redevenir expert. Ce n'est pas possible. Je pense que c'est une évidence. En revanche, l'expert, une fois qu'il a terminé son expertise, qu'il est allé jusqu'au bout de son expertise, qu'il a rendu son rapport d'expert, peut suggérer une mission de médiation et peut même devenir le médiateur. Mais il aura à ce moment terminé son expertise. C'est beaucoup plus clair de cette façon si j'ai bien compris.. Toutefois, la question de la portée pratique de cette façon de procéder peut se poser. On peut se demander s'il y aura beaucoup de cas – mais pourquoi pas – où les parties auront envie qu'il y ait une médiation une fois que l'expert aura rendu son rapport et donné sa position.

Tous ceux qui ont entendu les magistrats administratifs se prononcer sur cette question peuvent bien sûr s'exprimer.

### **Robert GIRAUD**

Le rapport GAZAGNES va effectivement tout à fait dans le sens de ce que tu dis. Je pense qu'il laisse la porte ouverte à la conciliation, qui était à l'origine du texte d'ailleurs puisque c'est le mot conciliation qui a été remplacé par le mot médiation. D'aucuns diront que cela vient de la traduction anglaise, peu importe. Je pense que la conciliation n'est pas interdite en procédure administrative.

D'autre part, bien qu'il n'y ait pas de liste de médiateurs, la médiation administrative existe. Dans certains tribunaux administratifs, il y a un juge spécialiste de la médiation et dédié à la médiation qui est désigné dans les tribunaux.

J'ai vécu une expérience récente, où un juge administratif m'a téléphoné alors qu'une médiation était en cours et m'a dit : « Nous avons besoin d'un avis d'expert pour un litige de construction, une réclamation. Accepteriez-vous de prendre une mission pour donner un avis sur la réclamation de l'entreprise X contre l'établissement public Y ? Par contre, vous avez un délai qui est relativement limité. Je vous accorde six mois. »

C'était le juge qui menait la médiation. Il m'a dit que, quand j'aurais fini la mission et rendu le rapport, il reprendrait la médiation interrompue pendant le temps de l'expertise

### **Didier CARDON**

J'ai été formé à la médiation par le Professeur BENSIMON, que certains connaissent bien, un brillant normalien agrégé. Il expliquait que la réforme judiciaire, qui remonte à une quarantaine d'années je crois, et qui dit qu'il n'appartient pas à l'expert de procéder à une médiation a pour corollaire que, si les parties veulent se concilier pendant l'expertise, elles le peuvent parfaitement. Je rappelle que 90 % des missions au tribunal judiciaire de Paris ou au Tribunal de commerce sont des missions article 145 du CPCc qui fait que, lorsque l'expert a déposé son rapport, le juge doit par définition être saisi au fond. Beaucoup de parties ou de partenaires se concilient sur la base du document de synthèse, voire du rapport définitif.

Le professeur BENSIMON expliquait que, à l'époque, la chancellerie a changé le code parce qu'un certain nombre d'experts judiciaires arrivaient en disant : « Oh, c'est une affaire compliquée. Parlez-vous, ce serait bien. Je vous laisse deux mois, parlez-vous et je reviens ». Les experts ne faisaient que suggérer comme cela ils n'avaient rien à faire et juste à facturer leurs honoraires. Il y a eu un certain nombre d'excès.

