

ÉTUDE DROIT ÉCONOMIQUE

MÉDIATION

La généralisation de la médiation de la consommation constitue une opportunité pour les entreprises de développer les modes amiables de résolution des conflits. Avec une approche à la fois académique et pratique, cette étude volontairement multidisciplinaire présente les nouvelles contraintes règlementaires et concrètes applicables en matière de litiges de consommation et les perspectives qu'offre plus généralement la médiation pour la compétitivité et la performance des entreprises.

1505

Médiation et entreprise : nouvelles obligations et perspectives

Étude rédigée par
Nathalie Besombes, Didier Chavernoz,
Béatrice Gorchs-Gelzer, Martin Hauser
et Sophie Henry



Nathalie Besombes est directrice Droit des sociétés et boursier, secrétaire du Conseil d'Hermès International et médiatrice agréée du CMAP ; Didier Chavernoz est directeur Juridique de Spie batignolles ; Béatrice Gorchs-Gelzer est maître de conférences à l'Université Savoie Mont Blanc ; Martin Hauser est avocat aux Barreaux de Paris et Munich, médiateur agréé du CMAP, BMH AVOCATS, Paris ; Sophie Henry est déléguée générale du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP)

1 - Genève. - Transposée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur la médiation établit une législation-cadre dans laquelle s'enchaîne la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (RELC) que transpose l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation¹. Bien que partageant origines² et but (faciliter l'accès à la justice), la directive RELC est à la fois plus étroite et plus large que la directive de 2008.

¹ Projet de loi ratifiant cette ordonnance, déposé au Sénat le 28 octobre 2015, texte n° 124. - V. commentaires de *Ord. n° 2015-1033, 20 août 2015* : JO 21 août 2015, p. 14721 ; JCP E 2015, act. 680, aperçu rapide J.-B. Gouache ; *Dr. et procéd.* 2015, p. 174, B. Gorchs-Gelzer ; *Contrats, conc. consom.* 2015, étude 11, S. Bernheim-Desvaux ; *RTD eur.* 2015, p. 795, E. Guinchard ; *RTD civ.* 2015, p. 952, B. Mallet-Bricout.

² *Livre vert, Les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, Commission des Communautés européennes, Bruxelles, 19 avr. 2002, COM (2002) 196 final.*

Parce qu'elle rend contraignantes les recommandations 98/257/CE du 30 mars 1998³ et 2001/310/CE du 4 avril 2001⁴, la directive RELC ne se limite pas aux procédures dans lesquelles l'entité de REL rapproche les parties dans le but de faciliter une solution amiable (recommandation 2001 : médiation, conciliation) mais englobe celles dans lesquelles l'entité propose ou impose une solution (recommandation 1998 : ombudsman, arbitrage). Tandis que la directive de 2008 vise le médiateur facilitateur (tiers qui amène les parties à trouver elles-mêmes une solution à leur litige)⁵, l'ordonnance de 2011 altère la définition européenne de la médiation pour y englober le médiateur de type « ombudsman » (tiers qui émet un avis formel quant à la solution du litige) afin de couvrir les médiateurs sectoriels ou d'entreprise. C'est cette vision franco-française de la médiation que propose le rapport Constans⁶ et adopte l'ordonnance de 2015 en désignant l'entité de REL par le terme de médiateur de la consommation⁷, contrairement à d'autres États membres qui maintiennent cette appellation pour couvrir différents organismes ADR (conciliation, médiation, ombudsman, arbitrage, complaints board)⁸. L'ordonnance de 2015 rend conformes aux exigences de la directive RELC les dispositifs de médiation existants et les généralise à tous les secteurs d'activité, à l'exception de la santé et de l'éducation (*C. consom.*, art. L. 611-4). Adoptée sur le fondement de l'article 114 du TFUE, la directive RELC renforce et unifie les critères de qualité des procédures de REL dans toute l'Union afin de dynamiser le Marché unique et accroître la confiance des consommateurs. La procédure de RELC se veut simple, rapide et peu onéreuse, adaptée aux petits litiges.

1. Le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation : vers une « médiation consumériste » à la française ?

2 - En vue d'assurer l'effectivité des droits des consommateurs, il est créé une procédure à part entière (A) et un « ombuds-médiateur » de la consommation (B), le tout figurant dans le titre Ier « médiation » du livre VI « règlement des litiges » du nouveau Code de la consommation⁹ pour en faire un mode de règlement privilégié.

3 JOCE n° L 115/31, 17 avr. 1998.

4 JOCE n° M. 109/56, 14 avr. 2001.

5 Portail e-Justice européen, https://e-justice.europa.eu/content_mediation-62--print-fr.do

6 Rapp. Constans, groupe de travail relatif à la médiation et au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, mai 2014.

7 L'Allemagne choisit le terme générique « *Schlichtungsstelle* » (entité de conciliation) et déclare la loi de la médiation applicable lorsque le processus est *stricto sensu* une médiation (§ 18), VSBG *Verbraucherstreitbeilegungsgesetz*, 19. Februar 2016.

8 Belgique (L. 4 avr. 2014, *Code de droit économique*, Livre XVI, art. XVI.4 § 3, titre 4) ; Portugal (*Lei n° 144/2015 de 8 de setembro*, art. 3°) ; Italie (*Decreto legislativo 6 agosto 2015, n° 130, art. 1*) ; Royaume-Uni (*The Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes (Competent Authorities and Information) Regulations 2015*, 16 mars 2015).

9 *Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016* : JO 16 mars 2016, texte n° 29 ; V. notamment sur ce texte, JCP E 2016, act. 319. - Pour un tableau de concordance

A. - L'apport de l'ordonnance du 20 août 2015 : la médiation de la consommation comme procédure extrajudiciaire autonome et indépendante

3 - **Contexte.** - La directive de 2008, transposée *a minima*¹⁰, ne rend contraignants que la définition de la médiation et du médiateur, sa confidentialité, son effet sur le cours de la prescription (*C. civ.*, art. 2238)¹¹ et le caractère exécutoire des accords qui en sont issus. Au-delà, choix du médiateur et organisation du processus relèvent de la liberté contractuelle. Le cadre léger et souple de la médiation conventionnelle (*CPC*, art. 1528 *et s.*) contraste avec les contraintes imposées à la médiation de la consommation. La médiation conventionnelle repose sur une égalité formelle des parties. Au contraire, l'asymétrie caractérise les litiges de consommation. Pour gagner la confiance du consommateur, la médiation de la consommation est conçue au soutien de la partie faible en rétablissant l'égalité des parties dans la procédure. Aussi cette procédure ne peut-elle être introduite que par un consommateur contre un professionnel (*C. consom.*, art. L. 611-3).

4 - Un accès libre et égal à la médiation de la consommation.

- Le professionnel doit fournir à son client consommateur un accès gratuit à la médiation qui est, à son choix¹², une médiation d'entreprise, une médiation sectorielle ou une médiation conventionnelle. Toutefois, s'il existe un médiateur sectoriel, le consommateur y a toujours accès (*C. consom.*, art. L. 612-1), et lorsqu'un médiateur public est compétent, l'intervention des autres médiateurs dans son secteur est conditionnée par des accords de répartition des litiges (*C. consom.*, art. L. 612-5). En effet, un litige ne donne lieu qu'à une médiation, à l'exception du médiateur national de l'énergie (*C. consom.*, art. L. 612-2. - *C. énergie*, art. L. 122-1).

Si le professionnel informe le consommateur de l'existence de ce dispositif en amont de la conclusion du contrat (*C. consom.*, art. L. 616-1 *et R. 616-1*) au moyen des documents commerciaux ou site Internet, et à nouveau après rejet de la réclamation préalable auprès du service clients (*C. consom.*, art. L. 612-2)¹³, il ne peut pas le lui imposer. Toute clause instituant une médiation préalable obligatoire est interdite¹⁴. Les parties sont

V. JCl. *Concurrence-Consommation*, fasc. 787. - D. n° 2016-884, 29 juin 2016 : JO 30 juin 2016, texte n° 62 ; JCP E 2016, act. 585.