En matière administrative, il y a eu un renversement à 180 degrés, puisque l'expert désigné en tant qu'expert peut prendre l'initiative, avec l'accord des parties, de tenter une médiation. Le Conseil d'État a un concept élégant et intelligent qui a été rappelé par Didier et par Monsieur GAZAGNES, qui est de dire : « Oui, l'expert va jusqu'au bout de sa mission d'expertise et c'est quand il a déposé son rapport, quand il voit que les parties ne seraient

pas contre une médiation, que l'on partira en médiation. Sinon, il a une obligation de résultat. Il ne peut pas revenir en arrière en ayant eu accès à des documents et des informations dans le cadre de sa médiation qui n'est pas soumise au principe de la contradiction. »

L'inconvénient de cette méthode, à chaque fois que j'interroge lors des rentrées solennelles les magistrats administratifs, est qu'ils n'ont pas de cas concret. Notamment, dans l'un des tribunaux importants de la région parisienne, le sujet était la médiation en matière administrative. J'ai interrogé le président, la vice-présidente, la première conseillère. Ils n'avaient pas encore rencontré le cas d'un expert nommé en tant qu'expert qui aurait converti pendant l'expertise sa mission en médiation.

La dernière chose est que, si l'expert qui a réalisé son expertise administrative a une position assez tranchée, que vous avez demandé 100 de préjudice et que l'expert arrive à 90, on peut penser que la partie, sauf si elle a des problèmes de trésorerie, des problèmes de succession et est pressée, n'a pas de raison de faire beaucoup d'efforts pour entreprendre une médiation. Certes il y a l'aléa judiciaire. Mais si l'expert arrive quasiment à sa valeur, elle est assez solide sur son rocher pour refuser de bouger d'un iota. L'expertise lui va très bien et elle n'ira pas en médiation.

Nous n'avons donc pas de recul. Nous n'avons pas d'expérience concrète. C'est une solution intellectuelle très élégante, très séduisante. Peut-être d'ailleurs qu'en matière judiciaire, le législateur va revoir – je n'en sais rien – cette opposition complète entre le fait que l'expert peut devenir médiateur lorsqu'il est en administratif alors qu'il ne le peut pas en judiciaire. Cela fera peut-être avancer les choses.

C'est un beau sujet intellectuel mais nous n'avons pas d'exemple pratique et nous voyons que c'est une solution qui, dans la pratique, peut présenter quelques difficultés à être mise en place.

#### **Didier FAURY**

Merci. Nous allons lancer le débat avec la salle. Madame le Conseiller, voulez-vous lancer le débat, puisque vous aviez une question ?

#### **Isabelle ROHART-MESSAGER**

S'agissant du médiateur spécialisé et du choix du médiateur, il appartient au juge de désigner le médiateur. Il n'a pas besoin de l'accord des parties ou de leur avocat sur le nom du médiateur. Ce que nous faisons en pratique, c'est que nous proposons plusieurs noms de médiateurs de façon à ce que, déjà, les avocats et les parties adhèrent au choix du nom. C'est une façon de commencer à adhérer au processus et, dans des dossiers importants, on nous demande leur background, etc. pour qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêts.

J'observe en tant que magistrat, et tous les magistrats qui désignent des médiateurs réagissent ainsi, que les avocats sont sécurisés de savoir que les médiateurs connaissent ou, en tout cas, ont une connaissance culturelle de la matière en cause. Par exemple, en droit des sociétés et procédures collectives, on désigne un ancien juge consulaire, un chef d'entreprise, un expert-comptable commissaire aux comptes, etc. cela va sécuriser tout le monde

Je voulais vous faire part d'une expérience. Quand j'étais aux baux commerciaux, j'avais une équipe de médiateurs que je désignais souvent. En arrivant dans une chambre de droit des sociétés et de procédures collectives, j'ai pensé que les mêmes médiateurs pouvaient convenir, ce qui n'a pas été le cas, car ils n'étaient pas familiers de ces matières. J'ai dû recomposer toute une nouvelle équipe de médiateurs et cela m'a vraiment tout à fait convaincu qu'il fallait avoir des médiateurs un peu spécialisés.

#### **Didier FAURY**

Vous avez la parole.

**Christian WILLEMS**

Je suis géomètre expert, expert de justice et médiateur. C'est une question de confiance que le médié sache que le médiateur a au moins une petite connaissance technique de la chose. C'est cette confiance qu'il faut mettre en valeur avec le médié. À partir du moment où vous avez la confiance avec le médié, vous avez 100 % de réussite.

**Didier FAURY**

Ce n'est pas une question, mais c'est une affirmation que nous entendons. Je suis d'accord et je l'ai dit moi-même. Je suis assez d'accord avec moi-même.

**Alain ETIEVENT**

Je suis expert-comptable, j'ai une expertise en matière financière. Je suis médiateur, souvent sous la coupe de l'AFFCM. Je voulais vous parler du sujet de cet après-midi de manière un petit peu plus précise puisque nous avons parlé d'expertise et médiation.

Je vais revenir sur le sujet de tout à l'heure en matière administrative, sur les règles qui aujourd'hui sont appliquées dans le cadre de l'expertise. En matière administrative, la règle du contradictoire est obligatoire. Il ne faut surtout pas l'oublier. En matière de médiation, par contre, ce n'est pas obligatoire, ce qui fait que si vous lancez une médiation en cours d'expertise et que celle-ci ne réussit pas, vous êtes tenus de démissionner par la force des choses.

Cela a comme corollaire que, si vous sentez dans le courant d'expertise que cela avance, qu'ils commencent à vous poser la question, à demander si on ne pourrait pas faire une médiation, etc. je pense que, du point de vue du droit, la médiation ne peut pas intervenir pour un expert en cours d'expertise.

J'ai personnellement eu de deux très gros dossiers de plusieurs dizaines de millions d'euros de litiges et j'ai dit : « Écoutez, je vais jusqu'au bout. Je dépose mon rapport. Après, je demanderai au tribunal si je peux faire la médiation, puisque vous souhaitez que ce soit moi. » C'est ce que j'ai fait. J'ai eu l'accord et les deux fois, cela s'est bien passé.

C'était mon premier point. J'avais un second point, que vous avez beaucoup développé, Maître, et j'ai beaucoup apprécié, c'est l'approche du médiateur, qu'il soit technicien ou pas technicien. J'ai toujours en tête une réflexion qui avait été faite par André Malraux, je crois. Il avait fait des médiations politiques. Il disait que, pour être un bon médiateur, sa règle était : « peu m'importe ce qui n'importe qu'à moi », c'est-à-dire qu'il fallait être totalement indépendant, ne pas rentrer dans la technique, comme vous l'aviez dit tout à l'heure même si vous aviez été expert, mais au contraire essayer de faire parler les gens, de les faire amener à un accord, lequel accord la plupart du temps permet aux parties de pouvoir continuer à travailler ensemble.

C'était ma réflexion générale au niveau des règles en matière administrative.

**Didier FAURY**

On imagine mal André Malraux laisser parler les autres mais pourquoi pas ? Une autre question ? Une vraie question ?

**Charles LANG**

Je suis médiateur international de la République française. Dans ce que vous êtes en train de dire entre expertise et médiation, le fait, comme Madame la magistrate l'a fait comprendre avec vos collègues tout à l'heure, de vouloir privilégier les médiateurs qui sont experts dans un certain domaine, n'est-ce pas dangereux ? Cela veut dire que les autres médiateurs, qui ne sont pas spécialisés, qui sont généralistes, ne seront pas sollicités. Être médiateur est un métier, c'est un métier bien précis, comme avocat est un métier. Si les avocats deviennent médiateurs, les experts deviennent médiateurs, il y a un sérieux danger.

**Didier FAURY**

Voilà une question très pratique effectivement. C'est sûr qu'il faut que tout le monde vive. Pour autant, cher confrère puisque vous êtes médiateur et moi aussi, je me permets de me répéter très brièvement, j'ai dit qu'il y avait de la place pour tout le monde. Il y a des situations dans lesquelles le médiateur généraliste est parfaitement adapté et des situations où le recours au médiateur spécialisé s'impose.

Chacun y trouvera son compte et la médiation son intérêt.