10 L. n° 95-125, 8 févr. 1995, art. 21 *et s.* - *Ord. n° 2011-1540*, 16 nov. 2011 : JO 17 nov. 2011 ; JCP E 2011, act. 618.

11 L. n° 2008-561, 17 juin 2008 : JO 18 juin 2008, p. 9856 ; V. notamment sur cette loi, JCP E 2008, 2289.

12 Sur les enjeux, M. Dary, H. Leung, *Médiation de la consommation : contrainte ou opportunité pour les professionnels ?* : RLDA 2016, 112.

13 Le recours à la médiation intervient après échec d'une réclamation préalable auprès du professionnel.

14 Compr. PE et Cons. UE, dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC), art. 10, au vu des *recomm. 1998 et 2001 (cons. 14) de la Commission* : le recours au REL « ne peut priver le consommateur de son droit d'accès aux tribunaux que lorsqu'il l'accepte expressément en pleine de connaissance de cause et postérieurement à la naissance du litige » : JOUE n° L 165, 18 juin 2013, p. 63.

Le professionnel doit fournir à son client consommateur un accès gratuit à la médiation

libres d'entrer comme de sortir de la médiation (C. consom., art. R. 612-2)¹⁵. Rien ne leur interdit de préférer le recours à un médiateur *ad hoc*. Le droit d'accès au juge est préservé puisque la médiation suspend la prescription (C. civ., art. 2238 ; C. monét. fin., art. L. 621-19, al. 3).

Le recours à la médiation de la consommation est doublement limité : dans son champ d'application d'abord puisqu'il ne vise singulièrement que les litiges nationaux et transfrontaliers de nature contractuelle portant sur « l'exécution » d'un contrat de vente ou de service¹⁶ ; dans le temps ensuite car il doit être introduit dans le délai d'un an suivant sa réclamation écrite auprès du professionnel et en amont de la saisine du tribunal (C. consom., art. L. 612-2).

5 - Une « procéduralisation » de la médiation en matière de consommation. - Parce que la directive RELC est sans préjudice de la directive 2008/52/CE, les articles 21 à 21-5 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 sont applicables à la médiation de la consommation, au premier chef la confidentialité (C. consom., art. L. 612-3, et L. 611-2). L'ordonnance de 2015 y ajoute les principes directeurs à la base de toute procédure de REL. Ces règles procédurales cherchent à rétablir l'équilibre au profit de la partie faible qu'est le consommateur. Voilà pourquoi la « procédure » (non plus le « processus ») (C. consom., art. L. 613-1) de médiation n'est :

- « transparente » que si le médiateur met en ligne les informations le concernant (coordonnées, CV, agrément, langues, appartenance à un réseau) et concernant la médiation (champ de compétence, règles applicables, lien vers la plate-forme de RLL)(C. consom., art. R. 614-1)¹⁷ ainsi que son rapport annuel d'activité (C. consom., art. R. 614-2, contenu) ;
- « efficace » que si la médiation est accessible en ligne ou hors ligne (ce qui rend possible la *e-médiation* alors que le règlement 524/2013 du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation ne s'applique qu'aux litiges issus des achats en ligne)¹⁸, gratuite pour le consommateur à l'exception des frais résultant du droit pour les parties de faire appel à un avocat ou un expert pour avis (C. consom., art. R. 612-1)¹⁹, ainsi que réalisée dans un délai de 90 jours sauf litige complexe (C. consom., art. R. 612-5) ;
- « équitable » que si le médiateur qui propose une solution rappelle aux parties leur liberté de l'accepter après un délai de réflexion (qu'il fixe) ou, à l'inverse, de saisir le juge, les informe des effets juridiques de leur acceptation ainsi que d'un écart

possible entre la solution proposée et une décision du juge²⁰, et communique aux parties les pièces du dossier sur demande

(C. consom., art. R. 612-3).

Très éloignées du processus de médiation *stricto sensu*, ces règles procédurales, la plupart déjà appliquées²¹, restent en deçà des exigences de la directive RELC, pourtant d'harmonisation minimale. Point d'obligation pour le médiateur d'indiquer les règles qui fondent la solution proposée²² et d'en donner les motifs²³, ou encore de respecter ou faire respecter pleinement le contradictoire²⁴. La transposition de la directive RELC reste imprégnée de l'esprit de la médiation puisque sont écartées les règles qui apparenteraient la médiation à un procès sans juge. Cette ambivalence se retrouve dans le statut créé du médiateur de la consommation.

B. - L'incidence de la transposition de la directive du 21 mai 2013 : la création d'un « ombudsmédiateur » en matière de consommation

6 - Une définition fonctionnelle du médiateur de la consommation : mi-médiateur, mi-ombudsman. - L'attente chez le médiateur de la consommation du rôle et des qualités de tout médiateur - *accomplir sa mission avec diligence, compétence et impartialité* (C. consom., art. L. 611-1, 5° et L. 613-1) - contraste avec la fonction hybride qui lui est attribuée. En premier lieu, le médiateur de la consommation doit rejeter la demande si manifestement infondée ou abusive. Ce cas d'irrecevabilité amène le médiateur à apprécier en droit le litige alors que le médiateur *stricto sensu* ne statue pas en droit. En second lieu, ce médiateur a une double casquette, celle de médiateur *stricto sensu* (« peut recevoir les parties ensemble ou séparément ») et, « à défaut d'accord amiable entre elles », celle d'ombudsman (« leur propose une solution pour régler le litige » qui est formelle) (C. consom., art. R. 612-3). C'est néanmoins la fonction d'ombudsman qui prédomine car, d'une part, dans des litiges de masse, le médiateur ne reçoit pas les parties, et, d'autre part, il dénonce dans son rapport annuel d'activité les dysfonctionnements de l'entreprise et fait des recommandations pour y mettre fin et améliorer la relation professionnel-consommateur²⁵. Il émet donc un avis en droit et en équité. Il agit à la fois en protecteur du consommateur et en régulateur du marché économique ; ce qui rejoint la double finalité du droit de la consommation et place le médiateur au croisement des cultures, anglo-saxonne (médiation)

15 V. PE et Cons. UE, dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013, préc., art. 9, § 2, a), § 3 (professionnel).

16 V. PE et Cons. UE, dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013, préc., art. 2, visant les litiges « concernant les obligations contractuelles découlant » du contrat.

17 Ce qui l'oblige à disposer d'un site internet dédié (C. consom., art. L. 614-1).

18 V. Comm. UE, régl. d'exécution (UE) 2015/1051, 1^{er} juill. 2015 : JOUE n° L 171, 2 juill. 2015, p. 1.

19 Les parties peuvent se faire représenter par un avocat ou assister par toute personne de leur choix.

20 Autrement dit les informer de leurs droits, C. consom., art. R. 612-4 (V. PE et Cons. UE, dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013, préc., consid. 31, 42).

21 J.-P. Pizzio, *Le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation : apport des nouveaux textes européens* : RLDA 2013, 85 ; *La médiation dans le domaine de la consommation* : RLDA 2012, 76.