**Emmanuelle DUPARC**

Je suis expert-comptable, expert de justice et médiateur. Je voudrais juste revenir sur deux questions que vous avez évoquées.

Le débat intéressant sur la spécialisation – ou non – du médiateur est à mon avis un peu déconnecté des participants à ce colloque qui sont essentiellement des experts. Quand on démarre en médiation, il vaut mieux faire ses armes dans son domaine, dans sa rue plutôt que d'aller dans des territoires inconnus. Je pense donc qu'il est plus facile, pour un expert lors de ses premières expériences de médiation, d'intervenir dans des matières qu'il maîtrise. Je crois que ce débat qui vous anime est intéressant parce que vous êtes, pour certains d'entre vous, rompus à la médiation. Lorsque l'on est rompu à la médiation, on est peut-être capable, avec l'expérience de faire un peu toutes sortes de médiations.

Pour preuve, je voudrais parler de certains médiateurs expérimentés que nous avons à l'IEAM qui sont régulièrement sollicités en toute matière y compris la médiation familiale. Dans ce domaine, les enjeux sont immenses : garde d'enfant, autorité parentale, violence familiale : nous relativisons alors les enjeux du domaine financier ! Or ces médiateurs n'ont pas de spécialisation « droit de la famille ». C'est leur expérience, leur compétence qui les amènent à traiter de tels sujets. Pour un nouveau médiateur, je conseillerai d'intervenir pour un différend dont il maîtrise la matière.

J'ai un deuxième point pour Maître AYELA qui disait : pas d'autorité ! Je ne suis pas d'accord. C'est d'ailleurs ce que l'on apprend en formation à la médiation. Je ne fais que restituer les cours que nous apprenons parce que, comme vous le disiez très justement, Maître, la médiation est une technique. Cela ne s'invente pas et l'on apprend tant la théorie que la pratique au cours des formations à la médiation et, notamment, l'autorité du médiateur, non pas sur le fond, mais sur le processus. Sans autorité sur le processus de médiation, peu de chance de succès.

C'est important pour les experts que nous sommes. C'est important parce que nous sommes habitués, nous experts, à exercer notre autorité sur le processus de l'expertise : délai, calendrier, contradictoire, échanges apaisés entre les parties (du moins nous nous y efforçons) en réunion. Sur le fond, les parties ont toutes libertés d'expression mais, sur le processus de l'expertise, nous avons une certaine autorité et cette autorité de l'expert est très utile en médiation non pas sur le fond – comme en matière d'expertise, mais sur le cadre de la médiation, son déroulé, la manière dont nous accompagnons les discussions.

Ce n'était pas une question, pardon.

**Didier FAURY**

Ce n'était pas une question mais c'était un propos pertinent.

**Christophe AYELA**

Merci pour cela. Merci beaucoup. Vous avez posé très belle question et tout à l'heure aussi.

Vous parlez d'autorité. Je crois que je voudrais rebondir sur ce sujet pour éviter un malentendu. Je persiste et je signe. Je pense que le médiateur ne doit avoir aucune autorité, ne doit avoir aucune marque d'autorité, ne doit incarner en aucun cas l'autorité, jamais, parce

que c'est extrêmement toxique. C'est ce qui est le plus difficile d'ailleurs dans la posture des médiateurs, c'est de refuser, d'abdiquer toute espèce d'autorité. Ce que vous dites et qui m'intéresse beaucoup car je l'ai travaillé, c'est le *Getting to Yes* de Fisher et Ury, le fameux *win-win*. Dans cette approche de Fisher et Ury, que d'aucuns et d'aucunes connaissent, ce concept est très intéressant. Le livre est passionnant. On y trouve cette règle que nous pouvons appliquer, mais pas n'importe quand et n'importe comment : toujours très doux sur l'humain, très dur sur la règle. C'est possible, mais pour être dur sur la règle, il y a un prérequis fondamental que tout autoritaire va rater, c'est qu'il faut que la règle soit acceptée. C'est tout l'art du médiateur que de poser des règles et de faire en sorte que les parties soient d'accord et acceptent ces règles. Ce processus d'acceptation des règles fait partie de savoir-faire du médiateur. De temps en temps, on peut faire un rappel à la règle acceptée. Dans la vie de tous les jours, cela n'arrive jamais qu'on vous fasse accepter une règle. On vous dit « c'est comme ça », on ne vous dit pas « est-ce que tu es d'accord avec cela ? » Cela change tout. Je voulais apporter cette précision.