22 PE et Cons. UE, dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013, préc., art. 7, i.

23 PE et Cons. UE, dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013, préc., art. 9, c.

24 PE et Cons. UE, dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013, préc., art. 9, a.

25 V. R. Boust, *Contribution à une définition de l'Ombudsman* : RFAP 2007/3 (n° 123), p. 387.

et des pays nordiques (ombudsman). Ces deux tâches consubstantiellement liées lui confèrent une liberté d'action qui a pour revers un devoir d'indépendance par rapport à l'entreprise. L'indépendance du médiateur, garantie par une nomination pour une durée minimale de trois années²⁶ et une rémunération indépendante du résultat de la médiation (*C. consom.*, art. L. 613-1), l'oblige à signaler aux parties toute situation de conflits d'intérêts afin de ne poursuivre sa mission qu'avec leur accord éclairé et lui interdit de recevoir de leur part des instructions (*C. consom.*, art. R. 613-1, procédure de remplacement si le médiateur est une personne morale). Cette exigence d'indépendance est renforcée pour les médiateurs d'entreprise et les médiateurs sectoriels, exclus *a priori* du domaine de la directive RELC car employés ou rémunérés exclusivement par les professionnels²⁷. C'est un organe collégial paritaire, propre à l'entreprise ou à un secteur d'activité (secteur financier) (*C. monét. fin.*, art. L. 614-1, D. 614-1)²⁸ ou relevant d'une instance nationale consultative dans le domaine de la consommation²⁹, qui désigne les médiateurs d'entreprise (*C. consom.*, art. L. 613-2 et D. 153-2)³⁰. Le médiateur d'entreprise ne peut pas travailler pour le professionnel qui l'a employé ou la fédération dont le professionnel est membre pendant une période de trois ans à l'issue de son mandat. À cela s'ajoutent : une absence de lien hiérarchique ou fonctionnel avec le professionnel, une séparation avec les organes opérationnels du professionnel, un budget distinct et suffisant pour l'exécution de sa mission (*C. consom.*, art. L. 613-2). Seule cette dernière condition est exigée pour un médiateur sectoriel, sauf s'il appartient à un organe collégial paritaire (*C. consom.*, art. L. 613-3).

7 - Un médiateur spécialisé dans le règlement amiable des litiges de consommation. - Le médiateur de la consommation doit justifier d'une compétence spéciale : en droit d'abord, puisqu'il possède « *de bonnes connaissances juridiques, notamment dans le domaine de la consommation* », contrairement au médiateur conventionnel qui peut être un profane ; en médiation ensuite, puisqu'il présente « *des aptitudes dans le domaine de la médiation* », alors qu'aucun texte n'impose au médiateur classique une obligation de formation (*C. consom.*, art. L. 613-1 ; *CPC*, art. 131-5 pour le médiateur judiciaire ; *CPC*, art. 1533 pour le médiateur conventionnel) ; eu égard à la nature des litiges ensuite, puisque le litige doit entrer dans son champ de compétence (*C. consom.*, art. L. 612-2, 5°), tandis qu'un médiateur classique a vocation à traiter tous types de litige. Cette spécialisation est renforcée par la création de la commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation, chargée à la fois d'agréer les médiateurs qui répondent aux critères

(dont la liste, publiée sur son site Internet, est notifiée à la Commission européenne qui a lancé la plate-forme de règlement en ligne des litiges nés du e-commerce par l'intermédiaire de l'entité de REL compétente)³¹ et de contrôler leur activité (formation, efficacité) (*C. consom.*, art. R. 614-4)³², susceptible d'être sanctionnée par un retrait motivé du médiateur de la liste (*C. consom.*, art. L. 615-1, L. 615-2, R. 614-3, R. 615-6 et R. 615-7). La commission agréée les médiateurs par secteur d'activité, médiateurs sectoriels (nette préférence), internes ou publics et organes de médiation à compétence générale couvrant plusieurs secteurs³³. Contrairement à la Belgique³⁴, la France n'a pas mis en place une entité nationale générale « *résiduelle* », traitant les litiges qui ne relèvent d'aucune médiation existante. L'agrément de médiateurs externes à compétence générale permet de pallier l'absence de médiateur propre à un secteur d'activité³⁵. Reste que le médiateur sectoriel ou public, labellisé, conserve sa compétence plus large (clients professionnels ou non-professionnels). La logique européenne consumériste, qui imprègne le droit de la médiation, pourrait diffuser au-delà des litiges de consommation.

Placée auprès de la DGCCRF, cette commission, composée de hauts magistrats, de personnalités qualifiées et de représentants d'associations de consommateurs et de professionnels (*C. consom.*, art. R. 615-1, R. 615-2)³⁶, joue le rôle d'un observatoire national de la médiation de la consommation, en formulant dans son rapport quadriennal (*C. consom.*, art. R. 615-9), voire le cas échéant après saisine pour avis (*C. consom.*, art. L. 615-3), des recommandations afin de promouvoir les bonnes pratiques. Mise en place en décembre 2015, elle a, à ce jour, privilégié le référencement des médiateurs du service public et des médiateurs sectoriels, favorisant ainsi davantage la fonction « *ombudsman* » à celle de « *médiateur* » au sens de tenter de rapprocher les parties. Tel n'a pas été le choix de la Grande Bretagne par exemple, très marquée par la culture de la négociation raisonnée, qui a, dès janvier 2016, fait figurer sur le site des médiateurs référencés tous les centres de médiation reconnus en Angleterre.

Ces règles pourraient inspirer, hors domaine de la consommation, la mise en place d'un observatoire national de la médiation, une professionnalisation des médiateurs et la mise en place de listes³⁷ (voire d'un système national de certification des médiateurs tel que l'Allemagne vient de l'introduire³⁸) qu'appellent de leurs vœux certains acteurs du monde de la médiation. Un encadrement de la médiation est certes souhaitable pour assurer aux justiciables des

26 Cela interdit de désigner médiateur un salarié de l'entreprise car la durée d'un contrat à durée déterminée ne peut excéder 24 mois (*E. Petit, La médiation de la consommation : D. 2015, p. 2571*).

27 *PE et Cons. UE, dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013, préc.*, art. 2, § 2, a). Exclusion des organes ADR d'entreprise par l'Allemagne et le R.U. ; admission avec des critères additionnels par le Portugal et l'Italie.

28 Désignation par le Comité consultatif du secteur financier.

29 Désignation par le Conseil national de la consommation, *C. consom.*, art. D. 511-1, *dern. al.* abrogé par *D. n° 2016-884 29 juin 2016, préc.*, non repris dans la partie réglementaire du nouveau Code de la consommation.

30 Abrogé par *D. n° 2016-884 29 juin 2016, préc.*, non repris dans la partie réglementaire du nouveau Code de la consommation.

31 *Comm. UE, communiqué IP/16/297, 15 févr. 2016 ; C. consom.*, art. R. 615-6. - Le consommateur peut se faire assister par le Centre européen des consommateurs France, *V. C. consom.*, art. R. 616-2.

32 Informations transmises par le médiateur à la CECM.

33 <http://www.economie.gouv.fr/mediation-conso>.

34 Code de droit économique belge, Livre XVI, art. XVI.5 et s., instituant un « *service de médiation pour le consommateur* ».

35 *V. rapport Constans, préc.*

36 Membres nommés par un arrêté du 15 décembre 2015.

37 Prévu au niveau des cours d'appel dans le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, article 4 *quater*, insertion d'un article 22-1 A-I dans la loi du 8 février 1995.

38 Ordonnance du 21 août 2016 qui précise les conditions permettant à un médiateur de se dénommer « *médiateur certifié* » (« *zertifizierter Mediator* »), avec effet à compter du 1^{er} septembre 2016.

Le Code de la consommation prévoit des obligations de communication du médiateur de la consommation

médiateurs formés et qualifiés mais un excès de réglementation risque de porter gravement atteinte à la souplesse du processus. Un juste équilibre est donc à trouver ; l'expérience de la médiation de la consommation pourra être, dans cette perspective, riche d'enseignements.

2. Les contraintes pratiques liées à la mise en œuvre de la médiation de la consommation par les entreprises

8 - Une nécessaire adaptation des pratiques. - Le Code de la consommation fait désormais obligation aux professionnels de la vente de biens ou de services aux particuliers de communiquer « les coordonnées du ou des médiateurs de la consommation dont il relève, en inscrivant ces informations de manière visible et lisible sur son site internet, sur ses conditions générales de vente ou de service, sur ses bons de commande ou sur tout autre support adapté » (C. consom., art. R. 616-1).

Cette nouvelle obligation exige que les entreprises adaptent leurs pratiques.

Au préalable il conviendra d'évaluer le taux de recours potentiel à la médiation de la consommation et de prévoir un budget. Cela variera selon la nature de l'activité exercée (très grand public ou non), du nombre moyen de litiges clients traités par les services clients ou par médiateur interne (le cas échéant), et la valeur moyenne des produits/services en cause.

Une fois cette évaluation réalisée, il conviendra de mettre en œuvre concrètement en interne la médiation de la consommation dans l'entreprise.

A. - Première étape : choisir un médiateur

9 - Les catégories de médiateurs. - Le médiateur peut tout d'abord être un médiateur public sectoriel que la loi définit comme « désigné par une autorité publique dans les conditions fixées par la loi, laquelle détermine également son statut, son champ de compétences dans le domaine des litiges prévus au présent titre et ses modalités d'intervention » (C. consom., art. L. 611-1, 7°). Dans tous les domaines d'activité dans lesquels ce médiateur est compétent, et sous réserve d'éventuels accords de répartition des litiges³⁹, il sera le seul médiateur habilité à procéder à une médiation de la consommation. Le médiateur peut être aussi un médiateur sectoriel adossé à une fédération ou une association référencée sur le site www.mediation-conso.fr ouvert depuis le 15 février 2016. Le médiateur peut également être un médiateur d'entreprise qui exercera sa mission à titre exclusif au sein de l'entreprise. Ces deux dernières catégories de médiateurs doivent respecter les conditions précisées à l'article L. 613-2⁴⁰. Sans être dédié à l'entreprise, le médiateur désigné peut, enfin, être un médiateur individuel ou encore un Centre de Médiation (ou une asso-

ciation de médiateurs) nécessairement référencé⁴¹ sur le site Internet de la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (CECM).

10 - Les critères qui président au choix du médiateur. - Sauf dans les cas de compétence exclusive⁴², l'entreprise aura la faculté de définir les critères de sélection qui lui sont propres. Elle pourra notamment avoir intérêt à donner la préférence à un médiateur qui connaît bien son activité, pour y avoir exercé par le passé certaines fonctions par exemple en matière informatique. Il sera en l'occurrence utile de s'assurer que les médiateurs individuels ne soient pas appelés à gérer des missions similaires pour des concurrents directs de l'entreprise ou de ses marques, afin d'éviter tout conflit d'intérêts. L'expérience judiciaire et la connaissance du droit pourront aussi favoriser des anciens magistrats, notaires, avocats... Une exigence de maîtrise des chiffres encouragera le recours à des experts financiers. Dans tous les cas la dimension psychologique et humaine aura aussi son importance. L'entreprise veillera à retenir également des médiateurs dans chaque pays européen dans lesquels elle a une activité commerciale avec des consommateurs en respectant les dispositifs de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation du pays concernés. Elle pourrait aussi, *a minima*, décider de désigner des médiateurs français parlant la langue native du pays.

L'entreprise voudra sans doute privilégier un centre de médiation expérimenté auquel elle aura fait appel par le passé. Il apparaît donc important que la CECM puisse instruire rapidement les dossiers de référencement des institutions de médiation reconnues en France, pour offrir aux entreprises une palette diversifiée de solutions de médiation.

En tout état de cause, le consommateur aura toujours le droit de saisir le médiateur de son choix si plusieurs sont compétents (par exemple recourir au médiateur de secteur s'il en existe un plutôt qu'au médiateur désigné par l'entreprise dans ses CGV) ou de ne pas recourir du tout à la médiation et de s'adresser directement à la voie judiciaire.

B. - Deuxième étape : encadrer la mission du médiateur et éventuellement le former

11 - Objet de la mission. - Une fois le médiateur identifié, il conviendra de conclure avec lui une convention dans laquelle seront décrits le dispositif de médiation mis en place, les modalités de saisine du médiateur, le rôle de ce dernier ainsi que les modalités de mise en œuvre du processus de médiation dans le cadre défini par la loi.

12 - Modalités financières. - Cette convention constituera aussi l'occasion de négocier le barème d'honoraires qui sera facturé car la médiation reste à la charge de l'entreprise. Deux systèmes peuvent être envisagés en tenant compte du montant en litige :

³⁹ V. *supra* 4.

⁴⁰ V. *supra* 6.

⁴¹ V. *supra* 7.

⁴² V. *supra* 9.

- soit une facturation forfaitaire par médiation dont le montant dépendra de la transnationalité ou non de la médiation,
- soit une facturation par abonnement dont le montant dépendra d'une réalisation en présentiel (présence physique) ou à distance (e-mail – téléphone).

Sur option, le médiateur pourra offrir la fourniture de services supplémentaires : rapport d'activité, permanence téléphonique, formation du référent de l'entreprise⁴³, etc.

13 - Formation. - Cette convention sera enfin l'occasion de prévoir les conditions dans lesquelles l'entreprise dispensera au médiateur retenu une formation sur l'entreprise, les produits vendus ou les services fournis, les voies de recours internes, etc.

C. - Troisième étape: adapter sa documentation et ses procédures internes

14 - Mise à jour des papiers commerciaux et des sites Internet.

- Il s'agira tout d'abord pour l'entreprise de modifier ses conditions générales de vente (CGV) :
- tant sur les formats papiers (factures/bons de commande), quitte à le faire en apposant un autocollant pour ne pas avoir à réimprimer tout un stock,
- que sur les formats digitaux (sites internet et applications mobiles notamment).

La modification des CGV consistera principalement à réviser la clause de règlement des litiges pour y prévoir le recours à la médiation de la consommation.

Voici un exemple de clause envisageable :

« En cas de contestation liée à l'application et/ou interprétation des présentes conditions générales de vente, le client a la possibilité de recourir à une procédure de médiation conventionnelle ou à toute autre mode alternatif de règlement des différends. Conformément à l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 et au décret d'application n° 2015-1382 du 30 octobre 2015, tout différend ou litige dit de consommation, sous réserve de l'article L. 612-2 du Code de la consommation, peut faire l'objet d'un règlement amiable par médiation auprès de [nom du MEDIATEUR]. Pour soumettre un litige au médiateur de la consommation, le client peut (i) remplir le formulaire sur le site internet du [MEDIATEUR] : [adresse du site MEDIATEUR] (ii) envoyer sa demande par courrier simple ou recommandé au [adresse postale du MEDIATEUR], ou (iii) envoyer un email à [courriel du MEDIATEUR]. Quel que soit le moyen utilisé pour saisir le [MEDIATEUR], la demande du client doit contenir les éléments suivants pour être traitée avec rapidité : ses coordonnées postales, email et téléphoniques ainsi que les nom et adresse complets de [ENTREPRISE], un exposé succinct des faits, et la preuve des démarches préalables auprès de [ENTREPRISE]. Nonobstant ce qui précède, en cas de litige, et conformément au Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 :

- le client peut saisir soit le tribunal de son domicile, soit les tribunaux français,
- [ENTREPRISE] pourra saisir le tribunal du lieu du domicile du client. »

⁴³ V. *supra* 15.

Pour les litiges nés à l'occasion des ventes ou de services en ligne l'entreprise doit faire figurer sur son site internet :

- un lien électronique, aisément accessible aux consommateurs, vers la plateforme de Règlement en Ligne des Litiges (RLL).
- son adresse électronique.