Merci pour tout à l'heure, Monsieur, vous avez raison, il faut que tout le monde travaille. Il y a de la place pour tout le monde, et d'abord et avant tout pour les bons médiateurs. C'est important. Vous avez bien fait de le dire. Merci pour cela.

### **Didier CARDON**

Un point que j'utilise aussi beaucoup en médiation, c'est que je prévois toujours, quand il y a deux parties, deux salles libres à côté de la salle où se tient la réunion plénière pour faire des breaks. Souvent, quand la tension monte ou qu'une idée est en train de cheminer, nous voyons que les gens réagissent différemment. L'avocat commence à évoluer. Une partie est moins agressive avec l'autre puisqu'elle commence à lui parler sur un terrain neutre. À ce moment, il est important de pouvoir proposer : « si vous voulez, on peut s'interrompre un quart d'heure pour que vous puissiez parler tranquillement avec votre client ou votre partenaire ». C'est un bon moyen de faire descendre la tension.

Les gens reviennent, ils se sont parlés, l'avocat a dit : « Oui, il nous envoie sur une piste qui n'est pas idiote, nous pouvons y aller. » Il peut aussi revenir en disant qu'il n'y va pas. Il faut vraiment saisir l'occasion. Elle ne se présente qu'une seule fois et il faut être comme le chat. Vous savez le chat, quand il est devant sa proie, il ne s'occupe pas de savoir si sa queue est bien droite, si sa moustache est bien lissée. Il voit une opportunité et il y va. C'est pareil en médiation. Quand il faut y aller, il faut y aller.

### **Sandrine SERPENTINI-NARENZA**

Je vais faire le chat. Je suis docteur en droit public, maintenant avocat honoraire et médiateur. J'interviens aussi au CMAP en formation.

J'ai une question qui s'adresse plutôt aux magistrats, puisque nous avons entendu parler de compétences. Comment les magistrats vont-ils, entre guillemets, se débrouiller avec les dispositions des codes ? Je parle du Code de procédure civile, mais aussi et surtout – parce que c'est un défaut, je suis effectivement compétente en droit public – le code de justice administrative, qui précisent l'un et l'autre que le médiateur qui est nommé doit posséder des qualifications requises dans le domaine du litige.

Dans la charte éthique des médiateurs, le Conseil d'Etat rajoute qu'il doit disposer d'une expérience minimale de cinq ans dans le domaine de compétence du litige maintenant. Ce n'est pas « eu égard à la nature du litige », c'est même « dans le domaine de compétence du litige ». Que deviendrait l'ordonnance d'un magistrat qui nommerait ou qui nomme un médiateur qui n'aurait pas cette compétence eu égard à la nature du litige ou, devant les juridictions administratives, qui n'aurait pas cette expérience, eu égard la cause dans la compétence du litige ? Sachant que, devant les juridictions administratives, si vous nommez un médiateur et que les parties ne sont pas d'accord, l'ordonnance n'est pas susceptible de recours, ce qui signifie qu'il n'y a que la CEDH. Nous n'avons aucun recours face à une ordonnance de nomination d'un médiateur.

J'aurai également ensuite une précision pour l'expertise et la médiation si vous le souhaitez, si je peux apporter une lumière sur les dispositions de l'article 621.