En pratique, il devrait suffire pour l'entreprise de proposer au consommateur de contacter son service client via un formulaire en ligne (comme c'est souvent déjà le cas). Alternativement, elle pourrait décider de mettre en place une procédure spécifique. Certains centres de médiation, comme le CMAP, ont prévu une saisine en ligne directement sur leur site au moyen d'un formulaire dédié.

15 - Adapter la procédure de traitement des litiges. - Il faudra tout d'abord bien redéfinir quelles voies de recours internes sont offertes au consommateur car ces voies deviennent le préalable nécessaire à toute procédure de médiation. Il est recommandé de désigner une personne ou un groupe de personnes mandatées par l'entreprise pour représenter l'entreprise dans les procédures de médiation de la consommation. Il s'agira d'un référent qui sera le contact privilégié du médiateur ou du Centre de Médiation désigné et qui devra être habilité à prendre toutes les décisions nécessaires avant (pour attester que les voies de recours internes sont épuisées par exemple) ou au cours de la médiation (signer un accord par exemple). Cela suppose de former le service client à la médiation de la consommation et à la nouvelle procédure de règlement des litiges.

Le Code de la consommation prévoit par ailleurs des obligations de communication du médiateur de la consommation, et notamment la mise en place d'un site Internet consacré à la médiation, qui devront être respectées par les entreprises ayant opté pour une médiation interne à l'entreprise.

3. Les atouts de la médiation pour les entreprises au-delà des conflits de consommation

A. - Les atouts de la médiation pour les entreprises

16 - Le mot « médiation » est aujourd'hui beaucoup utilisé et le processus a vocation à être pratiqué dans de nombreux domaines, que ce soit dans le cadre de conflits d'ordre civil, pénal, commercial, social, familial, et même administratif.

L'objet de cette étude sera limité à la médiation pour tous les conflits rencontrés par l'entreprise, conflits commerciaux (entre partenaires commerciaux, clients et fournisseurs) conflits sociaux (avec des salariés de l'entreprise) et de consommation (avec des consommateurs).

1° Une législation favorable aux modes de résolution amiable

17 - Concernant les litiges commerciaux et sociaux, le cadre juridique de la médiation existe depuis plus de deux décennies et s'est mis en place suivant différentes phases :

La médiation ne pourra se développer dans les entreprises que si les acteurs en comprennent tous ses avantages

- la loi n° 95-125 du 8 février 1995, réglementant initialement la médiation ordonnée par le juge (dont le décret d'application du 22 juillet 1996 a été inséré dans le CPC aux articles 131-1 à 131-15), a été modifiée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive européenne sur la médiation civile et commerciale et, désormais, fixe un cadre commun aux médiations, judiciaire et conventionnelle ;
- son décret d'application du 20 janvier 2012 prévoit les règles applicables à la médiation conventionnelle initiée par les parties, lesquelles figurent dans le livre V du CPC aux articles 1528 à 1567 ;
- le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends qui prévoit de justifier d'une tentative de résolution amiable des conflits pour pouvoir saisir un juge (que ce soit par requête, déclaration ou assignation) ;
- l'ordonnance RELC du 20 août 2015 et un décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015⁴⁴.

18 - L'article 21 de la loi du 8 février 1995 a défini la médiation comme « *tout processus structuré (...) par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* ». La médiation peut-être « conventionnelle », donc mise en œuvre par les parties elles-mêmes, ou « judiciaire », c'est-à-dire mise en œuvre sur proposition du juge ou à la demande des parties, par le biais d'un jugement ou d'une ordonnance qui nomme le médiateur.

2° Des arguments convaincants pour favoriser la médiation

- 19** - La médiation présente de nombreux avantages pour les entreprises :
- gain de temps ;
 - confidentialité des échanges et ce même si aucune solution n'est trouvée : les déclarations des parties et les documents confectionnés en vue et pour les besoins de la médiation ne pourront être produits, sauf accord des parties, dans le cadre d'une procédure ultérieure ;
 - maîtrise des coûts ;
 - maîtrise de la solution de règlement du différend par les entreprises, ce n'est pas le juge qui décide mais les parties qui vont choisir, et donc exécuter spontanément, la solution retenue ;
 - processus créatif : la médiation ouvre le champ des possibles et l'accord, lorsqu'il est obtenu, dépasse très souvent le simple objet du litige initial ;
 - pérennisation des relations contractuelles : la médiation permet de préserver, voire de renouer la relation, alors qu'une décision judiciaire risque au contraire de cristalliser un différend ;
 - prise en compte de la dimension psychologique ;
 - liberté des parties de participer à la médiation et de la quitter à tout moment ;

⁴⁴ V. *supra* 1 et s.

- suspension des délais de prescription pendant la durée du processus (dans le cas d'une médiation conventionnelle afin de préserver les droits des parties d'agir en justice ultérieurement,

C. civ., art. 2238) ;

- possibilité de rendre exécutoire l'accord de médiation par la voie de l'homologation judiciaire ou en tant qu'acte notarié.

3° Les clés d'une médiation réussie

20 - Un médiateur compétent. - Pour que la médiation puisse être mise en œuvre en toute sécurité par les entreprises, elles devront être vigilantes à la qualité du médiateur désigné. En effet, la fonction de médiateur n'est pas une profession réglementée et toute personne peut s'autoproclamer aujourd'hui médiateur.

Or le succès de la médiation repose sur la compétence du médiateur.

Il est attendu du médiateur qu'il soit :

- indépendant, neutre et impartial : en ce qui concerne ces exigences, il est intéressant de noter que loi de 1995 ne requiert pas que le médiateur soit indépendant et neutre, alors que le décret de 1996 prévoit que le médiateur judiciaire doit présenter des garanties d'indépendance. Une uniformisation de la législation sur cette question cruciale quant au positionnement du médiateur serait la bienvenue ;
- doté de qualités humaines : qualité d'écoute, pragmatisme, diplomatie, créativité, disponibilité ;
- compétent professionnellement : connaissance des techniques de la médiation par une formation spécifique, compétences dans le secteur d'activité concerné, maîtrise d'une ou plusieurs langues étrangères, etc. Cette exigence de la formation aux techniques de la médiation ne figure pas dans la loi de 1995. Le médiateur judiciaire doit posséder la qualification requise eu égard à la nature du litige, justifier d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation (*CPC, art. L. 131-5*). Le médiateur conventionnel doit justifier d'une qualification ou d'une formation ou d'une expérience (*CPC, art. 1533*). Dans le cadre de la médiation conventionnelle, le médiateur peut être une personne sans formation ni expérience de la médiation !

La majorité des centres de médiation veillent à ce que leurs médiateurs soient formés et appellent de leurs vœux cette exigence dans un cadre législatif.

Les nouvelles dispositions relatives à la médiation de la consommation requièrent d'ailleurs que le médiateur de la consommation possède des aptitudes dans le domaine de la médiation et dans le secteur d'activité concerné, et cette dernière exigence est déjà très controversée par de nombreux médiateurs expérimentés.

Si la formation des médiateurs est essentielle, un encadrement trop contraignant de la fonction de médiateur serait toutefois contraire à son efficacité. Le médiateur se doit en effet de justifier d'un « savoir-faire » par la maîtrise des techniques de la médiation que l'on peut contrôler facilement, mais également d'un « savoir être » par

sa posture, ses qualités d'écoute à l'égard des parties, son accompagnement dans la recherche de solutions créatives qui est plus subjectif mais certainement plus important que la connaissance d'un secteur d'activité, que les parties maîtrisent déjà.

Il convient de trouver un juste équilibre entre un nécessaire contrôle de la fonction de médiateur et le respect du processus de médiation, qui doit garder souplesse et créativité dans sa mise en œuvre.

Trop de contraintes et de réglementations conduiraient très certainement à un rejet de la médiation qui s'apparenterait davantage à une expertise, voire un jugement et perdrait ainsi son originalité et sa spécificité.

L'expérience des praticiens pourrait à ce titre être riche d'enseignements

21 - Une clause de médiation claire et concise. - Les entreprises devront également être attentives à la rédaction de la clause de médiation dans les contrats. La médiation conventionnelle peut en effet être initiée spontanément par les parties à un conflit une fois le litige né, ou en amont par l'insertion d'une clause dans le contrat. La clause peut soit faire référence à une institution de médiation qui dispose d'un règlement organisant le processus soit préférer une médiation ad hoc. Dans cette seconde hypothèse, les rédacteurs devront prévoir toutes les modalités de mise en œuvre de la médiation y compris les conditions de désignation du médiateur⁴⁵, et favoriser un texte synthétique pour éviter tout risque de difficulté d'interprétation au moment de la naissance du litige.

22 - Une nécessaire évolution/révolution des mentalités ? - La médiation implique une véritable révolution culturelle chez toutes les parties prenantes pour passer d'une culture de l'affrontement à celle du compromis où les parties sont maîtres de leurs solutions. Les acteurs de la médiation ne sont pas passifs comme dans un procès où ils dépendent de la solution du juge mais responsables de leur solution.

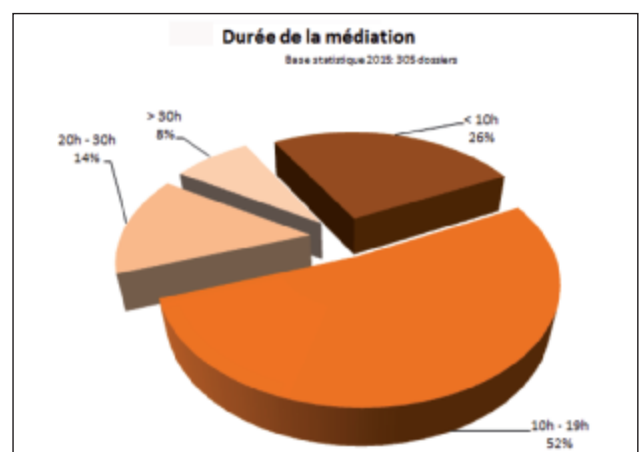
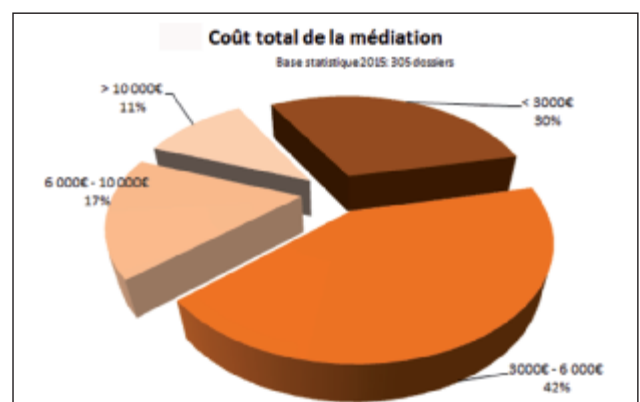
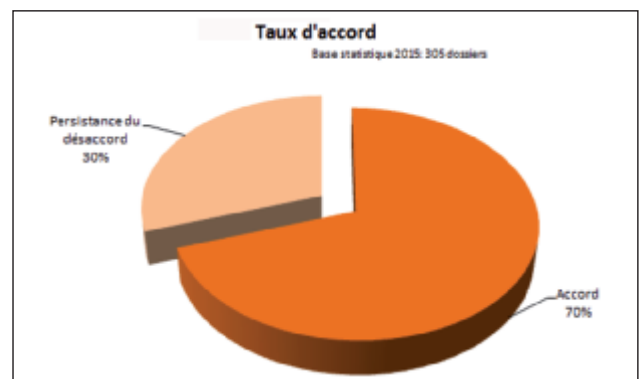
Les textes législatifs se multiplient en faveur de la médiation mais l'on constate que les entreprises en France (à la différence des entreprises anglo-saxonnes notamment) n'y recourent encore que de manière très limitée.

23 - Afin de favoriser ce changement de positionnement à l'égard du contentieux, le CMAP et la CCI Paris Île de France ont souhaité, dès 2005, sensibiliser les entreprises sur cette voie innovante de résolution des conflits en leur faisant signer la *Charte de la Médiation interentreprises*, avec le soutien du ministre de l'Économie et des Finances.

La finalité de cette signature est d'amener un nombre croissant d'entreprises à privilégier la voie amiable, en cas de conflits, chaque fois qu'elles jugeront la médiation plus appropriée que la voie contentieuse.

La signature de cette Charte est un acte de communication auprès de tous les acteurs de l'entreprise (Direction juridique, commerciale, des achats, financière...) mais aussi auprès des partenaires, des clients, des fournisseurs, des sous-traitants... Près d'une centaine d'entreprises ont signé ce document et nombre des signataires font de la médiation un outil à part entière de résolution des conflits.

24 - La médiation ne pourra se développer dans les entreprises que si les acteurs en comprennent tous ses avantages, les statistiques démontrant par elle-même l'efficacité du process (cf. infra).



⁴⁵ Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004 : *JurisData* n° 2014-008854 ; *JCP E* 2014, 1290, au visa de l'article 122 du CPC, la Cour précise que la clause de règlement amiable « non assortie de conditions particulières de mise en œuvre » ne constitue pas une fin de non-recevoir.

Faire de la médiation une voie de résolution imposée légalement serait un frein à son développement

25 - La nouvelle législation relative à la médiation de la consommation peut également être considérée comme une opportunité de mieux faire connaître

ce processus tant auprès des consommateurs que des entreprises, encore peu familiarisés à cette approche de résolution amiable des litiges.

Dans cette perspective, le CMAP a demandé à la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (CECM) à être référencé pour pouvoir intervenir dans les litiges entre les entreprises et les consommateurs.

Le CMAP sera vigilant, dans le cadre de la mise en œuvre de la médiation de la consommation, à ne pas dénaturer l'esprit du processus, qui est celui de la recherche d'une solution amiable voulue par les deux parties, avec l'assistance d'un tiers.

Faire de la médiation une voie de résolution imposée légalement serait un frein à son développement.

Si la médiation peut en effet devenir un outil majeur pour la résolution des conflits, une trop forte réglementation lui ferait perdre ses atouts que sont sa souplesse et son caractère volontaire. Un coût imposé, une lourdeur procédurale, assortis de son caractère obligatoire, risquent de rendre la médiation impopulaire et produiront l'effet inverse à celui espéré.

B. - Les avantages de la négociation raisonnée et de la médiation commerciale du point de vue des avocats

26 - Les attentes des acteurs économiques ont changé. À une époque où les innovations s'accroissent, où l'utilisation d'Internet et les échanges transfrontaliers explosent, l'influence des traditionnelles structures hiérarchiques de la société diminue⁴⁶ et le rôle pacificateur de l'État⁴⁷, en tant qu'organe de décision reconnu à régler les conflits sur le mode autoritaire, est contesté. Le passage de la société moderne et de son « ordre imposé » à la société « post-moderne » établissant un « ordre négocié », témoigne de l'aspiration et de l'évolution vers plus d'autonomie individuelle⁴⁸ qui cependant est accompagnée d'une grande peur⁴⁹. La crise du modèle social français serait imputable au développement d'une économie de marché de plus en plus libre au cœur d'une société marquée par le statut et le rang, soulevant la question de la modernisation de la France dans le cadre de la mondialisation⁵⁰.

46 R. Fisher, W. Ury, B. Patton, *Getting to Yes, negotiating agreement without giving in* : RH Business Books, 3^e éd., Boston 2012, préf.