### **Pascale LOUE-WILLIAUME**

Je ne vais pas pouvoir vous répondre sur la question du droit administratif parce que je ne suis pas juge administratif. Désolée, je n'ai pas compétence sur ce domaine. En matière judiciaire, c'est vrai que nous sommes beaucoup plus libres. Pour ce que nous avons évoqué tout à l'heure sur l'expérience, je préfère parler d'expérience plutôt que de de compétences techniques car je trouve que c'est plutôt ce qui me paraît vraiment devoir être mis en avant. Mais c'est vrai que, à partir du moment où quelqu'un est médiateur, en matière judiciaire, nous sommes très libres en tant que juge judiciaire pour désigner le médiateur, sauf en matière familiale où il y a des dispositions particulières.

Ma collègue le disait tout à l'heure, il est exact que lorsque nous ordonnons une médiation judiciaire, c'est en principe le juge qui désigne le ou les médiateurs. Pour ma part, très souvent, la plupart du temps même, je dis aux parties que s'ils ont des noms de médiateurs à me proposer et qu'ils sont d'accords, je n'y verrai aucun inconvénient. Je pense que cela peut même participer finalement à une facilitation pour avancer. Il faut, à mon avis, utiliser cette grande souplesse qui existe pour l'instant dans le Code de procédure civile.

La question, souvent récurrente, que nous nous posons entre nous et de nombreux médiateurs s'interrogent également sur ce sujet, c'est qu'il n'existe actuellement pas d'agrément pour les médiateurs en matière judiciaire. Nous savons que, quand ils appartiennent à des associations, ils ont justement le soutien de l'association, la possibilité de se former, de pouvoir travailler entre eux à l'amélioration de leurs pratiques. Mais pour l'instant, en matière judiciaire, nous avons cette très grande souplesse.

*[Un intervenant peu audible rappelle l'existence de listes établies par les cours d'appel]*

C'est exact, mais nous sommes toujours libres de ne pas les choisir dans la liste. Nous pouvons le faire puisque la liste existe maintenant, mais elle n'est pas impérative. D'ailleurs, la situation est identique pour les expertises. Nous pouvons aussi désigner une personne hors liste, en lui faisant prêter serment. En matière d'expertise aussi, nous avons cette liberté.

### **Sandrine SERPENTINI-NARENZA**

Oui, parce que le Code de procédure civile prévoit aussi qu'une compétence et une qualification soient requises du médiateur, eu égard à la nature du litige. Les dispositions du Code de procédure civile le prévoient également, à l'identique. Comme je vous le disais, c'est plus large et cela laisse peut-être un recours tandis qu'en droit administratif, le Conseil d'État a vraiment essayé de restreindre les choses. Quand tout à l'heure mon confrère disait que ce n'est pas une histoire d'argent, nous sommes quand même face à des litiges dans lesquels des deniers publics sont en jeu. Peut-être que, du fait de cette notion d'intérêt public, la protection est plus grande. Je dis bien « peut-être », je ne suis pas dans les confidences du Conseil d'État.

La deuxième chose que je voulais aborder est un éclairage sur les dispositions réglementaires qui permettent en cours d'expertise à l'expert d'ouvrir une médiation. Si l'on croise ces dispositions du code avec celles auxquelles elles se réfèrent, c'est-à-dire la confidentialité, cela signifie que, pour l'expert, il y aurait deux étapes et deux manières d'intervenir dans le cadre de la médiation.

Soit il termine sa médiation, il dépose son rapport et le magistrat se dit : « J'ai la personne idéale pour régler ce litige en médiation si les parties sont d'accord. C'est le moment de le faire. » Il désigne alors l'expert en tant que médiateur et c'est une nouvelle mission.