47 J. Faget, *La double vie de la médiation : Droit et Société* 29-1995, p. 25-38 (p. 38).

48 M. Hauser, *La médiation commerciale en France et en Allemagne – une comparaison* : Collection Viadrina Médiation et Gestion des conflits, t. 3, Wolfgang Metzner Verlag, Francfort sur le Main 2015 au sujet des attentes à l'égard de la médiation, p. 32 s.

49 E. Le Boucher, *La grande peur de l'autonomie*, Les Echos 7 juill. 2016, <http://www.lesechos.fr/idees-debats/editos-analyses/0211107596424-la-grande-peur-de-lautonomie-2012985.php>.

50 Ph. d'Iribarne, *L'étrangeté française* : Seuil, 2006, p. 188, 269 s.

Dans ce contexte, l'avènement de la médiation moderne est aussi bien considéré comme un « symptôme » de l'époque que nous vivons qu'un « remède »⁵¹

puisqu'elle donne aux acteurs les moyens de décider par eux-mêmes.

Si les entreprises semblent désormais plus hésitantes pour porter leurs litiges devant les tribunaux, le nombre de conflits commerciaux ne diminue pas pour autant. Les entreprises cherchent à les résoudre elles-mêmes par la voie de la négociation. Rares sont les entreprises qui consultent des avocats afin de bâtir une véritable stratégie de négociation et rares sont les avocats qui proposent des compétences en matière de négociation.

Les avocats ont intérêt à accompagner cette évolution culturelle et à faire évoluer leur rôle de conseil auprès de leurs clients vers ce nouveau marché. Désormais, avant tout recours *ultima ratio* à une procédure judiciaire ou arbitrale, ils devront évaluer en amont avec leurs clients l'opportunité d'une négociation (1^o) ou d'une médiation (2^o) pour résoudre un litige commercial. Enfin, dans les affaires dans lesquelles l'avocat n'est pas le conseil d'une des parties, il pourra intervenir comme médiateur (3^o).

1^o L'avocat-négociateur

27 - L'aléa judiciaire, la durée et complexité des procédures judiciaires et arbitrales ainsi que leur coût souvent exorbitant, accentuent l'évolution culturelle qui amène les entreprises à tenter de négocier elles-mêmes les solutions à leurs conflits commerciaux. Ce faisant, elles s'appuient souvent sur un « faux pouvoir », tel que leur puissance financière, leur position concurrentielle sur le marché ou sur leurs positions en droit pour faire pression sur l'autre partie, au lieu de tenter de faire en sorte que les intérêts des parties se recoupent tout en s'appuyant sur le « vrai pouvoir » que constitue le calcul de la BATNA (« Best Alternative to Negotiated Agreement ») aussi appelée MESORE (« Meilleure Solution de Rechange »)⁵². Par conséquent, la négociation de positions conduit en règle générale à un « compromis », chaque partie cédant sur ses positions, en accord avec les conditions posées par le Code civil et la jurisprudence au sujet de la validité d'une transaction. Cependant, la négociation de telles positions est régulièrement peu efficace en termes économiques puisqu'elle ne permet pas de maximiser la satisfaction des intérêts des deux parties dans la mesure où elle empêche la création de valeurs.

Or, des recherches menées dans les années 1970 à l'Université de Harvard ont permis d'élaborer les fondamentaux scientifiques de la négociation raisonnée. L'ouvrage de Roger Fisher et William Ury « *Getting to Yes, negotiating agreement without giving in* » publié en 1981⁵³ apporte une avancée considérable dans le domaine. Depuis, les recherches se sont poursuivies et ont été

51 J. Faget, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Êres, 2010, p. 65-66.

52 T. Garby, *D'accord* : CC International, 2016, p. 70 s.

53 Traduction française « *Comment réussir une négociation ?* » : 3^e éd., Seuil, 2006.

enrichies notamment d'enseignements de la psychologie sur le comportement humain dans le conflit.

Alors que cette publication remonte à 35 ans et que l'ouvrage a atteint une grande célébrité, ses enseignements ne sont que peu entrés dans l'arsenal des outils de négociation des chefs d'entreprise et de leurs avocats. S'y ajoute la conviction chez nombre de chefs d'entreprises et d'avocats qu'ils ont négocié toute leur vie et qu'ils n'ont rien à apprendre malgré le fait qu'une négociation purement distributive, sans création de valeurs, ne répond pas à leurs intérêts.

D'où l'intérêt pour les avocats de se former en négociation raisonnée afin de pouvoir proposer à leurs clients des compétences en négociation, complémentaires à la traditionnelle activité judiciaire et de conseil de l'avocat. En accompagnant le changement culturel, il appartiendra à l'avocat de convaincre son client des avantages d'une négociation raisonnée, soigneusement préparée avec lui avant sa mise en œuvre.

2° L'avocat-conseil en médiation

28 - Aujourd'hui⁵⁴, les principes de la négociation raisonnée constituent dans le monde occidental la base de la médiation commerciale⁵⁵.

La médiation commerciale se distingue de la négociation raisonnée essentiellement par la présence d'un tiers, le médiateur, qui permet à l'avocat de se concentrer pleinement sur le fond du litige à négocier, sans devoir se soucier, comme c'est le cas dans une négociation directe, du déroulé du processus.

Cependant, les entreprises sont souvent hésitantes à recourir à un tiers en qualité de médiateur dont elles estiment ne pas avoir besoin, cela d'autant plus que sa présence comporte un coût et qu'elles considèrent qu'il ne convient pas de partager des informations confidentielles avec une tierce personne inconnue.

Par conséquent, si l'avocat-négociateur veut mettre toutes les chances du côté de son client, il sera enclin au cours de la négociation à endosser à certains moments le rôle du médiateur, ce qui peut être mal vécu par son propre client. De plus, assumer en quelque sorte ce double rôle difficilement compatible de négociateur « dur » et de médiateur neutre et empathique, est éprouvant et non sans danger pour l'avocat face à son client.

L'avocat a alors intérêt à bien connaître les principes de la médiation afin, non seulement de pouvoir conseiller son client sur

les avantages⁵⁶ de ce processus par rapport à la négociation directe entre les parties, mais aussi de pouvoir le faire pleinement bénéficier des avantages de la médiation le moment venu. En effet, contrairement aux idées reçues de séances de médiation exclusivement orientées « win-win », voire « bisounours », il s'agit en réalité du seul forum lors duquel les parties peuvent exprimer leurs reproches à l'égard de l'autre partie, faire part de souffrances et formuler leurs revendications. C'est le seul forum où la reconnaissance manifestée par l'autre partie apaise instantanément. Les parties sont écoutées par le médiateur et s'écoutent dans toute la gravité de leur propos. Rappelons aussi qu'une partie, demanderesse à une instance en justice, est désormais tenue par l'article 56 du Code de procédure civile de préciser dans l'assignation les diligences entreprises préalablement en vue de parvenir à une résolution amiable du litige.

3° L'avocat-médiateur

29 - Enfin, lorsque l'avocat ne conseille aucune des parties en litige, n'a pas de conflit d'intérêts et est indépendant, neutre et impartial par rapport à elles, il pourra être choisi comme médiateur par les parties ou être désigné en cette fonction par un magistrat ou un centre de médiation, tel que le CMAP, la CCI (Chambre de Commerce Internationale) ou l'OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle).

L'avocat-médiateur doit pouvoir justifier de compétences en médiation, d'une formation initiale et continue, alors que, pour l'heure, aucun diplôme, aucune qualification particulière, n'est requis pour exercer le métier de médiateur dans le domaine commercial.