Soit, en cours d'expertise puisque, comme les experts ici présents dans la salle le disaient justement, il y a plusieurs étapes dans l'expertise. Lors des premières constatations, avant d'aller jusqu'au bout de l'expertise, l'expert peut se rendre compte qu'une médiation

est possible, que c'est inutile de conduire jusqu'au bout ses opérations expertales. Dans ce cadre, il devient médiateur en informant le magistrat de cette nouvelle mission de médiation. Mais, dans les faits, il met fin à sa mission d'expertise. Si vous regardez les dispositions sur la confidentialité, elles signifient que, dès lors que vous passez en médiation, votre mission d'expert est terminée puisque vous êtes tenu à toute confidentialité et qu'aucune des constatations que vous aurez faites ne pourra être produite en justice.

Vous n'aurez pas conduit jusqu'au bout l'expertise et vous aurez pris une mission de médiation entre-temps. Vous serez tenu, dès lors que vous commencez la médiation, aux dispositions sur la confidentialité. D'ailleurs, les stipulations du code renvoient bien à ces dispositions. Vous serez tenu à une confidentialité et aucun des éléments que vous aurez constatés ne pourra être produit, sauf accord express des parties, devant le juge pour la suite s'il y a lieu.

### Claude DUVERNOY



Merci. Didier, je crois qu'il va falloir que nous préparions encore trois ou quatre colloques tous les deux, au minimum. Nous avons vraiment ouvert un champ énorme avec nos questions stupides ! Merci à tous de votre participation.

Je voulais juste terminer en disant que j'avais beaucoup apprécié le propos de Madame la Présidente. Comme je suis président de la Fédération française des centres de médiation, j'aime bien quand les juges désignent un centre et nous laissent ensuite la possibilité de répartir entre compétences, entre appétences. Dans les cours que je donne à mes confrères, je leur dis toujours : « Votre premier accord est justement sur le choix du médiateur. N'attendez rien du juge. Choisissez le médiateur, c'est votre premier accord, profitez-en. »

Madame la Professeure, voulez-vous bien nous dire quelques mots sur ce que vous avez retenu, perçu et la synthèse que vous pouvez faire de cette deuxième table ronde.

Nous clôturerons avec votre propos. Merci beaucoup à tous.

## Conclusion

**Michèle GUILLAUME-HOFNUNG**



Merci. J'ai retenu que c'était un beau colloque, à la fois grâce à la sagacité des deux présidents qui ont pour ce premier colloque identifié les questions pertinentes, les questions de frontières, les questions qui permettent à chacun des professionnels ici présents, avec la bonne foi que j'ai déjà soulignée, d'essayer d'élucider les frontières. J'ai apprécié aussi la compétence de chacun des intervenants. Ils avaient une véritable pratique des sujets qu'ils abordaient.

On me donne la parole en dernier, mais je ne vais pas en abuser, en ce sens que mes conclusions ne seront pas péremptoires parce qu'un médiateur ne prend pas de décision. Je vais juste donner mon avis sur les principales questions qui ont émergé dans l'après-midi. Au fond, quand vous m'avez passé la parole tout à l'heure après la première table ronde, la question de savoir si le médiateur doit être bon connaisseur du sujet, autrement dit une sorte d'expert, était déjà une première conclusion. J'ai mon

opinion et je la partage comme dit l'autre. Je ne sais pas si je vais réussir à la partager avec vous.

Je pense que tout se trouve dans la définition de la médiation. Le médiateur n'a pas de pouvoir. Ce qui fait la puissance du processus de médiation, c'est l'absence de pouvoir du médiateur. Or la connaissance, l'expertise sont déjà un pouvoir. Ce savoir va polluer la posture du médiateur. En effet, ce qui va faire de moi un bon -ou une bonne- médiateur dans ce processus de communication, c'est que je vais procéder par questions. J'ai parlé de maïeutique. Si je suis expert, je vais comprendre un des médiés, voire les deux, et je ne poserai pas la question qui va permettre très souvent de débloquer la situation.

J'ai le souvenir, dans une médiation qui concernait deux chefs de service dans un hôpital, qu'ils s'envoyaient à la tête le protocole untel : « oui, mais le protocole untel dit que... oui, mais le protocole... ». À ce moment, j'ai surjoué ma blonde, petit être fragile et idiot, et je leur ai dit : « Vous savez, quand nous avons commencé la médiation, je vous ai prévenus que je n'étais pas spécialiste, que je n'étais pas expert et que c'est pour cela que je vous serai utile. Ce protocole, que dit-il ? » Ils m'ont regardé, avec l'air de penser « c'est vrai qu'elle est blonde ! » et, avec beaucoup de d'autorité au sens que vous n'aimez pas, un des deux m'a expliqué ce que disait le protocole machin. Ce à quoi l'autre répond que non, que le protocole ne dit pas du tout cela. Autrement dit, si j'avais été experte, je n'aurais pas eu l'idée de poser la question. C'est grâce à mon absence de savoir que le processus de médiation a pu donner de sa puissance. Le médiateur est un détecteur d'incompréhension. Le jour où j'en saurai trop dans le domaine médical, je ne serai plus capable d'être médiatrice dans les questions concernant la santé. C'est un des points qui a véritablement traversé la deuxième table ronde.

Le deuxième point qui a traversé la table ronde est la question de l'autorité. J'ai utilisé ce mot « autorité » dans la définition de la médiation que je propose dès 1995 dans la première édition de mon *Que sais-je ?* Régulièrement, je remets en cause ce mot parce que j'écoute les objections dont on me fait part. Lorsque j'ai siégé dans le conseil de la médiation familiale qui a, à quelque chose près, repris ma définition de la médiation, quand nous avons mis en ligne la proposition de définition, le mot « autorité » a encore fait tousser beaucoup

de personnes. Très honnêtement, nous avons remis sur l'ouvrage la discussion sur le mot « autorité ». Nous l'avons maintenu, car l'autorité n'est pas le pouvoir.

Dans la mesure où l'autorité du médiateur résulte de la seule reconnaissance des médiés, ce n'est pas une autorité qui vient du haut. De plus, il y a une autre manière de comprendre le mot autorité, si on s'en réfère à l'étymologie : l'autorité est ce qui grandit l'autre. Dans ce sens, le mot « autorité » pourrait se justifier.

La dernière question qui a parcouru l'après-midi est la question de savoir si on peut, à un moment donné avoir la casquette d'expert, puis ensuite prendre la casquette de médiateur. Je n'avais pas avec moi le code national de déontologie des médiateurs, mais il me semble que nous avons pris position sur ce point en disant que, si le médiateur est apparu à un autre titre dans une médiation, il ne peut pas en changer, et réciproquement. Or ce code national de déontologie du médiateur reste pour moi un élément à capitaliser. Je crois que deux choses minent le développement de la médiation : l'absence de définition législative et l'incapacité de beaucoup d'associations de médiateurs à capitaliser des acquis auxquels elles ont pourtant participé, ce qui n'est pas le cas de la fédération. Je rappelle que la fédération a participé à la rédaction du code national de déontologie, elle continue à s'y référer. Je pense que ce code de déontologie aurait fait frémir Stendhal pour qui le Code civil était une source d'inspiration esthétique. Ce code de déontologie est mal écrit parce qu'il est le résultat d'une négociation dure, qui a pris pratiquement une année, ce qui explique quelques scories lexicales, grammaticales et esthétiques certainement. Mais l'essentiel y est. Je crois qu'il donne déjà pas mal de réponses aux questions que nous nous sommes posées.

Je confirme, pour moi qui assiste à des colloques depuis très longtemps, que je trouve que celui-ci a été particulièrement riche et prometteur.

### **Didier FAURY**

Merci, Madame le Professeur ou Madame la Professeure, je ne sais pas. Merci aux intervenants de cette deuxième table ronde. Merci à vous tous et maintenant nous vous invitons donc à monter au deuxième étage où le verre de l'amitié nous attend.