Conclusion

30 - Le changement culturel vers plus d'autonomie aussi dans le domaine de la résolution des conflits commerciaux avançant à grands pas, les avocats doivent l'accompagner et faire évoluer leur rôle de conseil auprès de leurs clients sur ce nouveau marché où le droit garde toute son importance mais se trouve enrichi d'enseignements issus des sciences de l'économie, de la psychologie et notamment de la psychologie de communication. Par conséquent, les avocats sont appelés à se former à la négociation raisonnée et à la médiation, sans devoir nécessairement exercer le rôle de médiateur. Quel bel enrichissement professionnel et personnel résulte pour les avocats de ces connaissances complémentaires ! ■

54 Le premier ouvrage sur la médiation est paru en France bien avant : H. Touzard, *La médiation et la résolution des conflits – étude psychosociologique* : PUF, 1977.

55 Pour la France et l'Allemagne, M. Hauser, *La médiation commerciale en France et en Allemagne – une comparaison, Francfort sur le Main* 2016, p. 67.

56 M. Hauser, *Qu'est-ce qui peut motiver les parties à choisir la médiation ?* 23 juin 2014, http://bib.cmap.fr/wp-content/uploads/2015/10/motivation-parties-mediation_Martin-Hauser.pdf.

Les opportunités à saisir en matière de formation, sensibilisation, promotion de la Médiation et des Modes Amiables de Règlement des Différends (MARD).

Retour d'expérience

Didier Chavernoz

Directeur Juridique de Spie batignolles

1 - En examinant de près les modes de résolution négociée des différends, on constate aisément que ceux-ci répondent à la recherche de performances des entreprises/de leurs directions juridiques. Pour autant, ces dispositifs et MARD sont souvent méconnus, voir confondus avec d'autres dispositifs (arbitrage, expertise) et encore relativement peu utilisés. La mise en œuvre de la médiation de la consommation est l'occasion de venir rappeler les mesures déjà prises par certaines entreprises telles que Spie batignolles pour développer le « réflexe médiation » en instaurant une politique volontariste depuis plusieurs années selon les étapes suivantes :

1. Étape 1 : sensibilisation et formation « médiation/MARD » des juristes du Groupe

2 - Quand la médiation a été évoquée pour la première fois devant les juristes du groupe, certains se sont écriés « *N'est-ce pas du droit au rabais ?* ». En fait ils ne savaient pas bien ce qu'était la médiation, étant habitués aux modes habituels et classiques de résolution des conflits que sont l'expertise et le recours au juge dans le secteur du BTP. Conscient, après une expérience favorable de médiation intervenue dans le cadre d'un différend avec un grand donneur d'ordre industriel, résolu à l'amiable, rapidement, à moindre coût, et dans l'intérêt des deux parties, la direction juridique du groupe a suggéré de sensibiliser les juristes pour y recourir lorsque cela était opportun.

3 - Un noyau dur de juristes a été formé à la médiation /aux modes de résolution amiable et à la négociation raisonnée des conflits via un groupe de travail (2010/2011/2012) lequel a élaboré successivement :

- un guide de « la médiation en 10 points » à l'attention des autres juristes du groupe ;
- un espace collaboratif dédié à la médiation et aux MARD, accessible à tous les juristes du groupe et visant à permettre le partage des informations (Textes, articles, retour d'expériences) ;
- des clauses types de règlement des différends prévoyant le recours à la médiation. La démarche engagée avec les juristes a consisté à montrer qu'il était nécessaire qu'ils maîtrisent la rédaction de cette clause en amont pour pouvoir expliquer et mettre en avant vis-à-vis du client les intérêts de prévoir le recours à la médiation, dans le cadre d'une démarche gagnant-gagnant ;
- une formation à la négociation raisonnée, testée auprès d'une quinzaine de juristes.

Avec toutes ces démarches, nous avons pu croire qu'il serait aisé de développer l'utilisation de la médiation mais les juristes ont indiqué qu'il fallait préalablement travailler à des outils permettant d'informer et convaincre les directions générales, commerciales, opérationnelles ou encore les directeurs administratifs et financiers. Il est apparu à cette occasion que les universités françaises et les écoles de commerce ou d'ingénieurs devraient inclure dans leur cursus d'enseignement le plus tôt possible la négociation raisonnée et les MARD, comme cela se pratique au sein des universités américaines ou anglaises.

2. Étape 2 : les actions de promotion/communication vers le COMEX, les CODIR de Filiale

4 - Le groupe de travail composé des juristes, sous l'impulsion de la direction juridique et avec l'aide de la direction de la communication du Groupe, a mené successivement les actions suivantes :

- intervention de la direction juridique au « Top ten » (COMEX) du Groupe : « Le réflexe médiation » (5 slides /10') ;
- signature par Spie batignolles de la Charte de la médiation inter-entreprises soutenue par le ministre de l'Économie et le Président de la CCI (Chambre de Commerce et d'industrie) de Paris/CMAP (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris) ;
- création d'une plaquette Spie batignolles « Le réflexe médiation » utilisable facilement par les juristes vers les opérationnels ;
- mise au point d'une présentation de la « médiation » (Power point + films du CMAP) utilisables par chaque responsable juridique dans le Comité de Direction (CODIR) de sa filiale.

5 - Parallèlement, des retours d'expérience concrets de litiges résolus via la médiation ont été présentés et partagés lors des séminaires annuels des juristes du groupe.

6 - Enfin, une étude a été menée par la direction juridique pour « valoriser » l'intérêt de recourir à la médiation, présentée au COMEX et dans les CODIR. Cette étude a permis de démontrer le gain de temps et les économies substantielles de coûts de traitement des conflits (de l'ordre de 3M€/an au niveau du Groupe) qui pouvaient être envisagées si le taux de recours à la médiation/résolution amiable des différends passait de 20 à 40 %.

3. Étape 3 : un groupe de travail pour promouvoir les dispositifs gradués de règlement amiable via les responsables commerciaux/opérationnels

7 - Constatant, malgré les étapes 1 et 2 ci-dessus, (i) la faible utilisation du recours à la médiation et (ii) que les difficultés n'étaient pas traitées assez tôt lors de leur survenance sur les chantiers, la direction juridique du groupe a mis en place un nouveau groupe de travail constitué de juristes, d'ingénieurs contrats, et de responsables opérationnels, pour étudier et promouvoir les dispositifs de type « CRD/DRB » (Comité de règlement des Différends/Dispute Resolution Board) susceptibles d'être mis en œuvre en cours de chantier avec le cas échéant le recours à la médiation avant saisine du juge.

Ce groupe de travail, sous l'impulsion de la direction juridique et avec l'aide d'un Avocat (également médiateur expérimenté), a suivi la méthodologie suivante :

A - Point sur les dispositifs existants. - Examen des dispositifs de type de DRB/CRD (Type ICC/International Chamber of Commerce), ou dispositifs en place dans les grands projets financés de type partenariat public-privé ou concession, ou d'Avis Technique Amiable (ATA) du CMAP ou encore de clause de recours à des comités de pilotage.

B - Objectifs fixés au groupe de travail. - Proposer un ou des dispositifs contractuels permettant dans l'intérêt bien compris des parties (= assurer le bon déroulement de l'opération et préserver la rentabilité de l'opération pour tous) de :

- suivre l'exécution du contrat ;
- faciliter le traitement amiable des différends et litiges en cours de chantier (comité de pilotage) ;
- prévoir si nécessaire l'intervention d'un tiers expert « facilitateur » pour concilier les parties (ATA) ;
- mettre en œuvre une médiation avant de recourir au tribunal.

C - Mise au point de nouveaux outils de communication/ces dispositifs gradués de règlement amiable. - (i) une présentation « power point » destinée à faciliter la sensibilisation /formation des équipes commerciales, opérationnelles et juridiques et (ii) schéma et proposition de clauses pour chacun des dispositifs gradués de règlement amiable des différends.

D - Préparation et mise en œuvre d'une formation Pilote intitulée : « Comment régler les litiges? Médiation et autres modes amiables ». - La médiation et les autres modes de règlement amiable au service de la performance de Spie batignolles.